



FACULTAD DE DERECHO
SECCIÓN DE POSGRADO

**LA FALTA DE ATENCIÓN AL PRINCIPIO DE TIPICIDAD
EN EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO
SANCIONADOR VULNERA LA FACULTAD
SANCIONADORA DE LAS INSTITUCIONES PÚBLICAS**

**PRESENTADA POR
ANDREA NATALIE TEJADA MENDOZA**

**ASESOR
OMAR TOLEDO TORIBIO**

TESIS

**PARA OPTAR EL GRADO ACADÉMICO DE MAESTRA EN DERECHO DEL
TRABAJO**

LIMA – PERÚ

2019



CC BY-NC-ND

Reconocimiento – No comercial – Sin obra derivada

La autora sólo permite que se pueda descargar esta obra y compartirla con otras personas, siempre que se reconozca su autoría, pero no se puede cambiar de ninguna manera ni se puede utilizar comercialmente.

<http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0/>



FACULTAD DE DERECHO

SECCIÓN DE POSGRADO

**“LA FALTA DE ATENCIÓN AL PRINCIPIO DE TIPICIDAD EN EL
PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR VULNERA LA FACULTAD
DISCIPLINARIA SANCIONADORA DE LAS INSTITUCIONES PÚBLICAS”**

PARA OPTAR:

EL GRADO ACADÉMICO DE MAESTRA EN DERECHO DEL TRABAJO

PRESENTADA POR:

ANDREA NATALIE TEJADA MENDOZA

ASESOR:

DR. OMAR TOLEDO TORIBIO

LIMA, PERÚ

2019

INDICE

CAPITULO I: MARCO TEORICO.....	9
DERECHO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR.....	9
RESEÑA HISTÓRICA.....	9
FUNCIÓN DEL ESTADO: POTESTAD SANCIONADORA DE LA ADMINISTRACIÓN.....	10
POTESTAD SANCIONADORA DISCIPLINARIA VS. POTESTAD SANCIONADORA FUNCIONAL.....	12
PROCESO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR DISCIPLINARIO.....	17
PRINCIPIOS COMUNES DE LA POTESTAD SANCIONADORA.....	17
EL PRINCIPIO DE TIPICIDAD.....	34
CONTENIDO DEL PRINCIPIO.....	36
DESARROLLO JURISPRUDENCIAL DEL PRINCIPIO DE TIPICIDAD.....	40
TRIBUNAL CONSTITUCIONAL.....	40
CORTE SUPREMA DE LA REPUBLICA DEL PERU – PODER JUDICIAL.....	48
AUTORIDAD NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL – SERVIR.....	54
REGULACIÓN LEGAL DE LA POTESTAD ADMINISTRATIVA DISCIPLINARIA.....	57
NORMATIVIDAD ACTUAL APLICABLE EN EL PROCESO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR.....	57
LEY SERVIR - LEY N° 30057.....	62
COMENTARIO SOBRE LA ACCION DE INCONSTITUCIONALIDAD DE LA LEY SERVIR EXPEDIENTES N° 0025-2013-PI/TC; N° 0003-2014-PI/TC, N° 0008-2014-PI/TC, N° 0017-2014-PI/TC.....	82
CAPITULO II : METODOLOGIA DE LA INVESTIGACION.....	87
DISEÑO DE LA INVESTIGACIÓN.....	87
TÉCNICAS DE RECOPIACIÓN DE INFORMACIÓN.....	88

INSTRUMENTOS DE RECOPIACIÓN DE INFORMACIÓN	88
CAPITULO III : RESULTADO.....	89
PROBLEMÁTICA ACTUAL DEL PRINCIPIO DE TIPICIDAD	89
FALTA DE ATENCION AL PRINCIPIO DE TIPICIDAD	91
CAPITULO IV : DISCUSION	98
GRADO DE PRECISION AL TIPIFICAR SANCIONES.....	98
CONCLUSIONES.....	103
RECOMENDACIONES	104

RESUMEN

La presente investigación, consiste en determinar en qué medida la falta de atención legal al principio de tipicidad, vulnera la facultad disciplinaria sancionadora de las Instituciones Públicas.

Frente a este problema, tenemos que, el principio de tipicidad se encuentra estipulada en el artículo 230° de la ley n° 27444, como uno de los principios rectores de la potestad sancionadora administrativa, en ese sentido, la regulación legal y reglamentaria actual no contienen las aristas del mismo.

Tal es así, que en los Procesos Contenciosos Administrativos presentados ante el Poder Judicial o Tribunal Constitucional, en los cuales se busca la nulidad de la resolución que les impone medidas disciplinarias, encuentran amparo y no se les sanciona a consecuencia del respeto irrestricto al principio de tipicidad fomentando una restricción grave a la potestad sancionadora del Estado.

Los objetivos han consistido en determinar los alcances del principio de tipicidad y su regulación, analizar la facultad disciplinaria sancionadora de los administradores de las Instituciones Públicas y por último, analizar si la falta de atención legal al principio de tipicidad vulnera la facultad disciplinaria sancionadora de las instituciones públicas y proponer medidas para que esta falencia se vea mejorada o suplida.

La conclusión a la que he arribado, principalmente, es la necesidad de regular las faltas en las cuales podría acarrear el servidor del estado, así como su consecuencia, a fin de evitar escudos de impunidad u ollas de injusticias, pues actualmente las sanciones se están adscribiendo a la discrecionalidad del ente sancionador.

ABSTRACT

These research, is about determinating in what terms, the lack of attention to the tipicity principle , affects the right of the State Employer to punish their workers.

The tipicity principle is stipulated in article 230° to the law number 27444. Wich is one of the main principle to the faculty of the State to punish their workers; in that sense, the legal and reglamentary regulation does not arrive to be as good as the law ask.

In fact, i have see, that the contentious administrative process followed in the “Poder Judicial” or “ Tribunal Constitucional” , where the people ask to eliminate their punishment, they win the process, because of the tipicity principle. That situation, affects the faculty of the State to punish their workers.

The objetives of these research is about to determinate the reaches of the tipicity principle and its regulation, analyze the sanctioning disciplinary faculty of the administrators of the Public Institutions, and finally analyze if the lack of legal attention to the tipicity principle, violates the sanctioning disciplinary power of public institutions and propose measures to improve or eliminate this shortcoming.

The conclusion that I have arrived, mainly, is the necessity to regulate the faults that the state workers could bring, as well as its consequence, in order to avoid impunity shields or pots of injustice, because currently the sanctions are ascribing to the discretion of the administration.

INTRODUCCION

El principio de tipicidad es uno de los principios rectores de la potestad sancionadora administrativa, estipulada en la ley n° 27444, artículo 230°, numeral 4, que señala: “...Tipicidad.- Sólo constituyen conductas sancionables administrativamente las infracciones previstas expresamente en normas con rango de ley mediante su tipificación como tales, sin admitir interpretación extensiva o analogía. Las disposiciones reglamentarias de desarrollo pueden especificar o graduar aquellas dirigidas a identificar las conductas o determinar sanciones, sin constituir nuevas conductas sancionables a las previstas legalmente, salvo los casos en que la ley permita tipificar por vía reglamentaria”.

Dicho principio, siendo uno rector del derecho administrativo sancionador, debe ser velado y respetado por las autoridades de nuestro País, que tengan la potestad administrativa disciplinaria, a fin de cumplir con las garantías Constitucionales que nuestra legislación ofrece.

En ese sentido, el proceso administrativo disciplinario se reguló conforme el Decreto Legislativo n° 276, en su capítulo V, y actualmente, se rige con la Ley Servir o el Código De Ética De La Función Pública. Sin embargo dichas normas, vulneran el principio de tipicidad, pues la relación de hechos sancionables que en ellas se señalan, no contienen las aristas del mismo, esto es, la precisa definición de la conducta que la ley considera como falta, ni su respectiva sanción, ello se puede verificar de la Ley Servir N° 30057, título V: régimen disciplinario y procedimiento sancionador, y su reglamento D.S. 040-2014-PCM en su título VI; asimismo del Código de Ética.

Tal es así que se ha observado, en los procesos contenciosos administrativos presentados ante el Poder Judicial y algunos procesos de amparo presentados ante el Tribunal Constitucional, en donde corresponde al juzgador analizar una sanción impuesta al servidor público; no pueden reafirmar dicha sanción en atención al respeto del principio de tipicidad, pues la administración Pública (a falta o deficiencia de normativa legal) no tipificó correctamente el hecho punible; pese a que el hecho sea digno de ser sancionado.

De esta manera la legislación que regula las faltas en las cuales puede incurrir un servidor público, es deficiente, conforme lo demostraré en el desarrollo de la presente tesis, lo que ocasiona una restricción grave a la potestad sancionadora disciplinaria del Estado, por otra parte, la exigencia irrestricta del respeto a este principio obliga de alguna manera a la administración pública a tipificar todas y cada una de las faltas posibles en la que el servidor público puede incurrir, siendo aquella exigencia muchas veces dificultosa hasta imposible; pues no es novedad que la realidad algunas veces supera a la imaginación, teniendo como consecuencia de este hecho, la impunidad de algunos funcionarios o sanciones injustas sobre ellos.

