

Consideraciones Acerca de las Potestades Administrativas en General y de la Potestad Sancionadora

Miriam Mabel Ivanega*

I. DE LAS POTESTADES

Las potestades son los medios jurídicos con los que la Administración procura sus fines; en ese carácter son deberes jurídicos¹. La palabra deriva de *potis esse*, una posición absoluta de supremacía (que data del *jus quiritum* basado en el instituto de la **potestad dominical**)².

Santi Romano en su estudio incluido en los "Frammenti di un Dizionario Giuridico" proyectó la noción al ámbito del derecho administrativo, la que luego fue objeto de un amplio desarrollo en las doctrinas italiana y española.

Toda acción administrativa se presenta como el ejercicio de un poder que la ley atribuye en forma previa y que delimita; por lo que el ejercicio de potestades por parte de la Administración siempre presupone una atribución legal³

Potestad y derecho subjetivo son especies de un mismo género: los poderes

jurídicos, es decir, facultades de querer y de obrar conferidas a los sujetos por el ordenamiento. Se distinguen en que mientras el derecho subjetivo encuentra su origen en una relación jurídica concreta y recae sobre un objeto cierto y determinado, la potestad deriva directamente del ordenamiento jurídico y tiene un carácter genérico⁴

El derecho subjetivo consiste en un pretensión concreta y se corresponde con un deber atribuible a un sujeto pasivo, que en ese sentido es un sujeto obligado.

En cambio, la potestad no se genera en una relación jurídica, ni en pactos, negocios jurídicos, actos o hechos singulares, ni consiste en una pretensión particular como el derecho subjetivo; al contrario se refiere a un ámbito de actuación definido en grandes líneas y a la posibilidad abstracta de producir efectos jurídicos de "donde eventualmente pueden surgir, como una simple consecuencia de su ejercicio, relaciones jurídicas particulares"⁵. Es decir, ocupa una situación preliminar respecto de la relación jurídica⁶.

* Profesora titular de la Universidad Austral, Buenos Aires

¹ Linares, Juan Francisco Derecho Administrativo, Edit. Astrea, Buenos Aires, 1996, p. 226

² Villar Palasi, José Luis y Villar Escurra José Luis, Principios de Derecho Administrativo Tomo II Universidad Complutense de Madrid, Facultad de Derecho, Sección de publicaciones 3ª edición, Madrid, 1993, p. 16 y ss.

³ García de Enterría Eduardo y Fernández Tomás R. en Curso de derecho administrativo, T.I. Civitas, Madrid, 2000, p. 431 y ss

⁴ García de Enterría Eduardo y Fernández Tomás R., op.cit.

⁵ García de Enterría Eduardo y Fernández Tomás R. 442

⁶ Garrido Falla, Fernando, Tratado de derecho administrativo, T. I., p. 391

Es una facultad de actuación otorgada por una norma jurídica, que apodera y habilita a la Administración, por eso toda la acción administrativa se presenta como ejercicio de un poder atribuido en forma previa por la ley, y por ella delimitado y construido. Es un título de esa acción⁷

De ello se deriva que frente a la potestad nadie está en una situación de deber u obligación, sino en una abstracta sujeción que vincula a soportar efectos jurídicos que surgen del ejercicio de la potestad y de una eventual incidencia en la propia esfera jurídica. Los que están sometidos a la sujeción potestativa no son personas determinadas sino el conjunto de ciudadanos⁸

El ejercicio de la potestad supone entonces, en primer lugar la creación de un ente u órgano administrativo con la consiguiente atribución de competencias; la determinación específica de éstas que supondrá la atribución de potestad y por último la determinación de la titularidad de esas competencias y por ende de la potestad⁹.

En su mayoría pertenecen a la especie denominada potestad-función, en el sentido de que deben ejercitarse en interés ajeno al propio del titular; se dirigen al interés de la comunidad no del aparato administrativo¹⁰.

Si bien se utilizan indistintamente, los términos poder, potestad y prerrogativa -que

suelen denominarse en lenguaje técnico "potestades"¹¹- la doctrina los ha distinguido, aun cuando no sigue un mismo criterio diferenciador.

En general, el **poder** se identifica con el principio ordenador de la sociedad, de carácter político, que se realiza mediante medios jurídicos y materiales; es el elemento ontológico, causa formal del Estado. Es su principio e instrumento político.

Ese poder se realiza a través de medios jurídicos y materiales, las **prerrogativas** es uno de esos medios, que encuentran fundamento en el régimen exorbitante¹².

Un sector doctrinario incluye el concepto de **potestad**, como poder de actuación que se ejerce de acuerdo con el ordenamiento jurídico y que puede generar situaciones jurídicas que obliguen a los sujetos¹³

Esta distinción es discutida por autores que consideran que el poder y la potestad suelen expresar idéntica realidad y que por lo tanto solo cabe atenerse a la diferencia entre poder y prerrogativa¹⁴

II. CLASIFICACIÓN DE LAS POTESTADES

La doctrina ha desarrollado diversas clasificaciones, que atienden a los efectos

⁷ Villar Palasi, José L. y Villar Ezcurra, José L., op.cit., p. 17, García de Enterría Eduardo y Fernández Tomás R., op.cit., p. 441/442. Ver también De Esteban Jorge y Gonzalez-Trevijano Pedro J., Curso de derecho constitucional español I, Edit. UCM, Madrid, 1992, p. 93 y ss.

⁸ García de Enterría, Eduardo y Fernández, Tomás R., op.cit., p. 443.

