

DERECHO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR Y DERECHO PENAL ¿vínculo indisoluble?

María Virginia CAFFERATA ¹

SUMARIO: 1. Planteo.- 2. Desarrollo. 2.1. Antecedentes y fundamentaciones. 2.1. a. El Derecho Penal. 2.1.b. El Derecho Administrativo sancionador. 2.2. El Derecho Administrativo Sancionador y sus vínculos con el Derecho Penal. 2.2. a. Desde un enfoque normativo. 2.3. Desde un enfoque socio-político. 2.4. Desde un enfoque filosófico. 2.5. La problemática en otros países. 2.6. ¿Qué dice la jurisprudencia? a. Jurisprudencia nacional. b. Plano internacional. 2.7. Razones para su autonomía. Antecedentes en el Derecho del consumidor.- 3. Conclusión

1. Planteo

El enunciado pretende abordar al Derecho Administrativo sancionador como un Derecho autónomo, merecedor de una exclusiva dedicación. La importancia de reflexionar sobre su autonomía, radica en pensar que la búsqueda de legitimación en el Derecho Penal y la dependencia que ello acarrea, lo vuelven inoperante, además de trasladarle su propia inequidad. El camino no puede ser lineal, basta mirar el que han seguido las distintas vertientes del Derecho. Algunas de ellas, a pesar de su fuerza e importancia visualizadas y aun consolidadas en nuestra sociedad -como el Derecho del Consumidor- no han logrado todavía el reconocimiento que les permita acceder a un lugar en el espacio judicial. Sin dudas, más de un factor es lo que influye en lo que comúnmente denominamos evolución del Derecho.

2. Desarrollo

2.1. Antecedentes y fundamentaciones

¹ CAFFERATA María Virginia, Maestranda en Derecho Administrativo y Administración Pública, Especialista en Magistratura, Profesora de Enseñanza Media y Superior en Ciencias Jurídicas y Sociales, Consejera Internacional de Mujeres de Carreras Jurídicas.

2.1. a. *El Derecho Penal*

El siglo XV consolida a partir de la concentración del poder político la pena estatal. Su aparición se vinculó con la necesidad del soberano de proteger su poder, conservando el orden social establecido con la posibilidad de castigar a quien pretendía subvertirlo. No obstante es con el surgimiento de los Estados-naciones en la modernidad, que el Derecho Penal surgió con la identidad que le conocemos. Ya no al mando de una autoridad absoluta, sino inscripto dentro de una nueva organización jurídico-política de la sociedad, que lo iba a contener y que denominamos Estado de Derecho.

Señala MAIER que el Derecho Penal tuvo en el Estado de Derecho la autorización para el ejercicio del mayor poder coactivo con que cuenta el Estado, el más destructivo para los individuos que viven bajo su organización con múltiples condicionamientos. Razón por la cual, dice, que se sigan los principios de legalidad (clara y previamente, la acción punible, debe estar definida por la ley), de reserva (las acciones u omisiones objeto de potenciales castigos, deben trascender el mero interés del propio individuo que las realiza), deben ser además ilegítimas en el marco de todo el sistema jurídico (culpabilidad) y por supuesto punibles; son condiciones inexcusables, junto a las previsiones procesales para averiguación de la verdad, *todo bajo el cedazo de las múltiples protecciones individuales que garantiza a los ciudadanos el Estado de Derecho* ².

A este fugaz recorrido, vale añadirle que el Derecho Penal se ha visto con el tiempo notoriamente ampliado en su esfera de acción, la incorporación de nuevos bienes a proteger, y por lo tanto nuevos delitos, producto de las nuevas dinámicas sociales, han ampliado, según MAIER ³ el objeto y fines del Derecho Penal material.

También cabe anotar, además de las variadas causas y cambios en el ideario de los tiempos, la configuración que cada formación social tiene acerca de las virtudes del Derecho Penal. Imaginario que al depositar su confianza en el “castigo” ha prestado una enorme colaboración para la ampliación de los horizontes punitivos.

2 MAIER, Julio B., “El Derecho Contravencional como Derecho Administrativo Sancionatorio”, noviembre 2009. www.eldial.com.ar/Número, Revista (Serie) Año, vol. Nro. noviembre 2009.

3 MAIER, Julio B., “El Derecho Contravencional...”, cit.

Esta extensión del Derecho Penal hacia bienes jurídicos no ya de propiedad individual, como el ambiente, las relaciones de producción y de consumo, la protección del orden económico financiero, la sostenibilidad de la hacienda pública, en fin todos los nuevos bienes y derechos, donde no hay víctima individual y que dieron lugar a la configuración de nuevos delitos económicos, abrió una nueva especificidad dentro del mismo Derecho Penal. Este camino no saldado, plantea la necesidad de cambios en la perspectivas, el análisis, en las pruebas, en las responsabilidades, o autorías, en las garantías etc., en fin, una reconfiguración de la forma de litigio tradicional, que pone en evidencia la impotencia del clásico Derecho Penal frente a esta nueva criminalidad, mientras surge el interrogante de la conveniencia de la aplicación del Derecho Penal convencional a estos nuevos delitos económicos. Esta resistencia para abordar lo que devino en llamarse Derecho Penal Económico, podemos decir que es la problemática que cualquier nueva rama del Derecho debe afrontar para abrirse camino. Ahora bien, si diferenciarse siempre implica tensiones, ¿cómo podríamos pensar que el Derecho Administrativo sancionador, cuya potestad además, se encuentra en cabeza del Poder administrador, tendría un camino más allanado? Por eso cabe subrayar que la potestad de los organismos no judiciales, para sancionar, no surge de un préstamo que le hicieran el Poder Judicial, o el Derecho Penal, sino que encuentra su raíz en la Constitución, como vertiente del poder público que tiene cualquier organismo para cerrar su circuito del procedimiento que le cabe. Esto no significa arrogarse funciones judiciales, cabe otra vez resaltar, sino que se trata, simplemente, de una vez regulada una temática, una materia, -que puede ser un deporte, un juego, el tránsito, cualquier ámbito institucional o de la vida comunitaria,- le siga frente a la vulneración o infracción de las reglas previamente estipuladas (del deber previo) una consecuencia, una sanción, que es el carácter o elemento que distingue a una norma legal o regla social y que hace que el cumplimiento de esas reglas o normas tenga sentido.

