

LA POTESTAD SANCIONADORA DE LA ADMINISTRACIÓN

BREVES NOTAS A PARTIR DEL LIBRO
TIPIFICACIÓN DE LA INFRACCIÓN
ADMINISTRATIVA DE ANDRÉS ASCÁRATE

JOAQUÍN BADOZA¹

Universidad Nacional de La Plata - Argentina

1. INTRODUCCIÓN

La publicación de la reciente obra de Andrés Ascárate, *La tipificación de la infracción administrativa*², importa un trascendente hito para penalistas, administrativistas y constitucionalistas que se interesen en el contenido y límites que definen a la potestad punitiva estatal, en sus distintas variantes y vertientes.

La novedad y los alcances de esta obra se motivan y se desarrollan contra el complejo escenario jurídico en nuestro ámbito nacional actual, en el cual –en palabras del autor– “*resulta extremadamente difícil, cuando no imposible, sostener con autoridad qué es una infracción administrativa en el ordenamiento jurídico argentino. Lejos de existir una definición unánime y coherente, se constata este conjunto*

¹ Abogado (UNLP). Especialista en Derecho Penal (UTDT) y en Derechos Humanos (CLACSO). Maestrando en sociología jurídica (UNLP). Doctorando en Derecho Penal y Ciencias Penales (USAL). Mail de contacto: joaquinbadoza@gmail.com

² ASCÁRATE, Andrés: *La tipificación de la infracción administrativa*, Cathedra Jurídica, Buenos Aires, 2019.

heterogéneo de manifestaciones punitivas receptado en regímenes jurídicos dispersos, agravado por una notoria anarquía terminológica y jurisprudencial” (p. 2).

De esta forma, la obra de este joven y prometedor administrativista (cuya bienvenida al campo del derecho penal es imprescindible) asume entre sus principales objetivos analizar, concretizar y limitar el complejo proceso de tipificación de la infracción administrativa, el cual en sus propios términos se desarrolla en dos aspectos distintos pero íntimamente ligados: en primer lugar *“tipificar conceptualmente [a la infracción administrativa] como un instituto autónomo dentro del ordenamiento jurídico argentino”* y en segundo lugar *“estudiar el fenómeno que exige que cada infracción administrativa se corresponda con un tipo de fuente legislativa”* (p. 3).

Sin lugar a duda la intención de *“contribuir a dar claridad y precisión sobre la actividad que despliega la Administración diariamente al imponer sanciones en su dimensión sustantiva”* (p. 3) se demuestra como un ambicioso desafío que, como se señalará a lo largo de este trabajo, encuentra su correlato en un puntilloso y detallado desarrollo que incentivará nuevos debates entre los operadores jurídicos interesados en el derecho público. Este amplio horizonte epistemológico no es un punto menor, ya que la formación especializada en el ámbito del derecho administrativo de la cual proviene su autor puede llevar a la confusión de encorsetar a esta obra dentro del campo del derecho administrativo, limitación que se revela desde sus primeros capítulos como impropia e insuficiente para una obra de estas características.

En tal sentido, lejos de adentrarse en cuestiones propias y excluyentes del campo administrativo, la obra aquí reseñada excede esos límites e incursiona en las indefinidas y difusas aguas del derecho administrativo sancionador, disciplina poco desarrollada en nuestras latitudes –lo que también adiciona a esta obra el carácter de original y singular–.

Sin ánimos de adelantarnos, también será parte de este trabajo resaltar y analizar críticamente las tesis que Ascárate desarrolla, las cuales se traducen en novedosos planteos que la academia enfocada al derecho público no puede ignorar bajo riesgo de legitimar la arbitrariedad y la inconstitucionalidad que tiñe grandes sectores del actuar

sancionador de la Administración, tal y como ilustra hábilmente Ascárate a lo largo de su obra.

2. LA OBRA

El libro aquí reseñado se estructura en una introducción, once capítulos y las conclusiones, desarrollados con claridad y con una cómoda y razonable extensión: *I. Nociones filosóficas y metodológicas. II. El debate sobre el delito y la infracción. III. Nociones de Derecho Comparado. IV. Mapa de las sanciones en el derecho argentino. V. Noción de la infracción administrativa en el derecho argentino. VI. El principio de legalidad y las infracciones administrativas. VII. Tipicidad penal y lex certa. VIII. La tipificación administrativa: el tipo infraccional. IX. Reserva de ley e infracciones administrativas. La cuestión de la interpretación. X. Taxatividad y determinación de la infracción administrativa. XI. Certeza e infracción administrativa.*

Este libro que está destinado por su notable desarrollo a trascender la coyuntura, como señala el prologuista supremo Rosatti, centra sus esfuerzos en la búsqueda de la definición y el régimen jurídico aplicable a las sanciones impuestas por la Administración, como se indicó previamente. Pero, para llevar adelante tal empresa el autor realiza valiosas e indispensables distinciones y clasificaciones no solo entre las distintas e insondables sanciones que impone la administración –incluyendo su diferenciado régimen legal aplicable y fuente legislativa– sino que también realiza distinciones con las otras manifestaciones punitivas del Estado, como lo es en el caso de las sanciones penales –*strictu sensu* penas– y los principios clásicos desarrollados por la dogmática penal.

Sin realizar indebidos avances sobre los planteos centrales del libro, cuyo pormenorizado estudio se recomienda enérgicamente al lector, corresponde aquí señalar someramente los postulados con los que Ascárate abre una nueva vía académica esencialmente crítica, que corresponde profundizar y problematizar en aras de producir nuevas tesis jurídicas que puedan traducirse en nuevas y claras garantías para los administrados. En definitiva, es éste el objetivo que también asume Ascárate en su libro: esclarecer y batallar con los truculentos y poderosos tentáculos con los que la administración atrapa a los administrados, cristalizando sus inconsistencias, tensiones y contradicciones.

En el capítulo primero (“*Nociones filosóficas y metodológicas*”) Ascárate aborda las primordiales premisas sobre las que estructurará sus posteriores conclusiones. Sentando las bases elementales desde las que realizará sus análisis, Ascárate explicita las notas distintivas –que en muchos casos se traducen en dificultades- del derecho administrativo que marcarán indefectiblemente cualquier estudio e investigación que se emprenda sobre la infracción administrativa.

Mientras cataloga la esencialidad del debate en torno a la naturaleza jurídica de la infracción administrativa –cuestión esencial a la hora de hablar de infracciones sancionadas por la administración, ya que de allí derivarán el régimen y principios jurídicos aplicables a estos fenómenos-, el autor introduce una novedad derivada de sus conocimientos filosóficos al analizar las intersecciones de aquella con la(s) ontología jurídica(s) y la analogía (método de razonamiento jurídico). De estas precisiones el autor deriva que es posible superar las tensiones que se suscitan en la conflictiva dialéctica integrada por la ontología y el funcionalismo: mientras la primera se enfoca en “*la descripción de los institutos jurídicos para desentrañar su naturaleza o esencia*”, en la segunda “*prima una finalidad eminentemente práctica*” (p. 5).

Para tal fin, el autor se hace tres cuestionamientos centrales: en primer lugar corresponde responder si es posible hablar de esencias jurídicas; en segundo lugar corresponde averiguar si es función del jurista *descubrir* tales esencias o si por el contrario éste debe *construir* estructuras conceptuales que puedan ser utilizadas para fines prácticos; y finalmente, si dichas esencias tienen su correlato y se fundamentan a partir de una *realidad material y tangible*, con una *realidad formal* o con una *realidad meramente ideal o conceptual* (p.17).

El autor plantea soluciones a ese intrincado y bifurcado panorama, por ejemplo al señalar que el jurista debe interesarse por “*salir en busca de una realidad más o menos determinada*” asumiendo, como consecuencia lógica que “*esa realidad existe por sí misma fuera del individuo y que la interpretación de su significado tiene un límite por fuera del sujeto*” (p. 18). Sin embargo, el autor rápidamente advierte que la observación de dicha realidad es siempre subjetiva y por lo tanto incluye el discernimiento de valores, lo que implica que la interpretación muchas veces involucra un componente *creativo*. De esta forma Ascárate concluye que “*que en la aproximación del jurista a la realidad*

coexisten dos aspectos compatibles: una búsqueda ontológica, es decir, del ser de ciertos fenómenos que se le presentan; y una concomitante construcción, cultural, normativa y lingüística de la cual él también es parte” (p. 19).