⁹ Villar Palasi, José L. y Villar Ezcurra, José L., Principios..., p. 19

¹⁰ García de Enterría, Eduardo y Fernández Tomás R., p.434/6

¹¹ Cassagne, Juan C., Derecho Administrativo, Lexis Nexis, T.I.

¹² Barra, Rodolfo, Tratado de Derecho Administrativo, T.I, Abaco, Buenos Aires 2003, p. 270 y ss.

¹³ Cassagne, Juan Carlos, op.cit. El maestro Marienhoff también entiende que el poder implica una generalidad, un atributo estatal mientras que la potestad lleva consigo el ejercicio de aquel, es el reflejo de ese poder. Marienhoff, Tratado de derecho administrativo T.I, Buenos Aires, 1990, p. 603 y ss

¹⁴ Barra, Rodolfo, op.cit., este autor entiende que si alguna distinción cabría hacerse entre poder y potestad, ésta sería sutil pues sólo se diferenciarían porque el poder es un principio político ontológico y la potestad el modo concreto de ejercer ese poder: ordenar, sancionar, etc.. La prerrogativa constituirá el instrumento técnico (jurídico) por el cual se ejerce ese poder o potestad.

de su ejercicio, a los sujetos alcanzados, a la determinación o no de todas las condiciones de ejercicio, entre otros. Entre ellas, hay que destacar:

a. Potestades innovativas y conservativas

Las primeras traducen la posibilidad de crear, modificar o extinguir situaciones o relaciones jurídicas concretas, derechos, deberes, obligaciones, normas (por ejemplo las potestades reglamentarias, de policía). Las conservativas pueden dar lugar a la conservación y tutela de situaciones jurídicas preexistentes, sin modificarlas o extinguirlas (potestad certificante)¹⁵.

b. Potestad de supremacía general y de supremacía especial

Esta distinción atiende a la existencia o no de un título concreto como justificativo de la potestad.

En el caso de la supremacía general, como lo indica su nombre, se encuentran sujetos los ciudadanos por ser tales, es decir, en cuanto administrados. En el segundo supuesto la potestad se ejercita respecto de quienes están en una situación de subordinación, que deriva de un título concreto.

c. Potestad-poder y Potestad funcional

La potestad-poder es creativa, operativa y se ubica en una posición superior en el ordenamiento jurídico reconocimiento por encima de ella sólo a la Constitución y sus principios. En cambio,

las funcionales derivan de las anteriores y se justifican a partir de los fines a los que se dirige la actuación administrativa.

d. Potestades regladas y discrecionales

Por su relevancia en cuanto al ejercicio de la función administrativa merecen un tratamiento particularizado

III. POTESTADES REGLADAS Y DISCRECIONALES.

La ley puede determinar en forma agotadora todas y cada una de las condiciones del ejercicio de la potestad, construyendo el supuesto legal y la potestad, la que es definida en todos sus términos o consecuencias; o atribuir a la Administración la estimación subjetiva de determinar algunas de las condiciones de ejercicio, ya sea para la integración última del supuesto de hecho, para determinar el contenido específico dentro de los límites legales, o para ambos elementos¹⁶. Ello nos describe a las de potestades regladas y discrecionales.

En el primer caso se supone que la acción administrativa está prefigurada estrictamente y que se circunscribe a la ejecución de la norma o aplicación de ella mediante la subsunción del caso concreto en el supuesto legal que define¹⁷.

Hay una única solución correcta que deriva de la aplicación de la norma, por ello el control judicial que puede practicarse sobre ella abarca todos los aspectos. La ley regula todas y cada una de las condiciones de ejercicio de la potestad, de forma tal que

¹⁵ García de Enterría Eduardo y Fernández Tomás R., op.cit., p. 433

¹⁶ Barra Rodolfo C., Comentarios acerca de la discrecionalidad administrativa y su control judicial en El derecho T.146-829 y ss

¹⁷ Parejo Alfonso Luciano, La actividad de la Administración Pública: sus características, clasificaciones y formas, en Manual de Derecho Administrativo, Ariel-derecho, 4ta. edición corregida aumentada, Barcelona, 1998, p. 369

la Administración se limita a aplicar el contenido de las normas legales aplicables al hecho¹⁸

La potestad discrecional, en cambio, remite la toma de decisión al juicio o voluntad de la Administración. Ésta tiene cierta libertad, pues la norma solo define algunas de las condiciones de ejercicio de la potestad, atribuyendo al administrador la capacidad para completar algunas determinaciones del contenido de ésta¹⁹.

Sin embargo, se entiende que su ejercicio siempre está integrado por un conjunto de elementos reglados: la existencia misma de la potestad; su extensión (que no puede ser absoluta); la competencia para ejercerla y el fin²⁰.

La doctrina española distingue la discrecionalidad administrativa de los conceptos jurídicos indeterminados²¹. Este criterio, que procede de la doctrina alemana, entiende que son verdaderos conceptos que definen un preciso supuesto legal, sin perjuicio de dar lugar a una cierta capacidad de apreciación interpretativa. La legislación realiza un acotamiento de un ámbito preciso de la realidad con pretensión de definir jurídicamente un concreto supuesto legal, si bien utilizando para ello conceptos de valor o experiencia. De este modo la norma no

admite, en su interpretación y aplicación, más que una solución jurídica correcta. O se da o no se da el concepto.²²

Frente a estos conceptos, la Administración no puede determinar su contenido siguiendo su criterio, pues la operación constituye un proceso cognoscitivo o de mera comprobación, sin perjuicio de un margen de apreciación que parece estar presente en ellos. La indeterminación del enunciado no se traduce en la indeterminación de sus aplicaciones, pues solo se habilita a una “unidad de solución justa” en cada caso²³.

