



# La importancia del bien jurídico tutelado en el ámbito de las sanciones administrativas con factor objetivo de atribución

## The importance of the protected legal goods in the field of no-fault administrative sanctions

María Morena del Río\*  
*Universidad de Buenos Aires*

### Resumen:

El propósito de este artículo es analizar la potestad de la Administración de imponer sanciones desde la perspectiva del bien jurídico tutelado por las normas que establecen infracciones. Este abordaje nos permitirá reflexionar sobre el funcionamiento de la potestad sancionatoria y las facultades que se otorgan a la Administración, ante la necesidad de proteger determinados bienes jurídicos contemplados en ordenamientos sectoriales.

### Abstract:

The purpose of this article is to analyze the scope of the government prerogative to impose sanctions from the perspective of the legally protected interest contemplated by statutes and rules establishing infractions. This approach will allow us to reflect on the functioning of the sanctioning prerogative and the powers granted to the government, given the need to protect certain legal assets contemplated in rulemaking.

### Palabras clave

Sanciones – Factor objetivo – Bien jurídico – Límites

### Keywords:

Sanctions – No-fault sanctions – Legal protected goods – Limits

### Sumario:

1. Introducción – 2. Bien jurídico tutelado y garantías – 3. Las sanciones administrativas y el factor objetivo de atribución – 4. A modo de conclusión – 5. Bibliografía

\* Abogada por la Universidad Nacional de La Plata y Magister en Derecho Administrativo por la Universidad Austral. Socia del estudio jurídico Allende & Brea (Buenos Aires). Profesora de derecho administrativo en la Universidad de Buenos Aires y en la Universidad de Palermo. Contacto: mdelrio@allende.com

## 1. Introducción

El bien jurídico tutelado hace referencia a la protección jurídica que se otorga cuando distintos intereses humanos son receptados y regulados por el derecho de manera tal que se transforman en bienes jurídicos con un estatus especial del que se derivan consecuencias jurídicas. El bien jurídico protegido no es un bien del derecho, sino un bien de la vida humana que preexiste a toda calificación jurídica, pero que en determinadas circunstancias el legislador resuelve otorgarle una protección o tutela específica<sup>1</sup>.

Según explica García Marín, bien jurídico en sentido formal es “todo bien, situación o relación deseados y protegidos por el Derecho”<sup>2</sup>. Pero también es cierto que todas las normas que el Estado dicta son en función de la protección de bienes jurídicos, razón por la cual el bien jurídico cumple asimismo un rol como indicador para entender el núcleo material de lo injusto, que es común a todo el comportamiento antijurídico<sup>3</sup>.

Sobre este aspecto es necesario que hagamos una aclaración metodológica, ya que nos referiremos exclusivamente a las sanciones administrativas, penales o represivas<sup>4</sup>, es decir, aquellas que tienen por fin prevenir o reprimir la violación de disposiciones legales. Es decir, que el propósito de este artículo está orientado a examinar la relación que se presenta entre el bien jurídico tutelado y las sanciones cuando estas representan la última fase del proceso de protección jurídica para hacer prevalecer el cumplimiento de las normas<sup>5</sup>. Por lo tanto, en este trabajo, no consideramos a las sanciones de carácter retributivo del posible daño causado, ni a las disciplinarias. En el primer caso, porque se trata de supuestos que no aplican los principios del Derecho penal que se tratan en este artículo. En el segundo caso, porque al menos en la República Argentina, la responsabilidad Disciplinaria cuenta con disposiciones específicas que la regulan y, por lo tanto, excede el marco de este trabajo.

Explica Goldstein<sup>6</sup> que la tutela del bien jurídico es común a todo el ámbito del Derecho, pero adquiere especial relevancia en el campo penal y, por ende, en materia de sanciones administrativas. La relación entre el bien jurídico tutelado y las sanciones está dada por la función que cumplen las penas, puesto que el bien jurídico tutelado puede presentarse tanto como objeto de protección de la ley o como objeto del ataque al que se dirige el delito, aunque nos parece necesario hacer notar que esta última función es, quizás, la menos explorada en la práctica sancionatoria.

En efecto, la amenaza que acompaña a las disposiciones penales es la característica que define a esas normas como tales. Por lo tanto, en el orden penal que consideramos extensivo a las sanciones administrativas, el bien jurídico como objeto de protección especial cumple un importante rol al permitir la comprensión precisa respecto del alcance del tipo penal y, en consecuencia, reviste importancia para la correcta interpretación de la ley punitiva<sup>7</sup>. Es que la doctrina penal mayoritaria reconoce en la actualidad que la misión esencial del

1 Así por ejemplo, García Pullés considera que frente a una misma figura delictual es atribución del legislador decidir si la custodia de un determinado bien jurídico debe situarse en el campo del Derecho Penal o del Derecho Administrativo Sancionador. Cfr. Fernando García Pullés, “La potestad sancionatoria de la Administración Pública y la reforma de la Constitución Nacional”, en *Documentación Administrativa* N° 267 – 268 (2003-2004): 513.

2 Cfr. Luis García Martín, “Contribución al esclarecimiento de los fundamentos de legitimidad de la protección penal de bienes jurídicos colectivos por el Estado social y democrático de Derecho”, *Revista Argentina de Derecho Penal y Procesal Penal* N° 3 (Junio 2012): 141-168.

3 Cfr. Federico Marastoni Giovannini, “Bien jurídico”, en *Principio de Lesividad y Lavado de Activos en Argentina, Uruguay y Ecuador: Falacias y Derecho Simbólico* (Argentina: Editores Uruguay, 2018).

4 Al respecto, adoptamos el siguiente criterio de distinción planteado por Sanguinetti (i) sanciones penales administrativas: son aquellas que impone la Administración de verificarse una infracción a las normas de policía general o sectorial, como ser, entre muchas otras, las leyes de tránsito, de protección del medio ambiente, de defensa de la competencia y de telecomunicaciones. También se incluye en esta categoría a las sanciones aplicadas por incumplimientos a la legislación tributaria. Tales sanciones tienen origen en el *ius puniendi* único del Estado y no presentan diferencias sustanciales con las penas previstas en el Código Penal y sus normas complementarias; (ii) sanciones disciplinarias: son aquellas que la Administración –de modo similar a un empleador privado– aplica a los integrantes de sus cuadros funcionales, toda vez que se verifique un comportamiento que altere, o sea susceptible de alterar, el buen funcionamiento de sus servicios, y tienen origen en el poder de mando derivado de la existencia de una relación jerárquica; (iii) sanciones contractuales: son aquellas que resultan aplicables en caso de incumplimiento de obligaciones asumidas en el marco de una relación contractual entablada con la Administración (Cfr. Juan Carlos Sanguinetti, “Impugnación y control judicial de las sanciones administrativas. Sus particularidades a la luz de los principios y garantías constitucionales aplicables”, *El Derecho - Revista de Derecho Administrativo* (Febrero 2020). Por nuestra parte agregamos como cuarta categoría las sanciones de naturaleza retributiva cuyo fin es distinto del previsto para las sanciones administrativas penales o represivas.

5 Cfr. Eduardo Barreira Delfino, *Lecciones de derecho bancario y financiero. Sanciones y defensa en juicio. Contralor judicial* (Argentina: IJ Editores, 2014).

6 Cfr. Raúl Goldstein, *Diccionario de derecho penal y criminología* (Madrid: Astrea, 1993), 128.

7 Cfr. Goldstein, *Diccionario de derecho...*, 128. En igual sentido, sostiene Goscilo que el bien jurídico ilumina la interpretación de una disposición penal, permite comprender su “intimidad jurídica, sirve para superar las dificultades que puedan surgir al efectuarse el encuadramiento legal de un hecho que así lo exige, si somos jueces: para encontrar argumentos en favor de la defensa o la acusación, sea como funcionarios o en el ejercicio de la profesión; para estudiar la figura penal y para no prescindir de la noción si como legisladores recortamos un hecho de la realidad para convertirlo en delito” (Cfr. Antonieta Goscilo, “Los bienes jurídicos penalmente protegidos”, *Lecciones y Ensayos* N° 46, (Diciembre, 1981).

Estado no es otra que la de penalizar conductas humanas que contengan entidad suficiente para dañar o afectar bienes jurídicos relevantes para la sociedad<sup>8</sup>, pues el daño o la puesta en riesgo de esos bienes es lo que justificaría el ejercicio de la función represiva.

