



**UNIVERSIDAD SAN MARTIN DE PORRES
FACULTAD DE DERECHO**

CENTRO DE ESTUDIOS DE DERECHO ADMINISTRATIVO

TRABAJO DE INVESTIGACIÓN

*RECOMENDACIONES PARA LOGRAR LOS ESTÁNDARES DE PRECISIÓN EN LA
TIPIFICACIÓN DE INFRACCIONES ADMINISTRATIVAS SANCIONADORAS*

DIRECTORES DE LA INVESTIGACIÓN

MG. CÉSAR LUIS CORREA ZÚÑIGA
MG. DIEGO ENRIQUE MÉNDEZ VÁSQUEZ

AUTORES DE LA INVESTIGACIÓN

Mg. César Luis Correa Zúñiga
Giovanni Celso Cuba Britto

Colaboradoras

Claudia Ortiz Pérez
Pamela Judith Arenas Salazar

**2023
LIMA- PERÚ**

CONTENIDO

Agradecimientos	3
Dedicatoria	4
Introducción del Trabajo de Investigación	5
Palabras Claves del Trabajo de Investigación	7
Abstract	9
Keywords of the Research Work	11
Aspectos Generales	13
Planteamiento del Problema	15
Problemática Principal	15
Problemática Secundaria Nro. 1	16
Desarrollo de la investigación	16
La Potestad sancionadora	16
El Procedimiento Administrativo Sancionador	21
La Tipificación de las infracciones administrativas	32
Controversias relacionadas a la vulneración de principios y derechos constitucionales	38
Instrumentos de calidad regulatoria que permitan definir estándares mínimos de precisión en la tipificación en materia de sanciones administrativas	48
Posición e Implementación	55
Hipótesis Principal	57
Metodología	58
Fuentes de información	59

Agradecimientos

Agradecemos a las autoridades administrativas de la Facultad de Derecho de la Universidad de San Martín de Porres por permitirnos desarrollar las actividades del Centro de Estudios de Derecho Administrativo y difundir los conocimientos académicos y profesionales a través de la presente investigación y especialmente a Claudia Raquel Ortiz Pérez, ex integrante del Centro de Estudios de Derecho Administrativo a quien se le agradece los aportes alcanzados durante su estancia en el centro para con esta investigación y a Pamela Judith Arenas Salazar del mismo modo.



Dedicatoria

Dedicamos este trabajo de investigación a nuestra alma mater, la Universidad San Martín de Porres – Facultad de Derecho y a los integrantes del Centro de Estudios de Derecho Administrativo, con el fin de seguir difundiendo aspectos de investigación sobre la materia y posicionar a la universidad tanto a nivel nacional e internacional como referente.

Introducción del Trabajo de Investigación

El derecho administrativo ha ido desarrollándose a lo largo de la historia y evolucionando a la par del estado moderno desde los albores del estado absolutista hacia el enfoque de economía social de mercado donde priman las libertades relacionadas a la libre competencia y del mismo modo las garantías y libertades reconocidas en el texto constitucional, siendo una de las más importantes la establecida en el inciso a del numeral 24 del artículo 2 de la Constitución Política Peruana que la recoge el precepto ciudadano referido a que solo ley puede establecer obligaciones e impedimentos.

En el contexto antes narrado, el desarrollo del principio de legalidad cobra relevancia con el fin de no restringir su aplicación única y exclusivamente al imperio de la ley en sentido estricto, sino que por el contrario su alcance incorpora a todo el ordenamiento normativo con respeto al principio de jerarquía previsto del mismo modo en el artículo 51 de la carta constitucional nacional.

Y es ahí donde surge justamente la problemática que se busca resolver con el presente trabajo de investigación toda vez que tanto el marco constitucional como el administrativo desarrollan el llamado *ius puniendi* como la potestad con la que cuenta el Estado para reprimir las conductas contrarias al ordenamiento jurídico. En materia administrativa se faculta al legislador la tipificación de las infracciones administrativas, no obstante del mismo modo y de forma excepcional previa ley o decreto legislativo habilitante, se faculta la tipificación de infracciones a través de norma reglamentaria, motivo por el cual se abre la ventana para que el Poder Ejecutivo, a través de los ministerios proponentes, pueda tipificar infracciones vía delegación, lo cual no debe mirarse como una potestad discrecional creadora de derecho, sino que debe existir un mínimo de tecnicismo para cumplir con tal fin ya que lo contrario se atentaría contra la propia potestad sancionadora de la administración pública y a su vez con las garantías procedimentales que constituyen un elemento vital en un estado de derecho.

En tal sentido, con el fin de abordar el presente trabajo de investigación se exponen aspectos referidos con la potestad administrativa sancionadora, el procedimiento administrativo sancionador, la tipificación de las infracciones administrativa, la controversia existente en la colisión de principios al momento de tipificar de forma incorrecta y los escenarios de buena regulación para la correcta tipificación administrativa.

Estos aspectos son los que a continuación se discuten en el presente trabajo que ponemos a disposición de la comunidad académica como un insumo a tan importante tema que puede restringir derechos y libertades de contenido incluso constitucional.

Palabras Claves del Trabajo de Investigación

Para fines de la presente investigación académica, se tienen las siguientes definiciones extraídas del marco jurídico vigente y de la práctica administrativa:

- Autoridad administrativa: “Agente de las entidades que, bajo cualquier régimen jurídico, y ejerciendo potestades públicas conducen el inicio, la instrucción, la sustanciación, la resolución, la ejecución, o que de otro modo participan en la gestión de los procedimientos administrativos” (Congreso de la República, 2001, Ley 27444, Artículo 50, p. 10).
- Buena Regulación: “Aplicación a las iniciativas normativas de las administraciones públicas de principios como necesidad, proporcionalidad, seguridad jurídica, transparencia, accesibilidad, simplicidad y eficacia” (Real Academia Española, s.f., párr. 1).
- Entidades de la Administración Pública: Todas aquellas entidades mencionadas en el artículo I del Título Preliminar del Texto Único Ordenado de la Ley N.º 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General aprobado por Decreto Supremo N.º 004-2019-JUS, que en el ámbito de su competencia ejerzan función normativa y emitan disposiciones normativas de carácter general (en adelante, entidad pública) (Congreso de la República, 2001, Ley 27444).
- Función administrativa: Término que permite determinar las actividades que desarrolla la administración pública a través de las distintas entidades.

- **Infracción administrativa:** Disposición normativa que contiene un enunciado cuyo incumplimiento origina la imposición de una sanción administrativa previa acreditación y valoración por parte de la autoridad administrativa.
- **Potestad administrativa sancionadora:** Potestad que ostenta una autoridad administrativa para imponer sanciones previa acreditación de la comisión de una infracción administrativa.
- **Procedimiento administrativo sancionador:** “Conjunto de actos y diligencias tramitados en las entidades conducentes a la emisión de un acto administrativo que contenga una sanción o el archivamiento del procedimiento” (Dámazo, 2022, p.51)
- **Tipificación de infracciones administrativas:** Potestad del Congreso de la República y excepcionalmente del Poder Ejecutivo a través de la cual se establecen disposiciones que representan el incumplimiento del deber ser de actuaciones u omisiones generadas por los sujetos de derecho en un determinado territorio.

Abstract

Administrative law has evolved throughout history and developed alongside the modern state from the dawn of the absolutist state towards the social market economy approach where freedoms related to free competition prevail and in the same way guarantees and liberties recognized in the constitutional text, one of the most important being that established in subparagraph a of numeral 24 of article 2 of the Political Constitution of Peru, which establishes that no one is obliged to do what the law does not mandate, nor prevented from doing so. do what she does not forbid.

In the previously narrated context, the development of the principle of legality becomes relevant in order not to restrict its application solely and exclusively to the rule of law in the strict sense, but rather, on the contrary, its scope incorporates the entire regulatory system with respect to the principle of normative hierarchy enshrined in the same way in article 51 of the Political Constitution of Peru.

And that is where the problem that seeks to solve with this research work arises, since both the constitutional and administrative frameworks develop the so-called *ius puniendi* as the power that the State has to repress conduct contrary to the legal system. In administrative matters, the legislator is empowered to classify administrative offenses, however, in the same way and exceptionally prior to an enabling law or legislative decree, the classification of offenses is empowered through regulatory norms, which is why the

window is opened so that the Executive Power, through the proposing ministries, can classify infractions via delegation, which should not be seen as a discretionary right-creating power, but rather there must be a minimum of technicality to comply with this purpose since the opposite is It would violate the very sanctioning power of the public administration and in turn with the procedural guarantees that constitute a vital element in a rule of law.

In this sense, in order to address the present research work, aspects related to the sanctioning administrative power, the sanctioning administrative procedure, the criminalization of administrative infractions, the existing controversy in the collision of principles at the time of criminalizing incorrect and good regulation scenarios for the correct administrative typification.

These aspects are the ones that are discussed below in the present work that we make available to the academic community as an input to such an important topic that can restrict rights and freedoms of administrative content.

Keywords of the Research Work

For the purposes of this academic research, the following definitions are taken from the current legal framework and administrative practice:

- Administrative authority: “Agent of the entities that under any legal regime, and exercising public powers, conduct the initiation, investigation, substantiation, resolution, execution, or that otherwise participate in the management of administrative procedures” (Congreso de la República, 2001, Ley 27444, Artículo 50, p. 10).

- Good Regulation: “Application to the regulatory initiatives of public administrations of principles such as necessity, proportionality, legal certainty, transparency, accessibility, simplicity and effectiveness” (Real Academia Española, s.f, párr. 1).

- Public Administration Entities: All those entities mentioned in article I of the Preliminary Title of the Single Ordered Text of Law No. 27444, Law of General Administrative Procedure approved by Supreme Decree No. 004-2019-JUS, which in within the scope of their competence exercise a normative function and issue normative provisions of a general nature (hereinafter, public entity) (Congreso de la República, 2001, Ley 27444)

- Administrative function: Term that allows determining the activities carried out by the public administration through the different entities.
- Administrative infraction: Regulatory provision that contains a statement whose non-compliance leads to the imposition of an administrative sanction after accreditation and assessment by the administrative authority.
- Sanctioning administrative power: Power held by an administrative authority to impose sanctions after accreditation of the commission of an administrative offense.
- Sanctioning administrative procedure: “Set of acts and proceedings processed in the entities leading to the issuance of an administrative act that contains a sanction or the filing of the procedure” (Dámazo, 2022, p.51).
- Classification of administrative infractions: Power of the Congress of the Republic and exceptionally of the Executive Power through which infractions contrary to the administrative order are created with the purpose of repressing said actions.

Capítulo I

ASPECTOS GENERALES DE LA INVESTIGACIÓN

Como ya se mencionó en la introducción del presente trabajo de investigación, el principio de legalidad, en el marco del también principio de separación de poderes, consagra la primacía del imperio de la ley tanto en la voluntad de las entidades públicas que aplican el derecho administrativo, así como el de garantizar las libertades con las que cuentan los ciudadanos en la vida en sociedad, lo cual a su vez constituye un concepto citado por el profesor Jaime Rodríguez Arana Muñoz (2006) referido al ejercicio de las libertades y la función del estado a través de la administración pública, quien manifiesta:

La Administración Pública (estatal, autonómica o local, porque se usa deliberadamente el singular para referirse a todas), sirve con objetividad el interés general. Me parece que es difícil haber elegido mejor la caracterización de la función administrativa en el Estado social y democrático de derecho. Primero, porque la expresión servicio indica certeramente el sentido y alcance del papel de la Administración en relación con la ciudadanía. (...) En sentido contrario, bien se puede afirmar que la Administración en una democracia no es, ni mucho menos, ni la dueña del interés general, ni la dueña de los procedimientos, ni la dueña de las instituciones públicas; sino que está a disposición de la mejor gestión de la común, de lo de todos. (p.84,101).