2.1.b. El Derecho Administrativo sancionador

Por su parte el Derecho Administrativo sancionador que no ha tenido la misma suerte, lejos del desarrollo que ha tenido el Derecho Penal, se encuentra todavía bregando por su identidad. Podemos destacar que para este caso el imaginario social colaboró en sentido contrario. Ya que lejos de encontrar bondades en lo que podía vislumbrarse como un Derecho Administrativo sancionador, su histórico prejuicio

hacia el Poder administrador -al que sólo veía como un Poder desmedido y arbitrario- le coartó la posibilidad de un desarrollo autónomo.

De todos modos, es posible observar en diversas regulaciones, sanciones administrativas desde que los Estados-naciones se conformaron, las sociedades crecieron, se complejizaron y necesitaron establecer reglas. En este sentido, se puede decir que siguió el arduo camino del Derecho Administrativo -que en definitiva es su contenedor- para su cabal reconocimiento. Al decir de NIETO, no ha podido superar su complejo, constituyéndose como un *Derecho Penal vergonzante* ⁴.

Siendo la Administración Pública el instrumento del que se sirven los Estados para su accionar, no pareciera escandaloso si se hace coincidir su nacimiento y fundamento con el *ius puniendi* superior del Estado, que a su vez reposa en última y primera instancia en la Constitución Nacional. Sin embargo, encontrar -al igual que el Derecho Penal- su razón de ser en el Estado de Derecho y lograr su autonomía, continúa, a la fecha, como una cuestión polémica.

Siguiendo la línea que nos muestra la historia clásica, el siglo XIX encuentra en el ejercicio de la potestad de policía del siglo XVIII el precedente de la potestad sancionatoria. Los países europeos de los cuales somos tributarios, ubicaron la potestad sancionadora -teniendo en cuenta sus propias dinámicas políticas y sociales- en los tribunales o en la propia Administración. Al igual que adoptaron sus instituciones de acuerdo a las organización jurídicas y políticas que sus realidades contextuales les permitían. Así Francia y Alemania se inclinaron -en un primer momento- por descansar en los Tribunales, en tanto que por ejemplo en España, la Administración tuvo su propia potestad. Con el devenir del tiempo, y por circunstancias que dejamos aparte, tal distinción originaria en la atribución de jurisdiccionalidad, perdió sus límites y se vio asimilada. De tal manera que lo que hoy importa, nos advierte NIETO, no es la existencia de una potestad administrativa sancionadora separada o no de la penal, sino el alcance de la misma, es decir, su sumisión a principios más o menos equivalentes a los que rigen en el Derecho Penal ⁵.

⁴ NIETO, Alejandro, *Derecho Administrativo Sancionador*, 5ª edición, 2011, p. 25.

⁵ NIETO, Alejandro, *Derecho Administrativo Sancionador...*, cit., 1994, p. 45 y 2011, ps. 45 y ss.

Relatado lo cual y en definitiva, podemos destacar que desde la aparición del Estado de Derecho, han existido sanciones administrativas, ¿dónde? ubicadas como capítulos de infracciones y sanciones en los distintos regímenes sectoriales. Entre los cuales se cuentan los referidos a regímenes tributarios, societarios, mercados de valores, lavado de dinero, servicios públicos, contractuales, laboral, ambiental, defensa de la competencia, relaciones de consumo, seguridad vial, alimenticia, espectáculos públicos, urbanismo y una larga y profusa lista que se ha ido ampliando a medida que la esfera regulatoria también lo ha hecho. Lo que no ha existido, al menos entre nosotros, es una ley general que sistematice la sanción administrativa, según su propio objeto, función y fundamento.

Esta ausencia de sistematización, independientemente de a qué le atribuyamos los motivos, recostó la sanción administrativa, que como expusiéramos se encontraba distribuida en los distintos regímenes sectoriales, en el Derecho Penal. También podemos decir que esa carencia de autonomía es un padecimiento similar al del propio Derecho Administrativo, que a falta de una sistematicidad que comprendiera su especialidad, ha buscado su respaldo en el Código Civil.

La deriva de esta dependencia implicó que aplicar una sanción conllevara el riesgo del cuestionamiento sobre su legitimidad. El no gozar de una teoría que sustentara su singularidad, tanto sobre la faz material (sanción-infracción) como respecto al órgano que aplica la sanción y lo mismo con el procedimiento que se utiliza para su concreción, ocasionaría que pendiera latente la sospecha de ilegitimidad. Entonces, aparecía la doctrina que mayoritariamente se inclinaba por ubicar la sanción administrativa como una punición de menor cuantía. Dicho de otro modo, la sanción administrativa al compartir la sustancia penal, se reservaba sólo para los “delitos menores”. La consecuencia era, y podemos decir es, que para evaluar la legitimidad de una sanción aplicada en un ámbito administrativo, se debe bucear en los principios y garantías que prescribe el sistema penal. En otras palabras, pasar el test de legitimidad, es demostrar que se han aplicado las prescripciones penales.

No obstante, el problema no termina ahí. Aun aprobados los test requeridos, queda pendiente el cuestionamiento al órgano aplicador de la sanción. Es decir que más allá de seguir un procedimiento, aplicar los principios y garantías del Derecho Penal, la potestad para sancionar -como se considera aún ligada (una subespecie) a la

potestad penal- no conseguía vencer el obstáculo insalvable que se le imputaba a la Administración: el de su no imparcialidad.

También entre los motivos de indecisión para tomar la ruta de la autonomía de esta rama del Derecho, podemos añadir que las mismas causas -anteriormente enunciadas- que favorecieron la expansión del Derecho Penal, obran en este caso, en contra del avance de la sanción administrativa. Justamente y esto es una presunta hipótesis, por la imposibilidad de ver, más allá del castigo, la reconducción de conductas que se despliegan en sociedades cada vez más complejas y desiguales.

Para finalizar el punto, cabe destacar que España ha sido el país que inició el camino de la autonomía, consagrando la potestad sancionadora de las Administraciones Públicas en su Constitución. A lo que vale poner de relieve que el fundamento hallado para independizarse del Derecho Penal, es precisa y paradigmáticamente diferente al tradicional, que se sostenía en base a su comparación permanente. Esta nueva construcción doctrinaria tiene su base en los propios principios que rigen el actuar de la Administración, cuya fuente es el Derecho Público Estatal.

2.2. El Derecho Administrativo Sancionador y sus vínculos con el Derecho Penal

2.2. a. Desde un enfoque normativo

Como expresa NIETO en el principio de todo Derecho, están una potestad y un ordenamiento. Y cabalmente porque existen una potestad administrativa sancionadora y un ordenamiento jurídico administrativo sancionador es por lo que puede hablarse con propiedad de un Derecho Administrativo Sancionador ⁶.