Sin ánimo de entrar en debate respecto de la relación que se verifica entre el Derecho penal y el Derecho administrativo sancionador, y la preeminencia de los principios propios de una disciplina sobre la otra, consideramos –siguiendo a Nieto– que el bien jurídico tutelado reviste importancia en materia de sanciones administrativas, desde que integra la propia noción de infracción administrativa, de tal forma que la infracción puede definirse como una acción humana que la ley ha declarado punible por ser causante de un hecho que agrede los valores protegidos por el ordenamiento jurídico<sup>9</sup>. Por tal razón, el autor citado sostiene –en una visión que compartimos– que en primer lugar la norma otorga una importancia relevante a un bien al que somete a un régimen jurídico específico, dentro del cual se describen situaciones desvaloradas que, de presentarse, generarán la correspondiente sanción<sup>10</sup>.

Así las cosas, recordamos que la dogmática penal exige analizar la efectiva afectación de un interés protegido, pues aunque la acción reúna todos los elementos requeridos por el tipo penal, no se cumplirá con el requisito de tipicidad si la acción no afectó al bien jurídico tutelado. En consecuencia, para que una conducta penal sea típica, requiere la necesaria afectación al bien jurídico tutelado<sup>11</sup>, lo que en términos prácticos implica que no cualquier conducta dará lugar a la aplicación de la sanción prevista, sino que se requerirá también que, junto con el incumplimiento de la norma, se haya afectado el bien jurídico tutelado<sup>12</sup>.

Al respecto, Alarcón Sotomayor<sup>13</sup> puntualiza que, entre las diferencias que la doctrina ha considerado para justificar la distinta naturaleza del Derecho administrativo sancionador y del Derecho penal, se mencionan que pena y sanción protegen bienes jurídicos diferentes. De tal suerte que, las penas tutelarían los bienes jurídicos individuales y las sanciones los de carácter colectivo. Sin embargo, la autora aclara que está comprobado que también hay sanciones que tutelan la vida, la integridad física, la salud, la seguridad o el patrimonio, esto es, los bienes jurídicos considerados más valiosos y propios de la protección del Derecho penal. Coincidimos con esta postura y no podemos dejar de advertir la variada gama de bienes tutelados que se verifican en el ámbito de las sanciones administrativas.

En efecto, la variedad de bienes jurídicos tutelados por las normas es notable, por tratarse de un concepto que necesariamente debe asociarse con la política legislativa aplicable en un lugar y momento dados<sup>14</sup>. Como es lógico, a cada normativa represiva prevista por el legislador, corresponde un bien jurídico tutelado, que podrá ser considerado en términos genéricos, como por ejemplo el derecho constitucionalmente otorgado a la ciudadanía para gozar de la propiedad privada sin que esta se vea afectada por hechos ilícitos

8 Cfr. Roberto Durrieu, "El bien jurídico protegido en el Delito de Lavado de Dinero", *Revista del Colegio de Abogados de la Ciudad de Buenos Aires* N° 71 (2011): 8-28. Coincidimos con el autor citado, en cuanto sostiene que: "la ausencia de un bien jurídico que preservar despoja a la norma de todo contenido material, como también de toda legitimidad".

9 Recordamos a este respecto que tradicionalmente se ha definido a la función de policía administrativa como el conjunto de medidas coactivas utilizables por la Administración para que el particular ajuste su actividad a un fin de utilidad pública. Por otra parte, se especifica que los objetos sobre .que recaen el poder de policía son la libertad y la propiedad de los particulares y que, por tanto, la situación de sumisión en que el administrado se encuentra se manifiesta como una consecuencia de que ni el derecho puede ser absoluto, ni la propiedad puede ser utilizada contrariamente a los intereses de la comunidad (Cfr. Fernando Garrido Falla, "Las transformaciones del concepto jurídico de policía administrativa", *Revista de Administración Pública* N° 11 (1953), 11. Entendemos, por lo tanto, que la noción de bien jurídico protegido subyace a todo tipo de ejercicio de facultad represiva por parte del Estado moderno.

10 Cfr. Alejandro Nieto, *Derecho administrativo sancionador*, 4ta edición (Madrid: Tecnos, 2005), 195.

11 En ese sentido, explica Marastoni Giovannini que el bien jurídico es, precisamente, un instrumento que sirve para identificar el aspecto esencial de la lesividad del delito, la razón de su tipificación y la finalidad básica de la reacción del aparato estatal. De tal modo que, se pueden referir tres conclusiones primordiales sobre la relación entre bien jurídico y dogmática penal: "1) que toda norma penal protege un bien jurídico y que todo delito supone la lesión de un bien jurídico, lo que constituye el principio de lesividad 2) la tipicidad de la conducta exige la imputación objetiva de la lesión del bien jurídico, es decir, una conducta determinada sólo será típica si le es objetivamente imputable la lesión del bien jurídico protegido por la norma, sea por acción u omisión, autoría o participación 3) el bien jurídico no sirve per se para evaluar la norma, no es más (ni menos) que un elemento dogmático ideado para transmitir sintéticamente el objeto inmediato de protección de la norma penal, procurando una comprensión clara de lo protegido" (Cfr. Federico Marastoni Giovannini, "Principio de Lesividad y Lavado de Activos...")

12 Bustos, por su parte, entiende que el bien jurídico es un principio garantizador de carácter cognoscitivo; pues la sociedad toda, y cada sujeto en particular a través de él, sabe exactamente qué es lo que se está protegiendo y además tiene la posibilidad de examinar las bases sobre las cuales se asienta aquella protección, pudiendo hacer una revisión del porqué de la protección (Cfr. Juan Bustos Ramírez, *Manual de Derecho Penal. Parte General*, 3ra edición (Barcelona: Ariel Derecho, 1989), 155.

13 Cfr. Lucía Alarcón Sotomayor, "Los confines de las sanciones: en busca de la frontera entre derecho penal y derecho administrativo sancionador", *Revista de Administración Pública* N° 195 (Septiembre-Diciembre, 2014): 135.

14 Continuando con ese razonamiento, advertimos que el derecho penal ha dado muestras de los cambios producidos en la legislación criminal fundados precisamente en la diferente valoración de los bienes protegidos. Como ejemplo de ello podrían mencionarse las supresiones de ciertos delitos, tales como las calumnias e injurias, la blasfemia (penada en algunos ordenamientos como en el español), etc. Esos cambios se fundan en la diferente valoración social de las conductas y sobre todo en el entendimiento social respecto a que ciertos derechos, como la libertad de expresión, altamente valorado en las sociedades modernas, no deba verse afectado por la amenaza criminal.

de terceros<sup>15</sup>. O bien, en forma mucho más concreta y específica, lo que se verifica por ejemplo ante la infinidad de regímenes sectoriales que existen en el Derecho administrativo y que con mejor o peor técnica legislativa intentan resguardar bienes que se consideran valiosos para la sociedad y que son tan disímiles como el íntegro funcionamiento de la Administración pública, o la protección de los menores de edad ante emisiones televisivas que no respetan los horarios previstos a ese fin, pasando por cuestiones regulatorias, ambientales y sociales de diversa índole<sup>16</sup>.

Conforme explica Cordero Quinzacara<sup>17</sup> al referirse al concepto de sanción administrativa y su relación con el Derecho penal, la sanción administrativa supone una conducta ilícita por parte del particular y una finalidad esencialmente represiva de parte de la Administración, siempre en resguardo de determinados bienes jurídicos. Lo anterior resulta de particular importancia en el ámbito sancionador, por ejemplo, ante omisiones meramente formales, que a pesar de esa condición en muchas oportunidades son equiparadas en cuanto a la graduación y alcance de la sanción aplicable a las infracciones sustanciales. Sin embargo, a diferencia de lo que ocurre respecto de los delitos en cuyo ámbito está clara la relación entre la acción punitiva y el bien jurídico tutelado, en el ámbito de las sanciones no siempre esa relación está presente con la misma intensidad<sup>18</sup>.

Por ello y porque nos preocupan los casos frecuentes en los que se verifica un exceso de punición sin protección alguna de bienes jurídicos, podemos sostener –siguiendo a Rebollo Puig– que una infracción administrativa no puede ser configurada ante cualquier incumplimiento del ordenamiento jurídico, situación que a la Administración le cuesta mucho aceptar y que se ve favorecida por la forma en la que el legislador redacta las normas que luego la Administración debe aplicar<sup>19</sup>. Así, es usual advertir que el legislador se contenta con establecer la autoridad administrativa de aplicación de determinado régimen sectorial, y luego establecer parámetros o directrices generales tanto de actuación de esa autoridad como de cumplimiento por parte de los administrados. De forma tal que, los administrados quedan sujetos no ya a la norma, sino al criterio que en la práctica decida llevar a cabo la autoridad administrativa, ya que ella, con su comportamiento, determinará por ejemplo, cuáles hechos se consideran susceptibles de generar una infracción y cuáles no.