Finalmente, no puede pasarse por alto que en este capítulo el autor valoriza y jerarquiza positivamente el pensamiento tópico como técnica del pensamiento problemático. Con remisión expresa a la obra *Tópica y jurisprudencia* del autor alemán Theodor Viehweg, Ascárate destaca que en este modo de pensamiento el acento recae sobre las premisas más que en las conclusiones, lo que resultará positivo para el estudio de la infracción administrativa según la perspectiva con la que encara Ascárate el resto de su obra. Es central la lógica que el autor expone en este punto, ya que como Puppe señala, la tópica se basa en un “...pensamiento problemático en lugar de un pensamiento sistemático...”, es decir, que tópico es aquello “...que no es una derivación exactamente lógica...”³. Esta original forma de afrontar la cuestión relativa a la infracción administrativa y sus confusos laberintos tendrá positivos efectos en las posteriores discusiones y conclusiones que desarrolla Ascárate. De esta forma, este capítulo se demuestra como la base sobre la cual Ascárate desarrollará sus construcciones jurídicas, por lo que es recomendada la atenta lectura de este.

En el segundo capítulo (“*El debate sobre el delito y la infracción*”), Ascárate se centra en el repaso de la discusión ontológica sobre la infracción administrativa a la que el autor contrapone una original solución a través de su valorización de la tópica del derecho en tanto ésta, como se dijo, presta atención a los interrogantes que buscan resolver los clásicos autores más que a las respuestas que éstos ofrecen, lo que le permite a Ascárate, como diría el conocido refrán, *separar la paja del trigo*.

Asimismo, el autor busca en este capítulo definir y encorsetar las singularidades que le son propias a la infracción administrativa, haciendo visible esos caracteres distintivos que la definen para determinar qué es lo más propio de este instituto. La esencialidad de la

³ PUPPE, Ingeborg: *Del naturalismo al normativismo, de la sistémica a la tópica*, Revista en Ciencias Penales y Criminológicas, Número 3, abril 2020.

infracción administrativa, señala Ascárate, no se derivará solamente del bien jurídico protegido (problemática definición que se analizará críticamente en el punto de *Reflexiones*) sino que también lo hará a partir de elementos formales propios del régimen jurídico positivo (sujetos, penas, procedimientos).

La primera cuestión en la que Ascárate se enfoca es en *cuándo* el ordenamiento jurídico califica o debería calificar un ilícito como infracción administrativa. Aunque es una pregunta que se centra en asuntos de política legislativa, lo que puede interpretarse como una zona anárquica en la que no rige principio alguno, Ascárate advierte que el quid problemático de esa cuestión es justamente los límites –que deben existir– a los que se tiene que atener el legislador a la hora de criminalizar una conducta a través de las distintas variables posibles (ya sea la propiamente penal o mediante la vía de la infracción administrativa), lo que coincide con el resurgimiento de interesantes teorías penales que buscan limitar al legislador a la hora de criminalizar penalmente conductas⁴. Esos límites, esclarece Ascárate, deben derivarse desde el Estado Constitucional de Derecho donde necesariamente prima la división de poderes y la protección de derechos fundamentales. Al mismo tiempo, señala que existen principios elementales de proporcionalidad frente al bien jurídico protegido que condicionan al legislador, obligándolo a encauzar la sanción de leyes dentro de marcos razonables, tesis que, en nuestra opinión, posee algunas imprecisiones técnicas que se desarrollaran en el apartado *Reflexiones*.

Por su parte, en el capítulo 3 (“*Nociones de Derecho Comparado*”) se estudia el régimen jurídico comparado en relación con la infracción administrativa, demostrando que es poco efectivo importar pasivamente debates y definiciones de otros países en los que los regímenes positivos son sustancialmente distintos. Como Ascárate define en sus primeros capítulos, la infracción administrativa, según su tesis, debe

⁴ En tal sentido, ver HEFENDEHL, Roland (ed.): *La teoría del bien jurídico. ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?*, editorial Marcial Pons, Madrid y Barcelona 2007; HUSAK, Douglas: *Overcriminalization*, Oxford: Oxford University Press, 2007; SILVA SANCHEZ, Jesús-María: *La expansión del derecho penal, Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, Civitas, Madrid, 1999.

ser definida basándose en gran medida en el régimen jurídico que la regula —y que al mismo tiempo la moldea—, de lo que se desprende que la definición de la infracción administrativa ineludiblemente cambiará según el país y la estructura normativa que encolumne los extremos propios de la misma. Específicamente, analiza los países que regulan constitucionalmente a la infracción administrativa como España (cuna del desarrollo del derecho administrativo sancionador) y otros que la regulan de forma legislativa infraconstitucional (Gran Bretaña, Italia o Alemania) que fijan elementos definitorios de las infracciones y sus regímenes generales.

Los estudios de derecho comparado sobre esta cuestión son estudiados por Ascárate de forma contundente pero superficial, ya que, como se dijo, de la naturaleza de su obra se desprende que justamente las nociones de derecho comparado pueden servir para orientar la discusión, pero están imposibilitadas para ofrecer respuestas esenciales y definitorias respecto de la discusión de la naturaleza de la infracción administrativa, la que según Ascárate se define en gran esencia debido al régimen jurídico que la engloba. Por ello, cualquier persona curiosa que quiera profundizar la cuestión del derecho administrativo sancionador en el plano de derecho comparado deberá obligatoriamente recurrir a la pionera obra de Heinz Mattes *“Problemas de derecho penal administrativo”*⁵, la cual, como se desprende del libro aquí comentado, fue profundamente estudiada por Ascárate.

En el capítulo cuatro (*“Mapa de las sanciones en el derecho argentino”*) Ascárate desarrolla un impecable trabajo clasificatorio consistente en *“...sistematizar sin pretensiones de exhaustividad esas manifestaciones punitivas que surgen del ordenamiento jurídico argentino, asignando un nombre diferente a cada una de ellas...”* (p. 63). Tal clasificación la realiza partiendo desde los sujetos de la sanción, los cuales son, por un lado, el sujeto activo representado por el Estado en un sentido general y abarcativo de todas las manifestaciones de éste; y por otro lado, el sujeto pasivo que *“...no responde a una cualidad intrínseca que este posee sino a su relación de cercanía o distancia con*

⁵ MATTES, Heinz: *Problemas de derecho penal administrativo*, Edersa, Madrid, 1979.

el Estado...” (p. 65). De esta forma Ascárate comienza a esbozar su distintiva postura sobre la relevancia de la noción de sujeción especial dentro del fenómeno punitivo de la administración.

Consciente de las controversias y discusiones doctrinarias y jurisprudenciales que encendió la doctrina de las relaciones de especial sujeción, fundamentalmente a partir de su viciado origen signado por arbitrarios abusos, Ascárate se encarga en reiteradas ocasiones de señalar que, con un adecuado desarrollo, esta doctrina tiene un gran potencial para explicar una enorme y variada cantidad de fenómenos y situaciones que se dan la práctica diaria. En sus propias palabras Ascárate afirma que “*no podemos criticar una doctrina que demuestra el funcionamiento de las relaciones iusadministrativas por el abuso que de ella hagan los juristas y/o funcionarios*” (p. 76). De esta forma, con constantes advertencias de que las relaciones de especial sujeción no excluyen la vigencia de principios constitucionales, en especial del principio de legalidad, Ascárate avanza en su original clasificación de las sanciones en el derecho argentino.

Además de estudiar el caso específico del empleo público, en este capítulo se encarga de articular y conectar su entendimiento sobre las relaciones de especial sujeción en el marco del derecho administrativo sancionador. De esta forma, encuentra en la doctrina de estas especiales relaciones de sujeción una forma de matizar y graduar la aplicación y vigencia del principio de legalidad según las distintas relaciones que pueden existir entre la Administración y los administrados, concluyendo en que pueden distinguirse tres tipos de sanciones dependiendo de la intensidad de la sujeción. En su propia terminología y conectada a una sólida base de conocimientos prácticos y ejemplos normativos, Ascárate las define como *sanciones de mayor sujeción o “internas”, sanciones intermedias y sanciones externas o de “nula sujeción”* (p. 81). Fundamentalmente importante y trascendentes son los esquemas y cuadros con los que Ascárate ilustra sus profundas y esquemáticas ideas.

