

Universidad Torcuato Di Tella
Escuela de Derecho

Revista Argentina de Teoría Jurídica (RATJ)

Volumen 25, Número 2, agosto 2025

Sobre la “penalización” del Derecho Administrativo y la
“administrativización” del Derecho Penal

Sabrina Namer

Formato de cita recomendado

Sabrina Namer, “Sobre la 'penalización' del Derecho Administrativo y la 'administrativización' del Derecho Penal”, Revista Argentina de Teoría Jurídica 25 2 (2025)

Para más trabajos publicados en la Revista Argentina de Teoría Jurídica acceda a revistajuridica.utdt.edu

Este artículo está disponible gratis y de forma pública por la Revista Argentina de Teoría Jurídica de la Universidad Torcuato Di Tella. Para más información, por favor contactarse con ratj@utdt.edu

ISSN edición impresa 1851-6831

ISSN edición digital 1851-684X

Sobre la “penalización” del Derecho Administrativo y la “administrativización” del Derecho Penal

Sabrina Namer †

Resumen: El artículo examina la relación entre el derecho penal y el derecho administrativo sancionador, con especial atención a la incorporación recíproca de infracciones y a la aplicación del principio de legalidad y de la retroactividad de la ley penal más benigna en sede administrativa. A partir de doctrina, jurisprudencia nacional e internacional y casos relevantes, se analizan las leyes penales en blanco, las leyes temporales, la prescripción, la imputación subjetiva y el *non bis in idem*. Se advierte sobre el riesgo de desnaturalizar ambos regímenes al trasladar principios sin considerar sus diferencias estructurales, en particular la pena de prisión como elemento distintivo del derecho penal.

Palabras clave: derecho administrativo sancionador, derecho penal, principio de legalidad, retroactividad benigna, debido proceso, non bis in idem, imputación subjetiva.

Abstract: This article examines the relationship between criminal law and administrative sanctioning law, focusing on the reciprocal incorporation of offenses and the application of the principles of legality and retroactivity of the more lenient criminal law in administrative proceedings. Drawing on legal scholarship, national and international case law, and relevant precedents, it analyzes blank criminal laws, temporary laws, statutes of limitations, subjective attribution, and the non bis in idem principle. The study warns of the risk of distorting both systems when transferring principles without considering their structural differences, particularly the prison sentence as a defining element of criminal law.

Key words: administrative sanctioning law, criminal law, principle of legality, retroactivity of the more lenient law, due process, non bis in idem, subjective attribution.

† Este artículo fue realizado en el marco de la Maestría en Derecho Administrativo de la Universidad de Buenos Aires.

I

La dificultad para distinguir entre la naturaleza de las faltas administrativas, contravenciones y delitos, por un lado, y la incorporación al ámbito del derecho penal de infracciones que otrora eran propias del derecho administrativo, por otro, hacen que en ocasiones parezca difuso el límite entre ambas disciplinas.

En función de ello, es frecuente en el ámbito del derecho administrativo el reclamo de la incorporación de las garantías procesales y de los principios rectores del derecho penal. Como contrapartida, en el ámbito del derecho penal, algunas categorías de la teoría del delito, por ejemplo, deben adaptarse para abordar problemas de falta de lesividad, de causalidad remota o de falta de culpabilidad que hasta ahora no se le presentaban, y sí son moneda corriente en el derecho administrativo.

Este trabajo tiene como fin abordar el tratamiento de algunos aspectos vinculados a la aplicación de los principios del derecho penal al derecho administrativo, pero también dejar abierta una puerta para la reflexión acerca de la posibilidad de que este tratamiento que contempla las semejanzas entre ambos, pero a veces pierde de vista las diferencias, termine desnaturalizando ambas disciplinas, haciendo rígido lo que debería ser flexible o flexibilizando lo que debería ser rígido.

II

Ni bien comienza su libro, Claus Roxin, uno de los penalistas más reconocidos de la actualidad, dice: “Si un precepto pertenece al Derecho penal no es porque regule normativamente la infracción de mandatos o prohibiciones -pues también lo hacen múltiples preceptos civiles o administrativos-, sino porque esa infracción es sancionada mediante penas o medidas de seguridad (...) No pertenecen al Derecho penal, sino al Derecho público en sentido estricto, aquellos preceptos que conminan la conducta antinormativa con otras sanciones distintas a las del Derecho criminal”.¹

Con la meridiana claridad que siempre lo caracterizó, Maierdio cuenta del fracaso de los intentos de llevar adelante tanto una distinción sustancial entre delitos y faltas o contravenciones y de la arbitrariedad que lucen las teorías formales que dejan la distinción librada a la valoración legislativa.² En base al mismo punto de partida de Roxin, conforme al cual el derecho penal se

¹ Roxin, C. (1997). *Derecho penal: Parte general* (T. I, p. 41). Civitas.

² Maier, J. B. (2010). El derecho contravencional como derecho administrativo sancionatorio. *Revista de Derecho Procesal Penal*, Número extraordinario, *El Derecho Procesal en vísperas del Bicentenario*, 77-79. Rubinzal Culzoni.

caracteriza por el uso de la pena de prisión como máxima expresión del poder punitivo del Estado, para Maier la distinción entre el derecho penal y el derecho administrativo no se vincula al bien jurídico que la norma tiende a proteger, sino a la gravedad de la reacción, al uso legítimo de la fuerza utilizada por el Estado para retribuir o prevenir. Por ello, propone un “derecho de la privación de libertad (...) que respete al extremo todas las garantías jurídicas propias del Estado de Derecho, separado del derecho administrativo sancionatorio que, sin negar el Estado de Derecho, puede responder con garantías de aplicación más laxas, adecuadas a la consecuencia jurídica de menor gravedad, factible de reparación sencilla en caso de error en la aplicación”³.

