

# POTESTADES SANCIONADORAS DE LA ADMINISTRACIÓN Y ACTOS VICIADOS POR EXCESO EN SU PUNICIÓN

Alejandro BIETTI

SUMARIO: 1. Introducción. 1.1. El elemento “finalidad” del acto administrativo, la razonabilidad y el exceso de punición como vicio del acto administrativo.- 2. Potestades sancionadoras de la Administración. 2.1. Derecho Administrativo sancionador o Derecho Penal disciplinario. 2.2. Los principios limitativos del *ius puniendi* estatal.- 3. Irrazonabilidad por falta de proporcionalidad. 3.1. Principio de proporcionalidad e irrazonabilidad. 3.2. Otro vicio en la finalidad: la desviación de poder.- 4. La revisión jurisdiccional de los actos administrativos. 4.1. Los actos discrecionales y los actos arbitrarios de la Administración. 4.2. El necesario control judicial de los actos discrecionales.- 5. Conclusiones

## 1. Introducción

El acto administrativo, sus requisitos y el procedimiento aplicable en materia administrativa, como así también sus nulidades, se encuentran determinados a nivel nacional en la Ley de Procedimientos Administrativos N° 19.549, mientras que a nivel local, esto se regula en el Decreto 1510/GCBA/1997.

En este sentido, tanto la normativa nacional -Ley 19.549-, como la local -Decreto 1510/GCBA/1997- distinguen en sus respectivos artículos 7°, como requisitos esenciales del acto administrativo que: a) sea dictado por autoridad competente, lo que se vincula con la competencia del órgano del que emana el acto administrativo; b) que tenga sustento en los hechos y antecedentes “que le sirvan de causa y en el derecho aplicable”, relativo a la causa del acto; c) que tenga un objeto cierto, física y jurídicamente posible que decida todas las peticiones formuladas, sin involucrar “otras no propuestas, previa audiencia del interesado y siempre que ello no afecte derechos adquiridos”, lo que se vincula con el objeto del acto; d) que antes de la emisión del acto se deben cumplir los “procedimientos esenciales y sustanciales previstos y los que resulten implícitos del ordenamiento jurídico”, a más de incluir el “dictamen proveniente de los servicios permanentes de asesoramiento jurídico cuando el acto pudiere afectar derechos subjetivos e intereses legítimos”, relativo al proce-

dimiento que debe seguir la Administración para la emisión del acto administrativo; e) que deba encontrarse motivado, esto es, expresadas las razones que conllevan a su emisión, relativo al requisito de motivación; f) que deberá “cumplirse con la finalidad que resulte de las normas que otorgan las facultades pertinentes del órgano emisor, sin poder perseguir encubiertamente otros fines, públicos o privados, distintos de los que justifican el acto, su causa y objeto. Las medidas que el acto involucre deben ser proporcionalmente adecuadas a aquella finalidad”, esto se relaciona con la finalidad del acto.

De este modo, cualquier acto de la Administración que carezca de alguno u algunos de los requisitos determinados positivamente, será nulo.

En el presente trabajo, se intentará abordar la problemática relativa al exceso de punición como vicio del acto administrativo, vinculada con el requisito de finalidad al que alude el inciso f) de las normas enunciadas, su relación con el Derecho Penal sancionador y la denominada desviación de poder, la revisión judicial de los actos de la Administración y su razonabilidad.

### 1.1. *El elemento “finalidad” del acto administrativo, la razonabilidad y el exceso de punición como vicio del acto administrativo*

El elemento “finalidad” se erige de acuerdo a lo visto en el punto anterior y las disposiciones normativas de alcance nacional y local en un elemento esencial del acto administrativo. Éste se relaciona con el aspecto funcional del acto representado en el fin concreto de interés público o bien común que por medio de él se persigue <sup>1</sup> y se vislumbra con un elemento autónomo y distinto de la causa, descripto en el inc. b) de las normas nacional y local <sup>2</sup>.

Va de suyo que la finalidad del acto deberá guardar relación con el interés público <sup>3</sup>, tanto en la actividad reglada como en la activi-

---

1 CASSAGNE, Juan C., *Derecho Administrativo*, t. II, 8ª edición, Lexis-Nexis, Buenos Aires, 2006, p. 209.

2 MARIENHOFF, Miguel S., *Tratado de Derecho Administrativo*, t. II; 4ª edición, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1993, p. 347.

3 CASSAGNE, Juan C., *Derecho Administrativo...*, cit., p. 210.

dad discrecional de la Administración, siendo estos últimos en los que cobran relevancia las disposiciones de sendos artículos 7 inc. f) de la Ley Nacional 19.549 y del Decreto 1510/GCBA/1997, respecto a la imposibilidad de “perseguir encubiertamente otros fines, públicos o privados, distintos de los que justifican el acto, su causa y objeto”. Incluso esta preponderancia del interés público fue abordada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación <sup>4</sup>.

Asimismo, se plantea que el fin al que debe propender todo acto administrativo, debe ser el bien común, considerado no como una simple suma de intereses individuales coincidentes, sino como un conjunto de condiciones de la vida social <sup>5</sup>.

Por otra parte, tanto la norma nacional como la norma local exigen que “las medidas que el acto involucre deben ser proporcionalmente adecuadas a aquella finalidad”, vinculándose con la garantía de razonabilidad contenida en los artículos 28 y 33 de la Constitución Nacional.