Seguidamente, el quinto capítulo (*Noción de infracción administrativa en el derecho argentino*), el profesor Ascárate se embarca en la búsqueda de la singularidad de las infracciones administrativas. Entendiendo como central a fuerte presencia de la administración, Ascárate en este capítulo estudia con mayor detenimiento aquellas sanciones graduadas por la intensidad de la sujeción de la relación

administración-administrado, al mismo tiempo que desarrolla su propia definición de Infracción Administrativa, la cual entiende como *“aquellos ilícitos sancionados con finalidad represiva por la Administración nacional, u otros órganos nacionales o entes públicos no estatales nacionales en ejercicio de función administrativa”* (p. 90).

Luego de haber definido en los primeros capítulos las principales controversias respecto de la infracción administrativa, de haber definido la misma y de haber ilustrado un mapa de sanciones en el derecho argentino, entre los capítulos 6 y 11 Ascárate se centra y se sumerge profundamente en las conexiones entre el principio de legalidad, el proceso de tipificación y las notas distintivas de éstos dentro del mundo del derecho administrativo sancionador.

Con una inobjetable rigurosidad académica, Ascárate desarrolla y reflexiona sobre el principio de legalidad y las infracciones administrativas, estudiando las particularidades del principio de legalidad penal y como éste puede transpolarse al ámbito del derecho administrativo sancionador. Para ello, estudia desde casos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos hasta el origen de la tipicidad penal, pasando por el estudio de las controvertidas leyes penales en blanco y la cuestión de la interpretación en el marco de la normativa punitiva.

Particularmente ocupa los finales capítulos la revisión y postulación de distintos estándares de taxatividad y previsibilidad que Ascárate desarrolla a los fines de intentar de limitar la, en muchas ocasiones, desbocada y arbitraria potestad sancionatoria de la Administración.

3. REFLEXIONES

Habiendo realizado un pormenorizado pero superficial repaso de las principales ideas expuestas por el esquemático y minucioso trabajo de Ascárate, corresponde ahora reflexionar sobre algunas de las ideas que el autor desarrolla. Como se dijo y como se desprende de la obra en su conjunto, es innegable la enorme potencia crítica que ciñe la visión de Ascárate: en ningún momento la obra pretende avalar los descabros de la praxis jurídica de nuestro país respecto de la anarquía legislativa y jurisprudencial respecto de las infracciones administrativas, sino que por el contrario contrasta y enfrenta a la misma a partir y desde los valores receptados y protegidos por la Constitución Nacional.

En tal sentido, el autor no vacila al momento de poner en crisis muchas de las grises zonas que tiñen al campo del derecho administrativo sancionador en nuestro país, lo que no deja de traducirse en una constante y cada vez más amplia potestad sancionatoria de la Administración, la cual es ejercida dentro de límites difusos y confusos, lo que prepara el terreno para enormes e inaceptables arbitrariedades que padecen los administrados. En tal sentido, las finas y elaboradas críticas de Ascárate inauguran un nuevo episodio en el estudio del derecho administrativo sancionador de nuestro país, motivo más que suficiente para que sus observaciones y reflexiones sean profundizadas, y, cuando sea necesario, someter a éstas a refinaciones y precisiones.

Es por ello por lo que aquí se tomarán algunas de las ideas que Ascárate desarrolla y que, a nuestro criterio, pueden ser objeto de estudios pormenorizados que tiendan a precisar y afianzar las vías críticas a las que el autor nos invita a participar a lo largo de su obra. Cabe aclarar, previo a realizar estas observaciones, que las reflexiones aquí expuestas no intentan en modo alguno desfavorecer el trabajo de Ascárate; en ese sentido, las reflexiones que siguen se realizan desde y a partir del libro de Ascárate y no contra éste, ya que entendemos que por la naturaleza propia de la obra ésta no puede abarcar con exhaustividad todos los temas que allí se tratan. Es, entonces, necesario continuar por los críticos caminos que Ascárate inauguró.

3.1. La Infracción Administrativa y el bien jurídico lesionado

Como se señaló en el apartado número dos, el bien jurídico en tanto categoría conceptual ocupa un lugar central en la obra de Ascárate, no tanto por el desarrollo que éste hace de aquel sino más bien por la utilidad que adjudica al bien jurídico a la hora de definir esencialmente qué es una infracción administrativa.

Con inobjetable acierto señala Ascárate que “...*la definición de infracción administrativa deberá componerse tanto de elementos propios del bien jurídico como de normas positivas...*” (p. 45). Partiendo desde la revalorización que el autor hace del pensamiento tópico, Ascárate encara la cuestión de la infracción administrativa y su definición desde una perspectiva realista que conjuga a la valoración que el legislador

realiza al momento de criminalizar una conducta a la luz de la potestad sancionatoria de la administración con el régimen jurídico vigente.

Con el pragmatismo distintivo que se percibe a lo largo de todo el libro, Ascárate cree que es confuso o innecesario discutir respecto de la *naturaleza propia* de la infracción administrativa sin tener en cuenta que ésta, en gran medida, es tal a partir del régimen jurídico y de las normas positivas que la sustentan. Eludiendo así el debate sobre características ópticas propias de la infracción administrativa, el autor sostiene -a nuestro entender con gran acierto- que a la infracción administrativa la definen tanto el bien jurídico lesionado del tipo infraccional específico como la regulación que el ordenamiento jurídico hace sobre aquella. En tal sentido, es destacable que las tesis de Ascárate estén estructuralmente teñidas e influenciadas por un fuerte realismo y pragmatismo. Es por ello por lo que nosotros adherimos a esa postura y entendemos que es importante que siempre tengamos presente que el jurista no crea la realidad, sino que solo crea fenómenos jurídicos -en su mayoría ficciones- que pueden tener más o menos correlación con fenómenos que se den en la realidad concreta, supranormativa.

Con toda razón el autor escapa del antológico debate sobre la naturaleza jurídica de la infracción administrativa para enseñarnos que la definición de ésta en gran medida estará compuesta por el ordenamiento jurídico vigente del país que se estudie, llegando a la conclusión de que no existe la así llamada "*infracción administrativa natural*", sino que éstas siempre serán resultado y producción de un ordenamiento jurídico específico.

Ahora bien, hasta aquí la postura de Ascárate es, a nuestro entender, contundentemente correcta y valiosa en tanto exime al jurista de debates innecesarios respecto de la existencia prejurídica de la infracción administrativa. No hay dudas de que la postura de Ascárate, que compartimos plenamente, subsume a la infracción administrativa a una creación jurídica por parte del ordenamiento legal vigente.

Pero esta subsunción de la definición de la infracción administrativa al ordenamiento jurídico vigente Ascárate la conjuga con los "*elementos propios de los bienes jurídicos protegidos*" al "*conjunto de principios, leyes y disposiciones que formaliza esa protección*" (p. 188). Aquí encontramos en la postura de Ascárate un punto que creemos

que merece ser estudiado en profundidad, advirtiendo que es más propio de las discusiones que se dan dentro de la dogmática penal pero que, como señalaremos, creemos que puede realizar grandes aportes a la doctrina sobre la(s) infracción(es) administrativa(s).

En tal sentido, es necesario señalar, aunque sea de forma extremadamente breve, que en la dogmática penal es usual hacer referencia a la categoría del *bien jurídico lesionado* como presupuesto típico indispensable para la habilitación legítima de poder punitivo⁶. Esta construcción, que se remonta a las construcciones teóricas de los penalistas liberales, y que en nuestro ordenamiento jurídico puede ser derivada sin mayores esfuerzos del artículo 19 de nuestra Constitución Nacional⁷, exige que cada tipo penal prevea una afectación -ya sea por daño o peligro concreto- a un bien jurídico específico -individual o colectivo-. De esta forma, esta construcción dogmática evita la habilitación legítima de poder punitivo en aquellos casos donde no existe un conflicto lesivo concreto, evitando así que el Estado se entrometa punitivamente en aquellas cuestiones en las que no hay un daño específico a terceros, lo que a su vez tiene una conexión directa con el *harm principle* anglosajón⁸.