En la discrecionalidad por el contrario existen una pluralidad de soluciones posibles y todas igualmente válidas²⁴.

Esta potestad, originariamente, apareció ligada con la idea de la vinculación negativa de la Administración con la ley, dado que su significación resultaba de la ausencia de ésta. Ello permitió relacionar a la discrecionalidad con la actuación libre de la Administración y por ende con su incontrolabilidad por parte de los jueces²⁵.

Sin embargo la evolución del Estado de derecho y del propio derecho administrativo dejó atrás ese criterio. El profesor Julio R. Comadira que “superada la

¹⁸ De Esteban Jorge y Gonzalez-Trevijano Pedro J., Curso de derecho constitucional español I, UCM, Madrid, 1992, p. 93 y ss.

¹⁹ De Esteban Jorge y Gonzalez-Trevijano Pedro J., op.cit.

²⁰ Barra Rodolfo C., op.cit.

²¹ García de Enterría Eduardo, La lucha contra las inmunidades del poder, Civitas, Madrid, 1974, p. 34 ss.

²² García de Enterría Eduardo- Tomás Ramón Fernández, Curso, p. 373

²³ Comadira Julio R., Derecho administrativo; Lexis Nexis, Buenos Aires, 2003., con citas de Trevijano Fos y Sainz Moreno.

²⁴ En la República Argentina, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha indicado con suma claridad que mientras en algunos supuestos el orden jurídico regula la actividad administrativa en todos sus aspectos -reemplazando el criterio del órgano estatal al predeterminar qué es lo más conveniente para el interés público y reducir su actividad a la constatación del presupuesto fáctico definido por la norma en forma completa y la aplicación de la solución que la ley ha establecido (poderes reglados o de aplicación legal automática)- en otros casos el legislador autoriza a quien debe aplicar la norma, en el caso concreto, a que realice una estimación subjetiva para completar el cuadro legal y condicionar el ejercicio para ese supuesto de la potestad atribuida previamente. Por eso no son dos categorías contradictorias y absolutas como dos sectores autónomos y opuestos, sino que se trata de una cuestión de grados, sino que hay ciertos actos en los que la discrecionalidad se encuentra cuantitativamente más acentuada. CSJN Fallos 315:1361

²⁵ Comadira Julio R., op.cit.

concepción de la discrecionalidad como actividad administrativa incondicionada jurídicamente, su esencia radica (...) en una libertad de determinación y/o elección autorizada por el ordenamiento, pero, al mismo tiempo, limitada por éste²⁶.

La apreciación que supone la actividad discrecional implica valoración cualitativa y cuantitativa de los diversos intereses que pueden ser comparados y apreciados. Por eso, atiende a seleccionar el medio, el modo y los instrumentos operativos necesarios para la realización del interés público, ya establecido por la norma²⁷.

Al no poder desvincularse de la juridicidad no constituye un ámbito libre del control judicial²⁸.

En síntesis, toda la actividad de la Administración puede ser revisada judicialmente, aun cuando se presenten distintos alcances y requisitos según se trate de actividad reglada o discrecional²⁹

IV. EL CONTROL JUDICIAL DE LAS POTESTADES: LA DISCRECIONALIDAD ADMINISTRATIVA.

Si en las potestades regladas, la actividad de la Administración se reduce a

constatar el supuesto de hecho legalmente definido de manera completa y a aplicarla agotadoramente, el control judicial que puede practicarse abarca todos los aspectos del ejercicio de la función.

La discrecionalidad en cambio, es la que remite la toma de decisión al juicio o voluntad de la Administración, particularidad que incide directamente en la revisión judicial.

Resulta de interés recordar que en la república Argentina, la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación varió de una concepción restrictiva respecto de la posibilidad del control judicial del ejercicio de las potestades discrecionales de la Administración, a un criterio que reconoce el ejercicio efectivo del control judicial a partir de principios jurídicos fundamentales en la materia³⁰. Son numerosísimos los fallos en los que se analizó el ejercicio de funciones discrecionales³¹.

Entre los métodos aplicados para llevar a cabo ese control, se propugnó el de los elementos reglados del acto³².

Tampoco fue ajena a las decisiones del Alto Tribunal de Justicia la interpretación de la validez de las facultades

²⁶ Comadira Julio R., op.cit.. Este profesor analiza la estructura técnica de la norma que atribuye discrecionalidad, distinguiendo tres elementos, el sujeto, el predicado y la cópula como coordinación, unión o conexión de sentido entre los dos primeros. Así señala que la conexión potestativa entre el supuesto de hecho (sujeto) y la consecuencia (predicado) "habilita, pues, la opción de actuar o no, y puede, incluso, significar la posibilidad de escoger diversas alternativas de acción". Op.cit., p.-

²⁷ Sesin Domingo H., El control judicial de la discrecionalidad administrativa en Documentación Administrativa 269-270, mayo-diciembre 2004, INAP, España, p. 87

²⁸ Conf. Cassagne, Juan Carlos, Fragmentos de Derecho Administrativo, entre la justicia, la economía y la política, Hammurabi, Buenos Aires, 2003, pág. 107/109.