De lo antes formulado se advierte el insumo de objetividad referido al interés general y respecto de este el Estado debe ser un garante de las libertades ciudadanas a pesar de

que ostente diversas potestades públicas tales como la de tipificar infracciones e imponer sanciones. Por tanto, no nos encontramos en un estadio de estado absolutista, represivo u omnipotente, sino por el contrario ante un estado garantiza que debe respetar los derechos y libertades de los ciudadanos en territorio nacional.

En ese sentido, es una realidad actual la creciente intervención que ostenta la administración pública en la vida social a través de la no tan novedosa regulación económica o regulación social, lo que ha permitido el desarrollo de la materia en conjunto con diversas ciencias sociales e incluso naturales tales como la economía, la biología, entre otras. Dentro de esta gama nueva de interrelaciones encontramos que las estrategias reguladoras utilizadas para la tipificación de infracciones administrativas siguen a su vez para su construcción herramientas de orden económico. En ese sentido, Rivero (2009) señala lo siguiente:

Las intervenciones económicas del poder público también se ven condicionadas por reglas competenciales, procedimentales y sustantivas (de protección de los derechos de las personas). En las normas encontramos la contestación a las preguntas de quien debe tomar determinada decisión (Las cortes, el gobierno, una comunidad autónoma, un ayuntamiento, un juez o tribunal), como debe tomarse (el procedimiento a seguir hasta un pronunciamiento concreto) y dentro de qué límites de necesario cumplimiento deben adoptarse las respuestas a cada situación económica. Así podemos decir que prácticamente cada acto del Estado con repercusiones económicas se encuentra intensamente justificado, esto es, subordinado al respeto de un gran número de previsiones constitucionales, docenas de leyes y cientos de reglamentos. (p.16).

La reglas competenciales narradas por el autor en nuestra realidad normativa responden a la llamada potestad sancionadora de las autoridades administrativas a quienes la ley en sentido estricto, y luego los instrumentos de organización y funciones internas, le atribuyen tal función, mientras que las reglas procedimentales responden a la estructura garantista del procedimiento administrativo sancionador, mientras que las reglas

sustantivas justamente están referidas a la protección de los derecho de las personas y justamente es ahí donde apunta la presente investigación, en resaltar la importancia del ex ante, es decir del momento en que se adopta la decisión de tipificar una futura infracción administrativa, ello con el fin de que se reduzca el riesgo de comisión de arbitrariedades ya sea en la aplicación del dispositivo tipificado, en su interpretación hasta incluso arribar a aspectos cuyo desenlace resulte ineficiente ya sea a través de alguna acción constitucional que merme o anule el vigor de la norma jurídica. Dicho riesgo es bastante alto al existir la posibilidad de que el poder ejecutivo desarrolle dicha potestad, sin perjuicio de los aspectos cuestionables de discusión y dación normativa que se generan en los espacios del Poder Legislativo.

Es por ello que la mirada del presente trabajo se concentra en advertir los problemas identificados y brindar soluciones a través de lo que se conoce como buena regulación, aspectos que si bien nuestro país se encuentran a la vanguardia, encontramos que este fenómeno positivo se viene desarrollando de manera más general y concreta a partir del año 2017 en mérito a las recomendaciones efectuadas por la OCDE y que se han visto inicialmente fortalecidas con el Análisis de Calidad Regulatorio (ACR) para el caso de los procedimientos administrativos aprobados por el Poder Ejecutivo, con excepción del procedimiento administrativo sancionador, y en los dos últimos años a través del Análisis de Impacto Regulatorio (RIA), no obstante, siguiendo la línea del profesor José Carlos Laguna de Paz (2017).

Capítulo II

Planteamiento del Problema

Problemática Principal

Ahora bien, teniendo en consideración lo antes descrito, es preciso señalar que la problemática advertida gira entorno a la redacción del numeral 4 del artículo 248 del

Texto Único Ordenado de la Ley del Procedimiento Administrativo General aprobado mediante Decreto Supremo N.º 004-2019-JUS a través la cual se positiviza el principio de tipicidad en materia administrativa sancionadora, facultando no solo al Poder Legislativo sino que, excepcionalmente, al Poder Ejecutivo a fin de que puedan tipificar infracciones en materia administrativa, lo cual requiere el desarrollo de parámetros previos (ex ante) o también llamados estándares de precisión que permitan una correcta aplicación del derecho punitivo sancionador en vía administrativa.

Problemática Secundaria Nro. 1

La ingente producción normativa tanto legislativa como reglamentaria, de ser el caso, genera un riesgo latente de la existencia de dispositivos que contravengan el orden constitucional o los principios básicos de la potestad sancionadora.

Capítulo III

DESARROLLO DE LA INVESTIGACIÓN

El presente trabajo de investigación incide sobre el alcance de la tipificación de infracciones administrativas, si bien la tipificación responde al desarrollo de la función legislativa a través del Congreso de la República o de forma extraordinaria a la actividad normativa reglamentaria del Poder Ejecutivo, es preciso hacer referencia a la aplicación fáctica que se consagra a través de la potestad sancionadora. Para tal fin a continuación iniciamos con dicho análisis.

III.1 LA POTESTAD SANCIONADORA

Dentro del estudio del derecho administrativo cobra suma relevancia las potestades y prerrogativas con las que cuenta la administración pública para el desarrollo de sus actividades en el estado de derecho. Sobre el particular, debemos comprender a las

potestades en vía administrativa como la facultad competencial asignada por ley con la que cuenta las entidades de la administración pública para actuar, motivo por el cual nos encontramos ante un verdadero poder jurídico especial tal y como afirma Juan Carlos Ferrada Bórquez (2008).

En ese sentido es preciso señalar que la potestad sancionadora constituye una de las actividades relacionadas con la llamada función administrativa, elemento neurálgico y clave para el estudio del derecho administrativo el cual puede entenderse como el desarrollo de actividades cuya naturaleza y competencia recae en las entidades de la administración pública la cual no constituye actos de gobierno, actos legislativos o parlamentarios y actos de administración de justicia, estos últimos reservados al Poder Legislativo y Poder Judicial respectivamente, es por ello que nos encontramos ante aspectos cuya competencia exclusiva recae en la administración pública.

En ese escenario, el artículo 248 del Texto Único Ordenado de la Ley del Procedimiento Administrativo General – Ley N.º 27444, aprobado mediante Decreto Supremo N° 004-2019-JUS, en adelante la LPAG, emplean la terminología de potestad sancionadora tal y como corresponde, no obstante, es el artículo 249 de la LPAG el que establece que el ejercicio competencial de esta actuación corresponde a las autoridades administrativas (entendidas como los agentes de las entidades públicas) a quienes se le hayan sido expresamente atribuidas por disposición legal o reglamentaria.

Al respecto no debe pensarse que la potestad administrativa puede otorgarse a través de disposiciones reglamentarias tales como un decreto supremo ya que dicha afirmación es contraria al principio de legalidad en materia administrativa sancionadora consagrada en la LPAG, ello quiere decir que si bien la potestad administrativa sancionadora formalmente para su atribución requiere la dación de una norma con rango de ley, encontramos que una vez otorgada tal potestad a determinada entidad, en el marco de la organización administrativa, esta a su vez deberá asignarle a una determinada

autoridad dicha función, ello suele hacerse a través de reglamentos o manuales de organización.

En ese sentido, una vez asignada dicha función como tal, la autoridad de la administración pública competente para tal fin debe mínimamente el desarrollo de las actuaciones que se llevan a cabo en el procedimiento administrativo respectivo garantizar imparcialidad y la aplicación de los principios de la potestad sancionadora prevista en la LPAG, dentro de los cuales se ubica el principio de legalidad, debido procedimiento, razonabilidad, tipicidad, irretroactividad, concurso de infracciones, continuación de infracciones, causalidad, presunción de licitud, culpabilidad y non bis in ídem, no obstante, teniendo en consideración que la citada potestad forma parte del llamado *ius puniendi* estatal, deviene necesario conocer los motivos de la existencia de dicho poder atribuible a la administración pública a la par de la sanción penal previo proceso judicial cuya competencia recae en el Poder Judicial.

Una voz autorizada para entender la naturaleza jurídica la potestad sancionadora de la administración pública es Danós (1995) quien en uno de sus artículos partiendo de una perspectiva dogmática se genera la misma inquietud antes referida señalando que la potestad sancionadora debería constituir un monopolio judicial y no podría nunca estar en manos de la administración. En ese sentido, se cita lo siguiente:

Al respecto, es ilustrativo reseñar los fundamentos de orden práctico enunciados jurisprudencialmente por el Tribunal Constitucional Español para justificar la potestad sancionadora de la administración. a) Se invoca la conveniencia de no recargar en exceso las actividades de la Administración de Justicia con ilícitos de gravedad menor, de modo que según BLANCA LOZANO corresponde el derecho administrativo sancionador el rol de instrumento de control social alternativo al derecho penal (...) para colaborar con la justicia en la prevención y punición de ilícitos menores. b) asimismo, señala el Tribunal Constitucional “la conveniencia

de dotar de mayor eficacia al aparato represivo en relación con este tipo de ilícito””,
y, c) la conveniencia de una mayor intermediación de la autoridad sancionadora
respecto de los hechos sancionados. (p.149)

Las razones expuestas por el citado profesor desarrolladas en la sentencia del Tribunal Constitucional Español del 3 de octubre de 1983 a nuestro punto de vista advierten en si aspectos pragmáticos más que justificatorios, lo cual ha permitido justamente el desarrollo masivo de este tipo de procedimiento en la administración pública; no obstante, considero necesario resaltar que en el marco del contenido de la función administrativa antes referida, a diferencia del derecho penal, el derecho administrativo cautela bienes jurídicos protegidos referidos al respeto de los límites razonables impuesto justamente a los ciudadanos encuadrado en el respeto del imperio de la ley y el principio de juridicidad para la protección del interés general de la ciudadanía.

Un aspecto característico de este tipo de potestad es que no se desprende del texto constitucional, es decir que carece de desarrollo o alcance en la constitución política, no obstante, a pesar de ello no quiere decir que el desarrollo de esta potestad es inconstitucional ya que por el contrario, este es sumamente necesaria dada la cantidad de competencias en razón de la materia atribuidas a las entidades de la administración pública, motivo por el cual resulta importante y acorde a la realidad nacional el consagrar dichas potestades a los agentes de las entidades públicas con las formalidades debidas.

Y es ahí donde identifico el primer riesgo creado, toda vez que la ingente producción legislativa y normativa atribuida lamentablemente a la consideración errónea de que las disposiciones normativas terminan siendo la solución a los problemas tal y como si fueran el fin, desconociéndose ya sea de forma culposa o dolosa que la función normativa solo es un medio para un fin, no siendo necesario en algunos casos el desarrollo de un marco frondoso con obligaciones por doquier cuando estas en realidad no se cumplen o

ejecutan en la realidad, todo esto genera los diversos riesgos que a continuación identifico.

- Ausencia de justificación al momento de la tipificación de infracciones.
- Marcada discrecionalidad al momento de la elaboración de disposiciones normativas sancionadoras.
- Disposiciones contrarias entre sí o difusas que pueden generar eximentes de responsabilidad tal y como consagra la LPAG.
- Indebido e incorrecto empleo de las instituciones técnicas del derecho administrativo

Estas ideas expuestas precedentemente justamente originan la preocupación abordada en el presente trabajo de investigación ya que habiéndose detallado los aspectos relevantes referidos a esta potestad, en suma como puede advertirse rápidamente nos encontramos ante una potestad reglada que debe respetar los aspectos antes enunciados, no obstante su ejercicio no inicia recién con la comunicación de alguna acción u omisión presuntamente contrario al marco normativo sino que también debe tenerse presente la etapa previa la cual constituye al desarrollo normativo propio de la función normativa ya sea de la administración pública vía reglamentos o a la función legislativa propia del Congreso de la Republica.