En 1976 ya advertía García de Enterría respecto de los problemas jurídicos de las sanciones administrativas, haciendo referencia a los métodos arcaicos del Derecho sancionatorio administrativo, donde según ilustra el autor, todavía tenían cabida las antiguas y groseras técnicas de la responsabilidad objetiva, de supuestos estimativos y no tipificados legalmente de las infracciones sancionables, de las pruebas por presunciones, con desplazamiento de la carga de probar la inocencia, de los procedimientos sancionatorios no contradictorios, de recursos en justicia condicionados a la previa efectividad de la sanción, o de los que puede resultar la sorpresa de una *reformatio in pejus*, de la persistencia imprescriptible de la responsabilidad, de la ilimitación o indeterminación de las penas o sanciones, de inaplicación de técnicas correctivas, etc.<sup>20</sup>.

15 Botassi considera que "toda organización estatal, por definición, reconoce a sus autoridades una potestad sancionatoria orientada a la preservación de los valores medios de la sociedad, entre los que sobresalen la paz y la solidaridad" (Cfr. Carlos A. Botassi, "Delitos y Contravenciones", *Revista de Derecho Administrativo* Vol. 115 (Enero-Febrero 2018): 1-8.

16 Si bien sería muy difícil armar un catálogo exhaustivo de bienes jurídicos tutelados por infracciones administrativas pasibles de sanción, podemos mencionar los siguientes a modo de ejemplo sobre su variedad y tipo: i) protección del medio ambiente; ii) protección de los bienes culturales, arquitectónicos y patrimoniales urbanos, iii) lealtad comercial y defensa de la competencia, iv) adecuado funcionamiento del mercado cambiario, fiscal y financiero, v) la protección al consumidor en todas sus esferas, desde la publicidad hasta el cumplimiento de lo pactado, sin olvidar el trato digno que el consumidor merece, vi) el adecuado funcionamiento del mercado de valores, vii) la transparencia en relaciones comerciales y la protección contra las acciones de lavado de dinero, viii) el funcionamiento de los servicios públicos conforme lo previsto en los respectivos marcos regulatorios; viii) el cumplimiento de las normas de seguridad e higiene y policía de trabajo, ix) el desarrollo de actividades comerciales conforme a las normas de habilitación o autorización y los códigos sectoriales pertinentes, x) la comercialización de productos cumpliendo las medidas de seguridad, tanto sanitarias como de cualquier otro tener dispuestas por la normativa, pertinente a fin de evitar poner en riesgo a la población, xi) la regulación del mercado audiovisual y de telecomunicaciones, etc.

17 Cfr. Eduardo Cordero Quinzacara, "Los principios que rigen la potestad sancionadora de la Administración en el derecho chileno", *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso* N° 42 (Julio 2014).

18 Como explica la doctrina especializada, producto de los principios liberales ilustrados se logró limitar el ejercicio del poder penal a la exclusiva protección de bienes jurídicos frente a lesiones y peligros especialmente graves y, siempre además, como ultima ratio. De este modo, delitos en sentido material pueden ser sólo conductas que lesionan o ponen en peligro bienes jurídicos de un modo grave y frente a las que ya no hay disponible ninguna otra reacción legítima que no sea la pena estatal (Cfr. García Martín, "Contribución al esclarecimiento...").

19 En esa tesitura, infracción administrativa es sólo aquella conducta contraria a dicho ordenamiento (conducta antijurídica) que, además, está tipificada en una ley como tal infracción y a la que la misma ley atribuye una sanción administrativa. Como además se exige el requisito de la culpabilidad, se puede definir como acción u omisión antijurídica, típica y culpable para la que la ley prevé la imposición de una sanción por alguna autoridad administrativa. Cfr. Manuel Rebollo Puig y Manuel Izquierdo Carrasco y Lucía Alarcón Sotomayor y Antonio Bueno Armijo, "Panorama del derecho administrativo sancionador en España. Los derechos y las garantías de los ciudadanos". *Revista Estudios Socio-Jurídicos* Vol.7, N° 1 (Enero – Junio, 2005): 23-74.

20 Con toda claridad explica el autor que, tal situación se veía apoyada en la ausencia de una regulación legal de esas materias generales y en los preceptos legales que atribuyen poderes sancionatorios a la Administración en términos sumamente amplios, como por

Todas situaciones que, a pesar de los esfuerzos de los autores y la jurisprudencia, se continúan presentando en la actualidad y que determinan la necesidad de incorporar a la práctica sancionatoria la obligación de la Administración sancionadora de analizar el alcance de la afectación del bien jurídico tutelado, como medio útil de corrección para evitar excesos.

Claro que el tema no es sencillo y parece justo mencionar que también se advierten discusiones doctrinarias respecto a si solo debe entenderse penalmente tutelables los bienes jurídicos contemplados en la Constitución en forma expresa o si corresponde extender esta categoría hasta supuestos que no guardan una relación directa con las normas constitucionales o, más complejo aun, si es posible extender los bienes tutelados hacia situaciones en las que no hay derechos de fondo otorgados al colectivo protegido, como se daría, por ejemplo, ante un supuesto en el que se sancione el maltrato animal<sup>21</sup>. Podría sostenerse que, en tales casos, el objeto de protección no es tanto el derecho de los animales considerado en sí mismo, sino más bien el ataque a los valores que la sociedad entiende necesario proteger y por ello castiga conductas que son socialmente condenadas.

La respuesta dista de ser lineal y existen tantas visiones como autores, no obstante en nuestra opinión, lo relevante es no perder de vista la necesaria subordinación del Derecho penal y, por consecuencia, del Derecho administrativo sancionador a los principios y garantías constitucionales, de manera tal que la posibilidad que tienen las Administraciones de imponer sanciones esté siempre sometida a la obligación de respetar el debido proceso, tanto sustantivo como adjetivo, lo que implicaría, entre otros aspectos, respetar los principios de legalidad, tipicidad y seriedad de la ofensa que en muchas circunstancias se ven afectados, cuando la Administración intenta limitar su eficacia práctica.

## 2. Bien jurídico tutelado y garantías

Dentro del marco del principio de legalidad, la doctrina puntualiza la existencia de, por lo menos, cuatro manifestaciones básicas sobre cuya aplicación en esta materia existe consenso y se pueden clasificar del siguiente modo:

- a) el principio de reserva legal, según el cual no es posible la creación de la infracción ni la sanción sin una norma legal expresa que las establezca<sup>22</sup>;
- b) el mandato de tipificación que impone la obligación de que sea la norma legal la que describa la conducta infractora y las características de la sanción que le corresponde;
- c) la prohibición de retroactividad de la ley *in peius* y la obligación de admitir la retroactividad o ultraactividad de la ley más benigna y;
- d) la prohibición de la analogía *in peius*<sup>23</sup>.

Respecto de los dos primeros principios, la doctrina argentina ha señalado que es necesario que ley describa, cuanto menos, el núcleo principal de la conducta infractora y de la consecuencia jurídica –la pena–, al tiempo que también se sostiene, que el mandato de tipificación debe construirse sobre la base de un “bien vital” para la sociedad o el individuo, en una postura que compartimos plenamente<sup>24</sup>.

ejemplo, haciendo una mera referencia a frases tales como: «las infracciones urbanísticas serán sancionadas gubernativamente». Ante esa situación dada por la falta de precisión del ordenamiento jurídico, García de Enterría destacaba como favorable la jurisprudencia del fuero contencioso-administrativo, en tanto había establecido que la ausencia en la legislación de una «parte general» de las infracciones y sanciones administrativas no podía interpretarse como una habilitación a la Administración para una aplicación arbitraria y grosera de sus facultades represivas, sino que se trataba de una laguna que ha de integrarse necesariamente con las técnicas propias del Derecho Penal ordinario (Cfr. Eduardo García de Enterría, “El problema jurídico de las sanciones administrativas”, *Revista española de derecho administrativo* N° 10 (1976): 399-430

21 Cfr. Manuel Gómez Tomillo y Ínigo Sanz Rubiales. *Derecho administrativo sancionador. Parte General*, 4ta edición (Navarra: Thomson Reuters Aranzadi, 2017), 54 con cita de C. Méndez Rodríguez, y F. Mantovani.