²⁹ Barra Rodolfo, Comentarios acerca de la discrecionalidad administrativa y su control judicial en E.D. 146-82

³⁰ Coviello Pedro J.J. El control judicial de la discrecionalidad administrativa, en Control de la Administración Pública, RAP, año 2003

³¹ Solo para citar algunos: Fallos 262:522; 298:223; 295:726; 302:1503; 304:391; 305:1489; 306:400; 306:820; 317:40; 319:1899.;320:2298; 320:2509

³² Por ejemplo Fallos 306:820: el criterio de que los denominados actos discrecionales o de pura administración encuentran su ámbito de actuación en los elementos reglados, la competencia, la forma, la causa y la finalidad del acto, con lo cual el control judicial es ajeno a motivos de oportunidad, mérito o conveniencia. Ver también Coviello Pedro J.J. op.cit

discrecionales a través de los principios generales del derecho, en particular la razonabilidad.

Así, la legitimidad -constituida por la legalidad y la razonabilidad- con que se ejercen tales facultades *el principio que otorga validez a los actos de los órganos del Estado y que permite a los jueces, ante planteos concretos de parte interesada, verificar el cumplimiento de dichas exigencias, sin que ello implique la violación del principio de división de los poderes que consagra la Constitución Nacional (doctrina de Fallos: 307:639)*³³

La discrecionalidad supone siempre una habilitación normativa, por lo tanto los jueces deben ponderar si se encuentran vulnerados los principios de razonabilidad, proporcionalidad y buena fe.

En definitiva, este tipo de actuación debe ser racional y justa y es la razonabilidad con que se ejercen las facultades el principio que les otorga validez, y que permite a los jueces frente a planteos concretos verificar el cumplimiento de ese presupuesto.

Es en el marco de los principios generales del derecho en el cual la libertad electiva, que caracteriza a la discrecionalidad, es colocada efectivamente de cara a la juridicidad. Así más allá del control de los aspectos reglados del acto, la discrecionalidad, en tanto elección, es libre, aunque no absolutamente, pues se encuentra limitada negativamente por los referidos principios³⁴

Desde ese punto de vista “el núcleo de la decisión discrecional habilitada por la norma, es en principio, libre jurídicamente, pero revisable, en plenitud, en el marco de los principios generales del derecho en tanto límites negativos de aquella libertad”³⁵

V. EL SUPUESTO ESPECÍFICO DEL EXCESO DE PUNICIÓN

Esta figura constituye un vicio en el acto administrativo, debiendo separarse el exceso de punición resultante de una abstracta falta de proporcionalidad entre la sanción prevista en la norma y la conducta descripta por ésta –como contenido y causa del acto administrativo sancionatorio- de la situación que se traduce en la ausencia de la adecuada proporcionalidad entre la sanción impuesta –contenido del acto- y el comportamiento del sancionado –causa de la decisión de la Administración-.

Hay exceso de punición cuando en la norma o en el acto se incluyen sanciones aplicables o aplicadas que, en relación con las tétesis orientadoras pertinentes, resultan desproporcionadas con las conductas sancionables o sancionadas respectivamente³⁶.

Por lo tanto es producto de una ausencia de proporcionalidad entre el objeto y la finalidad de éste; o en otro términos el acto es excesivo pues al violarse la proporcionalidad que debe mediar entre su objeto (medidas que involucra) y su finalidad (propósito que resulta de las normas) se genera una ruptura del equilibrio que debe existir también entre su causa y el objeto.

³³ Fallos 320:2509 -Considerandos 10 y 15

³⁴ Comadira, Julio R., Derecho administrativo, op.cit. Comadira entiende que “el control de los elementos reglados del acto como la verificación judicial de los hechos invocados, no implican control de la discrecionalidad en sí misma, sino, en todo caso, de aspectos jurídicamente reglados de la decisión discrecional”

³⁵ Comadira, Julio R., op.cit..

³⁶ Comadira, Julio, op.cit.Cap.II

En su proyección actual, la razonabilidad, proporcionalidad o congruencia es una técnica de control que indaga la relación entre los medios utilizados y los resultados conseguidos, con el siguiente criterio: mitad racional y mitad justo³⁷

La evidente desproporción entre la sanción aplicada y la conducta incriminada, por implicar un acto irrazonable puede dar lugar a la más grave “ilegalidad”, ya que constituye un agravio constitucional

En el caso concreto el juez puede apreciar que hubo un manifiesto exceso de punición, si por más que las pruebas -ninguna de ellas determinante- lleven a razonables dudas acerca del proceder del actor, éstas carecen de entidad³⁸.

VI. LAS POTESTADES EN EL MARCO DEL RÉGIMEN EXORBITANTE

El sistema del derecho administrativo se encuentra compuesto por un conjunto complejo de poderes y potestades que conforman lo que se denomina régimen exorbitante.

Pero es innegable que el actual derecho administrativo, exige el reconocimiento de garantías a favor de los particulares con el fin de proteger los derechos individuales y colectivos frente al interés público que persigue el Estado.

Es importante remarcar que con el régimen exorbitante no se propugna a una Administración con una discreción absoluta para decidir sobre los medios a adoptarse para proteger el “bien común”. Por ello, es totalmente compatible con ciertos requisitos

que la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha declarado que deben cumplirse para restringir los derechos consagrados en la Convención Americana de Derecho Humanos: éstos “deben establecerse con arreglo a ciertos requisitos de forma que atañen a los medios a través de los cuales se manifiestan y condiciones de fondo, representadas por la legitimidad de los fines que, con tales restricciones, pretenden alcanzarse”³⁹.