Finalmente, una última característica de la potestad sancionadora podemos distinguirla de la obra de Laguna de Paz (2020) quien manifiesta lo siguiente: La potestad sancionadora permite a la Administración imponer sanciones administrativas. La sanción administrativa es una privación de derechos que se impone a una persona – física o jurídica, privada o pública – como reacción frente a una conducta ilícita, con una finalidad represiva (castigo) y preventiva (disuasoria). La sanción es compatible con otras posibles respuestas frente a conductas ilícitas, que no tienen carácter sancionador (medidas resarcitorias o de reposición de las cosas a su situación legal).

El carácter referido a la naturaleza de la sanción administrativa como represiva y preventiva es de suma importancia ya que lamentablemente en la práctica administrativa podemos advertir incluso tintes recaudadores o incluso revanchistas cuando lo correcto en cuanto a naturaleza es justamente castigar razonablemente al infractor pero a su vez generar una naturaleza de prevención en el marco de mejora continua de la administración pública, lo cual lamentablemente no sucede ya sea por aspectos de voluntad y en algunas oportunidades sumado a la falta de recursos presupuestales para tal fin.

Habiendo desarrollado los conceptos significativos de la potestad sancionadora, es de precisar que el vehículo que conduce al resultado final respecto a si nos encontramos ante supuesto de sanción o archivamiento es el procedimiento administrativo sancionador, el cual se desarrolla a continuación.

III.2 EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR

Antes de abordar al tema de procedimiento sancionador, consideramos necesario precisar que en principio nos estamos refiriendo a un procedimiento administrativo. Nuestro ordenamiento jurídico define al procedimiento administrativo como aquel conjunto de actos y diligencias tramitados ante las entidades de la Administración Pública, conducentes a la emisión de un acto administrativo con la finalidad de producir efectos jurídicos individuales o individualizables sobre los intereses, obligaciones o derechos de los administrados; sin embargo, no existe una definición legal de procedimiento administrativo sancionador, encargándose la doctrina de definir su concepto.

En ese sentido, la doctrina clasifica al procedimiento administrativo en procedimiento administrativo general y procedimiento administrativo especial, siendo este último la naturaleza del procedimiento sancionador.

Entonces, una vez teniendo claro el concepto de procedimiento administrativo, se puede definir al procedimiento administrativo sancionador como aquel conjunto de actos destinados a determinar la existencia de responsabilidad administrativa, esto es, la comisión de una infracción y la consecuente aplicación de una sanción (MINJUS, 2017), definición que tiene su razón de ser en la potestad sancionadora que ejerce la Administración Pública, facultad que por cierto ha sido reconocido en reiteradas jurisprudencias por nuestro Tribunal Constitucional. El Tribunal Constitucional (2000) en el Expediente N° 2050-2002-AA/TC ha señalado lo siguiente:

Los principios que informan la potestad punitiva del estado, tales como legalidad o culpabilidad, entre otros, constituyen principios básicos del derecho sancionador, que no sólo se aplican en el ámbito del derecho penal, sino también en el del derecho administrativo sancionador. (p.25).

Asimismo, la potestad sancionadora que ejerce la Administración Pública tiene su origen en el ius puniendi que ejerce el Estado. Tanto la doctrina como la jurisprudencia aceptan la unidad de la potestad sancionadora del Estado. Es importante que tengamos en cuenta que tanto la potestad sancionadora de los jueces como de las autoridades administrativas (con sus matices), tienen fundamento en el ius puniendi único del Estado.

Por otro lado, De la Cruz (2020) menciona que también debemos tener en cuenta las distintas formas de actuación de la Administración Pública, siendo una de ellas la actividad administrativa sancionadora, la misma que se cuenta como uno de los poderes más intensos que obran sobre la esfera de los derechos e intereses de los particulares, toda vez que implica la represión administrativa sobre las conductas infractoras de las

normas jurídicas, y que se hacen merecedoras de la imposición de sanciones administrativas.

El procedimiento sancionador tiende, fundamentalmente, a cumplir dos objetivos, como lo expresa Morón (2008) citado por Agurto- Zapata (2009): En primer lugar, constituye un mecanismo de corrección de la actividad administrativa, desde que permite al órgano con potestad sancionadora comprobar fehacientemente si se ha cometido algún ilícito. En segundo lugar, es el medio que asegura al presunto infractor, ejercer su derecho a la defensa, alegando y probando lo que le resulte favorable y controlando, a la par, la actuación inquisitiva de la Administración Pública.

AL respecto, Morón (2008) menciona: En consecuencia, la emisión de un acto sancionador sin cumplir el procedimiento respectivo, y fundamentalmente, sin garantizar la participación activa del interesado, apareja su nulidad no siendo posible su conservación.

Es importante que también tengamos en cuenta que la finalidad de un procedimiento sancionador no es simplemente sancionar al administrado, sino que en principio se busca que los administrados respeten las normas de nuestro ordenamiento jurídico administrativo, el cual también se logra en el ejercicio de la actividad de policía que ejerce la Administración Pública.

Por otro lado, las Administración Pública busca desincentivar que los administrados sigan cometiendo más infracciones, haciendo que la sanción a imponer evite que el infractor se vea tentado de volver a cometer la misma infracción o no cumplir con la norma, pero siempre respetando el principio de razonabilidad establecido en el artículo IV del Título Preliminar y artículo 248° del TUO de la LPAG.

Respecto a las características del procedimiento sancionador se señala lo siguiente:

- Separación del órgano instructor y órgano decisorio: una de las características del PAS es la diferenciación entre la unidad que conduce la fase instructora y la autoridad que aplica la sanción.
- Valoración de los hechos declarados por resoluciones judiciales: la segunda característica del PAS predica que los hechos declarados probados por medio de resoluciones judiciales firmes son vinculantes para las entidades en sus procedimientos sancionadores.
- Notificación de cargos: MINJUS (2017) señala la tercera característica del PAS está referida a la notificación preventiva de cargos, en el sentido que en el procedimiento administrativo sancionador es indispensable que los administrados puedan conocer los hechos que se le imputan, las infracciones cometidas y las posibles sanciones a imponerse, con el propósito que el imputado ejercite su derecho de defensa.

Mediante Sentencia N° 02098-2010-PA/TC, el Tribunal Constitucional (2010) menciona:

6. Debe recordarse, correlativamente, que las garantías constitucionales consagradas en el artículo 139 de la Constitución y en el artículo 4 del Código Procesal Constitucional, son de aplicación, en la medida en que resulten compatibles con su naturaleza, a los procedimientos administrativos sancionadores. Entre dichas garantías cabe incluir específicamente el derecho a la defensa, que proscribiera cualquier estado o situación de indefensión; el derecho a conocer los cargos que se formulan contra el sometido a procedimiento administrativo sancionador; el derecho a no declarar contra sí mismo; el derecho a la asistencia de letrado o a la autodefensa; el derecho a utilizar los medios de prueba adecuados para la defensa; el derecho a la última palabra, entre otros.
(p.6)

En ese sentido, el acto de notificación preventiva de cargos debe presentar los siguientes requisitos:

- **Precisión:** el acto de notificación preventiva de cargos debe señalar los hechos materia de imputación, la calificación de las infracciones que tales hechos pueden constituir, las posibles sanciones a ser impuestas, la autoridad competente para imponer sanciones y la norma que otorga potestad sancionadora a dicha autoridad. La consignación de los elementos descritos en el párrafo anterior debe constar de forma precisa, lo cual conlleva que los administrados imputados no deban enterarse de la imputación de cargos, por medio de acciones de deducción o inferencia del contenido del acto de notificación.
- **Claridad:** la presente característica exige que en el acto de notificación preventiva se consignen los cargos de forma tal que, la calificación de ilícitos que efectúa la Administración se conciba como la posibilidad real de entender los hechos y la calificación que ameriten.
- **Inmutabilidad:** los cargos consignados en la notificación no pueden ser objeto de variación por la autoridad.
- **Suficiencia:** el acto de notificación preventiva de cargos debe incluir toda la información necesaria para que el administrado pueda ejercer su derecho de defensa tales como informes o documentos que sustentan los cargos que se le imputan.
- **Plazo razonable para la defensa:** la cuarta característica del PAS alude al plazo que debe concederse al administrado para que la formulación de sus alegatos y utilizar los medios de defensa que el ordenamiento le permite.

Por otro lado, en un procedimiento sancionador siempre se va a caracterizar propiamente por la existencia de una relación jurídica bilateral, es decir, una relación entre administrado y Administración Pública, bien cuando la propia entidad inicia un procedimiento sancionador imputándole cargos al administrado investigado. Asimismo, en un procedimiento sancionador siempre vamos a encontrar a la entidad administrativa como juez y parte. Por consiguiente, resulta importante el principio de impulso de oficio que deben aplicar las autoridades administrativas ya que aquí se protege el interés general, pero siempre respetando los derechos e intereses de los administrados, y siempre con sujeción al ordenamiento jurídico y constitucional; sin embargo, en principio, la carga de la prueba se encuentra a cargo de las partes intervinientes, pero la Administración, en virtud del principio de presunción de licitud, presume que los administrados han actuado pegados a sus deberes, mientras no se encuentre evidencia en contrario.

Otro punto importante que resaltar es que a pesar de que pueda existir la presentación de una denuncia, el procedimiento sancionador siempre inicia de oficio, a través de la notificación de imputación de cargos. Aquí la participación del administrado por sí sola carece de fuerza vinculante, ya que el que se encuentra investido del ius imperio es la autoridad administrativa, la que ejerce la función administrativa.

Sin embargo, en los últimos años se ha venido intensificando la existencia de diversos procedimientos con matices sancionatorios tales como el procedimiento administrativo disciplinario (propio de las actuaciones internas de los servidores civiles) y el procedimiento administrativo trilateral sancionador, por lo cual es materia de este trabajo a su vez identificar las características generales de este último tipo de procedimiento.

Sobre la actividad probatoria, el principio de verdad material se encuentra previsto en el Artículo IV Título Preliminar de la LPAG, tal como se cita a continuación:

“Ley N° 27444; Ley del Procedimiento Administrativo General
(...)”

Artículo IV.- Principios del procedimiento administrativo

1. El procedimiento administrativo se sustenta fundamentalmente en los siguientes principios, sin perjuicio de la vigencia de otros principios generales del Derecho Administrativo:

(...)

1.11. Principio de verdad material. - En el procedimiento, la autoridad administrativa competente deberá verificar plenamente los hechos que sirven de motivo a sus decisiones, para lo cual deberá adoptar todas las medidas probatorias necesarias autorizadas por la ley, aun cuando no hayan sido propuestas por los administrados o hayan acordado eximirse de ellas.”

[El énfasis es nuestro]

En ese aspecto, la interpretación extensiva sobre la aplicación del principio de verdad material vulneraría el derecho de los administrados; puesto que la autoridad administrativa debe verificar plenamente de los hechos que sirven de fundamento de las decisiones que se toman en dicho procedimiento. La determinación de que sucedió en un caso es un requisito necesario para que la decisión de la Autoridad sea válida.