Sin embargo, no puede desconocerse que, tal como lo pone de manifiesto García Pullés⁴ los cambios en la penalización y despenalización de algunas conductas que se registraron en el ámbito nacional e internacional en los últimos tiempos, signados por la traslación al ámbito del derecho administrativo de conductas que antes eran delito y viceversa, y de la inclusión en el derecho penal de conductas de peligro abstracto que antes eran propias del derecho administrativo, dan cuenta de la dificultad para distinguir también en base al tipo de pena establecido para la conducta.⁵

Este fenómeno cobra particular relevancia en el derecho penal económico y es sumamente criticado por los penalistas de la Escuela de Fráncfort, para quienes la influencia de la denominada “sociedad de riesgo”, desnaturaliza el derecho penal y lo obliga a modificar las categorías de causalidad y culpabilidad. Bajo Fernández manifiesta que al derecho penal se le está atribuyendo el papel que tradicionalmente se ha imputado al derecho administrativo sancionador, y en algunos delitos económicos se siguen criterios como la afectación general, estadística, oportunidad y no legalidad, que evidencian una criticable administrativización del derecho penal.⁶

Señala García Pullés que, en el contexto del Estado moderno, el examen de la potestad de la Administración para imponer sanciones adquiere una relevancia inusual, pues si bien constituye un arma eficaz para la preservación de los riesgos sociales o para posibilitar la vida en sociedad, también puede transformarse en una herramienta idónea para causar daños que no podrían inferirse con las reglas del derecho penal. Ante la imposibilidad de distinguir entre una zona propia del derecho administrativo y otra del derecho penal, entiende el autor que no sería

³ Ibidem, p. 88.

⁴ García Pullés, F. (2020). *Principios del derecho administrativo sancionador* (p. 13). Abeledo Perrot.

⁵ En respuesta a la postura de Maier, García Pullés pone de relieve que no existe en el ordenamiento argentino una norma que expresamente prohíba la imposición de penas privativas de la libertad como sanción por infracciones administrativas, sea directa o subsidiariamente, y esta ausencia ha permitido la existencia de sanciones de este tipo que, en algunos casos, todavía subsisten -refiere, entre otros, a los casos en que se permite la transformación de multas en días de prisión o la sanción de arresto ante la comisión de determinadas infracciones administrativas (op. cit. p. 54).

⁶ Bajo Fernández, M. (2012). Los delitos económicos como manifestación característica de la expansión del derecho penal. En *Cuestiones penales: Homenaje al profesor doctor Esteban J. A. Righi* (p. 117). Ad Hoc.

desatinado pensar en una rama del derecho que considerara toda la potestad sancionadora del Estado y que fijara los principios esenciales para sus especies penal y administrativa, con los matices específicos que podría darse a los principios generales que serían aplicables a ambas como regla.⁷

En el ámbito local, también Cassagne⁸ abona esta postura unitaria, al sostener que los delitos y las contravenciones o faltas comparten su naturaleza penal y se diferencian por una cuestión de grados o cuantitativa, razón por la cual, resultan aplicables a los llamados ilícitos administrativos, las reglas y principios que prescribe el Código penal.⁹

Empero, y sin intención de avanzar más sobre este tópico, no puedo dejar de resaltar que es el propio Alejandro Nieto¹⁰, de algún modo mentor de esta visión unitaria del derecho sancionador¹¹, quien llama la atención sobre la expansión de la condición de sancionatorias de ciertas decisiones restrictivas de derechos como manera de buscar la aplicación de las garantías del derecho penal en el ámbito del derecho administrativo: “si no se rectifica a tiempo la evolución expansiva del concepto de sanción administrativa, toda esta rama del Derecho terminará desbordándose pronto sin control posible y perdiendo su lógica institucional”.¹² En este sentido, no puede soslayarse que, si bien la legislación española equipara las sanciones y los delitos en la exigencia de una ley previa que los determine¹³, mantiene en lo demás una dualidad en su aplicación y régimen, dejando al ámbito judicial las penas y a la Administración las sanciones -pese a la existencia de una marcada tendencia jurisprudencial a aplicar los principios del orden penal al sancionador¹⁴, lo cual derivó en la criticada expansión que hoy rige al respecto en ese país a la que se refiere Nieto-.

⁷ García Pullés, op. cit., p. 59.

⁸ Cassagne, J. C. (2018, 14 de febrero). El derecho administrativo sancionatorio en la actividad financiera. *Revista de Derecho Administrativo*, (2018-115). Thomson Reuters.

⁹ Cassagne menciona como punto relevante lo establecido en el art. 4 del Código penal: “las disposiciones generales del presente Código se aplicarán a todos los delitos previstos por leyes especiales, en cuanto éstas no dispusieran lo contrario”. No puedo dejar de resaltar en este punto, que la propia norma utiliza la palabra “delito” para referirse a la aplicación de los principios penales a las leyes especiales complementarias del código penal. Sin embargo, resulta, cuanto menos, discutible que esa referencia sea aplicable a conductas que de *lege lata* no son tales, pese a la equiparación de *lege ferenda* que pretende el autor.

¹⁰ Cfr. Prólogo del autor a la obra de Casino Rubio Miguel, El concepto constitucional de sanción administrativa; Foros y Debates, Madrid, 2018, pp. 11/20.

¹¹ Nieto, A. (1994). *Derecho administrativo sancionador*. Tecnos. El autor promueve considerar de manera unificada al Derecho Penal y al Derecho Administrativo sancionador en un derecho sancionador en el que rijan los principios del derecho penal, pero con un análisis de cada principio y su inserción en el sistema del Derecho Público y Administrativo de manera previa a su inserción.

¹² Ibidem, p. 16.

¹³ El artículo 25 de la Constitución española establece que “nadie puede ser condenado o sancionado por acciones u omisiones que en el momento de producirse no constituyan delito, falta o infracción administrativa según la legislación vigente en aquel momento”, y sobre él se basan gran parte de los argumentos que hacen extensibles a otros aspectos del derecho penal esta equiparación.

¹⁴ García de Enterría, T., & Fernández, R. (2006). *Curso de derecho administrativo* (T. II, pp. 163 y ss.). La Ley.