Es, en síntesis, una exigencia liberal básica que se hace eco de muchísimas criminalizaciones que existieron -y existen- y que no se basan en conductas lesivas⁹; es, de esta forma, que los Estados inaceptablemente

⁶ ZAFFARONI, ALAGIA y SLOKAR: *Derecho penal. Parte General*, Ediar, Buenos Aires, 2000, p. 128.

⁷ Sobre la historia del artículo 19 de la Constitución Nacional ver, SAMPAY, Arturo: *La filosofía jurídica del art. 19 de la C.N.*, Cooperadora de Derecho y Ciencias Sociales, Buenos Aires, 1975.

⁸ Para un mayor y detenido análisis sobre el *harm principle* en la tradición anglosajona, ver EDWARDS, James, *HARM PRINCIPLE*, Legal Theory, 20, 2014, pp 253-285 y PERSAK, Nina, *Criminalising Harmful Conduct: The Harm Principle, its limits and Continental Counterparts*, Springer, NY, 2007.

⁹ El punto álgido de criminalizaciones que confundieron al derecho con la moral y devinieron en incontables muertes se dio en las tristemente célebres guerras de religión. Es, luego de éstas, que los filósofos liberales desarrollaron y postularon a la lesividad como un elemento indispensable a la hora de hablar de criminalizaciones. Sobre las guerras de religiones, ver, LE ROUX, Nicolás: *Las guerras de religión*, Marcial Pons, Madrid, 2017.

amplían su potestad punitiva a supuestos en los que no existe *lesividad* alguna sino simplemente conductas o personalidades que se consideran dañosas para nebulosas concepciones como las de la *moral pública*. Sin ánimos de ser aquí exhaustivos, es dable de recordar que el poder punitivo estatal siempre se inclinó a perseguir a personas *por lo que son* más que *por lo que hacen*, consagrando así autoritarios *derechos penales de autores*, lo que entra en franca contradicción con el artículo 19 de nuestra constitución, que, como se dijo, consagra al menos dos grandes principios para la potestad punitiva estatal: *el principio constitucional de acto y el principio constitucional de lesividad*¹⁰. Es por ello que el *bien jurídico* como elemento de medición de esa *lesividad* constitucionalmente exigida a las intromisiones punitivas adquiere un rol central en aquellas construcciones dogmáticas que sean conscientes de la historia de arbitrariedades y desbandes que caracterizan al poder punitivo de los Estados, que, sin limitaciones que lo contengan, pueden derivar en genocidios¹¹.

Habiendo señalado de forma extremadamente sumaria el rol central que el bien jurídico posee en aquellas corrientes doctrinarias que intentan limitar el poder represivo del Estado, corresponde ahora adentrarse a la conexión que ello tiene con el derecho administrativo sancionador y con las tesis que desarrollo Ascárate en el libro aquí reseñado.

Ascárate hace un uso recurrente del concepto de bien jurídico eludiendo, con prudencia, el enorme debate que se suscita a partir de la definición y la utilidad que posee esta categoría la categoría dentro de la dogmática penal en tanto concepto limitante del poder punitivo estatal. Sin comprometerse en una definición precisa sobre el bien jurídico, Ascárate evita inmiscuirse en una cuestión que requeriría de

¹⁰ Sobre el principio constitucional de acto y su relevancia dentro del derecho penal ver MAGARIÑOS, Mario: *Los límites de la ley penal en función del principio constitucional de acto*, Ad Hoc, Buenos Aires, 2008.

¹¹ Sobre el detalle de la relación entre el principio constitucional de lesividad y la categoría del *bien jurídico lesionado* ver la bibliografía citada en nuestro previo trabajo introductorio, BADOZA, Joaquín: *El principio constitucional de lesividad y el bien jurídico: una relación esencial para la dogmática penal*, Revista de Derecho Penal y Criminología, DPyC, La Ley, octubre 2018, pp. 54-71.

una profunda e intensa investigación que desviaría sin lugar a duda el objeto principal de su obra. En efecto, como señalamos previamente, corresponde aquí tomar a la obra de Ascárate como punto de partida de nuevas discusiones, lo que de ningún modo puede entenderse como una deficiencia de la obra aquí reseñada. Son, entonces, preguntas que nos realizamos a partir de la obra de Ascárate y no preguntas contra ésta.

Son, en su mayoría, preguntas cuyas respuestas no pueden exigírsele al autor dado los límites claros y precisos en los que desarrolló su obra; aunque sin perjuicio de ello, estas preguntas deben realizarse y deben discutirse a los fines de profundizar la teoría que Ascárate desarrolla en su obra.

Volviendo al punto en cuestión, la obra aquí comentada evita comprometerse con una definición exacta y precisa sobre el bien jurídico, haciendo solo una remisión genérica a éste. En tal sentido, el enorme debate que existe sobre el bien jurídico dentro de la dogmática penal permanece invisible en la obra de Ascárate y es por lo que corresponde preguntarse: ¿Cómo afectan los distintos conceptos y concepciones existentes sobre el bien jurídico a la noción de la infracción administrativa? ¿Es, en definitiva, un debate propio de la dogmática penal que nada tiene que aportar a la disciplina del derecho administrativo sancionador, o, por el contrario, constituye un problemático punto cuyo estudio no puede ser evitado?

Sin ánimos de responder exhaustivamente esta pregunta, lo que requeriría de una investigación profunda y específica sobre el tema, creemos que los distintos conceptos existentes sobre el bien jurídico¹² necesariamente impactarían sobre los desarrollos del derecho administrativo sancionador. De esta forma, la corriente dogmática penal que se asienta sobre el funcionalismo sistémico y que crítica e impugna la noción misma del bien jurídico¹³ no tendrá los mismos efectos sobre

¹² Sobre el estudio pormenorizado de la categoría jurídica de bien jurídico es indispensable el estudio de POLAINO NAVARRETE, Miguel: *El bien jurídico en el derecho penal*, Universidad de Sevilla, 1974. También ver ZAFFARONI, Raúl: *Apuntes sobre el bien jurídico: fusiones y (con)fusiones*, en Libro homenaje al Profesor José Hurtado Pozo, Lima, 2012.

¹³ JAKOBS, Gunther: *¿Qué protege el derecho penal: bienes jurídicos o la vigencia de la norma?*, trad. De Manuel Cancio Meliá, Ediciones Jurídicas Cuyo,

la definición de infracción administrativa que la concepción sobre bien jurídico que realiza Zaffaroni al definir a éste como una relación de disponibilidad entre un sujeto (individual o colectivo) y un objeto¹⁴.

Al respecto, cabe destacar que los intensos y arduos debates que se dieron alrededor de la definición del bien jurídico tienen como eje central la utilidad que éste puede prestar a los fines de limitar el poder punitivo estatal, lo que se demuestra central para la teoría que desarrolla Ascárate en tanto éste también busca con su obra limitar y encauzar al accionar sancionador de la administración dentro de los márgenes constitucionales. Creemos, entonces, que cualquier teoría sobre la infracción administrativa que se desarrolle sobre la premisa central de limitar el accionar muchas veces arbitrario de la Administración y del poder punitivo en general debe definir precisamente los contornos conceptuales que la categoría dogmática del bien jurídico exige para cumplir tal función limitadora. Es, entonces, necesario que la doctrina establezca una definición más o menos precisa sobre el bien jurídico, lo que permitirá realizar un análisis preciso y minucioso sobre como esa definición impactara en las distintas teorías jurídicas¹⁵.