De igual manera, la Guía práctica sobre la actividad probatoria en los procedimientos administrativos del MiNJUS (2016) se señala que:

El conocimiento sobre qué ocurrió en un caso le permite a la autoridad tener una mejor comprensión del problema investigado tanto al nivel de las causas que lo provocaron, como respecto al nivel de responsabilidad de las personas partícipes de los hechos investigados y, de esa manera, evaluar cuáles serán las medidas que se impondrán en el caso. Sin ese conocimiento, la autoridad no podrá actuar

eficazmente en prevenir ese tipo de situaciones ni en determinar el grado de responsabilidad del particular en un caso. (p.20)

En concordancia a ello, se reafirma en el contenido de la precitada Guía que:

Sin la determinación cierta de los hechos en un caso, la autoridad no puede reconocer u otorgar un derecho; imponer una sanción o la medida correctiva pertinente. En el caso de sanciones, por ejemplo, si los hechos imputados no se encuentran acreditados, la autoridad no puede imponer un castigo, dado que ello vulneraría la presunción de inocencia del imputado, a quien se le atribuiría la responsabilidad por algo que no ha cometido. (p.20)

En virtud a ello, MINJUS (2016) menciona:

La autoridad debe verificar los hechos a través de la adopción de medidas probatorias necesarias autorizadas por la ley para saber qué ocurrió en un caso. Existe la obligación de verificar la verdad, “Esto es, a reunir todos los elementos de juicio necesarios para saber qué ocurrió en un caso y, de esa manera, tomar todas las medidas que sean necesarias para garantizar los derechos de las personas”. Por otra parte, se hace referencia a: La justificación, fundamentación o motivación externa se refiere a que cada una de las premisas tanto la referida a los hechos como la referida a las normas aplicables al caso, se encuentren debidamente sustentadas. Si se trata de los hechos, estos requieren que se ofrezcan evidencias que garanticen su veracidad; y si se trata de las normas aplicables, se requiere que su interpretación sea acorde con los principios y valores recogidos en nuestra Constitución. (p.23).

Por otro lado, el procedimiento trilateral es aquel procedimiento administrativo que resuelve un conflicto producido entre dos o más administrados ante las entidades de la

Administración y entre las personas jurídicas bajo el régimen privado que prestan servicios públicos o ejercen función administrativa, en virtud de concesión, delegación o autorización del Estado.

El artículo 229° de la LPAG y citando lo señalado por el Congreso de la República del Perú (2001) se define al procedimiento trilateral como aquel procedimiento administrativo contencioso seguido entre dos o más administrados ante las entidades de la Administración Pública, el cual tiene por finalidad resolver una controversia, por lo que la autoridad administrativa a través de su facultad cuasi jurisdiccional para resolver dichos conflictos de intereses.

Cabe resaltar que de acuerdo con AGUILA (2012): El elemento diferencial entre esta facultad y la función jurisdiccional radica en que la primera se realiza en sede administrativa y no en sede judicial, por lo que no existe la cosa juzgada. En consecuencia, la resolución administrativa tendrá el carácter de cosa decidida, ya que puede ser cuestionado mediante una demanda contenciosa administrativa.

Del mismo modo MARTIN (2021) menciona que:

Los procedimientos especiales no son creación de la ley, sino que es el reconocimiento de una realidad. En el Perú, ya antes de la entrada en vigencia de la LPAG existían procedimientos trilaterales, como los de defensa de la competencia (Decretos Legislativos N° 701 y 807) y los diversos procedimientos de reclamaciones de usuarios de servicios públicos, que finalmente son derivados en última instancia a los organismos reguladores en sede administrativa. (p.6)

A diferencia de los procedimientos sancionadores, el inicio de un procedimiento trilateral se da con la presentación de una reclamación.

Así, el artículo 231° del TUO de la LPAG, señala hace referencia al inicio del procedimiento trilateral ya sea de manera oficiosa o por medio de una petición administrativa o a modo de reclamación, en la cuál la autoridad resuelve resolviendo un conflicto de intereses, lo que no sucede en el clásico procedimiento administrativo, permitiendo descongestionar muchas de las controversias, sobre todo las referidas a la prestación de servicios público, y de esa manera contribuir con el desarrollo e importancia del derecho administrativo.

Al respecto, el profesor Martin (2021) señala:

Conflictos entre administrados: la definición contenida en la LPAG concibe al procedimiento administrativo trilateral como uno de carácter contencioso, En esencia, la Administración resuelve un conflicto suscitado entre particulares, respecto de una relación jurídica donde dicha Administración no forma parte. Debe considerarse, sin embargo, que la relevancia del conflicto sometido a la competencia de la entidad se encuentra íntimamente relacionada con los intereses público presente en la resolución de conflictos de intereses suscitado entre dichas partes. (p.226).

Sin perjuicio de lo antes advertido, este tipo de procedimiento administrativo trilateral sancionador ha sido consagrado por diversos autores nacionales. Al respecto GOMEZ (2011) menciona lo siguiente:

La legislación peruana reconoce de modo expreso la existencia de los procedimientos trilaterales sancionadores. el numeral 18.2 del artículo 18° del decreto Legislativo N° 1034 - Ley de Represión de Conductas anticompetitivas (en adelante el DL1034), publicado el 25 de junio de 2008, califica como trilateral sancionador al procedimiento de investigación y sanción de conductas

anticompetitivas (abuso de posición de dominio y prácticas colusorias horizontales y verticales) iniciado por denuncia de parte. el numeral 28.2 del artículo 28° del decreto Legislativo N° 1044 - Ley de Represión de la Competencia desleal (en lo sucesivo, el dL 1044), publicado el 26 de junio de 2008, califica como trilateral sancionador al procedimiento de investigación y sanción de actos de competencia desleal (actos que afectan la transparencia del mercado, de explotación indebida de la reputación ajena, que alteran indebidamente la posición competitiva propia o ajena y los de competencia desleal desarrollados mediante la actividad publicitaria) iniciado por denuncia de parte. (p.40).

En ese sentido, queda del mismo modo acreditada la existencia en nuestro ordenamiento jurídico acerca de la existencia de un procedimiento que guarda sintonía con la potestad sancionadora. No obstante, y al tratarse de una investigación referida con la tipificación en materia de infracciones administrativa, es necesario desarrollar estos aspectos a continuación.

III,3 LA TIPIFICACIÓN DE INFRACCIONES ADMINISTRATIVAS

Este tercer punto del trabajo de investigación ya entrelaza los aspectos puntuales referidos al mismo y desarrolla la técnica legislativa que debe tenerse presente al momento de listar el contenido de infracciones que la legislación ha considerado apropiado identificar y especificar con el fin de que los ciudadanos conozcan, identifiquen y sean conscientes que en caso contravengan la misma pueden ser acreedores a una sanción debidamente ponderada y tipificada. Por consiguiente, encontramos algunos conceptos que deben ser previamente desarrollados para arribar a dicho aspecto.

En principio, el numeral 1 del artículo 248 de la LPAG desarrolla el principio de legalidad el cual consagra que solo por disposición normativa con rango de ley es posible atribuir potestad sancionadora a las entidades, como ya se ha manifestado líneas atrás; no obstante, del mismo modo consagra que a través de leyes en orden estricto es posible la previsión de las consecuencias administrativas que a título de sanción son posibles de aplicar a un administrado, distinguiendo que no es posible privar de la libertad, aspecto que está reservado única y exclusivamente al juez penal en el marco del desarrollo del derecho penal.

En este orden de ideas podemos distinguir entonces el deber ser del ciudadano ello en el marco de la convivencia social; sin perjuicio de ello el legislador debe encontrarse un paso adelante en el sentido que debe aceptar que existe la posibilidad de incumplimiento de dicho deber ser, es por ello que anticipándose a ello, las vulneraciones que puedan suscitarse en sociedad deben encontrarse listadas de forma específica a modo de infracciones administrativas, ello con el fin que en caso de incumplimiento de estas, opere justamente la consecuencia jurídica a que hace referencia la citada norma, es decir la sanción administrativa.

Entonces es preciso desarrollar, en principio, que debe entenderse por infracción administrativa, para ello el siguiente enunciado es clave para comprender dicho aspecto. De acuerdo con SANTOFIMIO (2017):

La administración pública goza de facultades y poderes sancionatorios y punitivos, facultades que el ordenamiento jurídico le entrega con el propósito de hacer prevalecer el interés general y proteger los intereses de la colectividad. En el contexto del Estado social y democrático de derecho y conforme a la configuración garante convencional y del constituyente como del legislador, la administración pública goza de una definida potestad ordenadora de la actividad de los asociados y de otros entes jurídicos como pueden ser los de derecho públicos, que de manera excepcional, se concreta en el ejercicio de una clara y evidente potestad

sancionadora en relación con estos mismos sujetos, por violaciones o desconocimientos del ordenamiento jurídico. (p.468)

En este primer contexto se resalta por parte del profesor Jaime Santofimio el propósito que persigue la potestad sancionadora referida a la protección de los intereses colectivos o intereses generales previo función legislativa, o como ya se ha mencionado potestad reglamentaria en el marco de la función administrativa, eso quiere decir que la labor enunciativa específica que el legislador efectuó en principio para identificar aquellas infracciones administrativas es vital para lograr una adecuada protección a ese grupo de intereses previamente identificadas.

Para entender que como debemos considerar a la infracción LAGUNA (2020) manifiesta:

Las sanciones administrativas están inescindiblemente ligadas a los objetivos, bienes jurídicos y valores que tratan de alcanzar o proteger la norma en la que se insertan. La sanción es siempre el último instrumento de que dispone la administración para la protección del interés general, en los términos definidos en la norma. No obstante, no está de más recordar que, como exigencia material, las infracciones necesariamente deben referirse a la conducta del interesado, a sus acciones u omisiones, que han de resultar objetivamente censurables. En otros términos, las infracciones no se pueden construir como un reproche subjetivo (peligrosidad), lo que conduciría a un derecho sancionador de autor. (p.148)

Lo citado por el mencionado catedrático de la Universidad de Valladolid resulta demasiado interesante para comprender la naturaleza de las infracciones en materia administrativa ya que esta técnica debe identificar tanto acciones como omisiones que atenten contra el bien jurídico a cautelar en vía administrativa, las que deben ser construidas desde una mirada objetiva, para ello justamente es valioso el presente análisis ya que como se ha afirmado, tanto la función legislativa así como la normativa

reglamentaria que ostentan el Poder Legislativo y el Poder Ejecutivo respectivamente tienden a ser discrecionales en cierta medida, por consiguiente, el identificar parámetros objetivos mínimos en el arte de tipificar infracciones permite evadir el carácter subjetivo de esta técnica en beneficio de la colectividad y no enfocado únicamente en un grupo de personas ya que a la postre esto puede coadyuvar con el escape del alcance tipificado y por consiguiente desvalor de la norma.

Lo antes citado no debe entenderse que se encuentra prohibida la tipificación de aspectos subjetivos en mérito a responsabilidades propias de un grupo de sujetos ni tampoco que se entienda que la tipificación debe estar dirigida a ser una fórmula general gaseosa que lo cubre todo y a la vez nada, por el contrario, se requiere certeza, yo diría conexión lógica entre el bien jurídico a cautelar y la infracción que se busca poner en conocimiento de la ciudadanía para su respeto y acatamiento, ello se logra con aspectos técnicos jurídicos que permitan anexar ambos aspectos, ya que de lo contrario nos encontraremos desde un primer momento ante una posible norma ineficaz tanto en su cumplimiento así como en su ejecución que viene a ser el segundo aspecto porque de nada sirve tipificar si la situación deseada no se presenta, por el contrario el seguimiento y la mejora continua son los mejores aliados en pos de lograr cada vez una mejor tipificación.

Del mismo modo no hay que perder en vista que la tipificación consiste en un listado específico de infracciones en materia administrativa, es por ello que cobra relevancia hacer referencia al principio de taxatividad que a criterio de LAGUNA (2020) en lo que respecta a la precisión que debe existir al momento de tipificar infracciones administrativas. Pero más que ello, el arte de tipificar, más allá de la precisión, consiste en un antes y un después, es decir, en el primero de estos se discute e identifica este razonamiento lógico de enlistar posibles infracciones, pero ello debe desarrollarse en el marco de criterios tanto razonables, sostenidos en teorías o experimentales que puedan defenderse por sí solo, ello es sumamente complejo ya que partimos por la experiencia

en vez de afianzar un marco sólido normativo con aspecto que constituyen principios generales del derecho como el de adecuación, necesidad y proporcionalidad.