En palabras de MARIENHOFF, la razonabilidad es una garantía constitucional “innominada”, cuyo asiento hállase en los citados arts. 28 y 33 de la Constitución, y cuyo origen está en las *Bases* de Juan Bautista ALBERDI. Resulta lógico afirmar, entonces, que lo irrazonable es inconstitucional <sup>6</sup>.

En este sentido, de las cláusulas constitucionales se sigue que nuestro ordenamiento jurídico otorga principios, garantías y derechos que no pueden ser alterados por las leyes inferiores y a su vez, no podrán comprenderse como la negación de otros derechos y garantías no enumerados. A partir de esto se sostiene la “razonabilidad” como garantía del acto administrativo <sup>7</sup>.

Así, el examen de razonabilidad luce con especial trascendencia frente a los actos administrativos emanados del ejercicio de facultades discrecionales y su eventual control judicial, encontrándose

---

<sup>4</sup> *Fallos*, 321:174.

<sup>5</sup> COMADIRA, Julio, R., *El acto administrativo en la ley nacional de procedimientos administrativos*, 1ª edición, 4ª reimpresión, La Ley, Buenos Aires, 2007, p. 47.

<sup>6</sup> MARIENHOFF, Miguel, S., “El exceso de punición como vicio del acto jurídico de derecho público”, LL1989-E, 963; Cita Online: AR/DOC/16525/2001.

<sup>7</sup> COMADIRA, Julio, R., *El acto administrativo...*, p. 48.

reconocido por la Procuración del Tesoro Nacional que el concepto de razonabilidad debe caracterizarse como una motivación coherente con los principios generales del Derecho y los propios del Derecho Administrativo, ubicándose como un límite a la actividad administrativa <sup>8</sup>.

Existen dos ámbitos desde los cuales se aborda la cuestión de la existencia de una conducta reprochable y una sanción carente de adecuada proporcionalidad en el reproche merecido; 1) desde el marco normativo, donde el exceso de punición resultará de una abstracta falta de proporcionalidad entre la sanción prevista en la norma y la conducta en ella descrita; 2) desde el plano del acto de aplicación, donde el exceso de punición se relacionará con una concreta ausencia de adecuada proporcionalidad entre la sanción impuesta y el comportamiento observado por el agente sancionado <sup>9</sup>.

En este sentido, deberá interpretarse *prima facie* que un acto administrativo deberá considerarse excesivo en su punición, cuando la sanción imponible o impuesta no guarde adecuada proporcionalidad con la *télesis represiva* que sustentó <sup>10</sup>.

La falta de proporcionalidad entre los medios que el acto adopta y los fines que persigue la ley, o entre los hechos y la decisión adoptada sobre la base de éstos, tacharían de nulo al acto <sup>11</sup>.

El exceso de punición importaría entonces una violación del principio recogido en el art. 7, inc. f), párr.1, *in fine*, de la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos (como así también de la normativa local mencionada), que expresamente establece que las medidas que el acto involucre deben ser proporcionalmente adecuadas a las finalidades que resulten de las normas que asignan las facultades pertinentes al órgano emisor del acto <sup>12</sup>, empero también puede exis-

---

<sup>8</sup> Dictámenes PTN 217:115; COMADIRA, Julio R., *El acto administrativo...*, cit., p. 51.

<sup>9</sup> COMADIRA, Julio, R., *Derecho Administrativo*, 2ª edición, 1ª reimpresión, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2007, p. 84.

<sup>10</sup> COMADIRA, Julio R., *Derecho Administrativo...*, cit., p. 84.

<sup>11</sup> GORDILLO, Agustín A., *Tratado de derecho administrativo*, t. 3, viii-14, disponible en <http://www.gordillo.com/>.

<sup>12</sup> COMADIRA, Julio R., *Derecho Administrativo...*, cit., ps. 84-85.

tir por falta de proporcionalidad entre los hechos que determinan el acto como causa, y lo que aquél dispone <sup>13</sup>.

## **2. Potestades sancionadoras de la Administración**

### *2.1. Derecho Administrativo sancionador o Derecho Penal disciplinario*

La potestad sancionadora de la Administración no encuentra discusión en la doctrina y es admitida pacíficamente en catálogos normativos nacionales y locales, como así también en la jurisprudencia. Incluso, la necesidad de control judicial de los actos de la Administración en muchos casos se vincula con sanciones administrativas o actos administrativos que contemplan sanciones que por entenderse excesivas en su punición son puestas en consideración de los tribunales <sup>14</sup>.

Este tipo de accionar sancionador estatal, lejos de perseguir prevención y/o represión del que delinque, se centra en la búsqueda de la protección del orden y la disciplina que se necesitan para el correcto ejercicio de las funciones administrativas, a más que las sanciones de carácter disciplinario no representan el ejercicio de la potestad criminal, entendida en sentido estricto, ni del mero poder ordinario de la imposición de penas <sup>15</sup>.

A este respecto se dirige la crítica de SILVA SÁNCHEZ en cuanto advierte -en alusión a la nueva tendencia punitiva del Derecho Penal Ambiental- que el Derecho Penal se ha convertido en un Derecho de gestión (punitiva) de riesgos generales y, en esa medida, se ha “administravizado”, entendiéndose el ilícito administrativo (al

---

<sup>13</sup> GORDILLO, Agustín A., *Tratado de derecho administrativo...*, cit., t. 3, viii-14.