Si la categoría del *bien jurídico lesionado* puede transpolarse sin más a la teoría sobre el derecho administrativo sancionador es otro interrogante que necesariamente debe discutirse; es, por un lado, innegable que para que se despliegue la potestad sancionatoria de la Administración ésta debe tener como presupuesto imprescindible la existencia de una conducta *lesiva* por parte del administrado. Aunque por otro lado, y sin perjuicio de ello, tampoco puede exigirse que la Administración paralice todos sus mecanismos sancionadores a la espera de que se pongan en marcha cursos que puedan lesionar o

Mendoza, 2001, pp. 53-56; *Derecho Penal. Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación*, trad. De Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo, Marcial Pons, Madrid, 1995, pp. 56-60.

¹⁴ Zaffaroni define a los bienes jurídicos como entes que constituyen “*relaciones de los individuos con los objetos; el bien jurídico es la relación de disponibilidad de un individuo con un objeto, en cuya conservación está interesado el Estado, relevando su interés mediante la tipificación de conductas que la afectan...*”, ZAFFARONI, *Teoría del delito*, EDIAR, Buenos Aires, p. 224.

¹⁵ Como ejemplo de esto ver la monumental obra de FERNÁNDEZ, Gonzalo D.: *Bien jurídico y sistema del delito*, BdeF, Buenos Aires, 2004.

poner en peligro efectivamente a bienes jurídicos, lo que se demuestra como profundamente problemático dado el carácter propio de la dinámica administrativa según la cual, con una acertada intervención, puede frenar esos cursos incluso antes de que se materialice un peligro concreto para bienes jurídicos. El alcance y la exigencia de la *lesividad* en el derecho administrativo sancionador es aún una incógnita que no ha sido estudiada en profundidad, más allá de algunas posiciones que establecen que la intensidad de ese principio debe ser en el derecho administrativo sancionador igual que lo es en el derecho penal¹⁶. Es por ello, necesario, que administrativistas y penalistas aúnen esfuerzos en tal dirección.

Ahora bien, habiendo señalado el primer interrogante que la obra de Ascárate nos deja, éste es, la necesidad de una definición precisa de bien jurídico corresponde pasar entonces a precisar la noción del *bien jurídico protegido* que en reiteradas ocasiones utiliza Ascárate.

La cuestión relativa a la intentada tutela o protección de bienes jurídicos por parte del derecho penal es defendida por muchos cate-dráticos en la materia¹⁷, estableciendo a esta como la finalidad que debe perseguir el derecho penal¹⁸. En tal sentido, Ascárate parece adscribirse a esta corriente al adjudicar al derecho administrativo sancionador la función de tutelar bienes a través de la tipificación de conductas. Creemos que esta definición es tan bienintencionada como imprecisa e irreal y representa quizás uno de los errores más arrastrados y repetidos dentro de la dogmática penal, por lo que evitar que dicha equivocación se traslade al campo del derecho administrativo sancionador es lo que impulsa estas reflexiones.

Por ello, como se dijo previamente, muchas investigaciones y construcciones dogmáticas se han realizado en torno al *bien jurídico*

¹⁶ CASERMEIRO, Pablo: *La distinción entre el derecho penal y el derecho administrativo sancionador*, Tirant, Lo Blanch, Valencia, 2010, pp. 169-187.

¹⁷ La férrea defensa de este principio puede vislumbrarse con claridad en las obras de ROXIN. ROXIN, Claus: *Dogmática penal y política criminal*, trad. De Manuel A. Abanto Vázquez, IDEMSA, Lima, 1998.

¹⁸ Para mayores precisiones, CONTRERAS LÓPEZ, Rebeca Elizabeth: *“La tutela penal de bienes jurídicos”*, Universidad Veracruzana, México, 2006, pp. 32-39.

lesionado como categoría indispensable para la habilitación legítima del poder punitivo estatal, principalmente derivando a ésta del artículo 19 de nuestra Constitución Nacional. En lo que aquí importa, entonces, corresponde transpolar al derecho administrativo sancionador algunas de las conclusiones que en el ámbito del derecho penal se realizaron al respecto, tanto para limitar al poder punitivo de la administración como para así también efectuar nuevos disparadores e interrogantes que permitan avanzar en sendos caminos críticos del ordenamiento vigente actual.

Pues bien, creemos que la noción de *bien jurídico tutelado* de la que se hace eco Ascárate implica intrínsecamente una contradicción lógica insalvable, que es un tanto redundante: un bien jurídico -cualquiera sea su definición- importa que el mismo es merecedor de una protección jurídica (dada por todo el ordenamiento jurídico), por lo que necesariamente cuando hablamos de bien jurídico estamos hablando de un ente que está siendo protegido por el derecho en su totalidad. Dicho de forma más clara: es completamente contradictorio pensar en la idea de un bien jurídico no tutelado por el derecho. Si ese fue ese el caso, dicho ente no sería un bien jurídico. Se extrae así, de la simple enunciación de “bien jurídico”, que la misma implica una tutela o protección jurídica. Es el ordenamiento jurídico en general la que da diseño y crea bienes jurídicos, llegando a la legislación sancionatoria en sus distintos niveles como bienes ya tutelados jurídicamente. Es por ello que hacer referencia a *bienes jurídicos protegidos* por el derecho penal o por el derecho administrativo sancionador es, en un primer y superficial análisis, una afirmación que desde la lógica argumental se demuestra como redundante. Pero a la noción de *bienes jurídicos protegidos* por ramas jurídicas sancionadoras no solo puede hacerse una objeción de tipo semántica, sino que la controversia implica dificultades mayores.

La principal controversia que debe ser dilucidada es aquella que se desprende a partir de la idea de que a través de la tipificación de conductas -ya sea en el derecho penal o en el derecho administrativo sancionador- se está procediendo a proteger bienes que jurídicamente son relevantes. Es, en esencia, un importante y seductor argumento que no puede ser fácil y rápidamente descartado y que merece un importante debate que excede ampliamente la presente reseña. No obstante ello, cabe señalar algunos de sus puntos más problemáticos.

Afirmar que el fenómeno normativo de tipificar conductas en la práctica efectivamente protege bienes jurídicamente relevantes ape- la a un claro sentido común según el cual las normas sancionadoras poseen un importante efecto disuasorio en la sociedad. Pero, como la criminología crítica se ha encargado de señalar respecto de los siste- mas penales y la pena en general, el efecto disuasorio de las normas sancionadoras es mucho más reducido que el que el sentido común indica¹⁹. Sin embargo, no creemos que sea necesario exigir un detallado estudio empírico respecto de la pretendida función tutelar de las nor- mas sancionatorias para señalar las contradicciones que dicha teoría conlleva. En tal sentido, creemos que hay una confusión en los planos en los que se discute.

Cuando nos preguntamos e intentamos responder en qué plano se verifica la pretendida tutela penal, necesariamente nos enfrentaremos a que sostener que el derecho penal y el derecho administrativo sancionador protege determinados bienes es necesariamente un juicio de carácter *fáctico*, es decir, que se da en la realidad concreta y que excede al plano normativo²⁰. Es entonces, a nuestro juicio, erróneo presuponer que desde el proceso tipificador (el cual necesariamente debe exigir la afectación a un bien jurídico) se puede extraer una protección jurídica efectiva y real a un bien, ya que dicha protección carece de un contenido real y concreto.

Así las cosas, la asignación de una función protectora a un pro- ceso meramente normativo como lo es aprobar una norma sanciona- toria nos obliga a aceptar que el derecho represivo, desde su limita- da esfera normativa, posee una función tutelar real y efectiva. No puede obviarse, por otra parte, que dicho juicio, además de ser fáctico en tanto debe comprobarse en la realidad concreta, en dicho plano se revela completamente falso en un importante número casos, al verificar la operatividad y selectividad con la que operan los sistemas sanciona- dos estatales.

A ello cabe agregar que, por cierto, la comprobación de la pre- tendida protección corre por cuenta de las agencias estatales que se

¹⁹ En detalle ver, BARATTA, Alessandro: *Criminología crítica y crítica del derecho penal*, Editorial Siglo XXI, 5ta edición, 1998.

²⁰ ZAFFARONI, *Apuntes...*, p. 3.

encargan de perseguir y sancionar las conductas ilícitas, debiéndose advertir que dicha verificación jamás podrá darse exclusiva y excluyentemente a través de las normas: lo que el derecho penal y el derecho administrativo sancionador verifican es la criminalización primaria y la pretensión discursiva tutelar de la agencia política.