En ese contexto antes descrito, tenemos que tener presente que si bien la masiva producción normativa existente en nuestro país ha logrado el desarrollo de la proliferación del concepto de regulación, no es posible advertir una buena regulación sin una génesis sustentada en principios y aspectos constructivos ya que como hemos advertido la consecuencia del incumplimiento del debe ser, es decir el cometido de una infracción es la sanción administrativa, la que debemos entender como la consecuencia jurídica debidamente establecida en norma con rango de ley, previo al desarrollo de la razonabilidad y proporcionalidad de la sanción, la investigación nos obliga a detenernos en este punto ex ante, punto primigenia de partida, del cual el único retorno será la inconstitucionalidad de la ley, es por tal motivo que corresponde abordar algunas controversias que pueden o se han suscitado en nuestro ordenamiento en mérito a lo antes plasmado.

Antes de ello es preciso hacer referencia a que en nuestro país existe un marco normativo orientado encaminado a ello, pero cuyo cumplimiento no es posible si no existe personal capacitado y conocer de la materia que permita su adecuación al caso objetivo, hago referencia al Manual de Técnica Legislativa del Congreso de la República aprobado por Acuerdo de Mesa Directiva 106-2020-2021/MESA-CR y la Guía de Técnica Legislativa para la elaboración de Proyectos Normativos de las Entidades del Poder Ejecutivo aprobada por Resolución Directoral N.º 002-2019-JUS/DGDNCR.

En lo que respecta al citado manual, se parte de la premisa de construir leyes buenas y sobre todo efectivas, ese camino como sabrá el legislador no es nada fácil, más aún en sociedades como la nuestra donde los ciudadanos muchas veces desconocer incluso la entrada en vigor de normas legales, lo cual debe ser una función para desarrollar de forma más visible por el propio Congreso de la República.

El citado manual conforme se encuentra redactado termina siendo un instrumento integrado por consideraciones que permitan estandariza la producción legislativa que se desarrolla en el seno del congreso, es por ello que persigue como uno de sus objetivos el de mejorar la calidad de dicha producción y dotarla de razonabilidad y eficacia, que es a donde perfila la presente investigación.

En ese sentido, el citado manual en el punto 4 del inciso c) del numeral X señala que la Exposición de Motivos debe al momento de fundamentar la propuesta debe identificar el problema que persigue la regulación, análisis su estatus actual y desarrollar un análisis más que interesante sobre la necesidad, viabilidad y oportunidad de la ley; no obstante es ahí donde cobra relevancia resaltar que la citada necesidad, viabilidad y oportunidad debe desarrollarse a la par del principio de ponderación de derechos a fin de que a través de la adecuación, idoneidad, necesidad y proporcionalidad estrictu sensu permita determinar acerca de si la medida cumple con los aspectos mínimos que identifiquen su concretización en el marco normativo y si no afecta derechos fundamentales de los ciudadanos, ello con el fin de garantizar el orden constitucional y por consecuencia el estado de derecho.

Como aspecto final de este punto de la investigación hacemos referencia a la llamada guía donde reconoce la potestad legislativa especial consagrada en la Constitución Política del Perú y acerca de la potestad normativa del Poder Ejecutivo¹.

¹ En la citada guía se resalta que el presidente de la República ejerce la potestad de reglamentar las leyes. Los reglamentos que están encargados de desarrollar o completar lo dispuesto en una ley, se les denomina reglamentos ejecutivos o secundum legem; mientras que aquellos que se emiten sin respaldo en una ley, con el objeto de regular la actuación de la Administración o aspectos que carecen de cobertura legal en materias no reservadas a la ley, se les denomina reglamentos independientes o extra legem³². Estos últimos deben sujetarse a las competencias que la ley o la propia CP asignan. En efecto, la CP señala que el presidente de la República ejerce la potestad “de reglamentar las leyes sin transgredirlas ni desnaturalizarlas”. De la mano con ello, el Poder Ejecutivo tiene la atribución de evaluar la aplicación de las normas y supervisar su cumplimiento.

Al respecto, MINJUS (2017) consagra seis criterios básicos² para la formulación de una propuesta normativa, siendo estos los siguientes:

- Debe ser un reflejo de la decisión política que motivó la propuesta normativa
- Debe partir de un conocimiento pleno de la materia a abordar
- Debe estar basada en un análisis de la necesidad y viabilidad de la propuesta.
- Debe ser respetuoso del principio de legalidad
- Debe guardar coherencia interna y con el resto del ordenamiento jurídico
- Debe asegurar una lectura inequívoca del texto.

Lo antes referido es de suma importancia al momento de desarrolla alguna propuesta normativa, ahora bien, el aspecto de necesidad y viabilidad de la propuesta, al igual de lo que sucede con el manual del Congreso de la República deben abordar los aspectos de idoneidad, necesidad y proporcionalidad, ello es motivo de la presente investigación en el marco de la buena regulación que en breve se desarrollará.

III.4 CONTROVERSIAS RELACIONADAS A LA VULNERACION DE PRINCIPIOS Y DERECHOS FUNDAMENTALES.

El alcance de del derecho constitucional en el campo administrativo es de suma utilidad ya que por una parte contiene justamente diversos enunciados no limitativos que son reconocido como derechos fundamentales de las personas por un lado y por otro establece el diseño de límites del poder a través de la clásica separación de poderes, cobrando relevancia la participación actividad de diversas entidades reconocidas en el texto constitucional como organismos constitucionalmente autónomos. Esta suerte de organismos a criterio se caracteriza por lo siguiente de acuerdo con GUZMAN (2020):

² RD 002-2019-JUS/DGDNCR

La constitución otorga amplia autonomía a ciertos entes, a fin de garantiza su adecuado funcionamiento. La razón de ser de los entes constitucionales autónomos estriba en la dificultad de los organismos tradicionales del Estado – Poder Judicial, Gobierno y Parlamento – realicen ciertas funciones estatales de manera independiente y eficiente. Ahora bien, dichos entes se encuentran sometidos a regulación por parte de la norma de procedimiento administrativo en tanto efectúen función administrativa. (p.200).

Ese aspecto crucial referido con la dimensión amplia de las actividades de los clásicos poderes del estado ha permitido la aparición de estos organismos constitucionales con autonomía, especialidad y criterio técnico para dar atención a problemas que puedan suceder en la sociedad, dentro del marco de sus competencias, entre ellas encontramos al Tribunal Constitucional que conforme al texto de la constitución es el órgano de control de la constitución.

Dentro del estado de derecho, más aún cuando se van a establecer límites al desarrollo y libertades individuales, resulta que su diseño debe hacerse acorde justamente al respecto de los derechos fundamentales y principios de la disciplina, en este caso a los principios del procedimiento administrativo sancionador. No es objeto del presente trabajo ahondar en cada uno de ellos, por el contrario, buscamos centrarnos en el análisis del principio de tipicidad partiendo del análisis que el citado tribunal le ha atribuido al mismo en los últimos años, pero antes de ello es preciso acudir a la mirada comparada de aquellos ordenamientos matrices del nuestro tales como Francia, España, Colombia y luego de ello arribaremos a la realidad de nuestro país.

En principio es importante ir de la mano de lo advertido a continuación quien efectúa un interesante análisis comparado de la potestad sancionadora en Francia, desarrollando a su vez el principio de tipicidad tomando como referencia a FERNANDES (2019):

En sintonía con la doctrina, que tradicionalmente ha venido sosteniendo una aplicación flexible del principio de tipicidad en el ámbito administrativo sancionador, el Consejo Constitucional francés suaviza su alcance, afirmando “que, aplicada fuera del Derecho penal, la exigencia de una definición de las infracciones sancionadas se encuentra satisfecha en materia administrativa por la referencia a las obligaciones a las que el titular de una autorización administrativa está sometido en virtud de las Leyes y reglamentos”.

Esa laxitud, pese a las matizaciones formuladas por el propio Consejo Constitucional francés, por una parte, contrasta con el rigor en relación con las sanciones penales y, por otra, propicia la utilización de enunciados por parte del legislador que no aseguran una completa predeterminación normativa de las infracciones y sanciones, de forma que no existe ni mucho menos el mismo grado de certeza en la definición de los tipos que en el Derecho administrativo sancionador español. En este sentido, debe precisarse que el principio de tipicidad en el Derecho penal francés no tiene en rigor el alcance presumible, como subraya el Consejo de Estado francés. (p, 15-16)

Lo enunciado por el profesor al comparar lo previsto por el Consejo Constitucional francés respecto de lo aplicación en el espacio español hace énfasis en un grado de predeterminación normativa de infracciones menos preciso que lo que sucede en la realidad española, no obstante, es interesante la cita entre comillas ya que esta contiene en la identificación de obligaciones, por lo cual podríamos extender el análisis al cumplimiento de obligaciones en sociedad, obligaciones impuestas por el imperio de la ley y obligaciones atribuidas por algún título administrativo: ya sea un acto administrativo o un contrato, no obstante al final decantamos en que la fuente de obligaciones en el derecho administrativo está regido bajo el principio de legalidad.

Respecto a este contraste antes advertido, en el caso español se hace importantes precisiones al principio de taxatividad de la siguiente manera de acuerdo con LAGUNA (2020):

Como exigencia de los principios de tipicidad y seguridad jurídica, la descripción normativa de la conducta debe ser lo más precisa posible, de manera que pueda conocerse el ámbito de lo prohibido, así como las posibles consecuencias de las infracciones (principio de taxatividad). Este requisito se cumple cuando, a partir del texto de la disposición permanente – y, si fuera necesario, con ayuda de la interpretación que de ella hacen los tribunales, el interesado puede saber qué actos y omisiones generan su responsabilidad. No obstante, con frecuencia, la definición de las conductas, inevitablemente, se realiza con algún grado de abstracción, que pueda verse acrecentado por la versatilidad del lenguaje. En la interpretación de la norma puede atenderse no solo a su tenor literal sino también a su sistemática y teleología. (p, 1419).

Este segundo aspecto que consagra uno de los principios más importantes en el derecho administrativo sancionador en lo que respecta a la tipificación de infracciones establece la necesidad de ser preciso al momento de efectuar dicha técnica legislativa, no obstante como se advierte en el segundo párrafo la literalidad de la norma justamente nos lleva a cometer el error de tipificación subjetiva de autor cuya cita crítica ha sido desarrollada precedentemente, es por ello que es válido acudir a aspectos sistemáticos y teleológicos como sucedería cuando debe determinarse, en orden a los tipificado, en que agente recae la conducta en mérito al alcance de la ley o actividades que desarrolla.

En el plano latinoamericano Colombia cuenta con un importante desarrollo en lo que respecta a aspectos administrativos, con un proceso contencioso y un asentamiento del Consejo de Estado Colombiano instaurado por Simón Bolívar, con una tradición histórica constitucional y también de marcada evolución administrativa en nuestra región. Sobre el particular el profesor SANTOFIMIO (2017) desarrolla lo siguiente:

(...) Uno de los principios esenciales comprendidos en el artículo 29 de la Constitución Política es el principio de tipicidad, que se manifiesta en la exigencia de descripción específica y precisa por la norma creadora de las infracciones y de las sanciones, de las conductas que pueden ser sancionadas y del contenido material de las sanciones que puede imponerse por la comisión de cada conducta, así como la correlación entre unas y otras. Para que se pueda predicar el cumplimiento del contenido del principio de tipicidad, se habrán de reunir tres elementos, a saber: i) Que la conducta sancionable este descrita de manera específica y precisa, bien porque la misma este determinada en el mismo cuerpo normativo o sea determinable a partir de la aplicación de otras normas; ii) Que exista una sanción cuyo contenido material este definido en la ley, iii) Que exista correlación entre la conducta y la sanción, sin perjuicio de lo anterior, debe recordarse que las conductas o comportamiento que constituyen falta administrativa, no tienen por qué ser descritos con la misma minuciosidad y detalle que se exige en materia penal, permitiendo así una mayor flexibilidad en la adecuación típica. Es así como en algunas ocasiones los anteriores elementos no se encuentran previstos en el mismo instrumento normativo, sino que se hace necesario consultar el contenido de otras disposiciones para especificar cuál es la conducta ordenada o prohibida o cual es la sanción específica aplicable. (p.473-474)

Conforme lo advertido por el profesor antes citado, ha sido la Corte Constitucional a través de la sentencia C 125 de 2003 la que ha previsto justamente los alcances contenido respecto del citado principio, no obstante, es de advertir lo previsto en la última cita cuyo rigor coincide con el marco administrativo español respectivo a la flexibilidad en la adecuación típica y la aplicación sistemática o teleológica para identificar a que sujeto va dirigida la prohibición o en su momento el inicio del procedimiento administrativo sancionador.