22 A este respecto, la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina en un valioso precedente ha tenido oportunidad de recordar que: “...una cosa es considerar que la previsión, no estrictamente penal puede ser más laxa en cuanto a la configuración del aspecto subjetivo de la conducta (dolo o culpa) o en lo relativo a la intensidad de afectación del bien jurídico (daño potencial o real...) y otra muy distinta es considerar que la sanción de multa por una infracción no debe condicionarse a que ésta se encuentre prevista como tal en una norma anterior al hecho. Ello es así por cuanto, más allá de esas características propias, no es dudoso el carácter represivo de la norma. Por consiguiente el carácter de infracción –y no de delito– no obsta a la aplicación de las garantías constitucionales básicas que se fundan en la necesidad de que exista una ley para que una persona pueda incurrir en la comisión de una falta pasible de sanción (Cfr. CSJN, 1/11/2011, “Volcoff, Miguel J. y oros v. Banco Central de la República Argentina”, del voto de la mayoría con cita de Fallos: 3014:849)

23 Cfr. García Pullés, Fernando, “La potestad sancionatoria...”, 518.

24 Cfr. Roberto Durrieu, “El bien jurídico protegido...”. Al respecto, el autor entiende que la ausencia de un bien jurídico que preservar despoja a la norma penal de todo contenido material, como también de toda legitimidad. “De ese modo se puede afirmar que cualquier tipificación resulta imposible o bien arbitraria sino se construye sobre la base de un bien vital para la sociedad o el individuo. El Derecho penal no crea los bienes jurídicos, sino que los identifica, pondera su importancia y actúa sobre ellos tutelándolos”.

Ahora bien, se plantean algunos conflictos en lo que se refiere al alcance de las facultades que se atribuyen a las autoridades administrativas para reglamentar las normas que tipifican infracciones. En ese sentido, se admite que la decisión del legislador de considerar a una determinada falta como infracción susceptible de ser castigada con una pena puede ser completada o perfeccionada en sede administrativa. Sin embargo, no resulta constitucionalmente admisible en un Estado de Derecho que se tipifiquen infracciones sin que exista la correspondiente habilitación legal previa. Así, se reconoce que cuando se hace referencia a la "ley previa" debe entenderse que, en mérito a la naturaleza restrictiva de la interpretación en materia penal que tiende a tutelar los derechos fundamentales de las personas, solamente cabe entender que se trata de una ley material y formal. Es decir, que las infracciones administrativas, en función de su reconocido carácter penal, no pueden ser establecidas por reglamentos, pues las autoridades administrativas carecen de competencia constitucional para crear faltas o contravenciones<sup>25</sup>.

Desde nuestra posición, la ley previa a la que venimos haciendo referencia además de cumplir con su rol de garantía propia del Estado de Derecho, cumple también una importante función, ya que a través de esa legislación se puede determinar cuál es bien jurídico tutelado, elemento que –como ya hemos sostenido– se relaciona en forma directa con el principio de tipicidad. En efecto, el principio de tipicidad requiere tanto la descripción de los hechos que definen cada contravención, como precisión respecto de las penas aplicables en cada supuesto típico ya que, en materia penal, el silencio del legislador implica que la conducta ingresa dentro del ámbito de libertad propio del sujeto. Por esta causa, el principio de tipicidad es incompatible con las fórmulas genéricas o abiertas que se emplean en algunas oportunidades para calificar la infracción administrativa<sup>26</sup>. Por lo tanto, debe valorarse que la reserva de ley en materia sancionadora es un principio de aplicación estricta, que se manifiesta en la necesidad de que la ley en sentido formal defina de un modo más o menos concreto las infracciones y sanciones, siendo por tanto limitada la facultad de la Administración de colaborar reglamentariamente con la tipificación de la sanción<sup>27</sup>.

Por ello, la noción de bien jurídico tutelado junto con la debida descripción de la conducta, conforman el contenido básico del principio de tipicidad. Pues de otro modo, lo que sucede es que la ausencia legislativa se suple con la actuación de la Administración en el caso concreto que le toca sancionar, lo que en términos prácticos significa que, tanto la configuración de la infracción como el supuesto bien jurídico protegido, se terminan definiendo por vía de acto administrativo, a pesar de no resultar ello aceptable desde el punto de vista constitucional, pues las garantías básicas del debido proceso sustancial tienden, precisamente, a impedir que la sanción se base en opiniones o criterios de la autoridad de aplicación, exigiendo que la conducta penada y –agregamos nosotros– el bien jurídico tutelado y su alcance, se encuentren claramente previstos en la ley<sup>28</sup>.

Desde esa perspectiva, nos resulta interesante asociar esta línea expositiva con el principio de insignificancia o bagatela, en tanto se presenta como un límite a la actividad punitiva del Estado, por entender que no se encontraría racionalmente fundada la aplicación de una pena por un hecho cuyas consecuencias lesivas son nimias o irrelevantes de cara al bien jurídico tutelado, por lo que también para esos casos propiciamos, como lo hace la doctrina especializada, que resulta necesario proceder a desestimar la imputación ante un supuesto de no afectación del bien jurídico protegido<sup>29</sup>.

En ese campo, y como venimos sosteniendo, la afectación al bien jurídico cumple una función importante de cara al principio de la tipicidad, de modo tal que una lesión insignificante resultaría por ende atípica al no revestir entidad suficiente. El principio de insignificancia representa un criterio de índole interpretativa, restrictivo de la tipicidad de la conducta, partiendo de la consideración del bien jurídico, y en la medida de su lesión o puesta en peligro concreto<sup>30</sup>. En ese sentido, los tribunales argentinos han tenido oportunidad de analizar la relación que existe entre el bien jurídico tutelado y la exigencia de la determinación legislativa

25 Cfr. Juan Carlos Cassagne, *La intervención administrativa* (Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1994), 223.

26 Cfr. Cassagne, *La intervención administrativa...*, 224.

27 Joaquín De Fuentes Bardají, dir., *Manual de derecho administrativo sancionador* (Madrid: Thomson Aranzadi, 2005), 133.

28 La dogmática penal es muy precisa en estos aspectos, al tiempo que la jurisprudencia recepta los principios desarrollados doctrinariamente, al sostener que por ley se definen los tipos penales y las sanciones correlativas. De ello, se deduce que ni el Juez ni la Administración pueden crear figuras penales, por resultar competencia exclusiva del legislador. La Corte Suprema de Justicia de la Nación entiende que el derecho penal es un sistema riguroso y cerrado, formado por ilicitudes discontinuas, que no tolera ningún tipo de interpretación que, por analogía, tienda a completar elementos esenciales de las figuras creadas por la ley ("Uzandizaga, Perrone y Juliarena SRL", Fallos, 303:1548); esto rige en cualquiera de las ramas del derecho criminal ("Coop. Agropecuaria de Laprida Ltda." Fallos, 305:1092). Del mismo modo, queda constitucionalmente prohibida la interpretación extensiva de las figuras penales ("Oliver", Fallos, 275:89 y "Sotelo", Fallos, 300:291).

29 Cfr. Juan Pablo Santojanni, "El principio de insignificancia y la desestimación de la denuncia por inexistencia de delito", *Revista Jurídica Argentina La Ley* (2009): 871-877.

30 Cfr. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional, Capital Federal, Sala 6, "Bueno, Sergio H.", 20/06/2006, SAIJ Sumario: G0022856.

previa de hechos punibles y sanciones a aplicar, sosteniendo que la intensidad de la protección que el legislador otorga a un bien jurídico determinado permitiría concluir si las resoluciones sancionatorias representan un ejercicio razonable del poder de policía estatal<sup>31</sup>.

Tal como sostiene la doctrina especializada, el poder sancionador de la Administración resulta, en ocasiones, superior al de los jueces y tribunales, de lo que se deduce que el Derecho administrativo sancionador se utiliza para reprimir conductas socialmente graves y que traen aparejadas penas severas, por lo que resulta necesario analizar la potestad sancionatoria desde la gravedad de la reacción punitiva de la Administración<sup>32</sup>. No se trata aquí de propiciar que el Derecho administrativo pudiera tener un rol residual, en el sentido de sostener que a la Administración solo le correspondería intervenir ante situaciones de menor trascendencia. Por un lado, porque tal premisa sería rápidamente desmentida por la realidad y, por otro, porque desde nuestra perspectiva, en la medida en que exista un bien jurídicamente tutelado, no corresponde hacer distinciones en cuanto al valor de ese bien, sino más bien focalizarse en lo relativo a la proporción que necesariamente debe existir entre la conducta en infracción y la sanción aplicable.