Sin perjuicio de los reclamos de la doctrina, la Corte IDH ha establecido en base a la equiparación entre sanciones administrativas y penales por sus efectos sobre la determinación de los derechos individuales, la exigencia en ambos de la constatación de una conducta ilícita previa¹⁵: “es preciso tomar en cuenta que las sanciones administrativas son, como las penales, una expresión del poder punitivo del Estado y que tienen, en ocasiones, naturaleza similar a la de éstas. Unas y otras implican menoscabo, privación o alteración de los derechos de las personas, como consecuencia de una conducta ilícita. Por lo tanto, en un sistema democrático es preciso extremar las precauciones para que dichas medidas se adopten con estricto respeto a los derechos básicos de las personas y previa una cuidadosa verificación de la efectiva existencia de la conducta ilícita”.¹⁶

Asimismo, ese Tribunal dejó establecido que, a pesar de que el art. 8.2 CADH no especifica garantías mínimas en materias que conciernen a la determinación de los derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter, el elenco de garantías mínimas establecido en el numeral 2 del art. 8^a se aplica también a esos órdenes y, por ende, en ese tipo de materias el individuo tiene también el derecho, en general, al debido proceso que se aplica en materia penal¹⁷. También se dijo que: “el debido proceso como derecho debe exigirse ante cualquier actividad estatal, no sólo ante los cuerpos jurisdiccionales. Las garantías judiciales reconocidas en el art. 8° de la CADH no se limitan -salvo lo atinente a la doble instancia- al ámbito penal, sino que comprenden los órdenes civil, laboral, fiscal y los procedimientos sustanciados ante cualquier órgano estatal no judicial que ejerza funciones materialmente jurisdiccionales, afectando la determinación de tales derechos.”¹⁸

En lo que respecta al Convenio Europeo de Derechos Humanos, el art. 6.1 establece el “derecho de toda persona a que su causa sea oída equitativa, públicamente y dentro de un plazo razonable, por un Tribunal independiente e imparcial, establecido por ley, que decidirá los litigios sobre sus derechos y obligaciones de carácter civil o sobre el fundamento de cualquier acusación en materia penal dirigida contra ella”. En cuanto a la distinción entre acusación penal y otro tipo de acusaciones a los efectos de la vigencia de la regla transcrita, el TEDH reconoce la facultad de los Estados de distinguir entre procedimiento penal y procedimiento administrativo: “todos los estados contratantes distinguen desde hace tiempo, si bien con formas y grados diversos, entre procedimientos disciplinarios y procedimientos penales (...) las instancias penales se rodean de mayores garantías”.

¹⁵ Un análisis sobre esta temática puede verse en: Gutiérrez Colantuono, P. A. (2009). *Administración pública, jurisdicción y derechos humanos*. Abeledo Perrot.

¹⁶ Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2001, 2 de febrero). *Caso Baena Ricardo y otros vs. Panamá*.

¹⁷ Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2001, 31 de enero). *Caso Tribunal Constitucional vs. Perú*.

¹⁸ Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2001, 6 de febrero). *Caso Ivcher Bronstein vs. Perú*.

Los distintos precedentes que abordan esta problemática exponen el interés del Tribunal en determinar si más allá de la calificación efectuada por el Estado, se está en verdad ante una “acusación penal”, para lo cual analiza tres criterios: la categorización de la infracción hecha por el Estado; la naturaleza de la infracción -si afecta el funcionamiento de organismos públicos, por ejemplo-; y la gravedad de la pena o sanción. Es decir, no trata de manera idéntica las infracciones administrativas y las acusaciones penales, pero ante la posibilidad de que bajo el rótulo de infracciones administrativas se sorteen los requisitos legales para el tratamiento de delitos, habilita el análisis de cada caso concreto¹⁹ a fin de determinar si, materialmente, se está ante una verdadera acusación penal.

En consecuencia, más allá de las disquisiciones teóricas, la Corte IDH de derechos humanos estableció que las garantías que hacen al debido proceso receptadas por el artículo 8° de la CADH son aplicables a todos los procesos (esto es, derecho a ser oído con las debidas garantías y en un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial; a ser presumido inocente; a ser asistido por un traductor; a conocer la acusación; a contar con tiempo para preparar la defensa; a contar con una defensa técnica y gratuita; a interrogar a los testigos y peritos; a recurrir el fallo; a no ser obligado a confesar; a no ser sometido más de una vez a juicio por los mismos hechos; y a la publicidad del proceso). También se ha establecido el deber de los estados de determinar previamente la conducta ilícita que motive una sanción administrativa o una pena. Así, el organismo regional exige en principio, solamente la existencia de una ley previa que describa la acción que obre a modo de precedente de la sanción, sin especificarse la exigencia de los derivados del principio de legalidad en materia penal -principio de certeza, prohibición de analogía, aplicación retroactiva de la ley más benigna, irretroactividad de la ley- para el caso de tratarse de infracciones administrativas.

En lo que respecta a nuestro derecho interno, el artículo 18 CN es claro cuando establece que nadie puede ser condenado “sin juicio previo fundado en ley anterior”. Y ello no escapa, en línea con las exigencias de la Corte IDH, al procedimiento administrativo sancionador, con respecto al cual la CSJN ha dicho que: “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, y en ese sentido, [se] reconoció la aplicación específica del principio de legalidad penal del art. 18 de la Constitución Nacional a sanciones aplicadas por diversas autoridades administrativas, más allá de su naturaleza jurídica (...) Así, ha resuelto esta Corte que si bien el derecho administrativo

¹⁹ Tribunal Europeo de Derechos Humanos. (1976, 8 de junio). *Caso Engel y otros vs. Países Bajos*; Tribunal Europeo de Derechos Humanos. (2001, 3 de mayo). *Caso J.B. vs. Suiza*; para un análisis más profundo de la posición del Tribunal ver: Díaz Fraile, F. (2015). *Derecho penal y derecho administrativo sancionador: Garantías y límites en la jurisprudencia del TEDH* (pp. 125-160). Tirant Lo Blanch.

sancionatorio puede manejarse por sus características definitorias con cierta relatividad en determinados aspectos, como la estructura típica, la graduación de las sanciones y ciertas particularidades procedimentales que serían inadmisibles en un enjuiciamiento penal, jamás puede apartarse del respeto a la garantía constitucional de la ley previa”.²⁰

Al referirse al principio de legalidad penal, Roxin dice que: “un Estado de Derecho debe proteger al individuo no sólo **mediante** el Derecho penal, sino también **del** derecho penal. Es decir, que el ordenamiento jurídico no sólo ha de disponer de métodos y medios adecuados para la prevención del delito, sino que también ha de imponer límites al empleo de la potestad punitiva, para que el ciudadano no quede desprotegido y a merced de una intervención arbitraria o excesiva del 'Estado Leviatán’”²¹. En líneas generales, este principio establece que “no hay crimen o delito sin ley” (*nullum crimen sine lege*), motivo por el cual, como requisito previo a la imposición de una sanción, el Estado debe advertir en una ley la conducta disvaliosa y que también de manera previa debe advertirse la pena establecida para la infracción (*nulla poena sine lege*).