Ahora bien, en nuestro país la potestad de la Administración para sancionar no surge tan clara. Ha dado lugar a polémicas, que a la fecha no han dado un resultado unívoco, y que por el contrario viene teniendo mayor peso la idea de que el sustento de la potestad viene dado por la fidelidad a las prescripciones del sistema penal, que todavía parece monopolizar el *ius puniendi* superior estatal.

Nuestra Constitución al respecto nada dice, y no contamos tampoco con una ley general que contenga tal potestad. La presencia

6 NIETO, Alejandro, *Derecho Administrativo Sancionador...*, cit., p. 80

de sanciones administrativas sólo, aunque no es un tema menor, se constata distribuida a lo largo de toda la producción normativa sectorial ⁷.

NIETO, respecto a la evolución del régimen jurídico, repasa los rasgos esenciales, en tres etapas: Derecho Represivo de Policía, Derecho Penal Administrativo y finalmente Derecho Administrativo Sancionador. Pasando de la función represiva, a la preventiva, de la atención de los resultados dañinos a la de los riesgos y de la exigencia de culpa a la mera observancia de mandatos y prohibiciones normativas ⁸.

La sanción surge entonces, como parte de la norma, como producto de la función de administrar, como integrante inseparable del circuito de toda gestión. Así GARCÍA PULLÉS lo expone como la construcción de los preceptos que se integran al sistema jurídico que llamamos Derecho positivo que obliga a concluir que la eventualidad de una sanción se integra a la norma como un elemento principal, destinado a obtener el respeto de sus imperativos. Continúa viendo en la sanción administrativa una herramienta del Estado para asegurar el respeto de las prohibiciones directa o implícitamente contenidas en las normas y a la potestad sancionatoria como materia inherente al propio poder ⁹.

En este enfoque normativo, resta incluir también a los principios y sus derivados como la legalidad, debido procedimiento, razonabilidad, tipicidad, causalidad, culpabilidad, *non bis in ídem*, concurso de sanciones, irretroactividad, oficiosidad, informalidad. A estos principios y a otras formas de considerarlos, tanto teóricos como operadores del Derecho de un sector minoritario los conside-

⁷ Con la expresión “toda la normativa sectorial”, me estoy refiriendo a todos los ámbitos regulados, que además van modificándose a lo largo del tiempo de acuerdo a las necesidades de cada momento histórico-político, lo cual sumado a la localidad del Derecho Administrativo, ha dado por resultado una vasta y profusa normativa, difícil de cumplir con el precepto de que *la ley se presume conocida*.

⁸ Ver su desarrollo en NIETO, Alejandro, *Derecho Administrativo Sancionador...*, cit., ps.145 en adelante.

⁹ GARCÍA PULLÉS, Fernando R., “Garantías constitucionales procesales, procedimiento administrativo y potestad sancionatoria de la administración”, EDA, 2007-623, 2007.

ran como propios y específicos ¹⁰, hay quienes los adoptan casi automáticamente y por último otras opiniones, tal vez mayoritarias, son en el sentido de adaptarlos desde el Derecho Penal, a las particularidades del ámbito a aplicar. La tesis que compartimos es tomar los propios principios del Derecho Público, considerando que a esta altura, el camino se encuentra allanado para tomarlos directamente del sistema constitucional.

Volviendo a NIETO, sería lograr un Derecho Administrativo sancionador que sea para las infracciones administrativas lo que el Derecho Penal es para los delitos, con el objetivo de *establecer una serie de principios y proposiciones para una política represiva eficaz* ¹¹.

Por su parte, la sanción administrativa se ha abierto camino en distintas regulaciones como las ambientales, tributarias, sobre corrupción, mercado de valores, empresariales, cambiarias, lavado de dinero, relaciones de consumo ¹², etc. Apurada por ponerse a la altura de las circunstancias, frente a la imposibilidad manifiesta del sistema penal para responder las demandas sociales sobre los nuevos ilícitos socio-económicos que perturban y corroen la vida en sociedad.

En definitiva, y como conclusión provisoria acerca del avance normativo, podemos decir que nuestra legislación sólo presenta acápite, aunque no menores, previendo infracciones y sanciones en distintos regímenes sectoriales. Se continúan aplicando los principios en referencia al Derecho Penal. No obstante, queda sólo como indiscutible frente al límite entre ambos derechos la sanción con pena de prisión que cae dentro del ámbito penal, todas las demás sanciones y modalidades delictivas o provocadoras de riesgos o daños, han ingresado en una frontera bastante intrincada. Ya que la mayor gradación de las sanciones, que en un principio correspondía claramente al Derecho Penal, hoy son las sanciones de multas típicamente administrativas, que por su magnitud, coparon la pre-

10 VARGAS LÓPEZ, Karen, “Los Principios del Procedimiento Administrativo Sancionador”, en Revista Jurídica de la Seguridad Social N° 14, Costa Rica, 1999.

11 NIETO, Alejandro, *Derecho Administrativo Sancionador...*, cit., p. 32.

12 BRODSKY Jonathan M., “Daño punitivo: prevención y justicia en el derecho de los consumidores”, Lecciones y Ensayos, Nro-90-2012, ps. 277-298.

ocupación de los presuntos infractores. A lo que cabe agregar que estas nuevas modalidades ilícitas, cometidas ya no por el sujeto individual, sino por entes con personalidad jurídica, han llevado a relativizar la aplicación de los principios penales en vista de que muchas veces constituían una coartada para lograr real efectividad en el castigo. Situación que, entendemos, se muestra oportuna para una eficaz regulación administrativa que se centre en la prevención, persuasión y disuasión de las conductas más que en el castigo como política represiva de última *ratio*.

2.3. Desde un enfoque socio-político

Grandes cambios aparecieron en las nuevas sociedades tecnológicas, que ampliaron las brechas de desigualdades socio-económicas entre los componentes de las distintas formaciones sociales, que se constituyeron con mayor heterogeneidad y con nuevas visiones del mundo. Estas sociedades de hoy se han transformado en verdaderas sociedades de riesgo ¹³, que aumentan la necesidad de cuidar, de prevenir para al menos morigerar los daños que producidos a gran escala, amenazan la vida en sus diversas manifestaciones. Indefectible e independiente de las políticas que en otras épocas se correspondían con las diferentes configuraciones de Estados ¹⁴, ha surgido la necesidad de nuevas regulaciones que contemplen más el peligro que el daño concreto a un bien jurídico, producido por un sujeto individual. Nuevos derechos y nuevos requerimientos desafían los viejos esquemas de juridicidad. La persecución del bien común como demanda en permanente dinamismo, acrecentó la necesidad de políticas públicas que contemplen las nuevas necesidades sociales y económicas mucho más complejas y propias de un mundo interconectado, y en ese sentido como contracara surge inevitable y consecuente la sanción administrativa, como instrumento capaz de prevenir, disuadir y persuadir las conductas distorsivas.