Dicho en otros términos, todos los bienes jurídicos son dignos de protección, por lo que lo que habrá que tener en cuenta en todo caso, al ejercer la potestad sancionatoria, es el carácter represivo que ella ostenta y la necesidad de respetar los principios de razonabilidad<sup>33</sup> y sobre todo de proporcionalidad<sup>34</sup>. Así, en lo que a imputaciones objetivas se refiere, entendemos que esta postura constituye un parámetro de corrección que permite descartar la aplicación de una sanción cuando no se presenta una relación proporcional entre la falta cometida y la afectación de aquella al bien jurídico tutelado. De esa forma, la doctrina puntualiza que el grado de ofensividad de una determinada conducta no se circunscribe a la importancia intrínseca del bien jurídico protegido<sup>35</sup>, sino que también se deben analizar otros parámetros tales como los relacionados con el principio de insignificancia para aquellos casos en los que la mera ejecución de la acción no resulte suficiente para imponer una pena.

Pero además, el Derecho administrativo sancionador reconoce como garantía en esta materia a aquella que prohíbe castigar comportamientos que no supongan un daño a bienes generales de terceros, es decir, que la conducta punible siempre lleva aparejada un grado de ofensividad que se relaciona con la afectación necesaria a un bien jurídico tutelado<sup>36</sup>. El objetivo de tal garantía no es otro que evitar que el mal que infligen las sanciones supere el bien que se derivaría de sus efectos represivos. Se trata, en definitiva, de una garantía muy emparentada con la obligación del Estado de adoptar medidas que respeten el principio de proporcionalidad, en este caso, entre la sanción y la conducta punible.

### 3. Las sanciones administrativas y el factor objetivo de atribución

Lo anterior nos lleva a considerar el debate que se plantea con las infracciones de mero peligro ante la tensión que se produce entre la necesidad de penar conductas en resguardo de bienes jurídicos protegidos

31 En este caso se trataba de una sanción impuesta por la Comisión de Valores por un supuesto de *insider trading*, respecto del cual se sostuvo que la infracción no requería la efectiva alteración del mercado mobiliario, sino que la agresión al bien jurídico tutelado se produce cuando existe la mera posibilidad de que el uso de información privilegiada altere la *pars conductio*, pues la norma contempla una infracción de peligro abstracto, que no exige que la conducta descrita tenga un efecto negativo sobre la cotización (Cfr. Corte Suprema de Justicia de la Nación, Establecimiento Modelo Terrabusi S.A. s/ Transferencia de paquete accionario a NABISCO, 27/09/2001, IJ-XXII-145).

32 Cfr. Gómez Tomillo y Sanz Rubiales, *Derecho administrativo sancionador...*, 71. Los autores destacan que la experiencia histórica pone de manifiesto que siempre se ha abusado de los poderes otorgados por medio del contrato social al Estado, por lo que consideran indiscutible que el derecho administrativo sancionador es una herramienta que se usa para reprimir comportamientos socialmente muy graves. Asimismo, consideran que independientemente de la corrección de tal decisión político-legislativa, la realidad impone la necesidad de someter a este sector del Derecho a severos límites acordes con la gravedad de la reacción punitiva.

33 Es interesante recordar que el principio de razonabilidad, se compone por tres subprincipios cuya aplicación resulta esencial en esta materia. Se trata de los juicios de adecuación, necesidad y proporcionalidad. El juicio de adecuación permite evaluar si las normas que regulan el ejercicio de un derecho fundamental resultan adecuadas o idóneas para lograr el fin que se busca alcanzar con su dictado. Por su parte, el subprincipio de necesidad requiere que se adopte la acción que resulte menos gravosa por los derechos afectados, en la medida en que pueda alcanzar la finalidad perseguida con igual eficacia. Mientras que la proporcionalidad consiste en exigir un razonable equilibrio entre las ventajas obtenidas y los perjuicios ocasionados con la medida legislativa en cuestión. Al respecto, adoptamos la clasificación elaborada por María Marta Didier, "Las vinculaciones entre la igualdad formal y la razonabilidad en la jurisprudencia constitucional", publicado en *El Derecho, Derecho Constitucional. Serie Especial* (20-12-2001) y en *La Ley, Suplemento Actualidad*, (18-12-2001).

34 En el derecho argentino, la Ley Federal de Procedimientos Administrativos (Ley N° 19.549), al referirse al elemento finalidad del acto administrativo, establece en forma concreta que las medidas que el acto involucre deberán ser proporcionalmente adecuadas a la finalidad que resulta de las normas que otorgan las facultades pertinentes al órgano emisor, sin poder perseguir encubiertamente otros fines, públicos o privados, distintos de los que justifican el acto, su causa y objeto.

35 Cfr. Gustavo Jorge Ravizzoli, "El principio de insignificancia o bagatela", *Revista del Colegio de Abogados de La Plata* N° 77 (Mayo 2013).

36 Cfr. José Cid Moliné, "Garantías y Sanciones (Argumentos contra la tesis de identidad de garantías entre las sanciones punitivas)", *Revista de Administración Pública* N° 140 (Mayo-Agosto 1996): 138.

y las garantías que deben otorgarse al supuesto infractor. Conforme desarrolla Cid Moliné<sup>37</sup>, si el legislador se decide por la alternativa más garantista, sancionando exclusivamente comportamiento lesivos de los bienes, resulta posible que los administrados asuman más riesgos confiando en que no serán sancionados. Por el contrario, si la política represiva es muy estricta y existe amenaza de sanción ante cualquier incumplimiento de la normas, se produzca o no un daño al interés jurídicamente protegido, lo que sucederá es que la Administración será investida de un gran poder que podrá tender al exceso de punición.

Cierto es que el análisis abstracto, y sin referir a un régimen jurídico, puede no ser el mejor método en esta materia, ya que en cualquier caso las garantías merecerían mayor relevancia que la amenaza de sanción, al menos, visto el tema desde perspectiva teórica. Pensamos, por tanto, que si bien la tensión existe y es constante, la situación podría mejorarse si, junto con la atribución de la potestad sancionatoria, el legislador se encargara de fijar algunos límites precisos para que sean respetados por el sumariante, como por ejemplo, la posibilidad de decretar el archivo de las actuaciones sumariales ante la inexistencia de afectación concreta a un bien jurídico protegido que pudiera haberse visto menoscabado en forma directa por la conducta infractora. Lo mismo correspondería de verificarse un supuesto de bagatela o nimia afectación de los bienes jurídicos tutelados.

En ese contexto, el problema que suponen los factores objetivos de atribución en el ámbito de las sanciones administrativas podría resumirse en la tensión que se verifica cuando el ordenamiento jurídico atribuye algún valor trascendente a determinado bien jurídico considerado en forma abstracta –por ejemplo, el adecuado funcionamiento del sistema financiero– y, para resguardarlo, se imponen una serie de obligaciones más o menos genéricas que luego se convierten en infracciones administrativas para cuya procedencia no es necesario verificar la culpa o dolo del agente. Se transforman, por tanto, en infracciones que quedarían configuradas ante la mera transgresión de la norma sin tomar en consideración ningún factor subjetivo ni del agente que las cometió ni respecto del eventual daño que pudiera causarse.

Cassagne<sup>38</sup> expone que en materia de sanciones, 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. 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. Sin embargo, tal responsabilidad tiene un carácter excepcional y no puede desconocer las garantías de reserva de ley para la tipificación de la infracción, igualdad, razonabilidad y proporcionalidad.

Como enseña Fiorini<sup>39</sup>, para el Derecho administrativo la ilicitud tiene el mismo contenido funcional que en cualquier rama jurídica, por lo que, desprovista de prejuicios, la ilicitud tiende a una concepción unitaria basada en el incumplimiento de la conducta impuesta. Esta postura –a la que adscribimos por considerar que sintetiza del mejor modo posible todas las teorías que se han desarrollado en el tiempo– tiene la ventaja adicional de permitir elaborar principios comunes aplicables a cualquier infracción administrativa, incluidas aquellas que han sido convenidas en un contrato. Dejamos planteado simplemente –por exceder el objeto de este trabajo– que, desde nuestra perspectiva, las infracciones contractuales no han tenido el desarrollo que merecen a la luz del ejercicio sancionatorio que en esta materia lleva adelante la Administración en forma normal y habitual.