Este principio acarrea cuatro efectos indiscutidos por la doctrina y la jurisprudencia: a) la prohibición de analogía (*nullum crimen, nulla poena sine lege stricta*); b) la prohibición de derecho consuetudinario para fundamentar y para agravar la pena (*nullum crimen, nulla poena sine lege scripta*); c) la prohibición de retroactividad (*nullum crimen, nulla poena sine lege praevia*) y; d) la prohibición de leyes penales y penas indeterminadas (*nullum crimen, nulla poena sine lege certa*).

Una primera cuestión a dilucidar es si la garantía exige una ley formal que establezca la conducta típica y sus consecuencias. Sobre el punto, existe una coincidencia general en que, si bien la regla es la necesidad de una ley formal, puede darse una excepción en aquellos supuestos en los que la dinámica de la materia que se regula requiere la determinación de ciertos pormenores específicos por parte de un órgano o ente administrativo con especialidad en la materia. Así, la CSJN ha sostenido que: “el principio de legalidad del art. 18 de la Constitución nacional nace de la necesidad de que exista una ley que mande o prohíba una conducta, para que una persona pueda incurrir en falta por haber obrado u omitido obrar en determinado sentido, y que además se establezcan las penas a aplicar (fallos 327:2258)”.²²

²⁰ Corte Suprema de Justicia de la Nación. (2018, 4 de septiembre). *Colegio de Escribanos de la Provincia de Buenos Aires c/ Poder Ejecutivo Nacional s/ sumarísimo*. Similar criterio se adoptó en “Volcoff” donde se sostuvo que si bien el derecho administrativo sancionador podía manejarse por sus características definitorias con cierta relatividad en relación a algunos aspectos que serían inadmisibles en el derecho penal, no puede apartarse del respeto constitucional de la ley previa; cfr. “Volcoff, Miguel Jorge y otros c/BCRA”, 1/11/11).

²¹ Roxin, Claus; op. cit., T I, p. 137.

²² Ibidem.

Sin embargo, pese a la exigencia de determinación legal de la conducta y la sanción el tribunal dejó en pie la posibilidad de que el legislador deje a los órganos ejecutivos la reglamentación de las circunstancias y condiciones concretas de las acciones reprimidas y de los montos de las penas entre un mínimo y un máximo.²³ Así, sostuvo que: “tratándose de materias que presenten contornos o aspectos tan peculiares, distintos y variables que al legislador no le sea posible prever anticipadamente la manifestación concreta que tendrán en los hechos, no puede juzgarse inválido, en principio, el reconocimiento de atribuciones que queden libradas al arbitrio razonable del órgano ejecutivo (Fallos 246:345; 311:2.453; 328:940). En efecto, la mera indeterminación en el tipo sancionatorio administrativo no implica la violación del principio de legalidad penal ya que no comporta, en sí misma, la habilitación implícita al órgano sancionador para llenarlo con el contenido que le dicte su libre y cambiante arbitrio (Fallos 329:3617) el cual se encuentra constreñido por el principio de razonabilidad”.²⁴

Por su parte, en cuanto a la vigencia temporal de las leyes, de acuerdo con la exigencia constitucional de una ley anterior al hecho, hay también coincidencia en que debe aplicarse como regla la ley vigente al momento de su comisión y la consecuente prohibición de retroactividad de la ley.²⁵ Tampoco encuentra una excepción el hecho de que no se trate de delitos sino de infracciones administrativas, sobre lo que la CSJN dijo: “...como señala el *a quo*, la aplicación en este caso del decreto-ley 17.074/66 importaría juzgarlo por una norma posterior más gravosa, con transgresión del principio constitucional que impide tal retroactividad (art. 18 de la Constitución Nacional) y del principio general del art. 2º del Código Penal, aplicable en materia aduanera de conformidad con el art. 4º de dicho Código”.²⁶

Con respecto a la aplicación retroactiva de la ley más benigna, es uniforme en el ámbito del derecho penal el criterio conforme al cual, si la ley posterior es más beneficiosa para el reo, y fue dictada antes de resolverse el caso, debe hacerse una excepción a la prohibición de retroactividad y aplicarse la primera, pese a que no haya estado vigente al momento del hecho. El fundamento de la excepción radica en que la prohibición de retroactividad es una norma protectora del delincuente, por lo cual, si al tiempo del enjuiciamiento del hecho está en vigor una ley más favorable que la del momento de comisión, procede aplicar la más benévola, de modo que el delincuente se beneficie del cambio de la concepción jurídica.²⁷

En el mismo sentido sostiene Jakobs que si en el momento de la sentencia la ley vigente no es completamente idéntica a la del momento del hecho hay que aplicar la ley más favorable,

²³ Fallos 237:636; 248:61; 263:267; 275:89; 293:378; 307:511; 310:1909; 328:940.

²⁴ CSJN, “Colegio de Escribanos...” op. Cit.

²⁵ Ver desarrollo sobre el punto en García Pullés, F. (2020). *Principios del derecho administrativo sancionador* (p. 117). Abeledo Perrot.

²⁶ Corte Suprema de Justicia de la Nación. (1973). *S.A. Guillermo Miras C.I.F.* Fallos, 287:76.