No se pretende aquí sostener que la aplicación efectiva de poder punitivo o la coacción directa administrativa puedan tener la función de proteger determinados bienes jurídicamente relevantes mediante la disuasión, lo que quiere señalarse es justamente que aquello que puede llegar a tener una función protectora son tanto el poder punitivo como la coacción administrativa directa, mas no el derecho penal o el derecho administrativo sancionador²¹. La elección del legislador de tipificar determinadas lesiones que afecten a un bien jurídico por sí sola no puede ejercer una tutela en el mundo real, ya que dicho fenómeno, como se dijo, es de carácter normativo. Se mezclan así dos planos y dos conceptos diferentes, olvidando que el derecho sancionador es hueco y vacío si no fuese por la coacción que efectivamente ejercen las agencias estatales ya sea a través de sus agencias punitivas o a través de sus agencias coactivas directas.

Por otra parte, creemos también que es incompatible adjudicar al derecho administrativo sancionador o al derecho penal la pretendida función de proteger bienes, función que nunca le fue propia a las ramas jurídicas sancionadoras. En tal sentido es que advertimos que muchas veces se olvida esa esencia eminentemente sancionadora que caracteriza al derecho penal y al derecho administrativo sancionador. De ningún modo estas ramas sancionadoras del Estado poseen una esencia *constitutiva*: ni el derecho penal ni el derecho administrativo sancionador crean bien jurídico, sino que por el contrario reciben bienes ya protegidos por el resto del ordenamiento, limitándose la actuación de aquellos a solo identificar – y amenazar con una determinada pena- conductas que lesionen u ofenden de determinada manera dichos bienes. El derecho penal y el derecho administrativo sancionador tienen como función identificar y describir las lesiones típicas que

²¹ Sobre la distinción de ambos conceptos, ZAFFARONI, ALAGIA y SLOKAR: *Manual de derecho penal. Parte General*, Ediar, 2da ed, 2006, pp. 3-27.

pueden afectar a los bienes jurídicos, pero crear bienes jurídicos es una facultad que excede notablemente a la propia esencia de estas ramas jurídicas²².

La distinción es clara, ya que son la Constitución Nacional y las otras ramas del derecho las que consagran a dichos entes como bienes jurídicos, llegando a las ramas punitivas como bienes ya tutelados jurídicamente y sobre los cuales éstas solo deben catalogar las conductas que los afecten y amenazar a éstas con una sanción o pena²³. Así, el bien jurídico proviene de otras ramas jurídicas que son las que efectivamente pueden proteger bienes, mientras que el *bien jurídico lesionado* debe funcionar en el derecho penal y en el derecho administrativo sancionador como una categoría encargada de limitar al poder coercitivo estatal ejercido de forma arbitraria.

Lo dicho previamente no debe llevar a la equivocación de creer que las críticas a la noción de *bienes jurídicos protegidos* a través y por el derecho penal o el derecho administrativo sancionador se basan meramente en cuestiones de semántica o de lógica interna. Por el contrario, y es lo que motiva estas reflexiones como dijimos previamente, creemos que al adjudicar al derecho penal y al derecho administrativo sancionador la función de tutelar bienes jurídicamente relevantes se está cayendo en el error de generar expectativas irreales de nuestros sistemas sancionadores, los cuales son generosamente receptivos de cualquier discurso jurídico que legitime una ampliación de sus facultades. Es, en tal sentido, que creemos que es necesario que este tema se debata a los fines de evitar que el incipiente y tímido desarrollo derecho administrativo sancionador en nuestro país caiga en este frecuente error que tantos riesgos genera.

En lo que respecta a estos riesgos que se extraen de adjudicar la función protectora al derecho penal y al derecho administrativo sancionador, creemos que, al crear una expectativa falsa de efectiva tutela, mediante deducción de las leyes sancionadoras, las consecuencias son ostensibles: dicho discurso permitiría legitimar y racionalizar la

²² ZAFFARONI, Raúl: *Doctrina penal nazi*, Ediar, Buenos Aires, 2017, p. 227.

²³ TAVARES, Juarez: *Bien jurídico y función en Derecho penal*, trad. Monica Cuñarro, Hammurabi, 2004, p. 12.

punibilidad y criminalización de lesiones a bienes jurídicos por demás lejas y completamente hipotéticas, como lo es la cada vez más frecuente tipificación de ilícitos basados en peligros abstractos.

Asimismo, esta supersticiosa creencia respecto a la función tutelar del derecho administrativo sancionador y del derecho penal se da en el contexto de la hiperinflación sancionatoria y punitiva de la que somos testigos, corriéndose el grave riesgo de fomentar una técnica legislativa por demás común a nuestros ordenamientos jurídicos: la creación y clonación de bienes jurídicos inexistentes, generando así tipos infraccionales que violan directamente el *principio constitucional de lesividad* al sancionar conductas que no generan ofensa a un bien jurídico real.

Es mediante esta inversión y perversión discursiva de la que se deriva que todo bien jurídico que sea lesionado requiere de una tutela por parte del derecho sancionador, incentivando así una penalización sin límites -ya que mientras más se proteja, mejor-.

Para resumir, de la pretendida función tutelar de bienes jurídicos que se adjudica al derecho represivo, se derivan las siguientes consecuencias, todas violatorias del principio constitucional de lesividad: racionalizar intervenciones por demás desproporcionadas en relación a la lesión -el derecho represivo debe tutelar y proteger incluso cuando la ofensa sea mínima, desconociendo el *principio de insignificancia*²⁴-; crear y clonar bienes jurídicos que en la realidad no existen, ya que

²⁴ Debemos aclarar que la lesión a un bien jurídicamente protegido es una condición necesaria pero no suficiente para justificar la habilitación de poder punitivo por parte de agencias estatales, ya que la lesión debe tener tal entidad que justifique la puesta en marcha del sistema penal o, en su caso, del derecho administrativo sancionador. Esto en virtud de la consonancia necesaria que debe darse entre el principio de *lesividad*, el principio de *proporcionalidad*, el principio de *razonabilidad*, *última ratio*, etc. Por consiguiente, se impone como atípica cualquier conducta que produzca una lesión insignificante, prescindiendo de la intervención del sistema penal en bagatelas o afectaciones insignificantes. ZAFFARONI, ALAGIA y SLOKAR, *Ibid*, p. 129.

Respecto del principio de insignificancia en la jurisprudencia argentina, ver fundamentalmente el fallo (y la jurisprudencia allí detallada) "*Cutule, Pablo Alejandro s/hurto en tentativa*" dictado el 10 de julio del 2017 por la Sala 2 de la Cámara Nacional de Casación en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal, con el voto de los Dres. Morín, Niño y Sarrabayrouse.

como se sostuvo previamente, el *bien jurídico tutelado* tiende a espiritualizar al mismo hasta desembocar en un único bien jurídico, esto es, la voluntad del Estado; la tipificación de tipos infraccionales de peligro abstracto; adelantar la tipificación hasta el extremo de conminar actos preparatorios; y la creación de tipos infraccionales de *acumulación* (o generalización de una conducta) mediante la cual se tipifican conductas que individualmente son inocuas.

La noción según la cual la infracción administrativa está integrada esencialmente por un *bien jurídico tutelado*, en ordenamientos como el nuestro, arrasa por completo con la finalidad limitadora y contenedora que debe tener la doctrina del derecho administrativo sancionador, finalidad que continuamente persigue Ascárate en su libro.

Asimismo, cabe advertir que si incluimos en el ámbito de la tipicidad administrativa que ésta debe tener como función proteger bienes jurídicos, también se está tomando un camino político criminal completamente *sistémico*, ya que la función garantizadora del *bien jurídico lesionado* se vería deformada en una herramienta que serviría para mantener y reproducir el mismo sistema sancionador, esquilando la función limitadora que puede tener la doctrina. Así, el *bien jurídico tutelado* impone necesariamente efectos legitimantes del poder represivo estatal y a su vez altamente expansivos de éste, siendo ignoradas todas estas cuestiones por la doctrina que acepta y defiende la protección del bien jurídico atribuida al tipo como una tesis irrefutable.