Tanto más, si el Tribunal Constitucional y la Corte Suprema, en algunas resoluciones, han señalado que dichas faltas deben estar redactadas en un nivel de precisión tal, que permita a cualquier persona comprender sin dificultad lo que se está proscribiendo en una ley así como la sanción determinada que se dispone en dicha disposición legal

para que seguidamente la administración pueda realizar la debida subsunción de los hechos dentro de las disposiciones de la norma.

Por otro lado, no se puede negar que este es un derecho establecido en la constitución en el artículo 2 numeral 24 inciso d) que a la letra reza: “d. Nadie será procesado ni condenado por acto u omisión que al tiempo de cometerse no esté previamente calificado en la ley, de manera expresa e inequívoca, como infracción punible; ni sancionado con pena no prevista en la ley”. Por lo tanto, en esta investigación se pretende comprobar si este derecho que todo ciudadano Peruano ostenta, es a veces un escudo de impunidad de los servidores Públicos, que cometen faltas y que pese a ser reconocidos por el mismo autor, al respaldarse en este derecho, no son susceptibles de ser si quiera puntos de sanción debido a que su acto en específico no ha sido tipificado, en consecuencia no se puede realizar la subsunción de los hechos dentro de un marco normativo, ni prever su sanción correspondiente.

Esta tesis, será exploratoria, pues si bien algunos autores han estudiado el principio de tipicidad, así como el proceso administrativo disciplinario, no se ha enfocado desde la óptica que presento en esta oportunidad. La presente tesis revisara libros, revistas, fuentes de portales web del poder judicial, tribunal constitucional, autoridad nacional del Servicio Civil. De igual manera, describiré y propondré ejemplos, en tenor de la recopilación y análisis de resoluciones resueltas en última Instancia judicial por la Primera Sala Constitucional y Social de la Corte Suprema de la Republica del Peru, el Tribunal Constitucional así como de las resoluciones del Tribunal del Servicio Civil, como última instancia administrativa.

CAPITULO I: MARCO TEORICO

DERECHO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR

RESEÑA HISTÓRICA

Hemos de recordar que desde el inicio de la civilización, la humanidad se vio forzada a organizarse en grupos, para así lograr su supervivencia, dentro de los cuales se necesitaba una cabeza que oriente al grupo siendo normalmente quien ejercía esta dirección, el integrante más fuerte del mismo.

De igual manera desde antaño existió el castigo, llevado a cabo por la desobediencia a los líderes de un conjunto de personas; inicialmente los castigos fueron llevados a cabo de una manera muy empírica hasta llegar a lo que actualmente vemos en nuestra sociedad, como ejemplo , podemos observar que en el año 1970 a.c. en el código de Hammurabi (Babilonia, Mesopotania) se establecía el castigo de la muerte a quien robe la propiedad religiosa o estatal, así como también quien reciba los objetos robados, no obstante dichos castigos se llevaban a cabo sin observar un procedimiento legal , tipificado, ni mucho menos un procedimiento controlado, de igual manera continuó así hasta la alta edad media, en donde el señor feudal era quien detentaba esta facultad.

En la época de la baja edad media, se estructuro un procedimiento administrativo sancionador sin embargo, en el mismo predominaba el suplicio como procedimiento para la búsqueda de la verdad, no obstante dicho procedimiento encontró varios

detractores por la evidente violación de derechos humanos y el desgaste físico del detentador del poder tanto como del procesado, es así que principalmente este cambio comienza en el Derecho Penal y su máximo representante de la época Beccaria, quien concluía que las penas de los delitos solo deben residir en el legislador, comenzando a formar empíricamente los principios que luego formarían parte de un proceso administrativo sancionador que respeta el debido proceso.

Siendo así, como finalmente, la practica del suplicio dejó su lugar y nace el estado constitucional de derecho emergente en las revoluciones burguesas del siglo XVIII.

FUNCIÓN DEL ESTADO: POTESTAD SANCIONADORA DE LA ADMINISTRACIÓN

Al respecto en la doctrina, encontramos diversos conceptos sobre la potestad sancionadora del estado; como por ejemplo, Naupuri (2013) señala que:

Por la potestad sancionadora, la administración se encuentra facultada para sancionar a los administrados por la comisión de infracciones establecidas por el ordenamiento jurídico. Es preciso indicar que por primera vez se establece en la ley del procedimiento administrativo general una regulación expresa de la potestad sancionadora, aplicándole incluso garantías que inicialmente se consideraban propias del derecho penal. Y es que n todo acto es contrario a las normas debe ser sancionado penalmente , dado el carácter subsidiario de dicha rama del

derecho que opera siempre como ultima Ratio , como ya lo hemos explicado. En consecuencia el ordenamiento debe establecer la posibilidad de establecer privación de la libertad de los administrados, facultad que si se encuentra presente en las sanciones penales. (p. 653-654).

Por su lado MORON URBINA (2007), señala que:

La potestad más aflictiva con la que cuenta la administración para legítimamente gravar patrimonios, limitar o cancelar derechos o imponer restricciones a las facultades ciudadanas, en ese sentido la potestad sancionadora constituye una competencia de gestión necesaria complementaria a la potestad de mando y corrección para el adecuado cumplimiento del orden administrativo establecido en la procura del interés público. (p.629) .

Concluyéndose que la potestad administrativa sancionadora del Estado, es aquella atribución que detenta el Estado con el fin de castigar a aquel administrado que haya violado o transgredido las normas dentro de la Administración Pública. Misma potestad que nace del “ius puniendi” del Estado, que se presenta en sus dos manifestaciones, tanto en su potestad penal sancionadora, como en la administrativa sancionadora.

POTESTAD SANCIONADORA DISCIPLINARIA VS. POTESTAD SANCIONADORA FUNCIONAL

En nuestro actual ordenamiento jurídico, existen dos manifestaciones a fin de sancionar al servidor público en la vía administrativa, los mismos son: **Potestad sancionadora disciplinaria y potestad sancionadora funcional.**

La Potestad sancionadora funcional, responde a la acción de control por parte del Estado por entes especializados que se encuentran integrados a la administración pública en general. Vale decir que en nuestro país, dicho órgano encargado es la Contraloría General de la Republica.

Quien, en su Tribunal Superior de Responsabilidades Administrativas, ha emitido la delimitación y distinción entre un procedimiento sancionador por responsabilidad funcional y un procedimiento sancionador por responsabilidad disciplinaria, en el acuerdo plenario n° 01-2013-CG/TSRA, precedente administrativo de observancia obligatoria en materia de responsabilidad administrativa funcional.

Este precedente administrativo, señala que el poder disciplinario del Estado, nace a razón del poder de dirección que tiene el empleador en un contrato de trabajo, entendido como un poder jerárquico, avalado en la ley n° 28175, la ley marco del empleo público, artículo 1, que señala: “Es la relación que vincula al estado como empleador y a las personas que prestan servicios, remunerados bajo subordinación, incluye a las relaciones de confianza política originaria”. Siendo esto así, y ostentando

su facultad disciplinaria, asegura sancionar inconductas con el fin de cerciorar el cumplimiento eficaz de la misión y visión de cada Entidad del Estado. Dicha resolución refiere que la facultad sancionadora del Estado, debe respetar los límites que la ley le otorga, en el marco constitucional, legal y procesal que rige la relación jurídica laboral de cada servidor Público con alguna entidad estatal.

Resalta que dicho procedimiento administrativo cuenta con una mayor afectación de los derechos e intereses de los trabajadores pues su sanción incluye su inscripción en el registro nacional de sanciones de destitución y despido y la inhabilitación para el servicio con el estado.

Por otro lado, dicho precedente hace distingo, de la potestad sancionadora por responsabilidad funcional a cargo por la Contraloría General De La República, en mérito al artículo 82° de la Constitución Política del Perú, que confiere la facultad de supervisar la legalidad de la ejecución del Presupuesto del Estado, de las operaciones de la deuda pública y de los actos de las instituciones sujetas a control, traducidas en su ley orgánica n° 27785, entre los que se encuentran la facultad sancionadora en materia de responsabilidad administrativa derivada de los informes de control emitidos por los órganos del Sistema Nacional De Control , respecto de las conductas que se consideren como faltas, aquellas que se encuentran tipificadas en su reglamento de la ley n° 29622 .

Concluye de esta manera que la Contraloría General de la Republica, determina responsabilidades administrativas funcionales, respecto de los funcionarios o

servidores públicos que tienen en sus funciones de servidores del estado el manejo de recursos públicos.