<sup>14</sup> *Fallos*, 275: 62; 275:52; 312:2315 y sus citas y 316:779; C. Cont. Adm. y Trib. Ciudad Bs. As., sala I, 17/10/2006, “Anconetani, Gustavo H c/ GCBA s/amparo (ART. 14 CCABA)”; C. Cont. Adm. y Trib. Ciudad Bs.As., sala I, “Carrefour Argentina S.A. c/GCBA”; C. Cont. Adm. y Trib. Ciudad Bs. As., sala II, “Quintana, Mirta T. c/GCBA”; C. Contr. y Faltas Ciudad Bs. As., sala I, “Metrogas S.A. s/inf. art. 3.1.13 ley N° 451 – apelación”.

<sup>15</sup> SOLER, Sebastián, *Derecho Penal Argentino*, t. 1, 9ª reimpresión, Tea, Buenos Aires, 1983, p. 22.

que se vuelca en los últimos años el Derecho Penal) en un acto de desobediencia ético-valorativamente neutro. Empero, reconoce que el Derecho Administrativo sancionador persigue ordenar de modo general sectores de actividad y que debe atender a consideraciones de afectación general, estadística y no tiene por qué ser tan estricto como el Derecho Penal en la imputación -se refiere a los criterios de imputación-, ni siquiera en la persecución, que en su inteligencia se rige por criterios de oportunidad y no de legalidad -en sentido estricto-<sup>16</sup>.

Se ha dicho también que la diferencia entre las sanciones penales y las administrativas no radica en su elemento sustantivo, sino en una nota de carácter adjetivo o de procedimiento, las penas -del Derecho Penal- se aplican por las autoridades judiciales mediante un procedimiento especial señalado en el ordenamiento penal respectivo, mientras que las sanciones administrativas son impuestas por los órganos de la Administración siguiendo los procesos establecidos en normativa administrativa<sup>17</sup>.

En el caso de España, a modo de ejemplo, se pueden observar normas de carácter administrativo que plantean multas por millones de euros, contradictorias con preceptos de los artículos 25.1 y 33 de la Constitución de aquel país, en tanto vedan sanciones indeterminadas y prohíben la confiscación de bienes, a partir de un expreso reconocimiento de la propiedad privada<sup>18</sup>.

Ahora bien, llegado este punto, no podrá desconocerse que en tanto la Administración cuenta con facultades sancionadoras, se le debe garantizar a los administrados la vigencia de principios que permitan su defensa y resulten limitativos del *ius puniendi* estatal. De aquí la pregunta sobre ¿cómo operan los principios reconocidos en el Derecho Penal, en la esfera del Derecho Administrativo sancionador? Y fundamentalmente en el caso del exceso de punición, en cuanto a la razonabilidad y la proporcionalidad.

---

16 SILVA SÁNCHEZ, Jesús M., *La expansión del Derecho penal*, Ed. BdeF, Buenos Aires, 2011, ps. 134-135 y 137.

17 LOMELI CEREZO, Margarita, *El poder sancionador de la administración pública en materia fiscal*, Cía. Editorial Continental, México DF, 1961, p. 65.

18 GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, *Curso de Derecho Administrativo*, t. II, La Ley, Buenos Aires, 2006, p. 198.

Se reconoce en el Derecho español la aplicación a la esfera sancionatoria administrativa de los principios generales del Derecho Penal, con ciertos matices -aun cuando la propia norma del artículo 25 de la Constitución Española formula una equiparación de ambos espectros represivos en lo que se refiere a la tipicidad, legalidad e irretroactividad-<sup>19</sup>, por lo que podría ser una guía rectora para el análisis de lo que sigue, con las diferencias que presenta nuestro propio sistema.

Así las cosas, debe tenerse presente que en primer término, la potestad disciplinaria ejercida por la Administración con relación con sus agentes, excluyendo de este modo, naturalmente, al resto del Derecho Administrativo sancionador, se encuentra destinada a regir las conductas de los particulares frente al desarrollo de actividades privadas, y al régimen propio de las faltas y contravenciones; que la potestad sancionadora se caracteriza por la imposición de reglas de conducta y las correlativas sanciones a su incumplimiento; y que la actividad sancionadora está destinada a ordenar la organización administrativa en el cumplimiento de la función pública; el dato, en este sentido, que se convertirá en característico del ejercicio de la potestad sancionadora será, entonces, el cumplimiento de funciones administrativas, sea por la Administración en sentido estricto o por cualquier otro órgano estatal o no estatal que desarrolla funciones administrativas<sup>20</sup>.

## *2.2. Los principios limitativos del ius puniendi estatal*

Una de las principales garantías que rigen la actividad sancionadora se vincula con el *Nullum crimen nulla poena sine lege, nullum crimen sine poena legale*<sup>21</sup>, de raigambre constitucional, incluido ya

---

<sup>19</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, *Curso de derecho administrativo...*, cit., t. II, p. 174.

<sup>20</sup> GONZÁLEZ MORAS, Juan M. y GONZÁLEZ MORAS, Ana Clara, "El control judicial de la potestad disciplinaria. Debido proceso y tutela judicial efectiva en la jurisprudencia de la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires.", [www.eldial.com](http://www.eldial.com), 10/5/2008.

<sup>21</sup> ZAFFARONI, Raúl E., ALAGIA, Alejandro y SLOKAR, Alejandro, *Derecho Penal. Parte General*, 2ª edición, Ediar, Buenos Aires, 2002, p. 112, nota nro.

en la Primera Constitución Nacional Argentina del año 1853 bajo la fórmula "...ningún habitante de la Nación puede ser penado sin juicio previo, fundado en ley anterior al hecho del proceso...".