La Comisión Interamericana ha opinado que para establecer si las medidas cumplen con lo dispuesto en la Convención deben cumplir con tres condiciones específicas: 1) ser prescrita por la ley; 2) ser necesaria para la seguridad de todos y guardar relación con las demandas justas de una sociedad democrática; 3) su aplicación se debe ceñir estrictamente a las circunstancias específicas enunciadas en el artículo 32.2 de la Convención y ser proporcional y razonable a fin de lograr esos objetivos.

La vigencia del artículo 1.1. de dicha Convención exige que los Estados conformantes respeten y garanticen el pleno y libre ejercicio de todos los derechos reconocidos por ella. Es indudable que se tratan de obligaciones que limitan la autoridad del Estado para imponer restricciones sobre los derechos protegidos. La propia Corte Interamericana ha reafirmado que el ejercicio de la autoridad pública tiene límites que derivan de que los derechos humanos son atributos inherentes a la dignidad humana y, en consecuencia, superiores al poder del Estado y que el aparato estatal tiene la obligación de garantizarlos y de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de aquellos⁴⁰.

³⁷ CNCAF, Sala I, causa Cáceres Jorge Ramón c/ E.N. -Min. del Int. Pol.Fed. Arg. s/ Retiro militar y fuerzas de seguridad, del 25/02/2000

³⁹ Opinión Comité Interamericano in re “Sra. X v.Argentina” del 15 de octubre de 1996.

⁴⁰ Opinión del Comité Interamericano in re “Sra. X v.Argentina” del 15 de octubre de 1996

Y es en ese marco que al interpretar el citado artículo 32.2 que reconoce la existencia de ciertas limitaciones inherentes a los derechos de todas las personas que resultan del convivir en una sociedad, indica que no puede invocarse el “orden público” o el “bien común” como medios para suprimir un derecho garantizado por dicho instrumento internacional o para desnaturalizarlo o privarlo de contenido real.

Es decir, no ha de negarse los poderes para limitar los derechos, lo que no puede es afectarlos de tal forma que los anule, por eso se exige el equilibrio en la interpretación de facultades y derechos de forma tal que las limitaciones se ciñan estrictamente a las “justas exigencias” de “una sociedad democrática” que tenga en cuenta el equilibrio entre los distintos intereses en juego y la necesidad de preservar el objeto y fin de la Convención.”

VII. LA POTESTAD SANCIONATORIA

a. La potestad sancionadora de la Administración, se traduce en la aplicación de correcciones a los administrados.

Se ha sostenido que se trata de una potestad ejercida respecto de determinadas actividades sometidas al poder de policía y a un régimen jurídico de sujeción, fiscalización y control⁴¹

Garrido Falla, entiende que las sanciones administrativas son instrumentos de la policía administrativa. El fundamento de la potestad es paralelo al que justifica la ejecutividad y ejecutoriedad de los actos administrativos; y la sanción se impone precisamente para reprimir transgresiones producidas en un campo cuya competencia y cuidado fue previamente encomendado a la Administración⁴².

Sin embargo, este criterio es discutido por quienes afirman que de modo alguno debe vincularse con la denominada policía administrativa, sino que debe relacionarse con toda actividad interventora o regulada por la Administración⁴³.

Hemos sostenido en otra ocasión que el uso indiscriminado de las nociones de policía y actividad de policía pone en tela de juicio el valor jurídico de distinguirlos desde esos términos⁴⁴. Se trata de identificar situaciones sometidas a “régimenes de diversidad irreconciliable: leyes y actos administrativos, esto es, disposiciones superiores y providencias subalternas”⁴⁵

La discusión acerca de la conveniencia o acierto de esta terminología no creemos que haya concluido, el torbellino de casos que pueden quedar comprendidos en dichos conceptos, seguirá trayendo el replanteo de su sentido jurídico y utilidad⁴⁶

⁴¹ Maljar, Daniel E...p.34

⁴² Garrido Falla, Fernando, op.cit.

⁴³ Canosa, Armando, Régimen administrativo del transporte terrestre, Edit. Ábaco, Buenos Aires 2002, p. 203en

⁴⁴ Ivanega, Miriam Mabel, De nuevo acerca del poder de policía, en Suplemento La Ley- Derecho Constitucional, del 15/03/2007

⁴⁵ Bandeira de Melo, Celso Antonio, Curso de derecho administrativo, Porrúa-UNAM; México, 2006. Señala este profesor brasileño que esta situación es “fuente de las mas lamentables y temibles confusiones, pues lleva algunas veces a reconocerle a la administración poderes que serian inconcebibles ¿en el Estado de derecho?, dándole una preeminencia que no posee, por ser impropia de quien solo puede actuar basado en la ley que le confiera determinados poderes para ser ejercidos en los términos y formas que ella establece

⁴⁶ Por ejemplo Agustín Gordillo y Celso Antonio Bandeira de Mello puntualizan que en general en los nuevos textos del derecho administrativo se ha eliminado la introducción de capítulos especiales alusivos al poder de policía, habiendo una tendencia generalizada a su eliminación.

El poder de policía se vincula con la limitación y restricción de derechos por vía legislativa. Concebida como una facultad de esa naturaleza, su objeto es la reglamentación de derechos.⁴⁷

Esta categoría también es cuestionada desde el ángulo constitucional, aun cuando, tiene arraigo en la doctrina jurídica y en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. En ese sentido, la expresión “poder de policía” que se utiliza para significar la atribución reglamentaria de los derechos, es innecesaria pues la Constitución (en el caso, la norma fundamental argentina) dispone que los derechos reconocidos a los habitantes del país se ejercen de acuerdo con las leyes que reglamentan su ejercicio.