13 NIETO, Alejandro, *Derecho Administrativo Sancionador...*, cit., p. 148.

14 GORDILLO, Agustín, "Pasado, Presente y Futuro del Derecho Administrativo", *Tratado de Derecho Administrativo*, t. I, Cap. II, 8ª edición, Buenos Aires, 2003.

En definitiva, la propuesta es reeditar la necesidad de un enfoque administrativista, con visión pública que encuentre detrás de los conflictos -por más individuales que se presenten- la dimensión política que contienen, ubicando a los actores y a las acciones o conductas en sus dinámicas y respectivos contextos históricos políticos, económicos y sociales.

La penalista Laura ZÚÑIGA, explica la problemática en la intervención jurídica de la Administración en el Estado Social y más aun en el Estado del Bienestar que se ha acrecentado y complejizado sobremanera. Dice que ahora el Estado tiene que intervenir en la realización de derechos distributivos y asistenciales, actuando fundamentalmente sobre los desequilibrios y conteniendo los riesgos sociales que se han incrementado en los últimos tiempos. Atribuye al Estado del Bienestar, un Derecho de intervención activa, creciente, reguladora, contenedora de los riesgos sociales, en el que el aparato sancionatorio juega un papel organizador de las actividades económicas, sociales, asistenciales, sanitarias, y demás funciones sociales. Con lo cual el carácter público de la intervención estatal en las esferas económico-sociales otorga mayor legitimidad a las Administraciones Públicas, para organizar dichas relaciones sociales con la coacción de la sanción administrativa y, en su caso, la sanción penal. No obstante, señala un avance del Derecho Penal en este terreno, al advertir que el reconocimiento de los derechos sociales y económicos por el constitucionalismo moderno, empieza a dejar de ser regulado con el Derecho Administrativo sancionador, para empezar a ser sancionado con el sistema penal. Agrega como título en su análisis: “La discusión actual del Derecho Penal Económico como ‘piedra de toque’ de las relaciones entre Derecho Penal y Derecho Administrativo Sancionador”.

Esta titulación nos habilita, otra vez, a traer la discusión por la elección del instrumento sancionador. En este caso, no por la polémica filosófica, sino en razón de la mayor efectividad del mismo. Dicho de otra manera ¿cuál es el instrumento más idóneo, más eficaz, para hacer frente a este tipo de infracciones?, o bien desde el rol de administrativistas, podríamos preguntarnos ¿cuáles o cuál es el instrumento más idóneo, para promover una mejor y más equitativa evitación de los daños que se van produciendo a escala en una sociedad -podríamos añadir global-, donde las estrategias de defensa y los recursos se encuentran tan desigualmente asignados?

Sin dudas se ha acusado recibo de la situación y hoy se han acrecentado las reglas de conducta extra-penales con la idea de contener

riesgos, por ejemplo se castiga la imprudencia. En parte el Derecho Penal se ha convertido en un Derecho que penaliza la provocación de riesgos generales, pero lo ha sido a costa de relativizar ciertos principios del sistema penal. Razón por la cual se ha dado en llamar “administrativización del Derecho Penal”.

2.4. Desde un enfoque filosófico

¿Por qué elegimos adoptar uno u otro instrumento sancionatorio?

El Derecho Administrativo sancionador justifica su existencia, al igual que el resto de construcciones dogmáticas, y da fundamento a su actuación (razón práctica) en razones teóricas (que son las que categorizan el conocimiento). ¿Qué conocemos, qué miramos y por último, qué legitimamos? Distintas teorías que han oscilado entre teleológicas -lo bueno por sobre lo correcto, donde el fin puede aparecer justificando los medios. Reconocemos en ellas desde ARISTÓTELES, SANTO TOMAS, y sus variantes al siglo XIX- al utilitarismo, desde John Stuart MILL, pasando por FARRELL entre nosotros y a un FERRAJOLI que nos presenta un Derecho Penal útil en la medida que sería peor su falta; convertido en interrogante sería ¿el Derecho Penal es un mal necesario? En la vereda de enfrente, se paran las teorías deontológicas, para las que prima el sentido del deber. Lo que da lugar a las teorías consecuencialistas, que privilegian lo que es bueno con independencia del resultado. Es en sí mismo, el racionalismo del siglo XVII con KANT como su máximo exponente, para llegar al neo-contractualismo o pos-positivistas de la talla de RAWLS, HABERMAS, NINO entre otros. El pensamiento no se detiene, y circulando entre las dos veredas, tenemos las teorías marxistas, positivistas, realistas, y críticas, todas ellas también en sus variantes y en sus contextos.

No obstante, sean las teorías causa o consecuencia, obran como fundamento de la construcción que pretendamos mostrar como natural. Es decir, una razón de ser -la única y universal- de lo que en definitiva se va imponiendo en el juego de los discursos del poder, que como vamos viendo dependen además de las propias contingencias. Así en nuestro terreno, observamos que una interesante discusión ontológica - discusión de esencias- no ha faltado. Preguntarnos ¿son o no lo mismo el injusto penal/vs el injusto administrativo? ha llevado a innumerables disquisiciones que no se han agotado a la actualidad.

Antes enunciamos algunas de ellas, ahora, introducimos otra cuestión:

¿En qué plano se resuelve dicha razón de ser? O más bien, si necesitamos resolver la inicial pregunta, por el instrumento que elegimos adoptar, debemos sin dudas buscar la respuesta en otro lado. Ahora conscientes de que las teorías sólo expresan lo que el Derecho es para cada uno y por último, sin soslayar lo que el Derecho como discurso ¹⁵ es para las distintas formaciones sociales.

¿Nos sirve la distinción cuantitativa o cualitativa de los ilícitos?

Pensamos que a los fines de diseñar políticas correctivas, no es útil la distinción. Habría que dejar de disociar las causas de los funcionamientos y considerar el modo de preverlas en las regulaciones, para justamente prevenir los riesgos, morigerar los daños y no esperar la llegada tarde y mayormente ineficiente del castigo.