Ello, implica la prohibición de la aplicación de la ley *ex post facto* y se erige como una de las piedras fundamentales para el Derecho Penal sustantivo, resultando su aplicación mucho más laxa para el Derecho Administrativo -aun con los inconvenientes que esto puede generar en la armonía del sistema-. Y esto es así, pues se trata de una idea sentada en doctrina clásica de que en ausencia de una norma que establezca sanciones, puede la autoridad administrativa fijarlas, en tanto se respeten los principios generales del Derecho, no obstante esa libertad del administrador pueda ser limitada cuando la sanción o las sanciones por implicar medidas graves de obvia sustancia penal, requieran hallarse previamente establecidas en una forma válida <sup>22</sup>.

Va de suyo que esa facultad de "relleno" de la Administración para el establecimiento de sanciones, aun respetando principios generales del Derecho, contraría a la propia Constitución Nacional -artículos 18 28 y 33-, por lo que podría resultar írrita por inconstitucional e inconstitucional por irrazonable.

Y aun cuando se respeten "principios generales del Derecho", se vulnera la propia cláusula constitucional que prescribe que las sanciones a los administrados tienen que basarse en el contenido de leyes anteriores a los hechos que las justifican, a lo que cabe agregar que la propia Constitución Nacional establece que ninguna norma reglamentaria podría privar de garantías contenidas en el cuerpo normativo supremo a los administrados. Va de suyo entonces, que la garantía debe considerarse completa y sin matices en el Derecho sancionador de la Administración.

El principio *legale iudicium* o aquel por el cual no existe condena sin sentencia firme, en el ámbito disciplinario es aplicado con reservas, por ejemplo para casos de cesantías en los que no se requiere el sumario previo, sin perjuicio de lo cual, se ha resuelto en la jurisprudencia que esto no exime de oír previamente al admi-

---

6- se explica que fue A. V. FEUERBACH quien acuñó la enunciación latina con la que se conoce a este principio.

22 COMADIRA, Julio R., *Derecho Administrativo...*, cit., p. 87.

nistrado<sup>23</sup>. Actualmente, se ha dado a conocer a la opinión pública el caso de un sujeto perteneciente al Ejército con rango de Mayor que fue expulsado de las fuerzas armadas, tras haber lesionado a su pareja -también perteneciente a las fuerzas armadas y con menor rango-, aun cuando en la oportunidad no existió sentencia judicial y el caso se encuentra en una etapa embrionaria del trámite judicial. Ésta es otra muestra sobre cómo opera con reservas el principio *legale iudicium*.

Sin perjuicio de ello, la CSJN entendió en distintos precedentes la operatividad de la garantía del *legale iudicium* al referir que no cabe hablar de juicio -y en particular de aquel que el art. 18 de la Constitución Nacional exige como requisito que legitime una condena- si el trámite ante el órgano administrativo no se integra con la instancia judicial correspondiente; ni de juicio previo si esta instancia no ha concluido y la sanción, en consecuencia, no es un resultado de actuaciones producidas dentro de la misma<sup>24</sup>.

Un concepto fundamental de la teoría de la imputación penal, es el que se relaciona con la tipicidad, entendida como “la descripción de la conducta prohibida por una norma”<sup>25</sup>. Este concepto resulta de aplicación restrictiva en el Derecho disciplinario, situación que plantea un problema de trascendencia para el Estado de Derecho en cuanto vulnera el principio de legalidad, pues la indeterminación de las conductas que justifican la aplicación de sanciones a los administrados resulta contraria a lo dispuesto por el artículo 18 de nuestra Constitución Nacional, los artículos XXV, XXVI y XXXIII de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (DADDH); artículos 11, 12 y 29.2 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos (DUDH); artículos 7.2 y 9 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH), todas las cuales integran nuestro bloque de constitucionalidad, en función de lo determinado por el artículo 75 inc. 22 de nuestra Constitución Nacional.

De este modo, aun cuando se admita parcialmente en el Derecho sancionador la existencia de una tipicidad relativa para la san-

---

23 COMADIRA, Julio R., *Derecho Administrativo...*, cit., p. 88.

24 *Fallos*, 284:150 y 321:1043.

25 BACIGALUPO, Enrique, *Lineamientos de la teoría del delito*, 3ª edición renovada y ampliada, Hammurabi, Buenos Aires, 1994, ps. 60 y ss.

ción de las conductas, esta solución es incorrecta por no resultar respetuosa de nuestra Constitución ni de las normas que integran su bloque de constitucionalidad a partir del artículo 75 inc. 22. A la vez, aunque el Derecho Administrativo sancionador se distinga del Derecho Penal, no puede dejar de soslayarse que corresponde garantizar al administrado facultades protectoras que sirvan como limitativas del poder discrecional estatal, y la mayor claridad en la descripción de las conductas que serán objeto de reproche -entrelazada con el principio de legalidad-, necesariamente redundará en ello. En este punto es coincidente la doctrina española que refiere que la especificidad de la conducta a tipificar viene de una doble exigencia: del principio general de libertad, base de todo Estado de Derecho y la exigencia de dotar a los administrados de seguridad jurídica que perdería vigencia si la descripción de lo sancionable no permitiese un grado de certeza suficiente para que los administrados puedan conocer las consecuencias de sus actos <sup>26</sup>.