Es en ese escenario, tanto nuestra constitución, así como la del vecino país colombiano en el artículo 29 consagra justamente los pilares del principio de tipicidad, que, si bien se encuentra referido al ámbito penal, como ya se ha desarrollado en el marco del ius puniendi, dicho aspecto se extiende en una medida especial al derecho administrativo sancionador.

En ese escenario, si bien el contenido garantista del principio de tipicidad no tiene desarrollo específico en la constitución política, sino en la LPAG, eso no ha sido impedimento para que el máximo intérprete de la constitución se pronuncie encuadrando su contenido en nuestro ordenamiento conforme se presenta a continuación.

Una importante resolución en los últimos años ha sido la resuelta en el Expediente N° 05487-2013-PA/TC por el TRIBUNAL CONSTITUCIONAL (2016):

Sobre el particular, el sujeto activo fue una empresa pesquera denominada Pesquera Exalmar S.A quien cuestionó un acuerdo adoptado por el Consejo Directivo de la Sociedad Nacional de Pesquería para combatir las medidas judiciales que ordena indebidamente el otorgamiento de derechos administrativos para la pesca industrial de Anchoveta, en el cual los suscribientes se comprometían a no adquirir o descargar recursos pesqueros de embarcaciones de armadores que si hubiesen obtenido derechos administrativos como consecuencia de procedimientos judiciales indebidos o contrarios al ordenamiento pesquero, siendo estos sancionados con la pérdida de calidad de asociados.
(p,20)

Como puede advertirse se trata de un aspecto referido a la potestad sancionadora entre privados acerca de aspectos que, si bien guardan incidencia con el derecho público, finalmente la sanción a imponer tiene un matiz de sanción privada. No obstante, al

respecto en el fundamento 08 y siguiente el citado tribunal efectúa aspectos bastante significativos sobre el particular que a continuación se citan en la resolución del TRIBUNAL CONSTITUCIONAL (2016) :

8. En general, el Tribunal Constitucional ha admitido que el principio de tipicidad en materia sancionatoria exige que las conductas consideradas como faltas han de estar definidas con un nivel de precisión suficiente, de manera que el destinatario de las mismas pueda comprender sin dificultad o estar en condiciones de conocer y predecir las consecuencias de sus actos; ello a partir de la previsión clara de la conducta proscrita y de la sanción aplicable. Por el contrario, una norma será totalmente indeterminada si las palabras en las que se encuentra expresada adolecen de la claridad o la precisión suficientes, lo cual dificulta su aplicación a un hecho concreto, pues el órgano competente o bien se encuentra frente a la presencia de un gran número de opciones de aplicación, o bien simplemente no le es posible conocer ninguna de las opciones de aplicación.

9. Ahora bien, este Tribunal también tiene dicho que, en el caso de la aplicación del principio de tipicidad en el ámbito legislativo, el requisito de *lex certa* no puede entenderse en el sentido de “exigir del legislador una claridad y precisión absoluta en la formulación de los conceptos legales”, pues la naturaleza propia del lenguaje, con sus características de ambigüedad y vaguedad, admiten cierto grado de indeterminación, mayor o menor, según sea el caso. En cambio, si esta proscrita la indeterminación total de las disposiciones jurídicas, y ello es así, porque una disposición jurídica totalmente indeterminada se opone no solo al requisito de certidumbre que toda disposición normativa debe cumplir, sino también, porque inevitablemente conlleva a una actividad reconstructiva del órgano competente en la que el ejercicio de la potestad decisoria queda librada al arbitrio de dicho órgano.

10. En consecuencia, el principio de tipicidad solo exige que se defina la conducta que la ley considera como falta, de modo que lo considerado como antijurídico, o lo que es lo mismo, la precisión de sus alcances pueda complementarse a través de los reglamentos respectivos. La garantía de este principio no puede ser exacerbada en ningún contexto al punto de requerir un nivel de precisión absoluta en la previsión de aquellas conductas consideradas como faltas o conductas prohibidas, ni siquiera en el ámbito del derecho sancionador penal o administrativo.

En ese contexto, el Tribunal Constitucional ha previsto un grado de flexibilidad al momento de efectuar la precisión de la infracción, pudiendo esta complementarse con disposiciones normativas incluso reglamentarias, lo cual si bien puede ser cuestionable, se entiende que los límites son únicamente colaborativos de identificación por ejemplo de conceptos pero nunca para reemplazar la tipificación, a excepción de la regla extraordinaria de tipificación vía reglamentaria prevista en la LPAG, no obstante encontramos certeza acerca de que la tipificación no requiere de un nivel de precisión absoluta, ello origina justamente cierto riesgo de error al momento de su tipificación.

Este riesgo advertido no es producto de la imaginación sino que incluso dio lugar a la declaratoria de inconstitucionalidad de una norma de rango de ley, lo cual ha permitido dilucidar el panorama respecto a los principios que deben consagrarse, nos referimos a la Sentencia del Tribunal Constitucional del 25 de abril de 2018 recaída en el Expediente N° 00020-2015-PI/TC seguida entre el Colegio de Abogados de Arequipa y el Congreso de la República a través de la cual se cuestiona en parte la constitucionalidad de la Ley N.º 27785, Ley Orgánica del Sistema Nacional de Control y de la Contraloría General de la República y amplía las facultades en el proceso para sancionar en materia de responsabilidad administrativa funcional.

Como puede advertirse nos encontramos ante aspectos de suma relevancia ya que engloba justamente aspectos que importan el control gubernamental por parte de funcionarios y servidores civiles, quienes están obligados a cumplir las disposiciones previstas en las diversas normas administrativas, cuyo crecimiento es exponencial y de muy difícil acopio, es por ello que en estos aspectos dicha flexibilidad prevista tanto en el ordenamiento internacional como el nuestro no puede ser entendida como sinónimo de liberalismo, por el contrario dicha flexibilidad tiene límites, los cuales son expuestos de manera acertada por el citado Tribunal Constitucional.

Al respecto, la redacción del artículo cuestionado en dicho proceso estuvo conformada de la siguiente manera, específicamente el artículo 46 de la Ley 27785 incorporada por el artículo 1 de la Ley 29622:

Artículo 46.- Conductas infractoras Constituyen conductas infractoras graves o muy graves en materia de responsabilidad administrativa funcional, sujetas a la potestad sancionadora de la Contraloría General, las siguientes:

- a) Incumplir las disposiciones que integran el marco legal aplicable a las entidades para el desarrollo de sus actividades, así como las disposiciones internas vinculadas a la actuación funcional del servidor o funcionario público.
- b) Incurrir en cualquier acción u omisión que suponga la transgresión grave de los principios, deberes y prohibiciones señalados en las normas de ética y probidad de la función pública.
- c) Realizar actos persiguiendo un fin prohibido por ley o reglamento.
- d) Incurrir en cualquier acción u omisión que importe negligencia en el desempeño de las funciones o el uso de estas con fines distintos al interés público.

Mediante Reglamento aprobado por Resolución del titular, se describen y especifican estas conductas, constitutivas de infracciones graves o muy graves en materia de responsabilidad administrativa funcional sujetas a la potestad sancionadora de la Contraloría General. Estas infracciones pueden ser determinadas de forma objetiva, en los casos señalados en dicho Reglamento.

La sanción de las demás conductas constitutivas de responsabilidad administrativa funcional derivadas de los informes de control es de competencia de cada entidad.

La redacción de la citada norma es bastante cuestionable ya que no existe ningún tipo de precisión respecto de la conducta a cumplir ni su fuente directa, es decir, se vulnera abiertamente el principio de taxatividad.

En ese sentido, el fundamento 40 del TRIBUNAL CONSTITUCIONAL (2018) de la citada sentencia hace referencia al quid del asunto que a continuación se expone:

(...) El subprincipio de tipicidad o taxatividad constituye una de las manifestaciones o concreciones del principio de legalidad respecto de los límites que se imponen al legislador penal o administrativo, a efectos de que las prohibiciones que definen sanciones, sean estas penales o administrativas, estén redactadas con un nivel de precisión suficiente que permita a cualquier ciudadano de formación básica, comprender sin dificultad lo que se está proscribiendo bajo amenaza de sanción en una determinada disposición legal.

En este punto, el máximo intérprete de la Constitución Política del Perú advierte que resulta necesario no solo que la infracción o el delito este previsto en una norma con rango de ley estricto sensu, sino que la descripción de la conducta contraria al ordenamiento debe establecer estándares mínimos de precisión. Este aspecto

lamentablemente aún sigue estando en la nebulosa dado que carece de un contenido objetivo

Finalmente, el TRIBUNAL CONSTITUCIONAL (2018) ha establecido:

Respecto de la reserva de ley en materia sancionadora que esta no es absoluta ya que a través de reglamentos puede especificar, graduar infracciones debidamente tipificadas y que incluso en caso de remisión legal expresa es posible tipificar infracciones a través de normas reglamentarias, no obstante, se nos advierte lo siguiente: 44. Nada de ello puede interpretarse de manera tal que se permita la desnaturalización de los principios de legalidad y tipicidad o taxatividad. Es admisible que, en ocasiones, los reglamentos especifiquen o gradúen infracciones previstas de manera expresa en la ley, sin embargo, nada justifica que establezcan conductas prohibida sin adecuada base legal o que al desarrollar disposiciones legales generales o imprecisas, los reglamentos terminen creando infracciones nuevas subrepticamente.

Queda comprendido el gran riesgo que conlleva la tipificación y el escenario que se genera en caso una disposición legislativa o normativa vulnere los principios de legalidad, tipicidad y taxatividad específicamente, ello como es de considerarse genera la necesidad de investigar cómo hacer para hallar los denominados estándares mínimos de precisión.

Es por ello que el último capítulo de la presente investigación desarrolla lo que debe comprenderse como buena regulación en el marco de la mejora regulatoria que como hemos visto su principal exponente debe ser el Congreso de la República a través del imperio de la Ley. En ese escenario una aproximación a la incorporación de esta herramienta se precisa a continuación a través de la presente citada para dar a

comprender su alcance y significado ha sido desarrollado por FERNEY y MONTES (2021), quienes manifiestan lo siguiente:

Las reglas establecidas por los gobiernos – en todos sus niveles – son las directrices que sustentan y motivan el comportamiento de empresas, personas, así como del propio gobierno y sus funcionarios públicos. Estas reglas se materializan en el marco normativo y buscan generar bienestar en general, a través del establecimiento de derechos, obligaciones o prohibiciones entre otros. Con el fin de que la regulación que se emita cumpla con los objetivos de política pública con eficiencia, transparencia y respetando lo establecido en el marco jurídico, es necesario un buen diseño normativo, una adecuada implementación y realizar el seguimiento y evaluación de su desempeño. (p.11)

Si bien podría entenderse que la regulación económica es tarea del Poder Ejecutivo, en el marco de lo explicado y el imperio de la ley, no debería restringirse su aplicación únicamente al poder Ejecutivo, por el contrario y a pesar que la propia norma peruana que aprueba el Reglamento de Mejora de Calidad Regulatoria y lineamientos para AIR Ex – Ante excluye al Poder Legislativo, consideramos que ello no es impedimento, como ya lo contempla el Manual de Técnica Legislativa del propio Congreso de la República, a aplicar aspectos de calidad regulatoria con el fin sobre todo de desarrollar un adecuado y eficiente marco normativo a fin de coincidir con los estándares mínimos de precisión, concepto que el Tribunal Constitucional no ha sabido ofrecernos una respuesta precisa, pero consideramos si es posible emplear aspectos de calidad regulatoria para ubicar instrumentos que permitan mayor precisión con el fin de no vulnerar los principios desarrollados.