Volviendo al tema que nos ocupa, consideramos que en la actualidad la tesis de Fiorini respecto a un criterio único de ilicitud se encuentra apoyada por la introducción constante y, cada vez más frecuente, de infracciones “de tipo objetivo”, aunque no está muy claro si la referida objetividad tiene por fin evitar la aplicación de un factor subjetivo de atribución o si se refiere a otros aspectos, tales como la penalización por el solo hecho de considerarse que la introducción de un riesgo resulta grave para la comunidad, etc. Es decir, que la mera referencia a una supuesta infracción objetiva no nos permite de por sí tener una clara

37 Cfr. Cid Moliné, “Garantías y Sanciones...”, 140.

38 Cfr. Juan Carlos Cassagne, “El derecho administrativo sancionatorio en la actividad financiera”, *Revista de Derecho Administrativo* Vol. 115 (Enero-Febrero 2018): 63.

39 Nos parecen muy ilustrativas y actuales las enseñanzas de Fiorini a este respecto, en cuanto explicaba que: “*El ilícito es siempre ajurídico, pero las conductas o actos sancionados tienen distintas causas; así se comprueba las diversas clases de sanciones y los distintos grados de sujeción que vincula la Administración Pública con los particulares o administrados. Hay así sanciones disciplinarias, policiales, tributarias, municipales, económicas, procedimentales, etc., pero todas -no obstante su prodigalidad y su terminología - se rigen por los principios de la ilicitud y sus distintas disciplinas. En éstas no puede suponerse, que no existan las consecuencias inimputables y que siempre deberá castigarse. Afirmar eso es negar el derecho y todo nuestro orden constitucional. Lo esencial es despojar la autoridad policial del mito de la autoridad inexorable y ubicarla y ajustarla en el seno del Estado de derecho*” (Cfr. Bartolomé A. Fiorini, “La ilicitud y las sanciones administrativas”, en *Summa de Derecho Administrativo*, tomo III, dir. Juan Carlos Cassagne (Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2013), 3649 -51.

conceptualización de ese ilícito. Atento a ello, recordamos que existe una distinción tradicional entre delitos de daño y delitos de peligro. La diferencia entre ambas categorías consiste en que, mientras los delitos de daño se consuman con la lesión efectiva de un bien jurídico, los delitos de peligro se consuman con solo ser puesto en peligro un bien tutelado<sup>40</sup>.

Según nuestra opinión, el riesgo de transferir directamente la noción de delito de peligro a “infracción administrativa de peligro” radica en la atribución de potestades que se otorgan a la Administración sumariante. En efecto, al no exigirse algún menoscabo concreto y real de los bienes jurídicos tutelados, sumado al hecho que rara vez se respeta el mandato de tipificación con los contornos identificados por la doctrina, se produce como resultado que cualquier conducta puede ser considerada como infracción por la Administración, ya que el contenido del supuesto ilícito, en muchos casos, se termina de definir en la misma acta de infracción que labra el funcionario inspector, sin que resulte posible determinar de antemano cuáles son las conductas vedadas por el ordenamiento jurídico.

Se dirá, por supuesto, que ante supuestos graves la Administración tiene el deber de actuar, pues de lo contrario, si todo quedara determinado al libre albedrío del administrado, se privaría a las autoridades del ejercicio de sus facultades constitucionales. Sin embargo, no son los supuestos de faltas graves o flagrantes los que nos preocupan, pues, en esos casos, siempre la Administración encontrará argumentos para justificar el ejercicio de su potestad de policía. Al contrario, nos ocupamos de la cantidad de casos en los que se advierte una actuación arbitraria del sumariante en la determinación de la falta imputada, o bien, respecto del alcance de la conducta que se consideraba sancionable.

Todo lo anterior tiene el agravante que el administrado no puede defenderse –ni mucho menos puede evitar– lo que no conoce. De allí la importancia de definir en forma previa las infracciones aplicables mediante una fórmula adecuada que otorgue precisiones suficientes para los sujetos pasivos, de modo tal que ellos puedan comprender cabalmente cuáles son los supuestos que generan infracciones y no tomar conocimiento de alguna objeción al efectuarse el respectivo sumario, muchas veces, varios años después de cometida la supuesta falta. Siguiendo esa tesitura, nos parece que no es posible en materia sancionadora establecer una infracción genérica, la que estaría fundada en un formulación ambigua como, por ejemplo, aquellos que prevén como sujeto a sanción cualquier incumplimiento o apartamiento del régimen jurídico vigente.

A pesar de las diferencias, pensamos que podría resultar interesante tomar como punto de partida para el análisis de esta problemática, la idea de un concepto unívoco de ilícito que propone Fiorini y analizar si la “antijuridicidad material” que contemplan las normas civiles para atribuir responsabilidad –en concreto siguiendo el modelo adoptado por el Código Civil y Comercial argentino vigente desde el 1 de agosto de 2015– puede implicar trazar algún paralelismo con el concepto de “imputación objetiva” que se alega respecto de las infracciones que conforman los regímenes sancionatorios abarcados por el Derecho administrativo. Ello, en la medida en que vemos cierta armonía de conceptos entre el ilícito penado por la infracción administrativa y el ilícito civil, considerado como género.

En efecto, en la actualidad se define a la antijuridicidad como la contrariedad entre un hecho y el ordenamiento jurídico considerado en su totalidad, incluyendo los principios generales del Derecho, con abstracción de la voluntariedad o involuntariedad de la conducta del agente, o de la existencia de culpa (antijuridicidad objetiva)<sup>41</sup>. Haciendo un paralelismo con lo expuesto, recordamos que en lo referente a

40 Explica Fontán Balestra que no todos los bienes jurídicos son objeto de tutela penal en la misma medida: cuando lo que se tutela en la figura es la lesión efectiva del bien, la puesta en peligro de ese mismo bien constituye tentativa y como tal se pena. Pero para que exista tentativa es preciso que el bien haya corrido peligro, por eso se requiere la idoneidad en el medio, es decir, la capacidad para causar la lesión. En cambio, en los delitos de peligro lo que la ley tipifica es la puesta en peligro de un bien jurídico, por lo tanto el delito de peligro no requiere para su perfeccionamiento haber provocado un daño efectivo. En estos casos se niega la posibilidad de tentativa, dado que siendo ya la tentativa una figura de peligro, aceptar la tentativa en los delitos de peligro sería sancionar el peligro del peligro (Cfr. Carlos Fontán Balestra, *Tratado de derecho penal*, Tomo 1 (Buenos Aires: Abeledo-Perrot Ediciones Glem S.A, 1966), 473.

41 Producto de una paulatina evolución, hemos logrado superar la antijuridicidad formal como factor de atribución civil, para dar paso a la noción de antijuridicidad material. Con ello, el énfasis se ha colocado en lo injusto del daño y no en el agente que lo causó. Lo que llevó a un replanteo de la ilicitud como presupuesto sine qua non de la responsabilidad civil. Más aun, de lo establecido en el artículo 1717 del Código Civil y Comercial argentino, se deduce que no resultaría imprescindible exigir la violación a una conducta tipificada en una norma expresa para que la acción dañosa pueda tildarse de antijurídica, sino que es suficiente con que resulte contraria al ordenamiento jurídico integralmente considerado. Por ello, consideramos que el Código Civil y Comercial argentino contempla un sistema de responsabilidad civil que, entre sus disposiciones, contempla principios que resultan de gran interés para el estudio de la potestad sancionadora. Entre ellos, es interesante destacar la pauta sentada en el artículo 1714 del Código Civil y Comercial en tanto rige los supuestos de punición excesiva, estableciendo “si la aplicación de condenaciones pecuniarias administrativas, penales o civiles respecto de un hecho provoca una punición irrazonable o excesiva, el juez debe computarla a los fines de fijar prudencialmente su monto”.

la potestad sancionatoria se insiste en que existen infracciones que no requieren de la constitución del elemento subjetivo. Así, se alega y terminamos aceptando como verdad de fe que existen plexos jurídicos que describen determinadas conductas punibles sin tener en cuenta si ha mediado dolo o culpa por parte del infractor o si existen eximentes subjetivos como el error involuntario que demuestran la antijuridicidad de la conducta, toda vez que basta con la verificación del hecho externo de la violación de las disposiciones sancionatorias para la procedencia de la aplicación de las sanciones allí previstas.