²⁷ Jescheck, H. H. (1993). *Tratado de derecho penal: Parte general* (p. 125). Comares.

aclarando que la determinación debe hacerse en el caso concreto tomando en consideración las particularidades de cada imputado. Asimismo, si entre el momento del hecho y el de la sentencia hay una ley intermedia más favorable, debe aplicarse ésta, aunque ya no rija cuando se resuelva el caso.²⁸

Al respecto, el art. 2º del Código Penal establece que: “si la ley vigente al tiempo de cometerse el delito fuera distinta de la que exista al pronunciarse el fallo o en el tiempo intermedio, se aplicará siempre la más benigna. Si durante la condena se dictare una ley más benigna, la pena se limitará a la establecida por esa ley. En todos los casos del presente artículo, los efectos de la nueva ley se operarán de pleno derecho”. Por su parte, la CADH en su artículo 9 establece que “nadie puede ser condenado por acciones u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho aplicable. Tampoco se puede imponer pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito. Si con posterioridad a la comisión del delito la ley dispone la imposición de una pena más leve, el delincuente se beneficiará de ello”.²⁹

Si bien la doctrina y la jurisprudencia aplican casi sin discusión las reglas del principio de legalidad al procedimiento administrativo sancionador, no ocurre lo mismo con la aplicación de la excepción al principio de irretroactividad cuando la nueva ley es más benigna para el infractor y, particularmente, si la modificación no se produce en ley que lo habilita, sino en el decreto reglamentario.

En el caso “Cristalux” el BCRA instruyó un sumario en el que se atribuyó a los directivos de la firma haber omitido ingresar y negociar en el mercado único de cambios, en tiempo propio, el contravalor en divisas de exportaciones de productos de vidrio a distintos países (art. 1º incs. e y f y art. 2º inc. f, de la ley 19.359); el juzgado de primera instancia decidió la absolución, por aplicación de la ley más benigna porque una disposición posterior del BCRA dejó sin efecto la obligatoriedad de ingresar y negociar en el sistema financiero nacional las divisas provenientes de las exportaciones de productos nacionales. El fiscal interpuso recurso de apelación por el cual la cámara del fuero sostuvo la no aplicación al caso de la ley más benigna porque la nueva norma no importó la supresión de ésta última, puesto que afirmar lo contrario implicaría otorgar al Poder Ejecutivo la facultad implícita de derogar la normativa penal cambiaria.

La Cámara se remitió a lo sostenido por la CSJN en “Argenflora”, oportunidad en la que se dijo que: “las variaciones de la ley extrapenal que complementa la 'ley penal en blanco' no dan lugar a la aplicación de la regla de la ley más benigna, cuando ese complemento de la norma penal

²⁸ Jakobs, G. (1995). *Derecho penal: Parte general* (p. 121). Marcial Pons.

²⁹ En este punto es importante destacar que la aplicación retroactiva de la ley más benigna está establecida por fuera de las reglas del debido proceso legal del artículo 8, con lo cual no estaría abarcada por las garantías judiciales reconocidas para todos los procesos en los fallos que se vieron previamente.

es un acto administrativo concebido ya por ella misma como de naturaleza eminentemente variable. En tal sentido, las variantes reflejan circunstancias de hecho, cuya desaparición luego de cometido el delito, en nada influye sobre la punibilidad de éste. Señaló también que, si se aplicara indiscriminadamente el principio de retroactividad benigna del art.2º del Código Penal importaría, respecto de estas leyes especiales, despojarlas a priori de toda eficacia, pues el ritmo vertiginoso con que se desenvuelve el proceso económico desactualizaría rápidamente las disposiciones anteriores que intentaban protegerlo”.³⁰

En “Ayerza”³¹ el tribunal sostuvo la misma postura, pero esta vez con las disidencias de los ministros Fayt, Bossert y Boggiano por un lado, y Petracchi por otro. Los primeros hicieron hincapié en que no había razones para excluir a las leyes penales en blanco del principio de aplicación de la ley penal más benigna consagrada en los pactos que hoy gozan de jerarquía constitucional. Por su parte, el juez Petracchi dijo: “la norma de sanción deviene 'ley penal' por el correspondiente supuesto de hecho de la norma complementaria, sin el cual la amenaza penal en blanco sería inoperante. Con el cambio de la norma complementaria varía, por tanto, un elemento sustancial de la ley penal misma. Notoriamente, pues, para la cuestión de la ley más benigna, interesa la situación jurídica total de la que depende la pena. No existe fundamento jurídico para no emplear esta regla en el ámbito de las leyes penales en blanco (...) Conductas como la imputada en estos autos (...) dejaron de estar prohibidas (...). Como principio, pues, el imputado debería beneficiarse de ello”.

Finalmente, la CSJN en “Cristalux”³² aceptó la aplicación de la retroactividad de ley más benigna bajo los argumentos de las disidencias de “Ayerza”, con lo cual tampoco en este punto existirían diferencias con respecto a los criterios vigentes en materia penal. Al igual que en esta materia, el Tribunal reconoció dos excepciones a la aplicación de la ley más benigna: una, cuando se trata de una ley en blanco que regula un régimen temporario; y la otra, cuando se trata de un régimen de emergencia que se regula en una ley en blanco. Como explica Azzarri, la razón de estas excepciones es la temporalidad del sistema penal administrativo, pues perdería sentido desde que el incumplidor rápidamente, al finalizar el tiempo de vigencia o terminar el período de emergencia, se vería libre de culpa y cargo.³³

Es importante destacar aquí, que ámbitos como los del derecho penal económico acuden, de manera permanente a las leyes penales en blanco, porque las normas complementarias frecuentemente tienen que adaptarse a los contextos fácticos y económicos cambiantes. Al igual

³⁰ Corte Suprema de Justicia de la Nación. (1997, 6 de mayo). *Argenflora Sociedad en Comandita por Acciones - Argenflora Sociedad de Hecho s/ infr: ley 19.539*. Fallos, 320:2453.

³¹ Corte Suprema de Justicia de la Nación. (1998, 16 de abril). *Ayerza, Diego Luis s/ infracción al régimen cambiario*.

³² Corte Suprema de Justicia de la Nación. (2006, 11 de abril). *Cristalux S.A. s/ ley 24.144*. Fallos, 329:1053.

³³ Azzarri, J. C. (2015). *Derecho penal administrativo argentino* (p. 61). Marcial Pons.

que el cambio de posición en la Corte nacional, también en Alemania el Tribunal Supremo Federal ya no defiende la postura que sostenía que las modificaciones o la derogación de una norma extrapenal complementaria eran irrelevantes; por el contrario, también consideran que la norma complementaria debe ser vista como parte del tipo penal.³⁴ Esta posición admitiría excepciones, al igual que lo resuelto por la CSJN, cuando se trate de leyes temporales que, por definición, están destinadas a regir solamente por un tiempo determinado.