III.5 INSTRUMENTOS DE CALIDAD REGULATORIA QUE PERMITAN DEFINIR ESTANDARES MINIMOS DE PRECISION EN LA TIPIFICACIÓN EN MATERIA DE SANCIONES ADMINISTRATIVAS.

En este último apartado del trabajo de investigación es preciso hacer referencia a lo que debemos entender por regulación con el fin de emplear sus herramientas en búsqueda de construir la idea que profesa la presente investigación. Si bien el enfoque inicial que tenemos de regulación como un mecanismo que tiene como medio la mejora continua que permita contribuir a lograr bienestar general a la sociedad, no debemos caer en el error de que la norma jurídica es la única herramienta con la que cuenta la regulación para su cometido ya que dependiendo del sector en el cual nos encontremos incluso es posible hacer referencia a la llamada autorregulación; no obstante, en sociedades como la nuestra se abusa mucho de la estrategia regulatoria denominada como comando y control.

Como aspecto histórico es preciso citar a QUINTANA (2006) quien manifiesta lo siguiente:

Según se advierte, la idea básica de la Teoría Económica de la Regulación es que el regulador se guía por sus propios intereses y siguiéndolos termina beneficiando a la industria. De ello surge la idea de proclividad del regulador a ser “capturado” por la industria, dejando de lado el objetivo de limitar los excesos que pueden cometer las empresas y desamparado a los demás grupos de interés. Por ello, los seguidores de esta teoría plantean que el mejor remedio son aquellas medidas destinadas a aislar al regulador para que realice sus labores sin la tentación de caer en la captura. (p.95).

Lo que el profesor Quintana expone justamente es uno de los aspectos por los cuales la regulación debe encaminarse al uso y empleo de herramientas estratégicas que permitan cumplir tanto el llamado “estándar de precisión” así como también el que denominamos el “estándar de objetividad”, ya que como bien expone el profesor, el riesgo de captura de regulador está latente en la regulación.

Pero la pregunta que debe responderse es aquella que hace referencia a determinar que debe entenderse por buena regulación, concepto que considero no es total y que siempre debe estar sujeto a revisión ya que la regulación si bien es cierto puede ser efectiva en cierto momento, eso dependerá de las circunstancias sociales, por lo que siempre es perfectible. Sobre el particular debemos entender a la buena regulación como el proceso ordenado y continuo que permite plasmar aspectos metodológicos de mejora continua al diseño, elaboración, implementación, revisión y evaluación ex post de la norma que incide en las libertades, sobre todo económicas, las que se encuentran reconocidas en los textos constitucionales, por lo cual persigue un escenario ex ante y otro ex post.

Nuestro país, en el marco de las recomendaciones OCDE³ se ha establecido a través de norma legal publicada en el Diario Oficial El Peruano el sábado 03 de abril de 2021 el Decreto Supremo que aprueba el Reglamento que desarrolla el Marco Institucional que rige el proceso de Mejora de la Calidad Regulatoria y establece los Lineamientos Generales para la aplicación del Análisis de Impacto Regulatorio Ex Ante – Decreto Supremo N.º 063-2021-PCM cuyo objeto⁴ consagra aspectos de buena regulación para la aplicación progresiva de diversas entidades de la administración pública

En ese escenario, se ha establecido un aspecto vital que tiene que ver con el ciclo regulatorio en el marco de la mejora continua antes expuesta, en la que se hace referencia que con el fin de generar regulaciones necesarias, predecibles y coherentes, el análisis se nutra en la aplicación de diversos principios tales como la necesidad,

³ En el marco de los Estudios de la OCDE en Reforma Regulatoria se recomendó al Perú establecer un sistema de evaluación de impacto ex ante como parte de su proceso administrativo, por ejemplo, una RIA para borradores de regulaciones y regulaciones sujetas a una modificación. Este sistema requerirá que todos los reguladores preparen una RIA como guía de apoyo para desarrollar nuevas regulaciones. Es recomendable utilizar un criterio de umbrales para determinar la profundidad del análisis en función del impacto de la regulación.

⁴ El objeto de la citada norma busca desarrollar el marco institucional que rige el proceso de mejora de la calidad regulatoria, así como, establecer los lineamientos generales para la aplicación del análisis de impacto regulatoria ex ante y de otros instrumentos que aseguren la idoneidad y la calidad del contenido de las intervenciones regulatorias, en el marco de lo dispuesto en el Decreto Legislativo N.º 1448, Decreto Legislativo que modifica el artículo 2 del Decreto Legislativo N.º 1310, Decreto Legislativo que aprueba medidas adicionales de Simplificación Administrativa, y Perfecciona el Marco Institucional y los Instrumentos que rigen el Proceso de Mejora de Calidad Regulatoria.

proporcionalidad e idoneidad o adecuación, por consiguiente, la mejora de la calidad regulatoria debe incorporar de forma necesaria el análisis de los principios antes descritos, no obstante ello se diluye en el contenido de la norma y sobre todo en el Manual para la aplicación del Análisis de Impacto Regulatorio Ex Ante (AIR).

En adición a lo antes referido, nuestro marco normativo ha excluido del alcance del análisis de impacto regulatorio ex ante conforme a lo previsto en su artículo 28, como es lógico en mérito al alcance normativo que tiene un decreto supremo, al Poder Legislativo, lo cual colisiona con el avance de mejora continua y rigurosidad de que tener la identificación de los llamados estándares de precisión en materia sancionadora, cuando como hemos visto nuestra LPAG ha establecido que la tipificación de infracciones debe efectuarse con norma con rango de Ley de forma general.

Al respecto, a continuación, LAGUNA (2017) hace una interesante reflexión al respecto:

En sentido estricto, la regulación no es una actividad exclusivamente administrativa, ya que de la delimitación del contenido de los derechos y libertades está reservada a la ley (art 53 CE). El legislador ha de establecer pues, el régimen jurídico básico de la actividad. A partir de ahí, corresponde a la Administración el desarrollo normativo (reglamentos) y, en su caso, la adopción de medidas ejecutivas para su aplicación (controles previos, adjudicación de títulos habilitantes, supervisión y sanción). (p.200)

Este es un primer parámetro de inicio respecto del dispositivo mínimo que debe emplearse para la restricción de derechos y libertades como sucede cuando nos encontramos ante la potestad sancionadora; por consiguiente el Congreso de la República debe encontrarse inserto en un proceso de mejora de calidad regulatoria; si bien es cierto el Manual de Técnica Legislativa es un avance significativo para el desarrollo de sus actividades, es también cierto que nuestro país como un estado unitario

debe contar con estándares mínimos a ser aplicado de forma homogénea por todos los actores involucrados en razón de la materia, por lo cual debemos iniciar este recorrido final haciendo referencia a la importancia que debe tener el Congreso de la República del Perú en la construcción del marco regulatorio en materia sancionadora.

No obstante, el reto significativo y lo que busca evidenciar el presente trabajo de investigación tiene que ver con el alcance que conlleva la emisión de la norma, es decir el momento en que debe decidirse por tipificar las infracciones en materia administrativa. Siguiendo la línea de mejora regulatoria, a continuación, MONTES y FERNEY (2021) desarrollan aspectos muy relevantes sobre el particular que a continuación se citan:

Antes de la emisión de la norma: diseño normativo

Los responsables de elaborar la propuesta de intervención seguirán estos pasos antes de la toma de decisión:

- Identificación del problema, con el fin de orientar la decisión de intervención pública, se debe describir y analizar la situación que está afectando o poniendo en riesgo el bienestar.
- Formulación de objetivos: el regulador debe tener claridad qué espera lograr ante la problemática evidenciada.
- Análisis de alternativas: Se deben plasmar todas las alternativas para lograr los objetivos planteados.
- Evaluación de impactos: Cada alternativa debe ser evaluada en función de los costos que se generarán, así como de los beneficios esperados. Así mismo, conocer el impacto jurídico que las propuestas puedan tener, en caso de aprobarse. El resultado final de esta etapa es justamente información comparativa para conocer

que alternativa es la mejor para poder enfrentar la problemática.
(p.24-25)

Como hemos visto, el diseño regulatorio en lo que respecta a la tipificación del problema debe incorporarse desde el primer momento, es decir, desde el instante que deba detectarse el problema a atender en el marco de la metodología de análisis de impacto regulatorio, es por ello que el proceso de tipificación debe contemplar un espacio de consulta pública, no obstante ello únicamente debe permitir recoger aportes y sugerencias de la población que se verá afectada la medida, sin que ello implique reemplazar la función de liderazgo regulatoria que debe corresponder siempre a la autoridad administrativa.

En ese escenario, la aplicación de los principios de necesidad y proporcionalidad deben ser el primer aspecto para considerar al momento de que se aborde la redacción de la tipificación administrativa, dichos principios han sido referidos en la norma legal que regula el análisis de impacto regulatorio ex ante en el Perú y se encuentra redactado conforme a continuación se enuncia conforme menciona PACHECO (2021):

- Necesidad:

La regulación cuenta con evidencia previa que demuestre que la alternativa seleccionada sea la más beneficiosa. Esta contribuye con el objetivo de resolver, reducir los riesgos o mitigar un problema público identificado en base a evidencia. En el proceso de generación de evidencia y diseño de la regulación, se analizan todas las alternativas racionales con la finalidad de elegir la mejor opción regulatoria.

- Proporcionalidad:

Se analiza la debida relación de idoneidad o adecuación entre los medios a emplear y el objetivo que se pretende lograr para solucionar un problema público. En este sentido, se tiene que describir y analizar los costos, beneficios y los riesgos de las alternativas de solución al problema que contribuya a la selección de la alternativa regulatoria como la mejor opción. (p. 48-51)

Estos aspectos antes descritos han sido abordados desde la óptica de la economía colaborativa en materia regulatoria que tiene un alto ingrediente de aplicación de nuevas tecnologías a través del cual la administración pública se discute si debe regularse o permitir la autorregulación del mercado, lo cual no es una tarea sencilla; no obstante, la controversia que se ciñe en estas líneas no versa sobre escenarios de economía colaborativa sino de análisis conductual del derecho⁵ donde se ha identificado aspectos referidos al temor que tiene las persona respecto de las perdidas, búsqueda del compromiso y los problemas que trae consigo el optimismo irreal o llamado exceso de confianza, es ahí donde el legislador debe incursionar para identificar justamente si la tipificación a efectuar contiene elementos solidos o probablemente sea incumplida con mucha facilidad.