Por otro lado, sí se admite la aplicación restrictiva en esta rama del Derecho del principio *non bis in ídem*. En este sentido, se encuentra admitido que un agente estatal sea objeto de sanciones disciplinarias y penales por la misma infracción, habida cuenta de los distintos bienes jurídicos protegidos por el Derecho Penal sustantivo y el disciplinario <sup>27</sup>.

A mayor abundamiento, se sostiene que existen al menos tres grupos de casos en los que este principio procesal no entra en juego, por no haber sido sometida dos veces la persona a un mismo proceso <sup>28</sup>. En esa inteligencia destaca en primer lugar en cuanto a “la Administración”, sosteniendo que las “*imposiciones de penas*” de ésta, tratan de coacciones que no tienen carácter reparador o restitutivo ni de coacción directa, pero no son considerados penas en el sentido estricto del término. A más se imponen fuera de los límites del Derecho Penal, por lo cual su exclusión del discurso penal abre el espacio para el ejercicio de un poder punitivo más discrecional y que además se suma al poder punitivo manifiesto. El remedio adecuado

---

<sup>26</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA, *Curso de derecho administrativo...*, cit., t. II, ps. 177-178.

<sup>27</sup> COMADIRA, Julio R., *Derecho Administrativo...*, cit., p. 90.

<sup>28</sup> ZAFFARONI, ALAGIA, SLOKAR, *Derecho Penal...*, cit., p. 133.

es la inconstitucionalidad de toda punición no manifiesta.

A su turno, sobre el instituto de la prescripción, se ha establecido en alguna doctrina su inaplicabilidad en materia administrativa sancionadora. En la doctrina clásica, se han formulado críticas a esta afirmación, en el sentido de que la imposición de límites a ese instituto compromete la libertad integral del ciudadano y el propio derecho a la vida <sup>29</sup>.

De admitirse ese límite a la prescripción a favor del Estado, se caería en el absurdo de que las faltas administrativas -violaciones a normativa administrativa-, posean idénticas prerrogativas para su persecución que delitos de orden internacional contenidos en el Estatuto de Roma como el genocidio o los crímenes de lesa humanidad.

Va de suyo que esta solución no sería ni respetuosa del ordenamiento jurídico ni tendría razón de ser en un Estado de Derecho y sería generadora de una grave inconsistencia en el sistema, pues a un sujeto le resultaría menos perjudicial encontrarse imputado por un delito de naturaleza penal -que sí es prescriptible-, que por una infracción administrativa que no prescribiría nunca.

A su vez, tanto la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal -CNACAF- como la CSJN han manifestado respecto del alcance del instituto de la prescripción sobre la irrazonabilidad de las dilaciones del procedimiento administrativo que culminó con la aplicación de sanciones pecuniarias administrativas que resulta incompatible con el derecho al debido proceso <sup>30</sup>.

### **3. Irrazonabilidad por falta de proporcionalidad**

#### *3.1. Principio de proporcionalidad e irrazonabilidad*

Las nociones de irrazonabilidad y falta de proporcionalidad (en la graduación de la sanción) deben entenderse complementarias una

---

<sup>29</sup> COMADIRA, Julio R., *Derecho Administrativo...*, cit., p. 91, con cita de MARIENHOFF.

<sup>30</sup> C. Nac. Cont. Adm. Fed., en pleno, 9/5/2012, “Navarrine Roberto Héctor y otros c/BCRA- Resol 208/05 (expte. 101226/83 Sum Fin 578)”; *Fallos*, 335:1126 y GARCÍA ROSSI, Magdalena, “La prescripción vis a vis el ‘plazo razonable’ en el derecho administrativo sancionador. Notas sobre la doctrina de la especial sujeción”, disponible en [www.infojus.gob.ar](http://www.infojus.gob.ar) 27/3/2017.

de otra y analizarse a la luz de lo estipulado en el artículo 7 inc. f) tanto de la Ley Nacional 19.549 como del Decreto 1510/GCBA/1997, referidas ambas normas a que la actuación de la Administración sea proporcionalmente adecuada para la finalidad con la que el acto administrativo fue emitido.

En este sentido, la falta de proporcionalidad del acto administrativo será resultante de una falta de adecuación o sentido entre el objeto del acto y su finalidad, o bien entre la conducta que la norma pretende evitar con la sanción y la sanción que se le imponga a quien realice tal conducta.

Incluso, el sentido de la proporcionalidad que debe existir entre la conducta y la sanción, encuentra sustento en el artículo 8 de la DUDH y el artículo 9 de la Declaración de Derechos del Hombre del año 1789, en función de lo que se puede sostener sin hesitación que tal garantía para los administrados es de raigambre constitucional en función de lo determinado por el artículo 75 inc. 22 de nuestra Constitución Nacional.

Un acto de la Administración entonces será excesivo en su punición cuando la sanción imponible o impuesta a un agente estatal no guarde adecuada proporcionalidad con la télesis represiva que sustentó. Ahora bien, tanto en el dictado de la norma, como en la emisión del acto individual que hace aplicación de ella, el exceso de punición es producto, antes que de una falta de proporcionalidad entre la causa y objeto del acto (entre la conducta y la sanción a ella imputada), de una ausencia de proporcionalidad entre el objeto y la finalidad de éste <sup>31</sup>.