Resumiendo este tema, El Tribunal De Sanciones Disciplinarias en su Acuerdo plenario n° 01-2013-CG/TSRA- Contraloría General de la Republica, señala:

	PROCEDIMIENTO SANCIONADOR POR RESPONSABILIDAD ADMINISTRATIVA FUNCIONAL - PAS	PROCEDIMIENTO POR RESPONSABILIDAD ADMINISTRATIVA DISCIPLINARIA - PAD
AUTORIDAD COMPETENTE	Contraloría General de la República Primera Instancia: Órgano Instructor; Órgano Sancionador Segunda Instancia: TSRA	Titular de cada Entidad Segunda Instancia: Tribunal de SERVIR.
SUJETO DEL PROCEDIMIENTO	Servidor o funcionario público que independientemente del régimen laboral en que se encuentra, mantiene vínculo laboral, contractual o relación de cualquier naturaleza.	Servidor o funcionario público que mantiene una relación de subordinación con la Entidad en la cual ejerce sus funciones.
TIPIFICACIÓN	Conducta infractora desarrollada de forma descriptiva, exhaustiva.	Faltas disciplinarias desarrolladas generalmente de manera abierta.
FINALIDAD DE LA SANCIÓN	Castigar hechos que configuren responsabilidad administrativa funcional, por la comisión de las conductas tipificadas como infracciones en la Ley N° 27785, modificado	Castigar el incumplimiento de funciones que respecto de una determinada actividad constituye falta en la prestación del servicio a favor del empleador.

	por la Ley N° 29622, y su Reglamento.	
FINALIDAD DE LA POTESTAD	Tutelar el interés público respecto a la correcta gestión y uso de los recursos públicos- en estricta observancia a los parámetros que impone el Principio de la Buena Administración - frente a conductas que privilegian intereses distintos de aquél.	Asegurar que las actividades que desarrolla en el marco de sus funciones se ejerzan en cumplimiento de la normativa aplicable, sin perjuicio del poder público de tutela del interés general.

Respecto de este tema, el Tribunal del servicio civil - SERVIR, en su informe técnico n° 420-2018-SERVIR/GPPSC, en respuesta a la consulta que el Gerente Municipal de la Municipalidad Distrital de Breña le hiciera respecto a la competencia de la Contraloría General de la República para ejercer la potestad sancionadora y la competencia en el procedimiento administrativo disciplinario de la Ley N° 30057, respecto de hechos contenidos en informes de control; ha precisado:

De acuerdo con la regla de definición de competencia establecida en el artículo 96° numeral 96.4 del Reglamento de la LSC, la entidad se abstiene de ejercer su potestad disciplinaria e iniciar procedimiento sancionador cuando la Contraloría General hubiera notificado al servidor y/o funcionario el acto que determina el inicio del PAS por responsabilidad administrativa funcional.

3.2. No resulta posible la abstención de las autoridades del PAD, la suspensión o el archivo de un PAD en trámite instaurado en la Entidad de forma previa a la notificación de la resolución de inicio del PAS, siendo que la disposición de competencia exclusiva a favor de la Contraloría General señalada en el numeral precedente resulta aplicable únicamente en el supuesto en que la presunta infracción se derive de un informe de control y siempre que no se hubiera instaurado el PAD ante la Entidad de forma previa.

3.3. No obstante, en virtud a lo previsto en el artículo 5° del Decreto Supremo N° 023-2011-PCM, excepcionalmente, resultaría posible que tras haber dispuesto la realización de una acción de control, y no existiendo PAD instaurado, la Contraloría General de la República -directamente o través de la OCI correspondiente- disponga que la entidad se abstenga de efectuar el deslinde de responsabilidades por hechos que podrían encontrarse relacionados con el objeto de la acción de control, los mismos que -de corresponder- serían conocidos directamente por la Contraloría u OCI a través de la instauración de PAS.

He de resaltar que la controversia de la presente Tesis, versa sobre la **potestad administrativa disciplinaria**.

PROCESO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR DISCIPLINARIO

PRINCIPIOS COMUNES DE LA POTESTAD SANCIONADORA

Los principios que rigen el proceso administrativo sancionador se encuentran estipulados en la ley n° 27444 en su artículo 230, mismos que desarrollare a continuación:

Principio de legalidad

Base legal : Ley n° 27444 artículo 230, numeral 1:

“Legalidad.- Sólo por norma con rango de ley cabe atribuir a las entidades la potestad sancionadora y la consiguiente previsión de las consecuencias administrativas que a título de sanción son posibles de aplicar a un administrado, las que en ningún caso habilitarán a disponer la privación de libertad”.

Analizando este principio Roberto Dromi (1986) , señala:

Es un principio esencial en la administración pública y en especial en los procedimientos administrativos, e implica la delimitación de aplicación (reserva legal) , la ordenación jerárquica de sujeción de las normas a la ley , la determinación

de selección de las normas al caso concreto y la precisión de los poderes que la norma confiere a la administración(p. 61).

Luis Morante Guerrero (2014) resalta dos situaciones respecto de la aplicación de esta potestad sancionadora y su materialización:

1) No puede existir potestad sancionadora sin norma con rango de ley que lo autorice, lo cual constituye una vinculación directa entre la legalidad administrativa y la legalidad constitucional establecida en el inciso d) del numeral 24 del artículo 2 de la constitución, el cual establece que nadie será procesado ni condenado por acto u omisión que al tiempo de cometerse no este previamente calificado en la ley de manera expresa e inequívoca , como infracción punible , ni sancionado con pena no prevista en ley”. En este orden de ideas, el principio de legalidad es siempre una garantía de la existencia del estado de derecho, proveyendo la existencia jurídica habilitante al derecho administrativo sancionador.

2) Las actuaciones de la administración pública tales como hechos, contratos , actos , actuaciones, entre otros a diferencia de las actuaciones de los particulares , se encuentran sujetas al principio de legalidad y por lo tanto no pueden hacer aquello que la ley no prohíbe , por el contrario se encuentran obligada a realizar todo aquello que la ley manda. De tal modo que la llamada libertad negativa, con sagrada en la norma

constitucional (nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda, ni impedido a hacer lo que esta no prohíbe) o principio de no coacción, se encuentra vetada para uso de la administración pública. Si dejar de lado la diferencia entre una acción fuera de ley y una actuación que se encuentra determinada por la discrecionalidad administrativa, que otorga a la administración un determinado marco jurídico sobre el cual debe actuar a juicio propio pero bajo determinadas pautas a fin de salvaguardar las con secuencias que tal breve margen de discrecionalidad pueda causar sobre los derechos de los administrados. Ello sustentado en que el principio de legalidad en materia sancionadora impide que se pueda atribuir la comisión de una falta si esta no está previamente determinada en la ley y también prohíbe que se pueda aplicar una sanción si esta no está también determinada por la ley. Como lo ha expresado este tribunal (caso de la legislación antiterrorista, exp. N° 010-2002.AI/TC) el principio impone tres exigencias: la existencia de una ley (lex scripta), que la ley sea anterior al hecho sancionado (lex previa) y que la ley describa un supuesto de hecho estrictamente determinado (lex certa) (exp. N ° 2050-2002-AA/TC) .(p.39)

Como podemos apreciar este principio se encuentra constitucionalizado en el artículo 2 numeral 24 inciso d) de la Constitución Política del Perú, siendo este principio parte

esencial y de obligatorio cumplimiento en el proceso administrativo sancionador. Concluyéndose que solo por ley se puede fijar el hecho sancionable así como su sanción, dejando de lado toda arbitrariedad o creatividad por parte de la administración al momento de sancionar a un administrado.

PRINCIPIO DE DEBIDO PROCEDIMIENTO

Base legal: Ley n° 27444 artículo 230, numeral 2:

“2. Debido procedimiento.- Las entidades aplicarán sanciones sujetándose al procedimiento establecido respetando las garantías del debido proceso.”

La ley 27444, en el numeral 1.2., artículo IV del título preliminar, señala el debido procedimiento en el ámbito administrativo de la siguiente manera: “ Los administrados gozan de todos los derechos y garantías inherentes al debido procedimiento administrativo, que comprende el derecho a exponer argumentos, a ofrecer y producir pruebas y a obtener una decisión motivada y fundada en derecho” .

El debido proceso es un principio y a la vez es un derecho de la función jurisdiccional y administrativa, estipulado a nivel constitucional en el inciso 3 del artículo 139° de la Constitución Política del Estado, dando a todo ciudadano Peruano la facultad de acceder a la justicia y/o a la administración pública para obtener la tutela jurisdiccional de sus derechos, a través de un procedimiento regular en el que se dé oportunidad razonable y suficiente de ser oído, ejercer el derecho de defensa; de producir prueba y obtener una sentencia y/o resolución debidamente motivada en un plazo razonable .