La asimilación ontológica por su parte, manteniendo la diferencia de grado, es un argumento que ha servido a la doctrina de los administrativistas para trasladar las garantías y principios penales, pero con ello, lo que detectamos es que también se han trasladado la ineficacia y selectividad del sistema penal. Los resultados nos muestran que los nuevos ilícitos necesitan de una acción eficaz, previa más que represiva. Las clásicas categorías que dividen los campos del conocimiento en los que ubicamos tradicionalmente las ramas del Derecho, han dejado puntos ciegos, por donde se cuelan acciones y maniobras sin denominación pero con un potencial dañino muy superior al clásico delito individual, realizado por un sujeto individual. Estas situaciones innominadas se manifiestan a nivel planetario y amenazan hasta la democracia y como hemos visto, el aumento exponencial del poder punitivo está bastante lejos de poder controlar. Por lo cual, demandan evidentemente otras políticas para su corrección, su evitación y ya no pensadas sobre la base del castigo ¹⁶.

¹⁵ El Derecho como discurso, perspectiva que expusimos en “La Justicia y su función social”, Infojus, Cuadernos de la Escuela del Servicio de Justicia N° 1, 2014, p.123.

¹⁶ Podemos pensar en todas las manifestaciones de la corrupción público-privada, sus desbastadores efectos y la ineficiencia del sistema penal al respecto, y podemos ver también -aun dudando de su rigor estadístico- lo que muestran las Estadísticas de Oxfam, variadas maniobras financieras no decla-

2.5. La problemática en otros países ¹⁷

Cabe señalar la situación de la sanción administrativa en países de los cuales replicamos sistemas normativos, a la par que adaptamos gran parte de sus instituciones. Tomamos en primer lugar el caso de España, a la que percibimos y por tanto seguimos más de cerca, debido a la cultura jurídica compartida. En dicha península, se encuentra legitimada la potestad administrativa sancionadora en la Constitución. Según su art. 25.1 CE, se establece el principio de legalidad en materia punitiva, penal o administrativa. En el mismo precepto se reconoce la posibilidad de sanciones administrativas que no impliquen privación de libertad y el art. 45.3 CE prevé también sanciones penales o administrativas, en este caso para las infracciones contra el medio ambiente ¹⁸.

La potestad sancionadora administrativa en España ha tenido un desarrollo diversificado, logrando doctrinaria y jurisprudencialmente notorias identificaciones a favor de su especificidad. La materia legislativa parece no acompañar los rumbos que han seguido sus pares. Al respecto, el profesor NIETO, mientras critica el escaso avance general de la legislación, resalta otros logros particulares como la Ley 2/1998, de potestad sancionadora de las Administraciones Públicas de la Comunidad Autónoma del País Vasco ¹⁹.

En Alemania, Italia y Portugal, las posiciones mayoritarias no han superado totalmente el debate por la autonomía y mantienen la asimilación sustancial entre delitos y contravenciones. No obstante, este debate ontológico -que mantiene la discusión sobre las diferencias materiales entre las infracciones- no les impidió generar ordenamientos específicos y generales de infracciones y sanciones.

radas, y podemos decir no tipificadas, con gravísimas consecuencias económicas y sociales para las poblaciones de los distintos países, en www.oxfam.org.

¹⁷ Ver el desarrollo de la problemática en CUTANDA LOZANO, Blanca, “Panorámica general de la potestad sancionatoria en Europa: Despenalización y garantía”, *Revista de administración pública*, (121), 1990, ps. 393-414.

¹⁸ Información de “La sanción administradora” en *El Poder Sancionador de la Administración y la Crisis del Sistema Judicial Penal*, *Revista de la administración pública*, 1972, dialnet.unirioja.es.

¹⁹ Ley 2/1998: BOE del 23/12/2011, p. 19.

Lo que trajo como resultado que se pueden observar infracciones reguladas en uno u otro ordenamiento normativo. Sea éste penal o de las Administraciones Públicas.

Algunas características resaltables del ordenamiento sancionatorio alemán, permiten observar la especificidad del régimen, la necesidad de regulación pormenorizada que se centra en el fin preventivo, con fundamento constitucional, más allá de su constante referencia al Derecho Penal.

- Las contravenciones se caracterizan por estar conminadas legalmente con multas administrativas.

- Si bien las multas no pueden ser transformadas en penas privativas de libertad sustitutivas, sí son reclamables mediante arresto coercitivo.

- En lo fundamental se siguen los principios de imputación con dos excepciones importantes: la autoría única y la posibilidad de imponer directamente sanciones a las personas jurídicas y demás asociaciones.

- Se destaca en el aspecto procesal, la sustitución del principio de oportunidad por el principio de legalidad, sujeto a un juez contravencional pero en un proceso administrativo.

Por su parte, Italia cuenta también con legislación que sistematiza la potestad para sancionar en la Ley General Sancionadora N° 681/1981 ²⁰, que si bien comparte como en el resto de la Comunidad Europea la referencia y hasta la similitud ontológica con el Derecho Penal, los fundamentos son autónomos. Es decir la motivación de la Ley se encuentra en la Constitución y no recostada en el Derecho Penal.

Respecto a Francia transcribimos a continuación por su utilidad interpretativa y a modo de observar el estado de su situación, un párrafo de una introducción a un estudio sobre su problemática. Por lo pronto, podemos decir que este país cuenta con legislación específica y parte de un robusto poder concentrado en la Administración, mantenido y sustentado desde las etapas revolucionarias, en la desconfianza que tenían hacia el poder conservador de los jueces. Es portador además de una extensa tradición en la construcción dogmática y praxis del Derecho Administrativo. Herencia bien recibida

20 CERBO, Pascuale, "Las Sanciones Administrativas Italia: un problema de derecho constitucional", Documentación Administrativa, en <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=4239378>.

por nuestros tribunales que la han incorporado en su jurisprudencia. Del mismo modo lo ha sido para nuestra doctrina, que ha construido la historia del Derecho Administrativo sobre la base de sus principios.

“El Derecho administrativo sancionador francés viene siendo objeto de un continuo proceso de reflexión desde hace al menos 25 años. El Consejo de Estado francés primero, y el Consejo Constitucional francés después, reclaman un robustecimiento de las garantías de los ciudadanos acordes con nítidas exigencias constitucionales como respuesta a la proliferación de disposiciones legales que atribuyen crecientes poderes sancionadores a las Administraciones Públicas y a la ausencia de claridad en la elección por parte del legislador entre sanciones administrativas y sanciones penales en función de la naturaleza de las infracciones y del objeto perseguido en cada caso”²¹

2.6. ¿Qué dice la jurisprudencia?

a. Jurisprudencia nacional

Nuestra jurisprudencia ha seguido en líneas generales el sentido de la tendencia mayoritaria de la doctrina, tanto nacional como extranjera. Ha incorporado también doctrina de los tribunales internacionales, citas y referencias a fallos de otras jurisdicciones. Esto significa que ha reconocido la sanción administrativa, pero no le ha reconocido su autonomía. En la doctrina de los Tribunales, las opiniones en general con sus particularidades, se mantienen en la disquisición ontológica, inclinando -al momento de resolver- la balanza hacia la naturaleza penal. La diferencia con la pena es su aspecto cuantitativo, lo que equivale a decir que es una distinción de grado. Tal carácter esencialista, opera muchas veces como condicionante, cuya consecuencia exige que se apliquen todas las garantías penales para pasar el test de constitucionalidad. Sin embargo, vale destacar en sentido auspiciante para el Derecho Administrativo sancionador, que tales principios no se trasladan ineludiblemente, sino que se atienden también las especificidades de un régimen diferente, en su

21 FERNÁNDEZ TORRES, Juan R., “La Potestad Sancionadora en el Derecho Comparado. Francia”, en *La Potestad Sancionadora de las Administraciones Públicas*, t. II, Documentación Administrativa, 2009, ps.7-23.

naturaleza y finalidad ²².