De aquí entonces, que la mentada desproporción se analice como un vicio en la razonabilidad -o irrazonable-, lo que lo torna nulo de nulidad absoluta al acto en cuestión <sup>32</sup>.

Incluso, siguiendo los postulados de MARIENHOFF, analizados a la luz de las normas de los artículos 28 y 33 de nuestra Constitución Nacional, como así también aquellas que integran nuestro bloque de constitucionalidad, la nulidad absoluta del acto desproporcionado

---

31 COMADIRA, Julio R., *El acto administrativo...*, cit., p. 128.

32 HUTCHINSON, Tomás, *Ley Nacional de Procedimientos Administrativos*, comentada, anotada y concordada, t. I, Astrea, Buenos Aires, 1985, p. 163, también citado por COMADIRA, Julio R., *El acto administrativo...*, cit., nota n° 522.

-con vicios de irrazonabilidad-, deberá reputarse írrito por inconstitucional<sup>33</sup>.

### 3.2. Otro vicio en la finalidad: la desviación de poder

El acto administrativo que es emitido con un fin distinto a aquel que prevé la norma para su dictado, se considera que se encuentra viciado en su finalidad bajo la fórmula de “desviación de poder”.

Los objetivos perseguidos en forma inmediata y los medios utilizados para satisfacer las necesidades de carácter general varían según las circunstancias de tiempo y lugar, de aquí que bien pueda razonarse que el fin esencial que debe perseguir toda estructura administrativa se corresponde con alcanzar el bien común, en tanto de éste depende en forma directa la legitimación última del poder estatal y de suyo impone a la Administración la obligación de perseguir siempre, en su obrar, la consecución del interés público<sup>34</sup>.

En los casos en los que los funcionarios públicos utilizan a la Administración y emiten actos para la satisfacción de sus propios fines -o de terceros-, se genera una tensión entre el objetivo que se debe perseguir en la función pública -asegurar el bien común y perseguir la consecución del interés público- que torna nulos de nulidad absoluta tales actos -siempre y cuando no impliquen asimismo delitos contra la Administración Pública como aquellos casos contenidos en los artículos 260 y 261 del Código Penal-.

En este aspecto, existe una profunda crítica de CASSAGNE en orden a la pasividad para sancionar las faltas de los funcionarios públicos que cometen abusos de autoridad, enriquecimientos ilícitos, exacciones ilegales para beneficio propio o de terceros, desviación de poder y hasta meros incumplimientos de los deberes que impone la función pública<sup>35</sup>.

Por ello, tanto lo que el acto dispone -es decir su objeto- como el fin que persigue en concreto deben estar de acuerdo con las normas

---

33 MARIENHOFF, Miguel S., *Tratado de Derecho Administrativo*, t. II; cit., p. 347.

34 TAWIL, Guido S., “La ‘desviación de poder’: ¿noción en crisis?”, LL1989-E, 93; Cita online AR/DOC/11828/2001.

35 CASSAGNE, Juan C., “La responsabilidad de los funcionarios públicos”, LL1989-C, 982; Cita Online: AR/DOC/19683/2001.

superiores que condicionan el obrar administrativo, desde aquellas que fijan la competencia del órgano, hasta superiores -a las que se encuentran subordinadas- como la Constitución Nacional que determinan en el Derecho positivo las finalidades perseguidas por el Estado <sup>36</sup>.

#### 4. La revisión jurisdiccional de los actos administrativos

##### 4.1. *Los actos discrecionales y los actos arbitrarios de la Administración*

La actividad discrecional de la Administración en materia disciplinaria se relaciona fundamentalmente con la facultad de decidir el encuadre legal de los hechos objeto de reproche, si éstos deben ser merecedores de sanciones y en caso afirmativo del castigo a aplicar, en orden al catálogo de opciones disponibles normativamente.

La actividad discrecional del Estado no representa el concepto de arbitrariedad -aunque en algunos casos podría un acto administrativo ser discrecional y arbitrario-, sino que corresponde analizarlos como autónomos e independientes uno del otro.

La obligación de motivar sus actos en cabeza de la Administración obedece a esta diferenciación: aun cuando se trate de un acto emanado en ejercicio de facultades discrecionales, el mismo debe encontrarse motivado, pues un acto discrecional e inmotivado, por carecer de este último aspecto, se convierte en arbitrario y con ello en nulo porque:

1) priva al administrado del derecho de defensa, pues la estructura de un razonamiento típico de la argumentación jurídica, presenta una norma general como premisa mayor, un supuesto de hecho como premisa menor y una norma categórica como conclusión. Este esquema es el que se denomina de la “justificación interna” de un razonamiento jurídico y que entre otros, Juan Pablo ALONSO explica que consiste en un razonamiento lógicamente válido, en punto

---

36 TAWIL, Guido S., “La desviación de poder...”, cit., y DE LA MORENA, Luís, “Los fines de interés público como ‘causa’ y como ‘límite’ de la competencia como ‘medio’ y ‘medida’ de control jurídicos”, Revista de Administración Pública, Madrid, núm. 85, ps. 151 y ss.

a que la conclusión se deriva de las premisas <sup>37</sup>. Así, la carencia de motivación del acto, lleva a que el mismo no guarde coherencia normativa, pues no exterioriza su “justificación interna”, lo que conlleva la inaplicabilidad de la “justificación externa”, entendida como la justificación de las premisas usadas en la “justificación interna”.

2) aparece en el mundo jurídico como un producto de la sola y exclusiva voluntad del órgano que lo dicta, lo que resulta incompatible con el Estado de Derecho <sup>38</sup>.