Cabe concluir que el debido proceso es un principio constitucionalmente consagrado, resultando ser una garantía que debe prevalecer tanto a nivel jurisdiccional como administrativo, recalándose su vital respeto en el ámbito administrativo sancionador, dada su trascendencia y repercusiones que podría implicar ésta, por ejemplo : El administrador de cualquier institución pública tiene el deber de respetar el principio de tipicidad y legalidad para emitir una resolución respetando el debido proceso, pues en su defecto se estaría afectando su derecho de defensa; en ese sentido el Tribunal Constitucional señaló en el expediente N° 5514-2005-PA/TC, lo siguiente: “Al respecto, el derecho al debido proceso, consagrado en el artículo 139, inciso 3, de la Constitución, tal como lo ha recordado este Tribunal en reiterada jurisprudencia, es una garantía que, si bien tiene su ámbito natural en sede judicial, también es aplicable en el ámbito de los procedimientos administrativos sancionatorios. En ese sentido, el debido proceso –y los derechos que lo conforman, p.ej. el derecho de defensa y la debida motivación de las resoluciones administrativas– resultan aplicables al interior de la actividad institucional de cualquier persona jurídica, máxime si ha previsto la posibilidad de imponer una sanción tan grave como la expulsión. Así, el derecho de defensa en el ámbito del procedimiento administrativo de sanción se estatuye como una garantía para la defensa de los derechos que pueden ser afectados con el ejercicio de las potestades sancionatorias de la administración. En ese sentido, garantiza, entre otras cosas, que una persona sometida a una investigación, sea esta de orden jurisdiccional o administrativa, y donde se encuentren en discusión derechos e intereses suyos, tenga la oportunidad de contradecir y argumentar en defensa de tales derechos e intereses, para cuyo efecto se le debe comunicar, previamente y por escrito, los cargos imputados, acompañando el correspondiente sustento probatorio, y

otorgarle un plazo prudencial a efectos de que –mediante la expresión de los descargos correspondientes– pueda ejercer cabalmente su legítimo derecho de defensa. Se conculca, por tanto, dicho derecho cuando los titulares de derechos e intereses legítimos se ven imposibilitados de ejercer los medios legales suficientes para su defensa.”

PRINCIPIO DE RAZONABILIDAD

Base legal: Ley n° 27444 artículo 230, numeral 3:

2. Razonabilidad.- Las autoridades deben prever que la comisión de la conducta sancionable no resulte más ventajosa para el infractor que cumplir las normas infringidas o asumir la sanción. Sin embargo las sanciones a ser aplicadas deberán ser proporcionales al incumplimiento calificado como infracción, debiendo observar los siguientes criterios que en orden de prelación se señalan a efectos de su graduación:

- a) La gravedad del daño al interés público y/o bien jurídico protegido;
- b) El perjuicio económico causado;
- c) La repetición y/o continuidad en la comisión de la infracción;
- d) Las circunstancias de la comisión de la infracción;
- e) El beneficio ilegalmente obtenido; y
- f) La existencia o no de intencionalidad en la conducta del infractor.

De igual forma el artículo IV de la ley 27444, precisa en su numeral 1.4. : “Principio de razonabilidad.- Las decisiones de la autoridad administrativa, cuando creen obligaciones, califiquen infracciones, impongan sanciones, o establezcan restricciones a los administrados, deben adaptarse dentro de los límites de la facultad atribuida y manteniendo la debida proporción entre los medios a emplear y los fines públicos que deba tutelar, a fin de que respondan a lo estrictamente necesario para la satisfacción de su cometido.”

Resumiendo dicha normatividad, se tiene que el principio en mención, señala un parámetro a la administración con la finalidad de racionalizar su actuación y encuadrarla en criterios de razonabilidad, evitando sanciones que resulten desproporcionadas, ya sea de manera excesiva o diminuta, afectando la finalidad desincentivadora de la norma. En ese mismo sentido, la norma precisa, que cuando se trata de sanciones administrativas las mismas deben de velar porque la conducta sancionable no resulte más ventajosa para el infractor que cumplir las normas infringidas o asumir la sanción, buscándose que al final se otorgue una sanción justa y ejemplificadora.

Señala Morante Guerrero (2015):

Que el primer y principal objetivo de la de la implementación de un procedimiento administrativo sancionador es que las sanciones aplicadas producto de un procedimiento justo , disuadan al infractor de volver a incurrir en la misma conducta

de forma renuente (desincentivo específico) y que, al mismo tiempo, disuadan al resto de administrados de incurrir en una conducta similar (desincentivo general) ... Un segundo objetivo de la determinación de las sanciones a imponer a los administrados es brindar un tratamiento razonable y proporcional a los administrados. El hecho de que las sanciones aplicadas sean razonables y equitativas resulta importante pues de otro modo, los administrados las percibirían como “injustas” y/o tendrían más argumentos para impugnarlas, lo que dificultaría que el público en general tome conciencia de la necesidad de cumplir la ley (pues ante una sanción exagerada, el incumplimiento se racionaliza y se considera “correcto”... Finalmente, el tercer objetivo es el de garantizar la resolución expeditiva de los procedimientos administrativos por infracciones a la legislación. Dada la importancia y valor de los bienes jurídicos en juego, resulta imperativo que cualquier acción estatal destinada a evitar estas últimas sea expeditiva. Por lo demás, la resolución expeditiva de los procedimientos permite ahorrar costos administrativos que el Estado puede destinar a fiscalizar nuevos incumplimientos. (p.03)

PRINCIPIO DE TIPICIDAD

Base legal : Ley n° 27444 artículo 230, numeral 4:

Sólo constituyen conductas sancionables administrativamente las infracciones previstas expresamente en normas con rango de ley mediante su tipificación como tales, sin admitir interpretación extensiva o analogía. Las disposiciones reglamentarias de desarrollo pueden especificar o graduar aquellas dirigidas a identificar las conductas o determinar sanciones, sin constituir nuevas conductas sancionables a las previstas legalmente, salvo los casos en que la ley permita tipificar por vía reglamentaria.

Respecto de este principio del procedimiento administrativo sancionador y dado que es materia de esta tesis, el mismo será desarrollado en un capítulo completo, por lo que no corresponde desarrollarla en esta enumeración de principios.

PRINCIPIO DE IRRETROACTIVIDAD

Base legal : Ley n° 27444 artículo 230, numeral 5:

Son aplicables las disposiciones sancionadoras vigentes en el momento de incurrir el administrado en la conducta a sancionar, salvo que las posteriores le sean más favorables.

En este mismo sentido, la constitución Política del Perú, en su artículo 103° precisa: “Pueden expedirse leyes especiales porque así lo exige la naturaleza de las cosas, pero no por razón de las diferencias de las personas. La ley, desde su entrada en vigencia, se aplica a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes y no tiene fuerza ni efectos retroactivos; salvo, en ambos supuestos, en materia penal cuando favorece al reo. La ley se deroga sólo por otra ley. También queda sin efecto por sentencia que declara su inconstitucionalidad. La Constitución no ampara el abuso del derecho.”

En este sentido el Tribunal Constitucional, en el expediente N° 0606-2004-AA/TC, ha precisado que en nuestra legislación prevalece la teoría de los hechos cumplidos, excepto en materia penal, cuando favorece al reo, de manera que la ley se aplica a las consecuencias y situaciones jurídicas existentes.

Apuntándose entonces que en atención a este principio son aplicables al procedimiento administrativo sancionador las disposiciones sancionadoras vigentes en el momento de incurrir el administrado en la conducta a sancionar, salvo que las posteriores le sean más favorables.

Asimismo en merito a dicho artículo, se debe aplicar este principio en merito a dos reglas básicas:

- Aplicación ultractiva benigna de la norma: Esta aplicación entiende que las disposiciones sancionadoras, solo son aplicables para tipificar y sancionar ilícitos, cuando hayan entrado en vigencia con anterioridad a la comisión del hecho y su correspondiente sanción .

- Aplicación retroactiva benigna de la norma : Bajo esta aplicación, rigen las normas a las relaciones y situaciones jurídicas existentes .

PRINCIPIO DE CONCURSO DE INFRACCIONES

Base legal : Ley n° 27444 artículo 230, numeral 6:

“Concurso de Infracciones.- Cuando una misma conducta califique como más de una infracción se aplicará la sanción prevista para la infracción de mayor gravedad, sin perjuicio que puedan exigirse las demás responsabilidades que establezcan las leyes.”

Este principio precisa que cuando se presentase que una misma conducta califique en varias infracciones, se sancionara con la infracción de mayor gravedad , asimilándose al concurso ideal de delitos dentro del ámbito penal, lo que dista del concurso real de delitos, donde existen varias conductas para varias infracciones, para lo cual deberá ser sancionado por cada hecho.

Al respecto, tenemos a NIETO (2005), que señala:

Es perfectamente posible que una misma conducta califique como más de una infracción administrativa. Sin embargo, cuando tal circunstancia se presente, la Administración debe aplicar la llamada Teoría del Concurso de Infracciones, en virtud de la cual las dos o más infracciones en que hubiere incurrido el administrado van a ser objeto de una única sanción. Ello debido

a que se entiende -atendiendo a la regla de razonabilidad aplicable al ejercicio de la potestad sancionadora administrativa- que no sería proporcional castigarlo por varios delitos bajo un mismo hecho. Siendo así, dicha sanción debe ser necesariamente más gravosa que aquella que correspondería en caso se tratase de la aplicación de la consecuencia por la comisión de una sola infracción administrativa, considerando individualmente cada uno de los supuestos involucrados en la conducta. Al respecto, se sostiene que existen dos opciones teóricas para determinar la sanción que corresponderá aplicar en estos casos. Al respecto, si se elimina la acumulación material –es decir, la suma de las penas atribuidas a todos y cada uno de los delitos cometidos por la misma acción–, nos quedan fundamentalmente las siguientes posibilidades: o bien la absorción de la pena, que implica la elección de la pena más grave entre todas las que entran en juego a la vista de los delitos cometidos; o bien la exasperación (o aspiración) de la pena, que implica escoger la más grave y además elevar o intensificar su contenido, aunque sin llegar, naturalmente, a la suma de todas ellas.” (p. 519)

PRINCIPIO DE CONTINUACIÓN DE INFRACCIONES

Base legal : Ley n° 27444 artículo 230, numeral 7:

“Continuación de infracciones.- Para determinar la procedencia de la posición de sanciones por infracciones en las que el administrado incurra en forma continua, se requiere que hayan transcurrido por lo menos treinta (30) días hábiles desde la fecha de la imposición de la última sanción y que se acredite haber solicitado al administrado que demuestre haber cesado la infracción dentro de dicho plazo.