El principal crítico de esta noción en el ámbito del derecho administrativo y que abogó por su eliminación fue Agustín Gordillo. Este profesor considera que los conceptos y definiciones tienen que tener una utilidad, y ser funcionales para algo: “clasificar porque sí no tiene sentido: yo no encuentro cuál es la razón jurídica por la cual es conveniente y útil tener esta tripartición...”⁴⁸

Volviendo al poder sancionador de la Administración, reconocemos que éste traduce “un auténtico poder jurídico, esto

es, de un poder derivado del ordenamiento jurídico y que, como todos los demás atribuidos a la Administración, está encaminado al mejor gobierno de los diversos sectores de la vida social... es un poder de signo represivo que se acciona frente a cualquier perturbación que de dicho orden se produzca”⁴⁹.

La Administración Pública se encuentra investida de esta potestad por el ordenamiento jurídico, cuyo ejercicio repercute directamente sobre los ciudadanos, de ahí su carácter “aflictivo” por el acto de gravamen que implica, que debilita la esfera jurídica de los particulares⁵⁰.

Dentro de la potestad sancionatoria se distinguen la de autoprotección - subclasificadas en: disciplinarias, de policía dominial, rescisorias de actos administrativos favorables y tributarias- y la de protección de orden general que no busca la protección de la organización administrativa o de una institución determinada sino, que se dirige a protección de orden general.

b. Lo señalado precedentemente nos permite avanzar acerca de la procedencia de la aplicación de los principios del derecho penal sustantivo.

⁴⁷ Gallegos, Fedriani Pablo, Poder de policía y poder de policía de emergencia en documentación Administrativa 267/268, INAP, España, 2004 La mayoría de los autores coinciden en que de las clasificaciones formuladas respecto de las formas de la actividad administrativa, la que refleja más claramente el contenido en esa actividad es la que distingue entre la limitación del obrar de los particulares (policía para el derecho francés y Administración de ordenación para el sistema alemán), la actividad de prestación de servicios de interés general (servicio público en Francia y Administración prestación para el derecho alemán y la actividad de fomento. Ver Canda Fabián, Régimen Jurídico de la actividad de policía en Servicio Público, Policía y Fomento, Ediciones RAP; Buenos Aires, 2004

⁴⁸ Gordillo, Agustín, Policía y Poder de policía en Servicios Públicos, Policía y Fomento, Ediciones RAP, Buenos Aires 2004. Explica Gordillo que al publicar en el año 1960 el artículo “La crisis de la noción de Poder de policía”, analizó la crisis de la noción proponiendo su eliminación, no del régimen y las normas de Policía. Y ello fundamentalmente vinculado al servicio público pues en aquella época se encontraban en manos del Estado y no existía diferencia entre la noción de actividad estatal y la noción de servicio público. Era el mismo régimen jurídico aplicable. Pero ello cambia con las privatizaciones, volviendo a tener sentido el concepto. Sin embargo, el tema de policía y poder de policía que no está debatido en el mundo y no existe consenso en la utilidad al conocimiento jurídico. Agréguese la “deliberada confusión entre actividad legislativa y ejecutiva implica también una deliberada confusión en el funcionamiento de supuestas categorías o palabras hechas de Policía y Poder de Policía”

⁴⁹ Suay Rincón, José, Sanciones Administrativas, Editorial Publicaciones del Real Colegio de España, Bolonia, 1989, p.20

⁵⁰ Suay Rincón, José, op.cit., p. 27

Una de las cuestiones que se plantean en el derecho argentino es la existencia de tres ordenamientos y potestades: nacional, provincial y municipal. En materia de sanciones por faltas y contravenciones se reconocen facultades a los tres ámbitos; mientras que la materia penal es exclusiva facultad nacional (el artículo 75 inciso 12 atribuye al Congreso Nacional el dictado del Código Penal).

De ahí que la aplicación de las normas penales a las faltas y contravenciones resultaría violatoria de las autonomías. Por eso los principios del derecho penal se aplican respetando las normas constitucionales y las competencias asignadas a los tres niveles de gobierno. Esta realidad no es sencilla a la hora de compatibilizar las potestades pues paralela al poder provincial y municipal para fijar infracciones y sanciones en caso de contravenciones y faltas, existe una competencia federal que se ejerce sobre las materias que debe legislar el gobierno nacional⁵¹.

Con acierto Alejandro Nieto ha señalado desde el punto de vista del encuadramiento científico, que el derecho administrativo sancionador se encuentra en una zona de nadie dentro del derecho penal y el derecho administrativo.

La experiencia de los últimos años en cuanto a penalización o despenalización de conductas, ha llevado a que se entendiera que esa categorización es producto de un análisis político del legislador. A éste le corresponde decidir si la cuestión de un bien jurídico corresponde al derecho penal o al derecho administrativo sancionador⁵².

Entendemos que resulta indiscutible aplicar esos principios muchos de los cuales no corresponden a una rama jurídica o a una especie de procedimiento, sino que se instituyen como principios generales de derecho. Esta sujeción obedece al origen, contenido y naturaleza de la potestad sancionadora estatal y a los efectos que su ejercicio produce en los derechos de los ciudadanos.

Ahora bien, la pertenencia del derecho penal y del derecho administrado sancionados a un *ius puniendi* estatal único, lleva a la aplicación de los principios del derecho penal a este último, pero a partir del cuidadoso examen de cada principio y de verificar cómo se insertan en el derecho público⁵³.