En este contexto, es fundamental determinar el concepto de “leyes temporales”. Una primera concepción quiere admitir leyes temporales, al menos cuando se presenten circunstancias extraordinarias. Por el contrario, la opinión dominante defiende una interpretación amplia y considera leyes temporales a todas las regulaciones de relaciones económicas cambiantes en el tiempo cuando la regulación haya sido “pensada solamente como provisional”, para lo cual se suele subrayar que la regulación tendría que seguir criterios de conveniencia. Son ejemplos de leyes temporales, en este sentido amplio de la doctrina dominante, las prohibiciones de importación y de exportación.³⁵

Si las normas complementarias están sujetas a término, y ello también para los supuestos antiguos, la ley en blanco se convierte en ley temporal. Explica Jakobs que es ley temporal la elusión fiscal cuando en caso de cambio de los tipos impositivos, de los mínimos exentos, etc., el límite anterior siga estando vigente para los supuestos ocurridos en el antiguo período impositivo. Consecuencia: la reducción de la carga impositiva no surte efecto sobre los casos ocurridos en el antiguo período impositivo. Si no hay ninguna ley temporal, ello no quiere decir evidentemente que toda modificación favorable de las normas complementarias tenga efecto retroactivo cuando la ley en blanco no remite a la propia norma complementaria, sino a su efecto de regulación. Si la ley en blanco asegura el efecto de regulación que persigue la norma complementaria, mediante la derogación de ésta se excluye la formación ulterior de este efecto de regulación, sin que, no obstante, queden nulos los antiguos efectos. Ejemplo: si el legislador invierte la preferencia de paso de los que vienen por la derecha, frente a los que vienen por la izquierda, ello no afecta a la preferencia de paso (al efecto de regulación) que tuvo en su momento el conductor que venía por la derecha; la simulación de delito no se convierte en más favorable cuando la norma cuya infracción se simuló deja de estar vigente; ni tampoco la acusación falsa si se deroga la perseguibilidad relativa al objeto de la acusación; ni el encubrimiento mediante la supresión de la perseguibilidad del hecho cometido por el beneficiario del encubrimiento; pues estas leyes remiten al efecto de regulación de las normas de referencia.³⁶

³⁴ Tiedemann, K. (2010). *Manual de derecho penal económico* (p. 129). Tirant Lo Blanch.

³⁵ *Ibidem*, p. 130.

³⁶ Esta fue la postura adoptada por la CSJN en “Vigil Constancio y otros s/Contrabando”, 9/11/2000.

En definitiva, si bien en “Cristalux” la CSJN consideró que la desaparición de una obligación regulada en un decreto complementario de una ley, sin que la ley hubiera sido modificada, debe ser tratada como un caso de ley más benigna, no se trata de una solución pacífica. Y ello, porque la propia razón de ser de la posibilidad legal de complementar la norma con una reglamentación, parte de la base de la provisoriedad de la regulación, que de antemano está destinada a ser modificada o bien por la variación permanente y previsible de aspectos técnicos específicos, o bien por los cambios en las necesidades específicas que motivan la regulación. Una solución como la adoptada por la CSJN, que considere a los efectos de la aplicación retroactiva de la ley más benigna, como un todo la ley y su decreto reglamentario, sin tener en cuenta las particulares características del caso, desnaturaliza la razón de ser de la delegación a la Administración para complementar la norma.

Al respecto, el Tribunal Constitucional español ha sostenido que el derecho fundamental a una ley previa tanto en el marco del proceso penal como en el del proceso administrativo sancionador, no implica la retroactividad de la ley penal más favorable³⁷. Debe destacarse aquí que el artículo 15.1 in fine del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) y el art. 49.1, in fine de la carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea reconocen el principio de retroactividad de la ley penal más favorable. Por otra parte, la jurisprudencia del TEDH reconoce desde la sentencia del caso Scoppola contra Italia de 17-9-2009 (Gran Sala) que el artículo 7.1 del CEDH no garantiza solo el principio de no retroactividad de las leyes penales más severas, sino también implícitamente el principio de retroactividad de la ley más favorable. Siendo ello así, puede concluirse que si bien en términos de la imposición de una sanción tanto penal como administrativa la Constitución española exige una ley previa sin efectuar distinciones entre el ámbito del derecho penal y el del derecho administrativo sancionador, sí se efectúan esas distinciones a la hora de aplicar retroactivamente la ley más benigna.

III

Más allá de las disquisiciones efectuadas hasta ahora con relación a la aplicación de la ley más benigna en los supuestos de leyes penales en blanco y las interpretaciones de nuestro tribunal cimero en los fallos analizados, debe resaltarse que todos esos precedentes versaron sobre infracciones al Régimen penal cambiario (ley 19. 359). Esta ley es complementaria del Código penal y establece, entre otras, sanciones que contemplan penas de prisión que pueden llegar hasta los ocho años (art. 2 inc. c). Por su parte, la propia ley establece que si bien la instrucción del sumario administrativo estará a cargo del Banco Central de la República Argentina (art. 8), las actuaciones se elevarán al Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Penal Económico de la Capital Federal, o al Federal con asiento en la provincia, según corresponda. Asimismo, en el art.

³⁷ Díaz Fraile, F. (2016). *Derecho administrativo sancionador: Análisis a la luz de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos* (p. 361). Atelier.

8 inc. f se aclara que en el trámite procesal será aplicable en lo pertinente y en forma supletoria las disposiciones del Código Procesal penal.

Empero, a la hora de expedirse sobre la aplicación de los principios penales a sanciones administrativas impuestas por el BCRA en ejercicio de su poder de policía, la CSJN es terminante en diferenciar el régimen legal aplicable. Este es un punto sumamente relevante, puesto que es frecuente encontrarse con interpretaciones que parten de una todavía supuesta equiparación entre faltas y delitos, y hacen extensivas de hecho las consideraciones que el Tribunal emite sobre aspectos que involucran cuestiones estrictamente penales a otras que no lo son.