Las entidades bajo sanción de nulidad, no podrán atribuir el supuesto de continuidad y/o la imposición de la sanción respectiva, en los siguientes casos:

- a) Cuando se encuentre en trámite un recurso administrativo interpuesto dentro del plazo contra el acto administrativo mediante el cual se impuso la última sanción administrativa.
- b) Cuando el recurso administrativo interpuesto no hubiera recaído en acto administrativo firme.
- c) Cuando la conducta que determino la imposición de la sanción administrativa original haya perdido el carácter de infracción administrativa por modificación en el ordenamiento, sin perjuicio de la aplicación de principio de irretroactividad a que se refiere el inciso 5 ”.

La infracción continuada, consiste en que el administrado infractor cometa una serie de actos de manera permanente, pero con un fin único, infringiendo los mismos o semejantes preceptos administrativos.

PRINCIPIO DE CAUSALIDAD

Base legal : Ley n° 27444 artículo 230, numeral 8:

“Causalidad.- La responsabilidad debe recaer en quien realiza la conducta omisiva o activa constitutiva de infracción sancionable”.

Al respecto, Morón Urbina (2015) señala:

Resultará indispensable para la aplicación de cualquier sanción a un administrado que su conducta satisfaga una relación de causa adecuada al efecto (...) es necesario que la conducta humana sea idónea y tenga la aptitud suficiente para producir la lesión, y no tratarse simplemente de los casos de fuerza mayor, hecho de tercero o la propia conducta del perjudicado. No puede sancionarse a quien no realiza conducta sancionable, pues en el ámbito administrativo no se sanciona al instigador o colaborador, salvo que esta conducta sea prevista como falta propia. Del mismo modo, la administración no puede imputar a su arbitrio responsabilidades solidarias o subsidiarias, sino cuando la ley expresamente lo ha previsto. (p. 782)

Tal es el caso, que el principio de causalidad involucra una responsabilidad administrativa personal, no pudiendo extenderse a terceros, ni existiendo figuras como la complicidad, solidaridad, etc. Por lo que si se abren estas figuras, se tendrá que sancionar personalmente a cada administrado, siempre en cuando se prevean legalmente esas figuras de infracciones administrativas.

PRINCIPIO DE LICITUD

Base legal : Ley n° 27444 artículo 230, numeral 9:

“Presunción de licitud.- Las entidades deben presumir que los administrados han actuado apegados a sus deberes mientras no cuenten con evidencia en contrario.”

Este principio se distingue constitucionalmente como el derecho que tiene todo ciudadano a la “presunción de inocencia”, donde nadie puede ser sancionado hasta que no se compruebe su real responsabilidad en un acto delictivo. En el proceso administrativo sancionador, se llama principio de licitud, en merito a este precepto ningún administrado puede ser sancionado, sin que se pruebe la comisión de la infracción, ni que pueda basarse en indicios o dudas relativas conforme a la realización del hecho.

Este principio pre supone que al momento del juzgamiento, la administración deberá de probar la comisión del acto imputado, pues se encuentra en mejor posición de

hacerlo, siendo que hasta que no se de una resolución que cause estado, se presumirá su licitud.

A este efecto, Morón Urbina (2005), precisa:

Por el principio de presunción de licitud, más conocido como presunción de inocencia, las entidades deben presumir que los administrados han actuado apegados a sus deberes mientras no cuenten con evidencia en contrario. (Art. 230.9). Conforme a esta presunción de inocencia, de corrección o de licitud, las autoridades deben presumir que los administrados han actuado apegados a sus deberes mientras no cuenten con evidencia en contrario y así sea declarada mediante resolución administrativa firme. Dicha presunción cubre al imputado durante el procedimiento sancionador, y se desvanece o confirma gradualmente, a medida que la actividad probatoria se va desarrollando, para finalmente definirse mediante al acto administrativo final del procedimiento. La presunción sólo cederá si la entidad puede acopiar evidencia suficiente sobre los hechos y su autoría, tener seguridad que se han producido todos los elementos integrantes del tipo previsto, y un razonamiento lógico suficiente que articule todos estos elementos formando convicción.(p. 237-238).

PRINCIPIO DEL NON BIS IN IDEM

Base legal : Ley n° 27444 artículo 230, numeral 10:

“No se podrá imponer sucesiva o simultáneamente una pena y una sanción administrativa por el mismo hecho en los casos que se aprecie la identidad del sujeto, hecho y fundamento. Dicha prohibición se extiende también a las sanciones administrativas, salvo la concurrencia del supuesto de continuación de infracciones a que se refiere el inciso 7.”

Conforme se puede deducir de la lectura del mismo, este principio evita la doble persecución por parte de la administración por un mismo hecho, realizado por una misma persona, este principio prohíbe que se imponga una doble sanción por un mismo acto, lo que evita también que el órgano jurisdiccional emita dos resoluciones similares o contrarias frente a un mismo acto y con el mismo objeto procesal. Este principio busca, además, proteger al administrado a no ser doblemente procesado, otorgándole seguridad jurídica y justicia al administrado.

Al respecto MORON URBINA(2015), añade:

Precisamente este principio intenta resolver la concurrencia de poderes punitivos o sancionadores, mediante la exclusión de la posibilidad de incriminar, sobre la base de los mismos hechos, dos veces al mismo administrado. Por ejemplo, en el ámbito administrativo, puede producirse afectación a este principio mediante la aplicación de una segunda sanción, por parte de una

misma entidad administrativa por el mismo hecho (por Ej. si una autoridad pretendería aplicar una segunda sanción por considerar que la primera -ya firme- fue muy benigna), o de dos o más autoridades administrativas distintas por el mismo hecho. (por Ej. concurrencia de competencias sancionadoras en distintos sectores o niveles de gobierno).(p. 35)

EL PRINCIPIO DE TIPICIDAD

Base legal : Ley n° 27444 artículo 230, numeral 4:

“Sólo constituyen conductas sancionables administrativamente las infracciones previstas expresamente en normas con rango de ley mediante su tipificación como tales, sin admitir interpretación extensiva o analogía. Las disposiciones reglamentarias de desarrollo pueden especificar o graduar aquellas dirigidas a identificar las conductas o determinar sanciones, sin constituir nuevas conductas sancionables a las previstas legalmente, salvo los casos en que la ley permita tipificar por vía reglamentaria.”

Este principio supone que solo constituyen conductas sancionables administrativamente las infracciones previstas expresamente en normas con rango

de ley mediante su tipificación como tales, prohibiéndose la interpretación extensiva o analógica.

Este principio encuentra base constitucional, en el artículo 2 literal 24 de nuestra constitución política de 1993, que señala : “Nadie será procesado , ni condenado por acto u omisión que al tiempo de cometerse no este previamente calificado en la ley, de manera expresa e inequívoca, como infracción punible , ni sancionado con pena prevista en la ley.”

En ese sentido, podemos observar que en merito a este principio, dicho artículo constitucional abarca, no solo el ámbito penal, si no el administrativo y establece un estado de garantías al administrado con el fin de evitar toda discrecionalidad y posible abuso de la autoridad administrativa.

Y es que a este punto tenemos que subrayar que las sanciones administrativas disciplinarias, pueden tener repercusión en derechos fundamentales como el derecho al trabajo, al honor, reputación, etc.

No obstante, este principio, a diferencia del derecho penal, tiene su propio matiz, y es que la ley permite la tipificación de las conductas vía reglamento, lo que posibilita que la propia Administración tipifique las faltas pasibles de sanción, así como su respectiva sanción.

Otro matiz es que el derecho penal, reserva la tipificación a una ley orgánica, en el derecho administrativo solo requiere ser una ley, puede ser la constitución, leyes ordinarias, decretos leyes, etc.

CONTENIDO DEL PRINCIPIO

En ese sentido, Morón Urbina (2001) describe el contenido del principio desde su base constitucional, demostrando su conformación en tres elementos:

I) Reserva legal: Sólo constituyen conductas sancionables administrativamente las infracciones previstas expresamente en normas con rango de ley, mediante su tipificación como tales.

II) La precisa definición de la conducta que la ley considera como falta (...) exp. N° 2050-2002-aa/tc¹ - fundamento jurídico n° 9. Dicha precisión puede ser entendida como la exigencia de certeza o exhaustividad suficiente en la descripción de las conductas sancionables constitutivas de las infracciones administrativas.