Dicho de otra manera, los Tribunales que se han hecho eco de la problemática, aplican los principios del Derecho Penal morigerados. En principio, esto se observa en los numerosísimos casos de sanciones disciplinarias. Donde, a pesar de no reconocer la naturaleza jurisdiccional a la potestad administrativa del Órgano, se trata la sanción según sus particularidades, sin darle la entidad de un proceso propiamente penal:

Es el caso “Pereiro de Buodo” ²³, donde la Corte dijo: “las sanciones disciplinarias, no importan el ejercicio de una potestad de naturaleza jurisdiccional”. Sin embargo, también sostuvo “los principios vigentes en materia penal no son de ineludible aplicación al procedimiento disciplinario administrativo en atención a las diferencias de naturaleza, finalidad y esencia existentes entre las sanciones disciplinarias y las penas del Derecho Penal”. Si pretendiéramos encuadrar las palabras de la Corte en alguna de las teorías que hemos esbozado anteriormente, sintetizaría lo que se ha denominado “administrativización del Derecho Penal”. Se puede ver también como un intento a la espera de definición. Ya que no es Derecho Penal ordinario, pero tampoco Derecho Administrativo sancionador.

En esta misma línea de pensamiento, se encuentra el caso “Comisión Nacional de Valores c/Establecimiento Modelo Terrabusi S.A. s/transferencia paquete accionario a Nabisco” ²⁴. La Cámara nacional de Apelaciones en lo Comercial, revocó la Resolución que imponía la sanción, al considerar que se había impuesto una sanción penal-administrativa sobre la base de presunciones que generaban una situación de insuperable duda, insuficiente para fundar una sanción. Es decir se inclinó por la naturaleza penal de la sanción por lo cual se debía seguir -indiferente al régimen de que se trate- todos sus principios.

²² Ejemplo de ello es la CSJN que considera la no aplicación de la ley penal más benigna al ámbito no penal, en la Resolución 2524/08 en el Expte. 3807/2003 que rechaza el recurso ante la “Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil -avocación- Calatayud, Mario P.; Mirás, Osvaldo D. y Bellucci, Carlos s/ acuerdo 14/10/03- Secretaría n° 2”.

²³ Fallos, 310:316.

²⁴ Fallos, 330:1855.

La Corte por su parte -frente a los alegados principios y garantías vulnerados, por la Resolución N°227 de la Comisión Nacional de Valores: ejercer poder de policía reservado sólo al Congreso, crear un régimen punitivo de carácter abierto, estructurado a partir de normas penales en blanco, y violación al principio de *nullum crimen, nulla pena* y del principio de inocencia-, entiende nuevamente que la traslación de principios penales al Derecho Administrativo sancionador no es automática y que deben seguirse teniendo en cuenta las particularidades del bien jurídico protegido con la regulación. Distinguiendo además el carácter preventivo del régimen administrativo en contraposición con el represivo propio del régimen penal. Consolidando de este modo su camino al reconocimiento de la especificidad de un Derecho Administrativo sancionador.

En sentido contrario en el caso “Destilerías y Viñedos El Globo”²⁵, la Corte muestra la no emergencia de la sanción administrativa con sus particularidades. En este caso la cuestión dilemática aparece referida a la aplicación de principios durante el procedimiento sancionador. Consideró la sanción como una penalidad, y le fue indiferente el ámbito donde se desarrollaron los hechos. Razón por la cual trasladó automáticamente principios y garantías del sistema penal sin ninguna adaptación.

En el caso se trató del principio de inocencia propio del Derecho Penal. Cabe resaltar que fue diferente y a favor de las particularidades de la sanción administrativa, la interpretación que efectuó el Tribunal antecesor.

A modo de ilustración, reeditamos brevemente lo relatado: la empresa es sancionada por la Administración Pública ante una presunta violación a una ley recientemente promulgada, que imponía restricciones a la venta del vino. La empresa se amparó en que las ventas en cuestión habían ocurrido previo al dictado de la ley, por lo cual no podía serle aplicada. El Tribunal consideró entonces que la infractora debía demostrar sus dichos -esto es que las ventas fueron anteriores a la regulación-. La Corte por su parte, revocó la sentencia del tribunal, en base a considerar que: “...lo resuelto en el fallo importa violación a la garantía del art. 18 de la Constitución Nacional pues invierte la carga de la prueba y le exige al imputado, sin fundamento legal que autorice tal criterio”.

25 *Fallos*, 261:101.

En el caso “Pereiro de Buodo, María Mercedes c/Resolución 948 MAS”²⁶, se reitera el criterio del primer fallo mencionado, donde la Corte consideró que se debían adaptar las prescripciones del régimen penal a las particularidades del ámbito administrativo. Al respecto, el Supremo Tribunal dijo: “La falta de interés social para perseguir el esclarecimiento de un delito, después del transcurso del término que la ley prefija, fundada en la presunción de haber desaparecido los motivos de la reacción social defensiva, no rige en el ámbito disciplinario, en el que prima lo atinente a la aptitud para la correcta prestación del servicio público que conviene con el adecuado mantenimiento de la disciplina...”.

Como se observa, en este caso la Corte para aplicar la sanción administrativa tiene en cuenta su funcionalidad en la contribución a la finalidad pública del servicio. Para lo cual, interpretó que las particularidades de la materia disciplinaria, ameritaron no trasladarle la prescripción penal. Más recientemente en 2019 la Cámara Contencioso-Administrativa que ha reconocido la particularidad de la sanción administrativa, la constitucionalidad de las regulaciones y la consecuente aptitud para sancionar, volvió a ratificar la diferencia entre el régimen administrativo sancionador y el Derecho Penal en la aplicación de principios y en la responsabilidad objetiva de los directivos de la empresa, que constituía un Sujeto Obligado y que aplicara la Unidad de Información Financiera (de acuerdo a las Recomendaciones del GAFI que receptó en su sistema preventivo e incorporó en su régimen sancionatorio)²⁷.

b. Plano internacional

Los derechos y garantías reconocidos tanto en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) de Naciones Unidas como la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH) son reconocidos e incorporados en forma paulatina pero constante en los procesos penales en primer lugar y en todos los otros procesos judiciales, incluso en el procedimiento administrativo.