En conclusión, cada vez que se utilice la expresión *bien jurídico tutelado* o *protegido* se está utilizando un concepto que: esta formulado de forma lógicamente redundante; que da por lógicas y verdaderas determinadas funciones de imposible realización fáctica; que es una construcción completamente útil y legitimante de la arbitrariedad; que es una construcción intolerablemente supersticiosa y peligrosamente romántica; y que es una creación racionalizadora de las más burdas violaciones constitucionales a las bases de un derecho represivo que éste asentado sobre las bases liberales sobre las que se erigió nuestra Constitución Nacional.

Sin ánimos de extendernos aún más sobre esta cuestión, lo que desnaturalizaría la presente reseña, debemos advertir que los progresivos estudios sobre el derecho administrativo sancionador tienen que

necesariamente estar alertados sobre la parábola involutiva del bien jurídico, mediante la cual, un concepto cuya función es limitar la coacción estatal, termina sirviendo prácticamente para legitimar, justificar y ampliar cualquier tipo de intervención represiva y punitiva.

3.2 Las relaciones de especial sujeción en el derecho administrativo sancionador

Como desarrollamos previamente, Ascárate realiza en su obra una original clasificación de las infracciones administrativas partiendo desde el concepto de las relaciones de especial sujeción. Sin comprometerse con una definición exacta de éstas, aspiración a la cual la doctrina más especializada por el tema renunció desde hace un largo tiempo²⁵, Ascárate utiliza estas relaciones de sujeción especial para realizar una clasificación tripartita y específica sobre las infracciones administrativas, a partir de la cual matiza y gradúa la aplicación del principio de legalidad dependiendo del tipo de la infracción administrativa de la que se trate.

Alerta del “*origen ideológico autoritario*” y de la “*utilización indiscriminada para inaplicar completamente el principio de legalidad*” (p. 74) que el arbitrario uso de este concepto ha tenido en el pasado, Ascárate se encarga repetidamente en su obra de dejar absolutamente claro que “*las relaciones de sujeción especial no excluyen la legalidad*” (p. 78). Tal punto no es menor y debe quedar claro ya que Ascárate es plenamente consciente de los posibles abusos que este concepto puede conllevar al intentar pervertirlo y utilizarlo para inaplicar el principio de legalidad en su totalidad, escenario que el autor se encarga de evitar a través de su minuciosa construcción conceptual.

No obstante ello, cabe destacar que del estudio pormenorizado de la obra surge manifiestamente que Ascárate no aboga alegremente por la concepción de relaciones de especial sujeción sino que, por el contrario, entiende que la vigencia de éstas se desprende de hasta el estudio más superficial de la realidad cotidiana, por lo que negarlas no

²⁵ GALLEGO ANABITARTE, Alfredo, *Las relaciones especiales de sujeción y el principio de legalidad de la Administración. Contribución a la teoría del Estado de Derecho*, Revista de Administración Pública, nro. 34-196, p. 24.

sería más que un esfuerzo académico destinado a negar un conjunto de situaciones prácticas cuya existencia no puede obviarse.

De esta forma, Ascárate no es un autor que incentiva y motiva un uso indiscriminado de la dogmática desarrollada alrededor de las relaciones de especial sujeción sino que por el contrario realiza su análisis en dos niveles diferenciados: en primer lugar, a partir de una precisa observación de la realidad jurídicoadministrativa advierte que existen determinadas relaciones cuyas especificidades derivan de los especiales vínculos posibles que pueden tener los administrados para con la Administración; luego de advertida esa realidad, Ascárate entiende que es prácticamente imposible definir principios y reglas generales que puedan ser aplicados por igual a la enorme y diversa cantidad de relaciones jurídicoadministrativas que pueden existir, lo que lógicamente requiere de un estudio lo más diferenciado y específico posible sobre esos múltiples supuestos.

Basándose solo en la diferenciada intensidad que el principio constitucional de legalidad posee en este tipo de relaciones, Ascárate se propone “*explicar por qué es que existen parámetros distintos para juzgar las exigencias de legalidad según el grado de vinculación previa que el sujeto sancionado tenga con el órgano sancionador*” (pp. 79-80).

Ahora bien, reflexionando sobre el uso que Ascárate realiza sobre este tipo de especiales relaciones una primera aproximación a éste nos demuestra que el autor decidió, al igual que en el caso del *bien jurídico*, no comprometerse con una definición precisa y exhaustiva. Tal decisión, entendemos, es inobjetable desde el punto de vista interno y sistémico de su obra, de cuyo estudio se desprende que la precisa conceptualización de tan controvertidas categorías jurídicas importa un considerable desvío del principal objetivo de la obra. En adición, es importante recordar lo que la doctrina más clasificada sobre el tema señaló al indicar que “*hay conceptos en que, dada la indeterminación de la situación de hecho a la que se confieren, no pueden ser definidos; cualquier definición de la RleS será siempre insuficiente y por tanto, inútil*”²⁶.

Creemos, entonces, que la decisión de Ascárate fue acertada porque una exacta y exhaustiva definición de las relaciones de especial

²⁶ GALLEGO ANABITARTE, *Ibid.*

sujeción es ajena al desarrollo que el autor hace de éstas, el cual esta circunscripto exclusivamente a la vinculación e intensidad en la aplicación²⁷ que el principio constitucional de legalidad tiene en aquellas.

Si bien el desarrollo que el autor realiza sobre las relaciones de especial sujeción puede parecer un tanto superficial, es imperativo señalar que el detallado y pormenorizado estudio de estas relaciones y sus efectos dentro del campo del derecho administrativo sancionador es una tarea que debe ser emprendida prontamente por la doctrina, eximiendo así a Ascárate de ampliar el horizonte epistemológico de su obra. En efecto, es imprescindible que ese estudio tenga en consideración las distintas relaciones de sujeción especial que existen y el origen de éstas, a los fines de refinar las categorías que Ascárate desarrolló en su obra.

Por su parte, es importante advertir, como lo hace Ascárate a lo largo de su obra, que la doctrina de las relaciones de especial sujeción conlleva dentro de sí un enorme riesgo, propio de la esencia de éstas, de habilitar y reforzar las tendencias arbitrarias y abusivas que caracterizan a la potestad sancionatoria de la administración. Sin intentar ser exhaustivos, es importante señalar que aquellos juristas que incursionen en las turbulentas y mayormente inexploradas aguas del derecho administrativo sancionador en nuestro país deben tener presente que este tipo de doctrinas muchas veces sirven como discursos jurídicos legitimantes de situaciones jurídicas que son, en el marco de nuestro estado de derecho constitucional, inaceptables. Un ejemplo concreto de lo dicho se ilustra al intentar derivar de la supuesta *voluntariedad* de algunas relaciones de especial sujeción la restricción de derechos elementales²⁸.

Asimismo, y advirtiendo sobre las posibles distorsiones y perversiones que pueden realizarse a partir de las reglas de especial sujeción, es importante recordar que el campo sancionatorio de la Administración es un encandilante reflejo de la selectividad con la que opera el poder punitivo estatal y sus agencias ejecutivas, por lo que toda elucubración

²⁷ La aplicación del principio de legalidad en el intrincado mundo de las infracciones administrativas no está en discusión en la obra de Ascárate. La discusión se da en torno a la intensidad que este principio debe tener, pero siempre teniendo en cuenta que el mismo debe encontrarse vigente dentro del campo del derecho administrativo sancionador.

²⁸ GALLEGO ANABITARTE, *Ibid.*, pp. 40-47.

teórica que se realice, por más bienintencionada que sea, no puede dejar de olvidar que en la práctica lo más probable es que las agencias sancionadoras siempre impongan su *imperium* por sobre los sectores más débiles y vulnerables. En el caso concreto de las relaciones de especial sujeción, es importante prestar atención al caso de aquellas personas que se encuentran alojadas en establecimientos penitenciarios, como bien lo señala Ascárate haciéndose eco del fallo Méndez de la CSJN²⁹.