Asimismo, se plantea la posibilidad de considerar como casos de excesos de punición, por extensión conceptual, los que derivan de mantener una sanción disciplinaria aplicada con fundamento en una norma declarada inconstitucional, o de imponerse una sanción, siquiera mínima, después de pronunciado un fallo de la Corte Suprema en el cual se declara inconstitucional la norma empleada para basar el castigo. Ambos supuestos difieren. En el primero, al tiempo de la falta, la norma no había sido todavía descalificada judicialmente, en el segundo, en cambio, la infracción resultaría de la violación de una norma ya declarada inconstitucional por la Corte, formalmente vigente, sin embargo, a causa de la carencia de efectos derogatorios de dicha declaración <sup>39</sup>.

El concepto de discrecionalidad se erige en definitiva cuando la libertad que otorga la norma al órgano para llevar adelante determinada decisión se realiza vulnerando el principio de razonabilidad.

En esta línea se han resuelto algunas cuestiones en la jurisprudencia de nuestro país (en el caso concreto de la Provincia de Tucumán), al resolverse que el deber jurídico de explicar la elección por parte del Ejecutivo, no surge expresamente de la letra de la Constitución Provincial ni puede considerarse que hubiese integrado la voluntad del constituyente que la reformó en el año 2006, ni

---

<sup>37</sup> ALEXY, Robert, *La teoría de la argumentación jurídica*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1989, p. 214, trad. Manuel ATIENZA e Isabel ESPEJO; ALONSO, Juan Pablo, *Interpretación de las normas y del derecho penal*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2010, p. 27.

<sup>38</sup> CASSAGNE, Juan C., *El principio de legalidad y el control judicial de la discrecionalidad administrativa*, 2ª edición, Editorial BdeF, Buenos Aires, 2016, p. 276.

<sup>39</sup> COMADIRA, Julio R., *Derecho Administrativo...*, cit., ps. 86-87.

tampoco la del legislador al sancionar la Ley N° 8197 reformada por Ley N° 8340 <sup>40</sup>.

A su vez, la arbitrariedad comprenderá actos contrarios a la justicia, la razón o la ley misma, garantía para los administrados con fundamento constitucional en el artículo 19 de la Norma Suprema, definido como un principio implícito del Derecho, a diferencia de lo que ocurre por ejemplo en España, donde se erige en un principio explícito contenido en el artículo 103.1 de la Constitución de ese país <sup>41</sup>.

La diferencia existente entre la arbitrariedad y la discrecionalidad se vincula con la obligación, en el caso de los actos discrecionales de poseer motivación y/o fundamentación, centrándose la existencia de un catálogo de opciones sobre los que opta la Administración entre varios posibles, mientras que en el caso de la arbitrariedad, tal límite se difuma.

En el caso de los actos administrativos arbitrarios, se observará que éstos no sólo carecen de motivación evidente, sino que a más emanan de la Administración en violación a los principios de justicia, razonabilidad o la propia ley, siendo por tal, abusos en sus facultades de la Administración que como tales, merecen ser tachados de nulos de nulidad absoluta por ser contrarios a la normativa y el ordenamiento jurídico.

Va de suyo que tanto los actos discrecionales, pero aun más los actos arbitrarios de la Administración, poseen una cortapisa en las facultades jurisdiccionales de los jueces y la posibilidad de los administrados de requerir su control judicial.

#### 4.2. *El necesario control judicial de los actos discrecionales*

En la doctrina se ha discutido si los actos discrecionales de la Administración son susceptibles de revisión judicial o no y eventualmente, de admitirse, con qué límites.

Desde las perspectivas que limitan las facultades jurisdiccionales vinculadas con la actividad de la Administración se sostiene

---

40 PUPPIO, Agustín F., “La discrecionalidad, la arbitrariedad y las cuestiones políticas en el Estado constitucional de derecho. Algunas reflexiones sobre el caso ‘López’”, LLNOA2013 (mayo), 373; Cita Online: AR/DOC/1623/2013.

41 CASSAGNE, Juan C., *El principio de legalidad...*, cit., ps. 266-268.

que son pocas las situaciones que habilitan la revisión de los actos administrativos y sólo como un control de legalidad de los mismos sin autorizar a los funcionarios judiciales a generar reglas jurídicas pues el juez “no desempeña función alguna en la creación de normas jurídicas”, rechazándose el control de razonabilidad judicial por carecer de entidad objetiva, a la vez que se plantea que el control jurisdiccional debe ser meramente jurídico, sin intervenir en aspectos técnicos o políticos de las decisiones administrativas <sup>42</sup>.

Por otro lado se sostiene, desde la visión que pregona un control jurisdiccional más amplio, que la actividad estatal debe tener en cuenta su necesaria sujeción a la ley y al Derecho, tendencia articulada por ejemplo en la Constitución Española en la que tanto los administrados como los poderes públicos están sujetos a la Constitución y al ordenamiento jurídico (arts. 9.2 y 103.1) <sup>43</sup>. Esta tendencia también se vincula con la elección del Constituyente local en cuanto determinó la vigencia de principios a favor de los administrados en su artículo 13.