En un primer sentido, se ha entendido que los principios inspiradores del orden penal son aplicables al derecho sancionador, con ciertos matices. Así, frente a la inmensa laguna que supone la ausencia de un cuadro normativo general que defina los principios generales de funcionamiento de las sanciones administrativas y de su aplicación, nos encontramos con la remisión general a “los principios del orden penal”⁵⁴.

Veamos esta cuestión conforme a los principios o reglas de la potestad sancionadora.

-Legalidad: la potestad no se presume y debe ser atribuida por una norma con rango de ley formal.

Refleja el principio fundamental de la subordinación de la Administración a la ley, como garantía de los administrados

⁵¹ García Pullés, Fernando, La potestad sancionatoria de la Administración Pública y la reforma de la Constitución Nacional, en DA 267-268, INAP, setiembre 2003-abril 2004

⁵² García Pullés, Sanciones...op.cit.,

⁵³ Nieto, Alejandro, Derecho administrativo sancionador, Tecnos. Madrid, 2006

⁵⁴ García de Enterría, Eduardo -Fernández Tomás Ramón, op.cit., p.168

frente al eventual uso ilimitado del poder. Por eso infracciones y sanciones deben ser instituidas en la ley, no es un reglamento, instrucción o resolución administrativa⁵⁵.

La exigencia de una ley previa, cierta y formal es derivación no solo de normas constitucionales sino que surge expresamente de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, el Pacto Internacional de San José de Costa Rica y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

La legalidad involucra cuatro subprincipios: el de reserva legal; la tipificación; la prohibición de retroactividad de la ley in peius y la admisión de que sea retroactiva es ley más benigna; la prohibición de la analogía in peius⁵⁶.

-Tipicidad: Ciertos autores la integran a la legalidad, mientras que otros aluden a que la tipicidad es una norma y no un principio, pues expresa una orden concreta⁵⁷.

Las infracciones para ser válidas deben hacerse en forma clara, para no dejar dudas acerca del comportamiento reprochable. Esto permite que el administrado pueda tener total conocimiento de la conducta que tendrá que evitar o que practicar para librarse de la sanción y que de ocurrir sea objetivamente reconocible.

Así, este principio juega en doble sentido: por un lado como garantía frente a la determinación subjetiva o discrecional de los hechos que configuran el ilícito penal; y

por el otro como una forma de prevención individual y social, pues le conocimiento de la acción punible desalienta la comisión de los hechos reprimidos legalmente⁵⁸.

Para cumplir con la tipicidad es necesario que la ley describa por lo menos el núcleo principal de la conducta infractora, aun cuando se remita su perfeccionamiento a la faz reglamentaria⁵⁹.

-Irretroactividad y ley más benigna: en el ejercicio de la potestad sancionadora corresponde que se apliquen las normas vigentes al momento de producirse el hecho que da lugar a la sanción. Las normas sancionadoras solo pueden tener efectos retroactivo si benefician al infractor, lo que supone la aplicación del principio de la ley más benigna⁶⁰.

La prohibición de la retroactividad de la ley in peius y la aplicación retroactiva o ultra activa de la ley más benigna, se desprende del Pacto de San José de Costa Rica y tratados de derechos humanos como garantías aplicables al derecho administrativo sancionador.

-Prohibición de aplicar la analogía: Frente al vacío normativo la analogía solo es posible si opera a favor del infractor, es decir que la extensión de normas es factible en la medida que atenúen o extingan las sanciones. La prohibición está referida a que no puede perjudicarse.

-Culpabilidad: El artículo 8° del Pacto de San José de Costa Rica establece que “toda persona inculpada de delito tiene

⁵⁵ Bandeira de Mello, Celso Antonio, op.cit.p.717 y ss

⁵⁶ García Pullés, Fernando, La potestad sancionatoria...op.cit., p. 149

⁵⁷ Ver Nieto, Alejandro...op.cit.

⁵⁸ Cassagne, Juan Carlos, Derecho...T.II, p. 589

⁵⁹ Ver Cassagne, Juan Carlos. En torno de las sanciones administrativas y la aplicabilidad de los principios del derecho penal. ED 143-939

⁶⁰ Canossa, Armando, op.cit.

derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad”.

Sin embargo, en materia contravencional es de aplicación la teoría del riesgo creado y de la solidaridad que no resultan compatibles con los principios de la culpabilidad del derecho penal. Se aproxima a la responsabilidad objetiva aunque sin coincidir totalmente⁶¹.

-Non bis in idem: No es uniforme el criterio acerca de si se trata de un principio o de una norma. En la doctrina española, se sostiene que se trata de esta última pues consiste en la prohibición concreta de que un mismo hecho no resulte sancionado dos veces⁶².

El artículo 8º del referido Pacto internacional, fija que el inculcado absuelto por sentencia firme, no puede ser sometido a nuevo juicio por los mismos hechos.

Para que se configure la violación de este principio debe existir identidad del sujeto, de los hechos y de la causa de la sanción⁶³.

-Proporcionalidad: Este principio tiene tres dimensiones o subprincipios: a) adecuación; b) necesidad; c) proporcionalidad en sentido estricto⁶⁴.

La adecuación implica que la ley debe prever los medios, los instrumentos para obtener el fin que busca, correspondiéndole

a los jueces examinar la idoneidad. La necesidad trata de demostrar que la medida adoptada por el legislador es la menos gravosa de los derechos y que no existe otra tan eficaz con consecuencias menos perjudiciales. Por último, la proporcionalidad en sentido estricto significa que la aplicación de un determinado instrumento o medio para alcanzar el fin debe guardar una relación razonable entre éste y aquél⁶⁵.