Sin perjuicio de señalar la endogámica y genética selectividad con la que desenvuelven sus tareas las agencias ejecutivas, no debemos obviar que muchas de las funciones que la Administración tiene en tanto garante del bienestar general sólo pueden cumplirse a través de las facultades sancionatorias que ésta tiene. Es decir, la selectividad con la que opera la administración en su campo sancionatorio no debe hacernos olvidar que muchas veces es la propia Administración la que requiere de, a través de las relaciones de especial sujeción, un necesario matiz para poder ejercer debidamente su facultad de control en determinados supuestos, a partir de los cuales puede realizar un aseguramiento del bienestar general.

De esta forma, es importante tener en cuenta que la potestad sancionatoria de la Administración en muchos casos puede aplicarse en supuestos en los cuales estén en juego cuestiones que hacen al orden público y al bienestar general, por ejemplo en aquellos casos donde se aplican sanciones a empresas encargadas de prestar servicios esenciales a la sociedad en su conjunto. Es, creemos, en tal sentido que la doctrina de las relaciones de especial sujeción puede otorgar ciertas facultades a la Administración para que ésta realice, siempre dentro de los márgenes constitucionales, sus principales funciones sin encontrarse obstaculizada por principios rígidos e inflexibles que, manipulados por las grandes corporaciones, pueden paralizar la facultad de control de la Administración, traducándose ello en un daño directo a la sociedad.

Es por ello que cabe finalizar nuestras reflexiones en torno a las relaciones de especial sujeción y la relación de éstas con el derecho administrativo sancionador, especialmente a partir de la graduación

²⁹ Fallo “Méndez, Daniel R. s/recurso de casación” (2011), *Fallos*, 334:1216.

en la aplicación del principio de legalidad (que siempre es aplicable), señalando que el uso que se haga de las relaciones de especial sujeción siempre debe estar justificado por las particularidades propias del accionar de la administración y no utilizando a éstas como discursos legitimantes de arbitrariedades que confrontan directamente con la arquitectura deóntica e institucional de nuestra Constitución Nacional.

De esta forma, el uso de estas relaciones es entendible y justificable en aquellos casos en los que el diverso conjunto de supuestos dispares afecta de forma objetiva la realización práctica de un rígido e inflexible principio de legalidad, tornándose necesario realizar matices para la aplicación de este principio. Esos matices que necesariamente deben hacerse son consecuentes con la naturaleza de la actuación de la propia administración, la cual es siempre dinámica y cambiante, por lo que tipificaciones completas y acabadas del enorme y múltiple número de supuestos que pueden darse en la práctica devienen absolutamente improbables.

Finalmente, otro de los supuestos que justifica los matices que ofrecen las relaciones de especial sujeción y la imprescindible aplicación a éstas del principio de legalidad se da en aquellos supuestos en los que cuando, con lo que necesariamente implicará una robusta y vigorosa dedicación, sea posible realizar una detallada y minuciosa tipificación pero ésta produzca “...una considerable pérdida de eficiencia administrativa...”³⁰. Este supuesto se da en aquellos casos en los que, superada la inconstante realidad jurícoadministrativa, sea posible realizar una tipificación precisa y abarcadora de esos supuestos pero que, a raíz de esa sólida tipificación, se sacrifique la *elasticidad* que sirve para asegurar un correcto y eficiente funcionamiento de la Administración³¹.

4. CONCLUSIÓN

Como se señaló a lo largo del presente trabajo, la obra aquí estudiada irrumpe en la doctrina jurídica argentina poniendo de manifiesto

³⁰ GALLEGO ANABITARTE *Ibid.*, p. 48.

³¹ GALLEGO ANABITARTE *Ibid.*, p. 50.

y cristalizando el estridente abandono de la academia respecto de la disciplina del derecho administrativo sancionador. Mientras los penalistas subestiman esa rama jurídica, muchos administrativistas intentan disputar para su campo una mayor potestad sancionatoria de la Administración; pero, tanto penalistas como administrativistas olvidan que toda potestad pública, en especial aquella que es coactiva y sancionadora, debe estar controlada y restringida por precisos límites que eviten que arbitrarios desbandes. En tal sentido, no debemos olvidarnos de que el genocidio llevado a cabo por el nacionalsocialismo se realizó a partir y desde un derecho administrativo sancionador tan confuso y ambiguo como ilimitado y siniestro.

Sin que sea necesario recurrir a tales extremos históricos, es el propio Ascárate el que en su obra hace un fuerte llamado de atención que no puede ser obviado: *“Si se repasa la totalidad de sanciones aplicables en nuestro país, clasificándolas en función de los sujetos intervinientes y la presencia de la relación de sujeción especial, se llegan a catalogar por lo menos veinticinco hipótesis de competencias represivas. Sólo cuatro de ellas son analizadas por el derecho penal. Puede sostenerse, en consecuencia, que el principio de legalidad ha tenido, en materia sancionatoria, una vigencia modesta en el derecho argentino”* (p. 189).

Es por ello que la obra de Ascárate enfrenta a la dogmática penal a una intolerable incomodidad: mientras es usual creer que el finamente elaborado discurso jurídico racional de la dogmática penal ha construido una teoría lo suficientemente robusta para asegurar la vigencia de principios constitucionales que limiten el accionador sancionador del Estado, Ascárate irrumpe en la escena con una fuerte interpelación que enseña que en realidad la materia sancionatoria de nuestro país lejos esta de ser debidamente estudiada y, lo que es más importante, limitada. En tal sentido, las conclusiones que la obra de Ascárate expone son tan insoportables tanto para los penalistas a quienes se les está escapando, a través del derecho administrativo sancionador, un importantísimo número de sanciones cuyos límites son ambiguos y oscuros, como para los administrativistas que, teniendo dentro de su propio horizonte epistemológico a estos supuestos sancionadores, no han desarrollado un acabada teoría jurídica que estudie lo mínimo e indispensable sobre la infracción administrativa.

Por tal motivo, corresponde dar una calurosa bienvenida a la obra de Ascárate, la cual se encarga de adentrarse en incómodos lugares que penalistas y administrativistas han inexplicablemente olvidado. Es por eso por lo que el estudio pormenorizado de esta obra no puede postergarse, bajo riesgo de seguir legitimando, aunque sea de forma indirecta, la desbocada y poco limitada potestad sancionatoria de la administración.

No cabe dudas de que, en los próximos años y décadas, será la disciplina del derecho administrativo sancionador la que reunirá en una interesante composición a penalistas y administrativistas interesados en desarrollar teorías jurídicas destinadas a limitar la potestad coactiva del estado, estableciendo claras garantías que salvaguarden a los administrados de arbitrarias e injustificadas interferencias. En tal sentido, la obra de Ascárate es inaugural y pionera en esta disciplina, transformándose así y a poco de andar en un actual y también futuro clásico del campo jurídico del derecho administrativo sancionador.

Por su parte, es también indispensable que la sociología y la criminología, en tanto disciplinas críticas de muchas instituciones estatales, se adentren en el estudio del complejo y diverso fenómeno que abarcan las infracciones administrativas.

De esta forma, cabe finalizar el presente trabajo rescatando y abogando por un expreso pedido que realiza Ascárate al finalizar su obra y que puede ser el punto de partida de esta nueva era jurídica que reúna a penalistas y administrativistas:

“Así como resulta necesaria la pronta sanción de una ley que regule los principios generales de las infracciones administrativas, también parece aconsejable un estudio cuantitativo y empírico de la cantidad de sanciones que producen los diversos estamentos estatales y no estatales dentro de estas categorías, con la finalidad de tener una mayor y mejor comprensión del fenómeno desde el punto de vista práctico” (p. 189).

Tal estudio no puede esperar y es indispensable para la praxis jurídica de nuestro país. En tal sentido, no queda más que esperar para la realización de dicho estudio empírico -que debería ser encabezado por el propio Ascárate- el cual seguramente sea producido por esfuerzos mancomunados entre universidades y el Estado.

Quizás, mientras la limitación poder punitivo a través del derecho penal fue prioritaria durante los últimos dos siglos, estemos entrando en una nueva era jurídica en la cual el derecho administrativo sancionador será el protagonista de las discusiones que están por venir. O, mejor dicho, que ya empezaron, y la obra aquí estudiada es el claro ejemplo de ello.