Finalmente, LAGUNA (2017) desarrolla lo relativo a la regulación esbozando las siguientes conclusiones:

Como decimos, el legislador y, con mayor intensidad, la Administración están limitados por las normas, principios y valores jurídicos que recoge el ordenamiento jurídico. Su actuación sólo es legítima en la medida en que sea la más adecuada

⁵ En análisis conductual del derecho de acuerdo a lo mencionado por Cass R. Sunstein se avoca al estudio de elecciones razonables y a través de diversos ensayos se ha establecido que el comportamiento de las personas puede ser predecible, racional sistemáticamente y reglado.

para servir al interés general. En este sentido, los procedimientos de elaboración de las normas deben ser transparentes y participativos, lo que garantiza un más amplio conocimiento de la realidad y la toma en consideración de los intereses afectados. Como es natural, la regulación debe tratar de buscar la cooperación de los ciudadanos y organizaciones en la consecución de los objetivos de interés general, o incluso, la exigencia de que las propias empresas apliquen mecanismos de autocontrol. No es ningún secreto que la efectividad de la normativa siempre ha descansado en su amplia aceptación social. De hecho, asistimos a un continuo perfeccionamiento de los instrumentos jurídico-públicos, que pueden dejar más espacio a la persuasión. Como es natural, esto no significa que las normas puedan ser negociadas con la industria y los sectores interesados, con el propósito de aumentar la aceptación y reducir la conflictividad. (p.172)

Los riesgos de la regulación en materia sancionadora están relacionados mayoritariamente al riesgo de captura de regulador, que es el escenario a través del cual los grupos organizados de personas pueden ejercer cierta presión en la toma de decisiones como explicaba el QUINTANA (2006) citando a Stigler en lo que respecta a la regulación económica, no obstante, este ejercicio previo de establecer los aspectos neutrales a través de la producción normativa legislativa que el Congreso de la Republica ostenta permitirá que en un primer escenario se establezca este estándar de precisión, utilizando los insumos antes descritos de la económica conductual o análisis conductual del derecho, para luego en el marco de los principios de adecuación, necesidad y proporcionalidad estricto sensu se determine el listado de infracciones administrativas, ello originará en principio posicionar más la idea de problema a esbozar en el análisis ex ante y poder superar esa valla de incertidumbre que tare consigo el llamado “estándar de precisión”, para ello la regulación objetiva sustentada en evidencia será la mejor herramienta a utilizar.

Capítulo IV

Posición e Implementación

El presente trabajo de investigación ha permitido desarrollar el marco jurídico actual que nuestro ordenamiento le brinda a la tipificación de infracciones administrativas, lo cual constituye una función legislativa y normativa a la vez, por consiguiente, esta técnica legislativa que incide en la potestad sancionadora y en consecuencia con el procedimiento administrativo sancionador.

En ese escenario, se identifica las debilidades relacionadas al llamado “estándar de precisión” identificada por el propio Tribunal Constitucional Peruano al momento de pronunciarse respecto de algunas situaciones y marco legislativo aprobado en nuestro país en los últimos años, lo cual llama a la reflexión y al estudio ya que incluso el Tribunal Constitucional hace algunos años declaró inconstitucional el marco normativo sancionador de la Contraloría General de República.

Es por ello que a través de la mejora regulatoria se han advertido los riesgos que trae consigo la regulación, de la cual no está exenta el diseño sancionador, motivo por el cual advertimos la necesidad de homogenizar los aspectos mínimos que debe tenerse en consideración al momento de desarrollar la función legislativa por parte del Congreso de la República y la función normativa extraordinaria en lo que corresponda a cargo del Poder Ejecutivo, más aún cuando se ha identificado que a pesar que en nuestro país en los últimos años se viene implementando el proceso de impacto regulatoria, advertimos que el Poder Legislativo se encuentra al margen de dicho proceso por mandato normativo.

Del mismo modo y con el fin de dar una respuesta a cómo debe entenderse el llamado “estándar de precisión” resulta necesario que la tipificación de infracciones en principio

reconozca la importancia del imperio de ley en sentido estricto a cargo del Congreso de la República y que la labor encomendada al legislador emplee aspectos del llamado análisis conductual del derecho así como la aplicación de principios generales del derecho como los de adecuación, proporcionalidad y necesidad, lo que permitirá sortear con éxito las precisiones que el máximo intérprete de la constitución exige en beneficio de la confianza legítima que debe existir entre el poder estatal y la ciudadanía.

Por lo cual la implementación de estos aspectos van relacionadas con el proceso de Análisis de Impacto Regulatorio Ex Ante iniciado desde el año 2021, no obstante consideramos que el Congreso de la República sea participe de este proceso de forma activa sobre todo en materia sancionadora en vista de la importancia competencial que ostenta dicho poder del estado sobre la materia, ya que de lo contrario existe el riesgo de incumplimiento o correcciones constitucionales que originan niveles de incertidumbre e ineficiencia, lo cual puede corregirse ex ante.

CAPITULO V

Hipótesis Principal

Teniendo en consideración el alcance de la presente investigación, señalamos que es necesaria y fácticamente posible la incorporación de forma homogénea de los instrumentos que se emplean en mejora regulatoria, específicamente el imperio de la ley, los principios de adecuación, necesidad y proporcionalidad y el análisis conductual del derecho con el fin de que la tipificación de infracciones en materia administrativa cumplan con el estándar de precisión que el Tribunal Constitucional ha identificado, con el fin de

lograr predictibilidad y confianza legítima en la población que permitan su acatamiento y con ello el desarrollo de la disciplina sancionadora en nuestro país.

Se ha identificado que el término de estándar de precisión aún no es del todo claro, existiendo el riesgo de que a futuro pueda incurrirse en escenarios ineficaces como sería la declaratoria de inconstitucionalidad de una norma jurídica, es por ello que la incorporación de dichos instrumentos de mejora regulatoria de forma homogénea a nivel nacional con el fin de lograr identificar ex ante los aspectos relevantes de construcción o tipificación de infracciones en materia administrativa sancionadora y ello origine que se cuenten desde un primer momento con decisiones tanto administrativas como políticas sustentadas en evidencia objetiva y tecnicismo lo cual vendrá brindado por la ciencia jurídica a través del empleo de principios generales del derecho y que actualmente se encuentran reconocidos en la propia norma que implementa el análisis de impacto regulatorio ex ante así como la psicología en el empleo del análisis conductual del derecho.

En ese escenario, tanto el Poder Legislativo, así como el Poder Ejecutivo deben desarrollar aspectos mínimos homogéneos de predictibilidad al momento de tipificar infracciones administrativas sancionadoras, lo que permitirá la mejora regulatoria en la materia en beneficio del interés general.

Capítulo VI

Metodología

El trabajo de investigación se ha desarrollado bajo un enfoque cualitativo describiendo y analizando la naturaleza de la potestad sancionadora nacional acorde a lo establecido por el Tribunal Constitucional para los supuestos de tipicidad y taxatividad y su precisión.

El tipo de investigación es teórica, puesto que analiza la situación problemática contenida en el trabajo de investigación mediante la descripción de las instituciones propias de las figuras referidas a la potestas sancionadora.

El nivel de investigación es descriptivo, puesto que se ha examinado la problemática presentada en lo que respecta a la tipificación en materia administrativa sancionadora con los antecedentes de inconstitucionalidad advertidos en la presente investigación.

El método de la investigación es de naturaleza básica, puesto que para realizar el análisis jurídico que permita determinar la superación del estándar de precisión, termino empleado por el Tribunal Constitucional, hemos recurrido al estudio de mejora regulatoria que engloba la actuación de las entidades con competencia en tipificación de infracciones administrativas en nuestro país.

Fuentes de Información

- Águila, C. (2012). *El ABC del Derecho Administrativo* (2da. ed.). EGACAL
- Agurto- Zapata, K. (2019). *La imputación de cargos como atribución de la administración pública en los procedimientos administrativos de protección al consumidor* [Tesis de licenciatura, Universidad de Piura]. Repositorio institucional de la Universidad de Piura. https://pirhua.udep.edu.pe/bitstream/handle/11042/4059/DER_142.pdf?sequence=1&isAllowed=y
- Congreso de la República del Perú (2001). *Ley 27444 de 2001. Por lo cual se expide Ley de procedimiento administrativo general.*

- Constitución Política del Perú
- Constitución Política de Colombia
- Decreto Supremo N.º 004-2019-JUS – Aprueban Texto Único Ordenado de la Ley del Procedimiento Administrativo General – Ley N° 27444.
- Danos, J. (1995). Potestad Sancionadora de la Administración Pública. *Ius Et Veritas*, p.p 149-160.
- Decreto Supremo que aprueba el Reglamento que desarrolla el Marco Institucional que rige el Proceso de Mejora de la Calidad Regulatoria y establece los Lineamientos Generales para la aplicación del Análisis de Impacto Regulatorio Ex Ante aprobado mediante Decreto Supremo N.º 063-2021-PCM.
- Ferrada, J (2008) Las Potestades Públicas de la Administración del Estado en la Tutela de los Intereses Públicos. *Revista de Derecho de la Universidad Católica del Norte*, p.p. 115-138.
- Ministerio de Justicia y Derechos Humanos (2017). Guía Práctica sobre el Procedimiento Administrativo Sancionador. MINJUSDH.
- Gómez, H (2011) Procedimiento Trilateral: ¿Cuasi jurisdiccional? *Revista de Derecho Administrativo*, p.p. 15-42.
- Guzmán, C (2020) Procedimiento Administrativo General. Tomo Actualidad Gubernamental.
- Laguna de Paz, J (2017). El Papel de la Regulación en la Llamada Economía Colaborativa. *Revista de Estudios Europeos* N.º 70, p.p. 159-178.
- Laguna de Paz, J (2020). *Derecho Administrativo Económico*. Thomson Reuters.
- Manual de Técnica Legislativa del Congreso de la República del Perú
- Martín, R (2021). *Prácticum Derecho Administrativo*. Gaceta Jurídica.
- Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. (2017). *Guía Práctica sobre el Procedimiento Administrativo Sancionador*. MINJUSDH.
- Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. (2016). *Guía Práctica sobre la Actividad Probatoria en los Procedimientos Administrativos*. MINJUSDH.

- Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. (2018). *Guía Técnica Legislativa para la Elaboración de Proyectos Normativos de las Entidades del Poder Ejecutivo* (4ta. ed.). MINJUSDH
- Montes, K y Ferney, L (2021). *Mejora Regulatoria. Análisis de Impacto Normativo*. Universidad Externado de Colombia.
- OCDE (2016). *Estudios de la OCDE en Reforma Regulatoria. Política Regulatoria en el Perú*.
- Pacheco, D. (4 de abril de 2021). *Lineamientos para aplicar el análisis de impacto regulatorio ex ante (AIR) [DS 063- 2021- PCM]*. Pasión por el Derecho. <https://lpderecho.pe/reglamento-aplicar-analisis-impacto-regulatorio-ex-ante-air-decreto-supremo-063-2021-pcm/>
- Quintana (2006) Los reguladores de electricidad, saneamiento y telecomunicaciones en su espacio: ¿captura o administración de reclusos dispersos? *Themis Revista de Derecho* 52, p.p 93120.
- Real Academia Española (s.f). Buena regulación. En *Diccionario de la lengua española*. Recuperado el 17 de junio de 2023 de <https://dpej.rae.es/lema/buena-regulaci%C3%B3n-administrativa>
- Resolución Expediente N.º 2192-2004-AA/TC del Tribunal Constitucional del Perú
- Resolución N.º 02098-2010-PA/TC del Tribunal Constitucional del Perú
- Resolución 05487-2013-AA del Tribunal Constitucional del Perú.
- Rivero Ortega, R. *Derecho Administrativo Económico*. Editorial Marcial Pons.
- Rodríguez, L. (2021). *Derecho Administrativo General y Colombiano*. Editorial Temis.
- Rodríguez Arana, J. (2006). Un Nuevo Derecho Administrativo: El derecho del poder para la libertad. *Revista de Derecho Administrativo*, pp. 84-101.
- Sentencia del Tribunal Constitucional Español del 03 de octubre de 1983.
- Sunstein, C (2012). *Análisis Conductual del Derecho*. *Themis Revista de Derecho* 62, p.p. 53-64.

- Tribunal Constitucional (2000). *Sentencia del EXP N.º 2050-2002-AA/TC. Por lo cual se reincorpora a Ramos Colque a la situación de actividad dentro de la Policía Nacional del Perú.*
- Tribunal Constitucional (2016). *Sentencia del EXP N.º 05487-2013- PA/TC. Por lo cual se declara fundada la demanda, por estimar que se ha afectado el principio de tipicidad en la definición de la conducta que se iba a sancionar.*
- Tribunal Constitucional (2018). *Sentencia del EXP N.º 00020-2015- PI /TC. Por lo cual se declara infundada la demanda de inconstitucionalidad interpuesta contra la Ley 29622.*