Opera en dos planos: en el normativo ya que las sanciones son proporcionales a las infracciones; y en la glaciación, es decir, que las sanciones singulares que se impongan sean proporcionales a las infracciones concretas que se imputan⁶⁶.

VIII. BREVES ANOTACIONES ACERCA DE LAS SANCIONES ADMINISTRATIVAS

Nos apresuramos en aclarar que compartimos el criterio que relaciona el concepto de sanción con la imposición de límites a la actuación de los sujetos públicos y privados, cuya violación da nacimiento a una técnica de protección o tutela de los bienes jurídicos destinados al bien común. Así con la sanción se persigue un control preventivo y represivo “en orden a la eficacia del orden jurídico y la efectividad por tanto de aquellos bienes”⁶⁷.

Infracción y sanción son temas indisolublemente relacionados. La infracción está prevista en una parte de la norma y la sanción en otra. Por lo tanto,

⁶¹ Canosa señala que el derecho administrativo fue calificado como derecho de riesgos y no de resultados, de peligro presunto y no de peligro efectivo, un derecho preventivo y no represivo. Por ello la culpabilidad en esta materia no puede identificarse con el ámbito penal. Canosa Armando, op. Cit., p. 219

⁶² Nieto, Alejandro, p. 45

⁶³ García, Pulles, La potestad...op.cit..

⁶⁴ Maljar, Daniel, Desarrollo operativo de las sanciones administrativas como actividad discrecional, en RAP, 2003-Vol.I

⁶⁵ Maljar, Daniel, op.cit.

⁶⁶ Nieto, Alejandro, op.cit.

⁶⁷ Maljar, Daniel, op.cit.

como lo indica el profesor Bandeira de Mello el estudio de ambas debe hacerse en forma conjunta.

La infracción administrativa es el incumplimiento voluntario de una norma administrativa para el cual se prevé una sanción cuya imposición es decidida por una autoridad de la Administración, aunque no necesariamente aplicada en dicha esfera. Así, la naturaleza administrativa de una infracción por la naturaleza de la sanción que le corresponde y se reconoce la naturaleza de ésta por la autoridad competente para imponerla. Desde esta concepción no existe distinción sustancial entre infracciones y sanciones administrativas e infracciones y sanciones penales, pues lo que las separa es única y exclusivamente la autoridad competente para imponer la sanción⁶⁸.

La sanción administrativa es la medida gravosa prevista en caso de que una persona realice una infracción administrativa cuya imposición es de competencia de la Administración⁶⁹.

La clasificación tradicional de la sanción, identifica a sanciones⁷⁰:

a) instantánea, permanente y continuada: la primera se agota en el momento mismo en que se crea o configura; la permanente es aquella en la cual el infractor persiste en su conducta durante la respectiva unidad de tiempo; la sanción continuada se vincula con la teoría de la unidad y pluralidad de delitos.

b) faltas por acción u omisión, según se trate de un hecho positivo o de una abstención.

Otra clasificación es la que distingue entre sanciones reales y personales, según tengan naturaleza pecuniaria (multas) graven cosas, posean naturaleza real; o se relacionen con la persona del sujeto pasivo de la sanción (infractor) que está incluida en ellas (por ejemplo suspensión de actividades)

Algunas de las sanciones son: multas; privación de la libertad, decomiso, inhabilitación, clausura, caducidad, retiro de la personalidad jurídica, suspensión registral.

La **multa** es una pena típica de la contravención o falta; es una obligación de dar suma de dinero liquidadas por la Administración cuyo pago ha impuesto por violación de una norma de policía. La lesión patrimonial que produce la multa no debe ser confiscatoria, figura prohibida por normas constitucionales.

La **privación de la libertad** entendemos que no puede aplicarse sin si no se produce intervención judicial y si no se siguen las garantías del derecho penal. La afectación de la libertad justifica tomar todos los recaudos de la juridicidad y el respeto absoluto de los derechos de los particulares.

El **decomiso** consiste en la destrucción del objeto con el que se lleva a cabo la infracción (decomiso de mercaderías que ingresan al país en forma ilegal).

La **inhabilitación** Es la incapacidad para ejercer determinados derechos, esta sanción puede ser principal o accesoria de otra, temporaria o perpetua

⁶⁸ Bandeira de Melo, Celso Antonio, Curso...op.cit. 713 y ss.

⁶⁹ Bandeira de Melo, Celso Antonio, Curso...op.cit. 713 y ss


⁷⁰ Marienhoff, Miguel, op. cit., T.IV, p. 591

según se la aplique por un tiempo determinado o no.

La **clausura**, implica la cesación o suspensión del ejercicio de una actividad comercial o industrial y recae sobre el local o establecimiento donde se ejerce la actividad que originó la sanción. También puede ser definitiva o temporaria, o por tiempo indeterminado⁷¹.

La **caducidad** es la inhabilitación al infractor para ejercer una actividad que estaba sujeta a una autorización. La inhabilitación trae consigo la extinción de la autorización o permiso.

Retiro de la personería jurídica, se presenta cuando se trata el infractor es un persona jurídica autorizada por el Estado y se retira la personería otorgada con motivo del ejercicio de la actividad que motiva la sanción⁷².

La **suspensión registral** es una sanción que permite paralizar o interrumpir los efectos de una relación jurídica, por ejemplo de un registro público especial frente a la inobservancia de los deberes impuestos por la actividad en los casos en los que la ley exige dicha inscripción como un requisito previo. 

⁷¹ Marienhoff, Miguel, T.IV, p.604

⁷² Cassagne, Juan Carlos. T.II, p. 601