²⁶ Fallos, 310:316.

²⁷ Expte. No CAF 2852/2017/CA1 “DINERS CLUB ARGENTINA SRL COMERCIAL Y DE TURISMO y otros c/ UIF s/ Código Penal – Ley 25.246 – Dto. 290/07 Art. 25”.

Un antecedente que se cita como precursor en el procedimiento administrativo, es la decisión tomada por el Comité de Derechos Humanos, en el caso “Y.L. c/Canadá” del 7 de diciembre de 1981. En este caso se dijo que las garantías establecidas en el artículo 14.1 del PIDCP no se limitan a procesos de carácter civil en sentido estricto, añadiendo que el alcance de dicha cláusula no depende de la naturaleza jurídica del órgano cuya decisión se impugna ni del carácter del procedimiento previsto en el ordenamiento jurídico interno de cada país. Es decir, estas pautas son aplicables a todos los procesos judiciales, como así también a los procesos que no tengan carácter judicial, como lo son las instancias administrativas.

En la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, el caso “Baena, Ricardo y otros vs. Panamá”, con sentencia del 2 de febrero de 2001, equiparó las sanciones administrativas a las penales. Al respecto se transcribe el análisis efectuado en el Considerando 106 “...Conviene analizar si el artículo 9 de la Convención es aplicable a la materia sancionatoria administrativa, además de serlo, evidentemente, a la penal. Los términos utilizados en dicho precepto parecen referirse exclusivamente a esta última. Sin embargo, 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. Asimismo, en aras de la seguridad jurídica es indispensable que la norma punitiva, sea penal o administrativa, exista y resulte conocida, o pueda serlo, antes de que ocurran la acción o la omisión que la contravienen y que se pretende sancionar. La calificación de un hecho como ilícito y la fijación de sus efectos jurídicos deben ser preexistentes a la conducta del sujeto al que se considera infractor (...)”. Por su parte y respecto a garantías judiciales en el Considerando 124 se expresa: “Si bien el artículo 8 de la Convención Americana se titula ‘Garantías Judiciales’, su aplicación no se limita a los recursos judiciales en sentido estricto, sino al conjunto de requisitos que deben observarse en las instancias procesales a efectos de que las personas estén en condiciones de defender adecuadamente sus derechos ante cualquier tipo de acto del Estado que pueda afectarlos. Es decir, cualquier actuación u omisión de los órganos estatales dentro de un proceso, sea administrativo sancionatorio o jurisdiccional, debe respetar el debido proceso legal”.

Para la Corte las garantías mínimas establecidas en artículo 8 de la Convención, en particular con referencia al debido proceso, se aplican a los distintos órdenes normativos, que se corresponden con el civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter. En el mismo sentido, añadió “es un derecho humano el obtener todas las garantías que permitan alcanzar decisiones justas, no estando la Administración excluida de cumplir con este deber. Las garantías mínimas deben respetarse en el procedimiento administrativo y en cualquier otro procedimiento cuya decisión pueda afectar los derechos de las personas”.

Tanto la jurisprudencia como la doctrina de Órganos y Tribunales Internacionales establecen parámetros que se tornan de cumplimiento obligatorio y que así interpretados han sido invocados expresamente por nuestros Tribunales. No sólo por su gravitación en torno a su significado en la línea de los derechos humanos, sino atento la internacionalización del Derecho consagrada normativa y definitivamente en nuestro país con la incorporación de los mismos a la categoría constitucional. La línea que se ha seguido es en general de reconocimiento a la sanción administrativa, con similitud ontológica con la pena y en consecuencia la deriva en la exigencia de aplicar las garantías del proceso penal para los procedimientos sancionatorios de las Administraciones Públicas.

También debemos mencionar que la globalización e internacionalización del Derecho, acarrearón no sólo nuevas políticas represivas como las abarcadas por el Derecho Penal Económico, sino la necesidad de nuevas políticas preventivas en las que reina “la sanción administrativa” con indudable mayor potencialidad para aminorar los riesgos de estos nuevos delitos transfronterizos y de criminalidad organizada, que el clásico Derecho Penal no ha demostrado capacidad alguna para atender.

2.7. Razones para su autonomía. Antecedentes

Dejando a un lado las preocupaciones por las esencias y definiciones, la ocupación de los distintos operadores jurídicos debería atender las nuevas problemáticas insertas en las nuevas prácticas económicas, sociales, culturales, y procurar amortiguar los efectos dañinos para la vida en sociedad. De otro modo, se debería buscar el origen de la ocupación del Estado en la procura del bien común; traducido al moderno lenguaje de los derechos sería la mejor satisfacción de éstos. ¿Por qué y para qué se reconocen los derechos si

no se diseñan las políticas que alejan las amenazas que impiden su ejercicio? Es la función propia de la Administración y en su especificidad de la sanción administrativa.

Frente a los miedos que ocasiona el uso del creciente poder punitivo, se contrarrestó direccionando toda la atención en las garantías sustanciales y formales del procedimiento. Lo que no se previó es que la rigurosidad en la aplicación de las garantías terminó cerceando a su vez la ya poca eficacia del sistema penal en desmedro de cualquier resultado. Como es conocido, hasta no hace mucho tiempo el Derecho Penal dejaba en zona franca todo perjuicio o daño proveniente de personas jurídicas, al expresamente no contemplar forma de castigar a las personas jurídicas por sus delitos ²⁸, cuando en el actual panorama, los mayores daños socio-económicos son justamente provocados por dicho accionar. Éstas y otras innominadas acciones caen en una especie de zona liberada entre los dos Derechos. En este panorama, ¿cuál sería la razón para trasladar los principios y garantías de un sistema que ostenta en lo cotidiano sus propias falencias? ¿No deberíamos reflexionar seriamente sobre la autonomía del Derecho Administrativo sancionador? ¿Autonomía sostenida desde el propio Derecho Administrativo que lo aloja, vertiente del Derecho Público Constitucional que le brinda su razón de ser? Los regímenes sancionadores, de los códigos aduaneros, de las relaciones de consumo, del régimen cambiario, de los organismos que previenen el lavado, entre otros, tienen mucho para ofrecer en materia de prevención (regulación y sanción). Éste es el lugar que ocupa la sanción administrativa, con particularidades que la hacen diferente a la civil y a la penal, cuya capacidad central es disuadir conductas. Sin por ello estar fuera de la legalidad. El Derecho de las relaciones de consumo ha mostrado un camino en la protección de la parte que se reconoce más débil de la relación y sobre ello ha regulado y aparecido con toda su virtualidad la sanción, en su caso considerada civil por su naturaleza reparadora, pero ¿en los casos en que se excede la mera reparación, cómo le llamaríamos?