En efecto, en cuanto a la potestad sancionatoria establecida en la ley 21.526, que no contempla penas de prisión y no es considerada una ley penal, la ley determina que es la máxima autoridad de la Superintendencia de Entidades Financieras la competente para aplicar las sanciones.

Así, la CSJN ha dicho que “las sanciones que esta institución [BCRA] puede aplicar de acuerdo con el art. 32 de la Ley de Bancos tienen carácter disciplinario y no participan de la naturaleza de las medidas represivas del Código Penal (...)”; “en cuanto a la naturaleza de las sanciones que el Banco Central se encuentra habilitado para aplicar conforme a la ley, se ha resuelto que las mismas tienen carácter disciplinario”; “las normas que autorizaban a dictar la medida cuestionada (...) justificaban la suspensión precautoria del permiso para operar en cambios no sólo frente a la comisión de infracciones penales cambiarias, sino toda vez que la índole de las irregularidades la tornase aconsejable”. En base a esta jurisprudencia, la Cámara Federal en lo Contencioso Administrativo sostuvo que las sanciones que impone el BCRA respecto de personas físicas por infracciones a la ley 21.526 tienen carácter disciplinario y no participan de la naturaleza represiva del Código Penal... Esas sanciones encuadran en el ámbito del derecho administrativo antes que lo que en ellas puede haber de cercano al derecho penal stricto sensu”; “las sanciones impuestas por el Banco Central, en los términos del art. 41 inc.3º ley 21.526, son de naturaleza administrativa y no penal, por lo que, en principio, no resultarían estrictamente aplicables los principios propios de esa rama del derecho”.

La jurisprudencia también ha sostenido que en esta materia no resulta aplicable el art. 8º CADH: “las sanciones de la ley 21.526 tienen carácter disciplinario y no participan de las medidas represivas del Código Penal, motivo por el cual no les son aplicables las cláusulas de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y en especial el art. 8, inc. 1º de ese convenio internacional, que concierne a supuestos de 'acusación penal', a cuya naturaleza es ajena este procedimiento”.

Sin embargo, la CSJN ha sostenido que son aplicables los principios y reglas del derecho penal en el ámbito de las sanciones administrativas, cuando la solución no esté prevista en el

ordenamiento jurídico específico y en tanto aquellos principios y reglas resulten compatibles con el régimen jurídico estructurado por las normas especiales. En materia de prescripción de la acción sancionatoria, ha entendido el Tribunal que cuando el criterio que se debe observar no resulta de la letra y del espíritu del ordenamiento que le es propio, corresponde la aplicación de las normas generales del Código Penal. En ese caso, en el que se debía determinar la aplicación de los preceptos de la ley 21.526 o del art. 62 CP, la CSJN entendió que si el régimen específico no establecía la solución, debía aplicarse la ley que resultara más benigna para el autor.

Ahora bien, en contra de lo resuelto por la CSJN en lo que respecta a la diferenciación entre delitos penales y sanciones administrativas, se sostiene que el hecho de que no sean sanciones típicas de carácter estrictamente penal no impide que posean naturaleza mixta, se trata de sanciones que integran el llamado Derecho Administrativo Sancionador y su naturaleza penal administrativa torna aplicable las cláusulas de la CADH. Ello no obsta a que el reconocimiento de la naturaleza dinámica de la regulación financiera apunte a justificar las técnicas de delegación y de despenalización, morigerando el carácter estricto del principio de la separación de poderes y de legalidad. En consecuencia, para esta parte de la doctrina es que resultan aplicables a esas sanciones, con los matices necesarios en punto a los principios de legalidad y de tipicidad, las demás garantías sustantivas que rigen el derecho penal “incluso las establecidas en tratados internacionales sin perjuicio de la aplicabilidad de todos los principios generales y normas del Derecho Administrativo de fondo” .

IV

La tendencia unificadora reconoce que hay diferencias que no se pueden soslayar entre las sanciones administrativas y los delitos, por eso pregona, como ya se adelantó, una aplicación atenuada o adaptada de los principios del derecho penal. Sin embargo, más de una vez en ese proceso de adaptación, se olvidan cuestiones que generan conflictos a la hora de relacionar ambos órdenes. Los puntos más problemáticos en este sentido, están relacionadas con cuestiones procesales y condiciones de persecución que son distintas entre ambos regímenes.

A modo de ejemplo, se sostiene que el juzgamiento de los delitos queda reservado a órganos del Poder Judicial que actúan conforme las reglas del proceso penal, entre las que está el principio de la “cosa juzgada” que dicta el juez, mientras que en las faltas o contravenciones el órgano administrativo que las aplica no se encuentra ceñido por esa regla y siempre conserva la **potestad revocatoria a favor del particular** (el órgano administrativo posee competencia, aún después de impuesta una sanción, para reducirla o dejarla sin efecto, de oficio o al resolver el recurso administrativo³⁸). Por otro lado, se pregona la aplicación al derecho administrativo de la

³⁸ Ibidem, p. 8.

prohibición del *non bis in idem*, sosteniéndose que “bastaría con señalar dogmáticamente que la ley que incrimina una conducta como falta atiende a la protección de un riesgo social, mientras que el delito a la protección de un bien jurídico diverso, para justificar que una exacta conducta pudiera ser objeto de diversas sanciones jurídicas”.³⁹

Cabe preguntarse en este punto, la manera en que se relacionaría esta propuesta que mezcla criterios de oportunidad propios del derecho administrativo, inexistentes en el ámbito del derecho penal, que los tiene expresamente regulados en el art. 31 del CPPF -y que se vinculan con situaciones generalmente de bagatela o casos en los que pierde sentido la imposición de una sanción, en miras al sentido de la imposición de la pena de prisión-. En base a ello, si el juzgamiento de la infracción en sede administrativa, con sus propias reglas, impidiera el posterior juzgamiento de la misma conducta en sede penal, se impondrían criterios de oportunidad que no existen en esa sede; dándose casos en los que podría existir -como lo resalta Cassagne- una revocación del acto en favor del particular, que carezca de control judicial si nadie la somete a tal. Con ello, se daría el efecto de excluir del ámbito del derecho penal, por la sola decisión de la Administración, las infracciones más graves, que son justamente las que ingresan en ese terreno por la afectación de bienes jurídicos tutelados penalmente.