III) La proscripción de interpretación extensiva o analogía en la aplicación de los supuestos descritos como ilícitos. (p.654)

i) **Reserva legal** : Este principio señala que solo constituyen infracciones sancionables, aquellas previstas en ley, lo que excluye toda discreción de la administración. No obstante, este principio, señala que puede reglamentarse las conductas sancionadoras, previa ley que señale dicha facultad, pues se debe de cuidar

¹ “No debe identificarse el principio de legalidad con el principio de tipicidad. El primero, garantizado por el ordinal “d” del inciso 24) del artículo 2 de la constitución, se satisface cuando se cumple con la previsión de las infracciones y sanciones en la ley. El segundo en cambio, constituye la precisa definición de la conducta que la ley considera como falta (...)”

que la administración solo sea un ente ejecutor, inspector y sancionador, mas no de creador de normas, esto es, legislador.

A este supuesto, Morón Urbina (2001), señala :

El principio de reserva legal cumple con “Garantizar legitimidad democrática por los representantes directos de la ciudadanía , cumpliendo el procedimiento público del debate parlamentario y respetando a las minorías de la sociedad, pero a la vez se intenta concretar a la administración única y exclusivamente a su rol de inspector de la actividad sujeta a fiscalización , y, en su caso, instructor de los procesos sancionadores y aplicador de sanciones de evidenciarse infracciones . La única excepción, históricamente admitida, es la tipificación en materia sancionadora municipal, que se regula por ordenanzas, según lo reconoce el artículo 46 de la ley n ° 27972, ley orgánica de municipalidades”. (p. 702)

ii) **Exhaustiva descripción de la conducta reprochable constitutiva de sanción administrativa:** Esta característica, importa que, sólo pueden ser sancionables administrativamente, aquellas conductas previamente definidas como tal, dentro de cada sector estatal. Este contenido del principio, reviste de vital importancia y es exclusiva del mismo, diferenciándose así del principio de legalidad, muy comúnmente confundidos.

Esta característica, responde a la protección constitucional, estipulada en el artículo 24, literal b), que reza: “Nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda, ni impedido de hacer lo que ella no prohíbe”. Sustentándose así, en la necesidad de salvaguardar la autonomía de los administrados, así como evitar arbitrariedades por parte de la administración Pública.

El contenido del principio de tipicidad, comprende:

Características	Pronunciamiento del Tribunal Constitucional
1.- Descripción específica y expresa de la conducta sancionable.	Exp. N° 2192-2004-AA/TC. “En esta misma dirección y ya en el plano legal, el artículo 6°, inciso 3° de la Ley N.º 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, dispone que: “(...) no son admisibles como motivación, la exposición de fórmulas generales o vacías de fundamentación para el caso concreto o aquellas fórmulas que por su oscuridad, vaguedad, contradicción o insuficiencia no resulten específicamente esclarecedoras para la motivación del acto”. De otro lado, el numeral 1.2) del artículo IV del Título Preliminar de la citada Ley establece que forma parte del debido procedimiento administrativo el derecho del administrado a obtener una decisión motivada y fundada en derecho. Dicha motivación debe efectuarse en proporción al contenido y conforme al ordenamiento jurídico, en concordancia con el numeral 4) del artículo 3.º de la citada ley”.
2.- La redacción del enunciado debe ser clara y precisa por parte del legislador.	Exp. N° 2192-2004-AA/TC. “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 éstas penales o administrativas, estén redactadas con un nivel de precisión suficiente que permita a

	<p>cualquier ciudadano de formación básica, comprender sin dificultad lo que se está proscribiendo bajo amenaza de sanción en una determinada disposición legal.”</p>
<p>3.- La descripción normativa del ilícito debe ser específica, prohibiéndose que la misma sea genérica, imprecisa, vacía o en blanco.</p>	<p>Exp. N° 2192-2004-AA/TC. “En el presente caso, la resolución impugnada que establece la máxima sanción posible en vía administrativa, es decir, la destitución de los recurrentes, tiene como respaldo legal el artículo 28°, incisos a) y d) del Decreto Legislativo N.° 276, que establece que: “(...) son faltas de carácter disciplinarias que, según su gravedad, pueden ser sancionadas con cese temporal o con destitución, previo proceso administrativo: a) El incumplimiento de las normas establecidas en la presente ley y su reglamento; y d) La negligencia en el desempeño de las funciones”. Este Tribunal considera que las dos disposiciones invocadas en la resolución que establece la destitución de sus puestos de trabajo de los recurrentes, son cláusulas de remisión que requieren, de parte de la administración municipal, el desarrollo de reglamentos normativos que permitan delimitar el ámbito de actuación de la potestad sancionadora, debido al grado de indeterminación e imprecisión de las mismas; consecuentemente, la sanción impuesta sustentada en estas disposiciones genéricas es inconstitucional, por vulnerar el principio consagrado en el artículo 2,° inciso 24, literal d), de la Constitución, conforme a los criterios desarrollados en los fundamentos precedentes.”</p>
<p>4.- La sanción de cada falta administrativa debe ser determinada y estar preestablecida.</p>	<p>Exp. N° 01873-2009-AA/TC. “Principio de tipicidad, en mérito al cual, la descripción legal de una conducta específica aparece conectada a una sanción administrativa. Esta exigencia deriva de dos principios jurídicos específicos; el de libertad y el de seguridad jurídica. Conforme al primero, la conductas deben estar exactamente delimitadas, sin indeterminaciones, mientras que en relación al segundo, los ciudadanos deben estar en condiciones de poder predecir, de</p>

	manera suficiente y adecuada, las consecuencias de sus actos, por lo que no caben cláusulas generales o indeterminadas de infracción que permitan una actuación librada al “arbitrio” de la administración, sino que ésta sea prudente y razonada”.
--	---

Fuente : Creación propia.

iii) **Proscripción de interpretación extensiva o analogía en la aplicación de los supuestos descritos como ilícitos.**- Entendiéndose, como interpretación analógica: en la extensión de una norma jurídica que regula un hecho a otro semejante no previsto en ella. Y como interpretación extensiva: en que el hecho factico se encuentra en la ley pero en forma ambigua. En razón a este contenido, es que se torna de vital importancia la redacción puntual y precisa de la acción pasible de sanción.

DESARROLLO JURISPRUDENCIAL DEL PRINCIPIO DE TIPICIDAD.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL.

Expediente 01873-2009-AA/TC

“12. b. Principio de tipicidad, en mérito al cual, la descripción legal de una conducta específica aparece conectada a una sanción administrativa. Esta exigencia deriva de dos principios jurídicos específicos; el de libertad y el de seguridad jurídica. Conforme al primero, la conductas deben estar exactamente delimitadas, sin indeterminaciones, mientras que en relación al segundo, los ciudadanos deben estar en condiciones de poder predecir, de manera suficiente y adecuada, las consecuencias de sus actos, por

lo que no caben cláusulas generales o indeterminadas de infracción que permitan una actuación librada al “arbitrio” de la administración, sino que ésta sea prudente y razonada. Conforme a este principio, los tipos legales genéricos deben estar proscritos y aunque la Administración a veces se conduzca sobre la base de estándares deontológicos de conducta, estos son insuficientes, por sí solos, para sancionar, pues aunque se pueden interpretar como conceptos jurídicos indeterminados, la sanción debe sustentarse en análisis concretos y pormenorizados de los hechos, desde conceptos jurídicos y no sobre la base de juicios apodícticos o que invoquen en abstracto el honor o la dignidad de un colectivo, puesto que los tribunales administrativos no son tribunales “de honor”, y las sanciones no pueden sustentarse en una suerte de “responsabilidad objetiva del administrado”, lo que nos lleva a revisar el siguiente principio.” (...) **“b) El principio de tipicidad:** 40. Este principio permite que las conductas sancionables estén debidamente delimitadas de modo que quedan proscritas las cláusulas generales o indeterminadas, esto es, aquellas cuyo contenido no es expreso y conocible, sino que tiene que ser “llenado” o concretizado a través de argumentos utilizados para tal efecto, pero por ello mismo, a veces posteriores al acto que se pretende sancionar. 41. Entonces, resulta que el tan mentado “conocimiento” de las conductas prohibidas ya no es tal, dado que el órgano administrativo puede ir llenando el contenido de tales conceptos jurídicos indeterminados de acuerdo al hecho que pretende sancionar, dejando pues el acto de “completar” el contenido de tales actos a la discrecionalidad o arbitrariedad del ente administrativo. 42. Los conceptos jurídicos indeterminados que se ha encontrado en la resolución del CNM, son los siguientes:

- Conducta e idoneidad propia de la función.
- Desmerecimiento en el concepto público.
- Desmedro de la imagen.
- El Poder Judicial como fuente de inseguridad jurídica.
- Conducta intachable.
- Imagen pública.
- Imagen del Poder Judicial.
- Modelo de conducta ejemplar.
- Transparencia de sus funciones públicas.
- Transparencia de sus funciones privadas.
- Dignidad del cargo.