Sobre el particular, la doctrina civil enfatiza que un principio cardinal del ordenamiento jurídico es aquel que prohíbe dañar al otro, de donde resulta que es antijurídico todo hecho que daña, salvo que exista una causa de justificación y sin necesidad de que exista una expresa prohibición legal en cada caso (antijuridicidad material). Si bien entendemos que así conceptualizada la antijuridicidad material no sería directamente aplicable al Derecho sancionador como modo de atribuir responsabilidad por incumplimientos no tipificados, el paralelismo que notamos estaría dado exclusivamente en la tendencia a buscar figuras objetivas de ilícitos, sin que ello pudiera implicar claro está, que atenuar en forma alguna las implicancias del principio de tipicidad en el ámbito sancionador<sup>42</sup>. En consecuencia, sin trasgredir el principio de tipicidad, consideramos que es conveniente –y muchas veces hasta necesario– que cuando en la ley de la materia no se encuentran previsiones para el caso concreto, deba recurrirse a las normas penales o civiles en tanto sean adecuadas y compatibles con la naturaleza del supuesto bajo examen, pero siempre en la medida en que se haya verificado una afectación concreta a los intereses jurídicamente tutelados. En ese sentido, entendemos que esta postura podría encontrar fundamento en la jurisprudencia que justifica el accionar sancionador siempre en la medida en que se verifique la afectación de un bien jurídico protegido, aun en supuestos en los que se considera que existe una infracción objetiva, es decir, aquella que no requiere para su procedencia del análisis de factores subjetivos de atribución<sup>43</sup>.

Por otra parte, es fórmula habitual que se reitera en las decisiones judiciales que analizan sanciones impuestas por la Administración, aquella que sostiene que ni el desconocimiento de las circunstancias, ni la falta de intencionalidad, ni la creencia de que se estaba operando en forma correcta constituyen factores que puedan eximir o reducir la responsabilidad de los agentes. Sin embargo, las decisiones aclaran que no se trata de una punición automática, sino que en ciertas ocasiones (como la regulación del mercado financiero, por ejemplo), la importancia económico-social de la actividad, justifica el mayor rigor con que debe ponderarse el comportamiento de quienes están alcanzados por normas de policía específicas que buscan evitar situaciones de riesgo<sup>44</sup>. Otro aspecto que se suele reiterar es que las infracciones formales no requieren la producción de ningún resultado o evento extraño a la acción misma del sujeto para su configuración, ya que se trataría de ilícitos denominados de pura acción u omisión por lo que su apreciación es objetiva<sup>45</sup>.

Ante las alegaciones defensivas respecto a la falta de comprobación del factor subjetivo contenido en la infracción atribuida, la jurisprudencia ha considerado –mediante una fórmula que se reitera– que al tratarse de infracciones formales, no deviene necesario indagar en la intencionalidad del agente, pues basta la simple violación del mandato legal para que el dolo se presuponga, quedando en cabeza del inculpaado acreditar los elementos exculpatorios que alegue<sup>46</sup>.

42 Es interesante hacer notar que la doctrina civilista también sostiene que: “a diferencia de lo que sucede en el derecho penal, el ilícito civil es atípico, porque no es necesario que la ley describa en cada caso con detalle la conducta prohibida”. Cfr. Sebastián Picasso, “La antijuridicidad en el proyecto de Código”, *La Ley*, 30 de agosto, 2013.

43 En tal sentido, la Sala 3 de la Cámara Nacional de Apelaciones en los Contenciosos Administrativos Federales en autos “Kohan, Lucio y otros v. BCRA” resolvió que “Las sanciones que el Banco Central aplica por infracciones a la Ley de Entidades Financieras, a sus normas reglamentarias y a las resoluciones que dicte en ejercicio de sus facultades, persiguen evitar o corregir conductas que constituyan un apartamiento de las reglas a que debe atenerse estrictamente la actividad de los intermediarios financieros, con prescindencia de las eventuales consecuencias que pudiera derivarse de aquellas y sin que pueda pretenderse que la ausencia de riesgo económico pueda desvirtuar las imputaciones efectuadas, pues el bien tutelado es el sistema financiero.

44 Así, por ejemplo, la jurisprudencia ha considerado que “la actividad bancaria, en el marco del funcionamiento del sistema financiero y productivo, ha sido siempre calificada como una actividad de alto riesgo, un sector sensible y expuesto, pues está sujeto a los vaivenes de un sistema económico caracterizado por la imprevisibilidad y por la interacción en él de variables de la más diversa índole. Es por ello que el Estado se ha abocado históricamente a regular intensamente la actividad y delegado en un órgano especializado como es el Banco Central el dictado de la normativa y de los requerimientos puntuales, de cuyo estricto cumplimiento depende la consecución de fines inmediatos – tales como la protección del patrimonio de las entidades financieras como del público en general-, y mediatos en cuanto éstos suponen el resguardo de la estabilidad monetaria y la prosperidad de la actividad productiva” (Cfr. C. Nac. Cont. Adm. Fed., sala 2ª, “Bessio, Roberto E. y otros v. Banco Central de la República Argentina”, 08/03/2007).

45 Cfr. C.Nac. Cont. Adm. Fed., sala 2ª, “Taller de Inspección Técnica CITTA v. Comisión Nacional de Regulación del Transporte”, 26/04/2005, Lexis Nº 70018264.

46 Cfr. CSJN, Recurso de hecho, “Agrigenetics S.A. s/ infracción Ley 24.144”, A. 312, XL, dictamen del Procurador General de la Nación, del 26-07-05.

Cabe preguntarse si continúa vigente –al menos para las sanciones administrativas– el principio de personalidad de la pena, en tanto ese principio implica que solo puede ser reprimido quien resulte culpable, es decir, aquel a quien la acción punible pueda serle atribuida tanto objetiva como subjetivamente<sup>47</sup>. Como advierte Jakobs<sup>48</sup>, los estándares normativos de la imputación objetiva no se refieren a las capacidades de los sometidos a las normas, sino a la interpretación de la norma, ya que esta se estandariza. Ello no implica atribuir a la Administración la potestad de completar el tipo infraccional al hacer la imputación, lo que muchas veces sucede cuando la legislación no establece los contornos de la conducta penada y, por tal razón, se invoca una supuesta atribución objetiva de responsabilidad para justificar la sanción ante lo que se entiende un apartamiento de la norma vigente. Lo que sucede es que la mera alegación respecto a la supuesta existencia de un tipo objetivo de infracción no podría estar fundado pura y exclusivamente en una disposición genérica del tipo de aquellas que prevén que será pasible de sanción cualquier apartamiento de las disposiciones de la ley, pues tal tesis no respeta el mandato de tipificación como ya sostuvimos.

Se observa, sin embargo, una tendencia jurisprudencial a asimilar conceptos que no lo son. Así, por ejemplo, es común observar que la mera referencia al hecho de haberse configurado una infracción de tipo objetivo, autorizaría sin más a prescindir de cualquier otra apreciación para tener por configurada la infracción. Así, cada vez es más frecuente en lo que a infracciones se refiere, que se acepten sin cuestionamientos políticas legislativas que establecen criterios objetivos de imputación, como la teoría del riesgo creado, de la especialidad o la solidaridad en las penas, todo ello justificado desde la relevancia que se otorga al bien jurídico tutelado por las normas que tipifican las infracciones. Pero lo llamativo es que la relevancia que se alega respecto del interés tutelado, luego no tiene un correlato concreto en la tipificación y en la sanción que se impone de las conductas en infracción. No alcanzamos a comprender, por tanto, como el sistema califica de relevante, esencial, prominente, etc., un bien jurídico aunque luego esa calificación no se traduce en acciones concretas como la tipificación de infracciones, lo que arroja como resultado que la Administración, alegando la supremacía del bien que intenta proteger, incrementa sus facultades discrecionales en una materia en la que, de admitirse, debería ser la excepción.

#### 4. A modo de conclusión

Para cerrar este artículo, no podemos dejar de destacar que uno de los aspectos que mayor debate genera, de cara a la imposición de una eventual sanción, es la relación entre el contenido de la imputación de la Administración en el caso concreto y las normas que establecen las obligaciones que se dicen incumplidas, cuando éstas no definen con exactitud la conducta punible, sino que establecen pautas a las que se puede caracterizar como conceptos jurídicos indeterminados. En estos casos, se advierte con mayor precisión que la Administración no solo desarrolla el procedimiento sancionador guiándose por las conductas previamente tipificadas, sino que muchas veces es el propio órgano sancionador el que interpreta cuál es el alcance de la obligación que las normas imponen. Al respecto, el debate se centra en determinar si debe rechazarse la posibilidad de ejercer la potestad sancionadora en el marco de conductas innominadas, cuya descripción depende exclusivamente del juicio de la Administración<sup>49</sup>.