Así las cosas, si el ámbito del ejercicio de facultades discrecionales de la Administración integra el universo de casos que forman parte del ordenamiento jurídico, entonces debe ser susceptible de control judicial, siendo la actividad judicial aquella orientada a determinar que en el caso concreto el órgano administrativo, entre las elecciones posibles, optó por una correcta. A esta potestad judicial se la denomina como una técnica de control sobre el ejercicio de la actividad discrecional de la Administración <sup>44</sup>.

Ahora bien, la garantía de acceso a la Justicia por parte de los administrados y de poder contar con un examen judicial exhaustivo respecto de aquellas medidas que los afecta directa o indirectamente, se encuentra contemplada en nuestro ordenamiento jurídico, compuesto por nuestra Constitución Nacional y los numerosos Tratados de Derechos Humanos que integran nuestro bloque de constitucionalidad en función del artículo 75 inc. 22 de nuestra Norma

---

42 CASSAGNE, Juan C., *El principio de legalidad...*, cit., p. 251.

43 SESIN, Domingo J., “Motivación y control de los actos administrativos de los tribunales académicos y técnicos”, LLC2010 (febrero), 1; Cita Online: AR/DOC/258/2010.

44 SESIN, Domingo J., “Motivación y control de los actos administrativos...”, cit.

Suprema, por lo que es deseable que se contemple esta facultad jurisdiccional en un sentido amplio.

Los actos emanados de la Administración en violación al artículo 7 inc. f) de las normas nacional y local analizadas, que lucen desproporcionados y/o irrazonables en clara violación del principio de legalidad, no admiten discusión en torno a su necesidad de revisión judicial -última vía de protección de los administrados-, por lo que su restricción con meras fórmulas como “cuestiones políticas no justiciables”, encierran esbozos de un autoritarismo y privación del ejercicio de derechos fundamentales que no pueden ser admitidos en un Estado de Derecho moderno y respetuoso de sus habitantes.

En este sentido, parte de ese catálogo de libertades que los administrados resignaron en pos del contrato social y el establecimiento de la vida en sociedad no puede ser vulnerada sobre la base de fórmulas rituales vetustas y obsoletas, comprendiendo la actual tendencia del Derecho -en orden a la ampliación de derechos a los administrados y de restricción del ámbito de actuación de la Administración en este sentido- un sano cambio de paradigma en la materia.

## 5. Conclusiones

El exceso de punición debe considerarse un vicio del acto administrativo, relativo a una afectación por parte de ese acto de las disposiciones del artículo 7° inc. f) de las normas tanto nacional como local estudiadas.

Esta violación a la normativa se concreta en punto a que el acto no resulta proporcionalmente adecuado a las finalidades que resulten de las normas que asignan las facultades pertinentes al órgano emisor <sup>45</sup>.

Asimismo, se considerará que también existe cuando se vislumbra una evidente falta de proporcionalidad entre los hechos que determinan el acto como causa, y lo que aquél dispone <sup>46</sup>.

Esta circunstancia conlleva a que el acto se considere carente de razonabilidad -irrazonable- y en este punto, contrario a las disposiciones de los artículos 28 y 33 de nuestra Constitución Nacional, lo

---

45 COMADIRA, Julio R., *Derecho Administrativo...*, cit., ps. 84-85.

46 GORDILLO, Agustín A., *Tratado de derecho administrativo...*, cit., t. 3, viii-14.

que a su vez lo tacha de manifiestamente inconstitucional.

Los principios limitativos del *ius puniendi* deben considerarse en un sentido amplio en la esfera de los actos de la Administración -especialmente aquellos que importan sanciones-, pues son la garantía con que cuentan los administrados en orden al respeto de los derechos que le reconocen el ordenamiento jurídico y profusa normativa constitucional.

Los actos administrativos emanados de funcionarios públicos que utilizan a la Administración para la satisfacción de sus propios fines -o de terceros-, generan una poco saludable tensión entre los fines que persigue la Administración -asegurar el bien común y perseguir la consecución del interés público- que no sólo torna nulos de nulidad absoluta tales actos sino que pone en riesgo la confianza de los administrados en el sistema, con lo que la sanción de nulidad del acto debe apuntar a restablecer la vigencia del sistema y como una cortapisa para que los ciudadanos observen en la sanción al funcionario, un límite autoimpuesto por la Administración.

No deben confundirse los actos discrecionales con los actos arbitrarios de la Administración -aun cuando algunos actos discrecionales sean evidentemente arbitrarios-, pues en su actividad discrecional, la Administración escoge del catálogo de posibles medidas aquella que mejor entienda se ajuste al caso concreto, mientras que en el caso de los actos arbitrarios éstos son emanados en violación al sentido de justicia, la razón y la ley, en clara contradicción con el artículo 19 de la Constitución Nacional -que lo incorpora como un principio implícito-. Los actos viciados de arbitrariedad deben considerarse nulos de nulidad absoluta por inconstitucionales y susceptibles sin más de control judicial.

Los actos emitidos en uso de facultades discrecionales de la Administración deben ser considerados susceptibles de control judicial, pues se enmarcan en un sistema jurídico que contiene la actuación de la Administración.

La restricción a garantías de los administrados frente a actos de la Administración con meras fórmulas como “cuestiones políticas no justiciables”, encierran esbozos de un autoritarismo y privación del ejercicio de derechos fundamentales que no pueden ser admitidos en un Estado de Derecho moderno y respetuoso de sus habitantes.

La moderna tendencia actual debe continuar en el sentido de ampliar el catálogo de derechos de los administrados, representando una ruptura respecto del paradigma clásico de restricción del control de facultades discrecionales de la Administración.