43. Qué es lo que se entiende por cada uno de tales conceptos, para efectos sancionatorios, debe encontrarse previamente determinado o establecido; lo contrario importaría que los magistrados tengan prever cuál es el “contenido” que el CNM pueda darles, sobre todo cuando este contenido, de no estar precisado normativamente, será objeto de desarrollo o complementación por parte de la autoridad administrativa, en cada caso en que ello sea necesario, además que, como es obvio, el resultado no necesariamente será igual en todos los casos. 44. De otro lado, el uso de tales

conceptos es más propio de tribunales de honor que de la autoridad administrativa, dado que la utilización de criterios deontológicos no es que no esté permitido, pues muchas veces permite definir el perfil del funcionario con que se quiere contar, pero las infracciones a tales criterios, principios o valores, salvo que exista previsión legal que claramente tipifique la conducta prohibida, no pueden dar lugar a una sanción. En ese sentido, llama la atención que se requiera un magistrado de conducta ejemplar, sin determinarse qué es lo que se entiende por ella (no fumar, no tomar o tomar moderadamente, no drogarse, no maltratar a los miembros de su familia, no tener multas de tránsito, etc.), de modo que no se sabe qué es lo que está prohibido o lo que está permitido. Asimismo, ¿cómo se determina el desmedro de la imagen propia? (porque la prensa así lo dice, por la suma de recortes periodísticos, porque el Colegio de Abogados lo señala, porque la asociación de padres de familia del colegio de sus hijos tiene un mal concepto del magistrado, etc.). Es más, ¿cómo afecta ello al Poder Judicial? (ello puede dar lugar entonces a que cada vez que se evidencia que un juez ha afectado la imagen de aquel poder, ¿será pasible de sanción?; pero previamente, ¿cómo puede o debe afectar dicha imagen? Cabe también preguntar que en caso no se haya afectado dicha imagen, por falta de publicidad del acto incorrecto, ¿el funcionario no será sancionado?). 45. Llama la atención de este Colegiado la “confianza” que el CNM tiene en los magistrados y en el Poder Judicial en su conjunto, pues sin mayor fundamento, en el Considerando Quincuagésimo Sexto, luego de señalar que el recurrente no ha observado conducta e idoneidad propias de la función (conceptos jurídicos indeterminados), *“afectando, por tratarse de un magistrado de la más alta jerarquía, no solamente su propia imagen, sino la del Poder Judicial, que ante la opinión pública se muestra como un Poder del Estado que no respeta la ley y que,*

por ende, es fuente de inseguridad jurídica". Como se advierte, no se señala cuál es la fuente para imputar a este Poder que sea uno que no respeta la ley y, además, que es fuente de inseguridad jurídica, por lo que debe esto tomarse como una opinión del órgano administrativo, el que parece que confunde la baja aprobación que tiene dicho Poder en las encuestas, algo de suyo coyuntural, con lo que parece que considera el comportamiento permanente de dicho Poder del Estado. 46. Se puede alegar, en relación a dichos conceptos jurídicos indeterminados, que es evidente lo que ellos quieren establecer y que cualquier persona puede darse cuenta de ello, pero ocurre que las sanciones se imponen por la existencia de previsión legal expresa, y no por "sentido común". 47. Finalmente, en relación a lo expuesto en el Considerando Quincuagésimo Segundo, respecto a que el juez debe promover una actitud de respeto y confianza hacia la administración de justicia encarnando un modelo de conducta ejemplar sustentado en los valores de justicia, independencia e imparcialidad, honestidad e integridad, los que se manifiestan tanto en sus funciones públicas como privadas, este Tribunal Constitucional advierte en ello una evidente intromisión en la vida privada de los magistrados del Poder Judicial y del Ministerio Público. Los aspectos privados de la vida de cualquier persona, en tanto no tengan un contenido ilícito, no pueden ser objeto de valoración para efectos de sancionar a una persona, aun cuando estos actos privados puedan salir a la esfera pública."

Expediente N° 2192-2004-AA/TC

"Este Colegiado también ha establecido que: "(...) no debe identificarse el principio de legalidad con el principio de tipicidad. El primero, garantizado por el ordinal "d" del inciso 24) del artículo 2° de la Constitución, se satisface cuando se cumple con la

previsión de las infracciones y sanciones en la ley. El segundo, en cambio, constituye la precisa definición de la conducta que la ley considera como falta (...)” (Exp. N.º 2050-2002-AA/TC-Fundamento Jurídico N.º 9). 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 éstas 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. 6. En el presente caso, la resolución impugnada que establece la máxima sanción posible en vía administrativa, es decir, la destitución de los recurrentes, tiene como respaldo legal el artículo 28º, incisos a) y d) del Decreto Legislativo N.º 276, que establece que: “(...) son faltas de carácter disciplinarias que, según su gravedad, pueden ser sancionadas con cese temporal o con destitución, previo proceso administrativo: a) El incumplimiento de las normas establecidas en la presente ley y su reglamento; y d) La negligencia en el desempeño de las funciones”. 7. Este Tribunal considera que las dos disposiciones invocadas en la resolución que establece la destitución de sus puestos de trabajo de los recurrentes, son cláusulas de remisión que requieren, de parte de la administración municipal, el desarrollo de reglamentos normativos que permitan delimitar el ámbito de actuación de la potestad sancionadora, debido al grado de indeterminación e imprecisión de las mismas; consecuentemente, la sanción impuesta sustentada en estas disposiciones genéricas es inconstitucional, por vulnerar el principio consagrado en el artículo 2,º inciso 24, literal d), de la Constitución, conforme a los criterios desarrollados en los fundamentos precedentes.”

Expediente N° 2050-2002-AA/TC

“9. No debe identificarse el principio de legalidad con el principio de tipicidad. El primero, garantizado por el ordinal "d" del inciso 24) del artículo 2° de la Constitución, se satisface cuando se cumple con la previsión de las infracciones y sanciones en la ley. El segundo, en cambio, constituye la precisa definición de la conducta que la ley considera como falta. Tal precisión de lo considerado como antijurídico desde un punto de vista administrativo, por tanto, no está sujeta a una reserva de ley absoluta, sino que puede ser complementada a través de los reglamentos respectivos, como se infiere del artículo 168° de la Constitución. La ausencia de una reserva de ley absoluta en esta materia, como indica Alejandro Nieto (Derecho administrativo sancionador, Editorial Tecnos, Madrid 1994, Pág. 260), "provoca, no la sustitución de la ley por el reglamento, sino la colaboración del reglamento en las tareas reguladoras, donde actúa con subordinación a la ley y como mero complemento de ella".”

Expedientes N° 0025-2013-PI/TC; N° 0003-2014-PI/TC, N° 0008-2014-PI/TC, N°0017-2014-PI/TC

“De lo anterior. se tiene que el principio de tipicidad es "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 éstas 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" (fundamento 5 de la STC 2192-2004-AA/TC). En otras palabras, en virtud de la exigencia de "lex certa" las conductas consideradas como faltas administrativas han de estar definidas con un nivel de precisión suficiente, de manera que el administrado pueda comprender sin dificultad o estar en condiciones de conocer y predecir las consecuencias de sus actos. Un precepto es totalmente indeterminado si las palabras en las que se encuentra expresado adolecen de la claridad o la precisión suficiente, 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.

No obstante, este Tribunal también tiene dicho que 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 (fundamento 46 de la STC 0010-2002-APTC). En efecto, si bien hasta cierto punto resulta permisible o admisible la indeterminación en la formulación de los preceptos jurídicos, pues la precisión de las disposiciones jurídicas no es necesariamente deseable para todos los casos, ni las formulaciones más específicas hacen siempre precisas a las disposiciones jurídicas. En cambio, sí está proscrita la indeterminación total de las disposiciones jurídicas, y ello es así, porque una disposición jurídica totalmente indeterminada se opone no sólo al requisito de certidumbre que toda disposición normativa debe cumplir (lex certa), 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. 216. Así pues, en ocasiones, la certeza de la ley es compatible con un cierto margen de indeterminación en la formulación de las conductas prohibidas, siempre que se garantice un núcleo base en la materia de prohibición (fundamento 51 de la STC 0010-2002-AI/TC). En otras palabras, la exigencia de certeza de la disposición jurídica es perfectamente compatible con un cierto margen de indeterminación de la misma, pero eso sí, el grado de indeterminación de la disposición jurídica será inadmisibles" cuando ya no permita al ciudadano conocer qué comportamientos están prohibidos y cuáles están permitidos", pues debe quedar claro que "una norma que prohíbe que se haga algo en términos tan confusos que hombres de Inteligencia normal tengan que averiguar su significado y difieran respecto a su contenido, viola lo más esencial del principio de legalidad" (fundamento 47 de la SIC 010-2002-AI/TC). En definitiva, lo que prohíbe la lex certa es la existencia de las cláusulas o disposiciones jurídicas totalmente indeterminadas o imprecisas, cuyo contenido normativo no es suficientemente preciso o fácilmente cognoscible, sino que, requiere ser definido ex post y de manera discrecional por la autoridad competente"

**CORTE SUPREMA DE LA REPUBLICA DEL PERU – PODER JUDICIAL
PRIMERA SALA DE DERECHO CONSTITUCIONAL Y SOCIAL TRANSITORIA.**

CASACION N° 6763-2014

“Sétimo: Análisis del caso en concreto.- Que, en el caso de autos se tiene que mediante resolución directoral n° 190-2012-DG-DIRESA-LIMA, el gobierno regional de Lima, propiamente la dirección regional de Salud, instaura proceso administrativo

disciplinario al demandante, por infracción a los principios de la función pública previstos en el artículo 6 numeral 1 y 3 de la ley n° 27815-código de ética de la función pública, esto es : RESPETO Y EFICIENCIA, expresando que la violación a estos principios se configuraría en el hecho de que no habría adecuado su conducta hacia el respeto a las leyes en este caso, no habría adoptado las medidas coercitivas para que exista un protocolo de registro de expedientes administrativos y además, no se tuvo la diligencia debida en verificar los requerimientos técnicos del producto adquirido.