28 “Que ello no implica negar la posibilidad de que las personas de existencia ideal sean sometidas a sanciones jurídicas que comporten el ejercicio del poder coactivo reparador o administrativo, pues esta posición sólo se limita a frenar el impulso por dotar a aquéllos de capacidad jurídica”. Con. 13 del voto en disidencia de Zaffaroni, en el fallo CSJN F 572.XI,30/05/06, “Fly Machine SRL”.

El Derecho Penal ha mostrado sus limitaciones para hacer frente a las infracciones de orden socioeconómico, sean éstas societarias, tributarias, de medioambiente, laborales, financieras, cambiarias, de delitos de evasión, de narcotráfico, lavado de dinero, de relaciones de producción y consumo, etc. Regulaciones todas que van surgiendo a medida que se van complejizando las relaciones y el tráfico en la sociedad, que además, como mencionamos, ya no se concentra en los límites de una frontera.

3. Conclusión

Según lo relatado, en un principio aparecía para la sociedad, claramente delimitada, por un lado la *infracción* que constituía una *violación* a una regulación componente del *orden público* y por el otro el *delito* configurado por una acción *disvaliosa* que atentaba contra *otro*. Ante nuestro imaginario, el delito se representaba como algo más gravoso y por lo tanto merecedor de castigo. El orden público infringido se percibía entonces como algo de interés menor.

No obstante, entre otras cosas, la dinámica de la sociedad cambió notoriamente y las relaciones se complejizaron. El ideario liberal que dividía y confrontaba los derechos vs. un Estado absoluto, al Derecho Privado vs. el Derecho Público, ya no fue tan tajante. Los bienes jurídicos protegidos, bajo el formato de derechos, como sustento y límite a cualquier accionar, ya no contemplaban las innumerables dificultades y perjuicios que entorpecen y dañan la vida en sociedad.

En otras palabras, existen conductas altamente dañosas que por no constituir los tipificados delitos, quedan fuera de cualquier castigo. Esa *libertad de acción*, a su vez aumenta las posibilidades de continuación con sus consiguientes efectos amenazantes para los otros bienes comunes. Es decir, la lupa penalista deja afuera los crecientes intereses generales amenazados por una conducta perjudicial o dañosa, para la que no estaba prevista ninguna consecuencia o para las cuales la rigidez del clásico Derecho Penal, es aprovechado para invalidar procesos por delincuentes más poderosos y organizados. Por otro lado el avance del Derecho Penal extendiendo sus fronteras sin límites, tampoco parece razonable, en un Estado de Derecho que se precia de incorporar los postulados de los derechos humanos.

Urge más la respuesta a la problemática que a las denominaciones. Las lógicas clásicas de control -ya que en esta fase situamos a la sanción administrativa- no dan respuestas. Toda una norma-

tividad y juridicidad pensadas para y por el sujeto individual en un determinado espacio jurisdiccional, ya encontraron su límite. Las sociedades heterogéneas, tienen muy disímiles y asimétricas necesidades, en donde además, las antiguas relaciones económicas, sociales y culturales han borrado toda frontera. El Derecho Penal como *ultima ratio* tiene garantías que preservan a las personas de la punibilidad del Estado (o sea del monopolio del uso de la fuerza), dando seguridad jurídica. Este conjunto de garantías, central para un Estado de Derecho, al aplicarse con una interpretación generalizada como si todos los sujetos de derecho fuesen iguales, es decir, sin tener en cuenta la situación particular de esta igualdad más formal que real, lleva a una injusticia en su aplicación. Las garantías funcionan muy bien para el gran sujeto de derecho o sea el económicamente poderoso, pero para el que no tiene otra propiedad que su fuerza del trabajo queda entrampado en un sistema judicial que las más de las veces se muestra injusto; basta con observar la población carcelaria ¿qué porcentaje ocupan los perpetradores de los grandes daños económico-sociales? Con lo cual, primero, la igualdad ya se ve complicada, y después, que todas las afectaciones que no configuran delito contra la propiedad individual, quedan en una zona gris, difícil de encontrar a un culpable o que la sanción que se le aplicaría por tardía o por insignificancia, sea útil para desalentarla. Como las especulaciones contra el fisco, contra el ambiente, contra la sustentabilidad del orden socio-económico, el narcotráfico, lavado de dinero, la evasión, en fin, contra lo que nos pertenece a todos sin exclusividad. Sumado ello a una valoración negativa de todo lo que proviene del espacio público, que es aprovechado por los grandes sujetos para abusar y desvirtuar la razón de las garantías constitucionales en la aplicación de la punibilidad del Estado. Esto sumado a lo difícil que es encontrar al verdadero delincuente, encriptado en una diversidad de personalidades jurídicas vacías.

No alcanza con el Derecho Penal Económico, se necesitan nuevas herramientas, principios especiales, nuevas formas de litigio y por supuesto de un cambio en la perspectiva para aplicar las garantías. Ello para combatir o disuadir todos estos delitos de la actividad económica, donde ya no está el individuo frente al Estado, tipo KAFKA, sino sujetos financieros globales que tienen posibilidades de escabullirse y de invisibilizarse frente a cualquier control e imposibilitar por tanto cualquier tipo de pena o sanción. Seguir con un garantismo ciego, que termine aplicando los principios de los DDHH a personas humanas escondidas en estructuras societarias, permite

seguir amparando a los grandes, que el riesgo sea para el orden económico-social y por tanto la inseguridad jurídica recaiga en todos los habitantes.

Las dinámicas ameritan controles previos, amortiguación de riesgos, en suma nuevas formas de prevenir para erradicar, disuadir o persuadir conductas. Lo que no significa la vulneración de derechos. Por el contrario, atendiendo al derecho al bien común, el cambio deberá consistir en políticas de cuidado con la mira en el cumplimiento de responsabilidades sociales, más que en castigos selectivos e irremediablemente ineficaces del sistema penal. Y este lugar lo puede desempeñar honrosamente la sanción administrativa nutriendo sus raíces en el *ius puniendi* estatal.