Teniendo en cuenta lo anterior, consideramos que, cualquiera sea el supuesto sancionador que se examine, la Administración debe indicar en forma precisa de qué manera el infractor ha afectado el bien jurídico protegido por la norma, aun en los casos en los que se habilita la imposición de infracciones ante meros supuestos de peligro. En tales casos, como es obvio, no habrá necesidad de demostrar la existencia de un daño concreto, aunque ello no implica que no se deba justificar en qué forma la conducta considerada en infracción resultó lesiva para el bien jurídico tutelado. Mientras que, en los casos en los que no resulte posible brindar dicha justificación, por ejemplo, porque la afectación ha sido nimia o porque la conducta

47 Este principio fue reconocido por la Corte Suprema de Justicia argentina en su jurisprudencia tradicional (Fallos: 271:297; 303:1548), aunque reconoce varios matices en la actualidad que dificultan darle un contorno preciso. Sin embargo, en fecha más reciente la Corte Suprema ha considerado, aunque para situaciones específicas, que: “en los casos de hechos ilícitos contemplados en la Ley N° 19.349, está a cargo de los imputados la demostración de las razones exculpatorias que aleguen (Fallos 301:618, 303:1065); doctrina que no desconoce el principio de presunción de inocencia que tiene vigencia en materia penal, sino que su verdadero alcance debe ser entendido en este sentido: “quien frente a una conducta que se tiene por cierta invoca la ocurrencia de circunstancias o causales de excepción merced a las cuales se sustraería a la sanción penal, debe demostrarlas, lo que es muy distinto a que el sospechoso pruebe su inocencia o la falsedad de la imputación” (Fallos 306:1347).

48 Günther Jakobs, *Dogmática de derecho penal y la configuración normativa de la sociedad*, (Madrid: Thomson Civitas, 2004), 33. En tal sentido, el autor destaca que la incorporación de la categoría de la imputación objetiva, no refiere a la obtención de un resultado, sino a la determinación del comportamiento no permitido.

49 Al respecto, la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en un caso en el que se examinaba qué debía entenderse por “honorabilidad” de un agente diplomático, ha tenido oportunidad de resolver que la indeterminación de los conceptos, a los que pueden referirse las normas que atribuyen la potestad de sancionar, no habilita al órgano sancionador a determinar su contenido según lo que le dicte su libre y cambiante criterio, por lo que en ese precedente se exigió al órgano sancionador, explicitar las razones concretas por las que consideraba que podía haberse configurado en el caso una afrenta al honor (in re “Spinosa Melo, Oscar F. v. Estado Nacional”, del 5/09/2006, JA 2007 –I-105).

imputada no tuvo entidad suficiente como para poner en riesgo esos bienes, corresponderá ordenar el archivo de las actuaciones sumariales.

## 5. Bibliografía

Alarcón Sotomayor, Lucía. "Los confines de las sanciones: en busca de la frontera entre derecho penal y derecho administrativo sancionador". *Revista de Administración Pública* N° 195 (Septiembre-Diciembre 2014): 135-167.

Barreira Delfino, Eduardo. *Lecciones de derecho bancario y financiero. Sanciones y defensa en juicio. Contralor judicial*. Argentina: IJ Editores, 2014.

Botassi, Carlos A. "Delitos y Contravenciones". *Revista de Derecho Administrativo* Vol. 115 (Enero-Febrero 2018): 1-8.

Bustos Ramírez, Juan. *Manual de Derecho Penal. Parte General*, 3ra edición. Barcelona: Ariel Derecho, 1989.

Cassagne, Juan Carlos. *La intervención administrativa*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1994.

Cassagne, Juan Carlos. "El derecho administrativo sancionatorio en la actividad financiera". *Revista de Derecho Administrativo* Vol. 115 (Enero-Febrero 2018): 63-82.

Cid Moliné, José. "Garantías y Sanciones (Argumentos contra la tesis de identidad de garantías entre las sanciones punitivas)". *Revista de Administración Pública* N° 140. (Mayo-Agosto 1996).

Cordero Quinzacara, Eduardo. "Los principios que rigen la potestad sancionadora de la Administración en el derecho chileno". *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso* N° 42 (Julio 2014). <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-68512014000100012>.

De Fuentes Bardají, Joaquín (direc). "Manual de derecho administrativo sancionador", Abogacía General de Estado, Dirección del Servicio Jurídico del Estado, . Madrid: Thomson Aranzadi, 2005.

Didier, María Marta. "Las vinculaciones entre la igualdad formal y la razonabilidad en la jurisprudencia constitucional", *El Derecho, Derecho Constitucional. Serie Especial* (20-12-2001) y en *La Ley, Suplemento Actualidad*, (18-12-2001).

Durrieu, Roberto. "El bien jurídico protegido en el Delito de Lavado de Dinero". *Revista del Colegio de Abogados de la Ciudad de Buenos Aires* N° 71(2011): 8-28.

Fiorini, Bartolomé A. "La ilicitud y las sanciones administrativas". En *Summa de Derecho Administrativo*, Tomo III, dir. Juan Carlos Cassange. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2013.

Fontán Balestra, Carlos. *Tratado de derecho penal*, Tomo 1. Buenos Aires: Abeledo-Perrot Ediciones Glem S.A, 1966.

García de Enterría Eduardo. "El problema jurídico de las sanciones administrativas". *Revista española de derecho administrativo* N° 10 (1976): 399-430

García Martín, Luis. "Contribución al esclarecimiento de los fundamentos de legitimidad de la protección penal de bienes jurídicos colectivos por el Estado social y democrático de Derecho." *Revista Argentina de Derecho Penal y Procesal Penal* N° 3 (Junio 2012): 141-168.

García Pullés, Fernando. "La potestad sancionatoria de la Administración Pública y la reforma de la Constitución Nacional." *Documentación Administrativa* N° 267 – 268 (2003-2004): 501-524.

Garrido Falla, Fernando. "Las transformaciones del concepto jurídico de policía administrativa". *Revista de Administración Pública* N° 11 (1953).

Goldstein, Raúl. *Diccionario de derecho penal y criminología*. Madrid: Astrea, 1993.

Gómez Tomillo, Manuel e Íñigo Sanz Rubiales. *Derecho administrativo sancionador. Parte General*, 4ta edición. Navarra: Thomson Reuters Aranzadi, 2017.

Goscilio, Antonieta. "Los bienes jurídicos penalmente protegidos". *Lecciones y Ensayos*, N° 46, (Diciembre 1981).

Jakobs, Günther. *Dogmática de derecho penal y la configuración normativa de la sociedad*. Madrid: Thomson Civitas, 2004.

Joaquín De Fuentes Bardají, dir. *Manual de derecho administrativo sancionador*. Madrid: Thomson Aranzadi, 2005.

Marastoni Giovannini, Federico. "Bien jurídico". En *Principio de Lesividad y Lavado de Activos en Argentina, Uruguay y Ecuador: Falacias y Derecho Simbólico*. Argentina: Editores Uruguay, 2018.

Nieto, Alejandro. *Derecho administrativo sancionador*. 4ta edición. Madrid: Tecnos, 2005.

Picasso, Sebastián. "La antijuridicidad en el proyecto de Código", *La Ley*, 30 de agosto, 2013.

Ravizzoli, Gustavo Jorge. "El principio de insignificancia o bagatela". *Revista del Colegio de Abogados de La Plata* Nº 77 (Mayo, 2013).

Rebollo Puig, Manuel y Manuel Izquierdo Carrasco y Lucía Alarcón Sotomayor y Antonio Bueno Armijo. "Panorama del derecho administrativo sancionador en España. Los derechos y las garantías de los ciudadanos". *Revista Estudios Socio-Jurídicos* Las transformaciones del concepto jurídico de policía administrativa Vol.7, Nº1 (Enero – Junio 2005): 23-74.

Sanguinetti, Juan Carlos. "Impugnación y control judicial de las sanciones administrativas. Sus particularidades a la luz de los principios y garantías constitucionales aplicable". *El Derecho - Revista de Derecho Administrativo* (Febrero 2020): 1- 66.

Santoianni, Juan Pablo. "El principio de insignificancia y la desestimación de la denuncia por inexistencia de delito". *Revista Jurídica Argentina La Ley*, (2009): 871-877.