Algo similar ocurre con la prescripción cuando las legislaciones locales establecen plazos para las infracciones administrativas distintas a las del Código Penal. Si bien en “Filcrosa”⁴⁰ la CSJN consideró inconstitucionales las normas de derecho local que prescribían plazos de prescripción distintos a los del Código Civil, autores como García Pullés⁴¹ entienden que ese precedente no puede ser usado para inhabilitar las normas locales de prescripción más favorables para el infractor, basándose en dos argumentos: a) que el Congreso de la Nación ha eludido toda regulación de las faltas y contravenciones -extremo que supone su tácito reconocimiento de las competencias locales para disciplinar la materia y; b) cuando las leyes locales establecen plazos más exigüos que los del Código Penal, ha de colegirse que el legislador provincial o municipal se autolimitó en sus derechos de persecución o cobro de la sanción.

Es difícil no hallar problemas en esta interpretación. Por un lado, se dice que el Congreso Nacional ha eludido legislar sobre faltas o contravenciones, pero por el otro, se sostiene que, si en ejercicio de sus funciones legisló sobre las mismas acciones porque las consideró materia penal delegada por las provincias, debe primar lo que regularon las provincias. No se entiende cuál es el criterio por el cual se decide que entre el régimen contravencional y el penal debe regir el

³⁹ Este sería el caso que se dio en el fallo “Esterlina S.A. s/quiebra” en el que se absolvió por el delito, pero se consideró que la conducta constituía a la vez una infracción administrativa que justificó las sanciones por las que se agravó la actora.

⁴⁰ Fallos 326:3899

⁴¹ García Pullés, Fernando; op. cit. p. 170.

primero. La aplicación de la ley más benigna se acepta, como se vio más arriba, si el régimen específico no da la solución del caso, pero si el Código Penal tiene su propia regulación para la materia que considera delito, la imposición de los plazos de prescripción al legislador nacional, parece una invasión en esferas de competencia que no hallaría justificación alguna. Y la autolimitación del legislador local es una decisión propia, que mal puede ser impuesta al legislador nacional, puesto que, con ese criterio, si el legislador local no tipificara la contravención o falta, que sí se halla legislada por el nacional, debería primar la autolimitación o el desinterés del legislador en su jurisdicción, obligando al juez penal a declarar atípica la conducta por aplicación del régimen más benigno.

Otro punto difícil de compatibilizar es el de la imputación subjetiva de la conducta. Cabe preguntarse al respecto, si quienes pregonan que la decisión de absolver en sede judicial hace cosa juzgada en sede administrativa, están dispuestos a dejar sin sanción alguna aquellos supuestos en los que no se dan los criterios para imputar por dolo o culpa una determinada conducta en sede penal, pero sí se dan para imputar por responsabilidad objetiva en sede administrativa. Sostiene Cassagne al respecto que, en cuanto al principio de culpabilidad que en el derecho penal excluye radicalmente la posibilidad de imputar delitos que se hayan cometido sin dolo o culpa, en el derecho administrativo se admiten leyes que puedan 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 sociedad.⁴²

En la misma línea, García Pullés, luego de defender la aplicación de los criterios de imputación subjetiva del derecho penal al campo del derecho administrativo, termina diciendo que el campo del derecho administrativo es típicamente el de la creación de riesgo y de la imprudencia, y en este orden es previsible el acercamiento a criterios propios del derecho civil: “Así, en materias tales como la contaminación ambiental, la cuestión de la culpabilidad y, más precisamente, de la presunción de inocencia se ven especialmente modificadas, en cuanto las normas trasladen la carga de la prueba al presunto infractor, una vez acreditadas las consecuencias nocivas”⁴³.

En definitiva, en el derecho administrativo se pretenden las reglas del derecho penal, pero no se renuncia a la aplicación de criterios totalmente ajenos y hasta incompatibles con él y que, de aceptarse, implicarían su desnaturalización.

V

Hasta aquí, se ha dejado expuesto el abordaje de algunos aspectos que pueden tener vasos comunicantes entre el derecho penal y el derecho administrativo sancionador, pero que también

⁴² Cassagne, Juan Carlos, op. cit. p. 6.

⁴³ García Pullés, F. (2020). *Principios del derecho administrativo sancionador* (p. 149). Abeledo Perrot.

exponen la necesidad de pensar no solamente en los puntos en común que ambas disciplinas tienen. La extracción de principios de un sistema para implantarlos en otro con distintos fines puede generar inconsecuencias para uno y para otro sistema.

Esto no quiere decir que en el derecho administrativo sancionador no deban regir las garantías esenciales del debido proceso legal, pero tampoco que necesariamente deban regir las garantías del derecho penal, sin tener en cuenta que, gran parte de ellas están pensadas en función de la característica más importante de este derecho, la cual, por más semejanzas que existan entre uno y otro orden, no se encuentra, por definición, en el derecho administrativo sancionador: la pena de prisión. Y, si bien es cierto que pueden ser cambiantes los criterios para colocar una conducta o no entre el catálogo de delitos, eso no soslaya el hecho de que el legislador tomó en algún momento esa decisión, y la necesidad de ser consecuente con ello.

Por lo demás, si la diferencia entre infracciones y delitos es solamente de grado, y todo debería ser una única disciplina, me pregunto por qué, de la misma manera en que pueden incorporarse los principios del derecho penal al sancionador, no podrían aplicarse los del derecho sancionador al penal, con lo que se abriría una puerta difícil de cerrar, que vea en el derecho penal un derecho sancionador agravado.

Desde la cara de un penalista, podemos leer a Bajo Fernández cuando dice que “el derecho penal económico, en suma, sufre una peligrosa tendencia a un derecho penal expansivo criticable, bien porque es puramente simbólico en el sentido más negativo de la expresión, bien porque inunda áreas propias del derecho administrativo sancionador”⁴⁴. Desde la cara de un administrativista, puede leerse a Casino Rubio: “a fuerza de fijarnos en el Derecho penal hemos perdido algo de vista el Derecho administrativo”.⁴⁵

⁴⁴ Bajo Fernández, Miguel; op. cit. p.121.

⁴⁵ Casino Rubio, Miguel; op. cit. p. 25.