Octavo: Que, nuestra Constitución Política del Perú, en defensa de los principales derechos de los ciudadanos peruanos, cautela el ejercicio del poder punitivo del nuestro Estado, es así que en su artículo 2º, inciso 24, literal d), prescribe: “Nadie será procesado ni condenado por acto u omisión que al tiempo de cometerse no esté previamente calificado en la ley, de manera expresa e inequívoca, como infracción punible; ni sancionado con pena no prevista en la ley”, a tenor del cual nace el principio de legalidad y tipicidad, principios que conforme nuestro interprete de la Constitución en el Perú, en su sentencia del expediente n° 2050-2002-AA/TC, establece: “(...) que los principios de culpabilidad, legalidad, tipicidad, 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 (...)”. (Fundamento Jurídico N.º 8).

Noveno: Que conforme se puede apreciar, al demandante se le ha sancionado por dos principios, mismos que infringen el principio de tipicidad, pues estas imputaciones

resultan ambiguas e indeterminadas, violando el límite que nuestra constitución impone al personal que detenta el poder punitivo del estado, sean estas penales o administrativas , que refiere que las conductas por las cuales se sancione a un administrado, deben encontrarse tipificadas expresamente en una norma o ley de tal manera que estén redactadas en un nivel de precisión que permita a cualquier persona comprender sin dificultad lo que se está proscribiendo en una ley, así como la sanción determinada que se dispone en dicha disposición legal para que seguidamente la administración pueda realizar la debida subsunción de los hechos dentro de las disposiciones de la norma” .

CASACION N° 8627-2012

“Décimo Cuarto.- En cuanto al **Principio de Tipicidad** el Tribunal Constitucional en su Sentencia recaída en el Expediente N° 01873-2009-PA/TC, en su fundamento cuarenta sostiene: “Este principio permite que las conductas sancionables estén debidamente delimitadas de modo que quedan proscritas las cláusulas generales o indeterminadas, esto es, aquellas cuyo contenido no es expreso y conocible, sino que tiene que ser “llenado” o concretizado a través de argumentos utilizados para tal efecto, pero por ello mismo, a veces posteriores al acto que se pretende sancionar”. Seguidamente en su considerando cuarenta y uno sostiene. “Entonces, resulta que el tan mentado “conocimiento” de las conductas prohibidas ya no es tal, dado que él órgano administrativo puede ir llenando el contenido de tales conceptos jurídicos indeterminados de acuerdo al hecho que pretende sancionar, dejando pues el acto de

“completar” el contenido de tales actos a la discrecionalidad o arbitrariedad del ente administrativo”.

Décimo Quinto.- Así el Principio de Tipicidad no tiene en el derecho disciplinario la misma connotación que presenta en el derecho penal, en donde resulta ser más riguroso, una de las principales diferencias que se encuentran entre la tipicidad en el derecho penal delictivo y en el derecho sancionatorio disciplinario, es la admisibilidad de que en este las faltas disciplinarias consagren tipos abiertos, ante la imposibilidad del legislador de contar con un listado detallado de comportamientos donde se subsuman todas aquellas conductas que están prohibidas a las autoridades o de los actos antijurídicos de los servidores públicos. De esta manera, las normas disciplinarias estructuradas en forma de tipos abiertos remiten a un complemento normativo, integrado por todas las disposiciones en las que se consagran deberes, mandatos prohibiciones aplicables a los **servidores públicos**; y es así que este, es un complemento al cual se debe acudir al momento de decidir dentro de un proceso disciplinario la existencia de responsabilidad o no y como consecuencia de ello la procedencia o no de una sanción. Así la tipicidad en las infracciones disciplinarias se establece por la lectura sistemática de la norma que establece la función, la orden o la prohibición y aquella otra que de manera genérica prescribe que el incumplimiento de tales funciones, órdenes o prohibiciones constituye una infracción disciplinaria.

Décimo Sexto.- Que, de lo señalado se tiene que en materia disciplinaria, a diferencia de materia penal, se cuenta con un mayor margen de valoración e individualización de las faltas sancionables por la diversidad de comportamientos que pugnan contra los propósitos de la función pública y del régimen disciplinario; para lo cual se tipifican las

conductas constitutivas de falta disciplinaria en tipos abiertos que suponen un amplio margen de valoraciones y apreciación por la autoridad competente para ello. Por ende, el investigador disciplinario dispone de un campo amplio para determinar si la conducta investigada se subsume o no en los supuestos de hecho de los tipos legales correspondientes.

Décimo Sétimo.- Que, de lo antes expuesto, no significa que la autoridad pertinente en materia disciplinaria pueda actuar de manera discrecional, arbitraria, inmotivada en la adecuación típica de las conductas de los servidores públicos investigados a los tipos sancionadores porque en todo caso su actividad hermenéutica está sujeta a distintos límites derivados, por una parte, del contenido material de las disposiciones disciplinarias y por otra parte de los principios y reglas que rigen la interpretación de los preceptos jurídicos en las distintas modalidades del derecho sancionador, por cuanto como lo señala la profesora Marina Javo², los conceptos jurídicos indeterminados pueden satisfacer las exigencias prácticas de la tipificación cuando su concreción sea razonablemente factible en virtud de criterios lógicos, técnicos o de experiencia que permita prever, con suficiente seguridad, la naturaleza y las características esenciales de las conductas constitutivas de la infracción tipificada.

Décimo Noveno.- Finalmente debemos señalar, que si bien la infracción imputada al actor estuvo sustentada en un tipo abierto (notoria conducta irregular, que menoscaba el decoro y respetabilidad del cargo), contemplado en el artículo 201° inciso 6) del la referida Ley, también lo es, que la Administración cumplió con objetivizar y sustentar la

² MARINA JAVO, Belen. El régimen Disciplinario de los Funcionarios Públicos. Tercera Edición Editorial Lex Nova. España – Valladolid 2006. P. 159.

subsunción de la conducta atribuida al actor con la descrita en dicha norma, en base a criterios lógicos y funcionales que el cargo de Juez exige, desprendiéndose con claridad que el ejercicio de dicho cargo exige una conducta intachable, una buena imagen frente a los usuarios de la administración de justicia, los trabajadores y demás Magistrados; contrario sensu toda conducta notoria que menoscabe la buena imagen y conducta intachable de que debe mantener un Magistrado, constituye una conducta irregular que agravia el decoro y respetabilidad de dicho cargo. Por lo que, se puede concluir que en el procedimiento administrativo si se cumplió con aplicar debidamente el principio de tipicidad; debiéndose a ello agregar, que en el procedimiento disciplinario se hizo mención a las relaciones sentimentales que mantuvo el actor con la servidora judicial, como el motivo que generó la gresca producida entre estos, más no como la conducta imputable objeto de la sanción impuesta. Por lo tanto, se puede concluir que la instancia de mérito ha emitido un pronunciamiento conforme a derecho, motivando su resolución no advirtiéndose por ello afectación alguna al debido proceso ni al principio de tipicidad, los que han sido alegados por el actor en su recurso impugnatorio de casación.”

CASACION N° 4270-2013

“Décimo Cuarto.- El hecho tipificado como falta en el **inciso j)** del artículo 28° del Decreto Legislativo N° 276, resulta una tipificación genérica, ya que no se precisa cuáles son las conductas consideradas como inmorales que atentan contra las buenas costumbres, teniendo en cuenta que el uso de conceptos indeterminados como: Conducta e idoneidad propia de la función, desmerecimiento en el concepto público y desmedro de la imagen, lo que es más propio de los tribunales de honor que de la autoridad administrativa disciplinaria, dado que la utilización de criterios deontológicos

no pueden dar lugar a una sanción. Lo señalado no significa que nunca puedan ser objeto de una sanción disciplinaria, pero para que ello ocurra es menester una tipificación que no deje dudas con respecto a dicha posibilidad y los criterios de determinación, lo que no se cumplen en este caso.

Décimo Quinto.- En ese sentido, llama la atención de este Colegiado Supremo que sin mayor fundamento, la entidad demandada señale que el demandante no ha observado conducta e idoneidad propias de un servidor público (conceptos jurídicos indeterminados) y que también se requiera y sancione a un servidor público sin haber determinado qué es lo que se entiende por conducta inmoral (no fumar, no tomar o tomar moderadamente, no drogarse, no maltratar a los miembros de su familia, etc.), de modo que no se sabe exactamente qué es lo que está prohibido o lo que está permitido. Siendo ello así, la sanción disciplinaria por conceptos jurídicos indeterminados está proscrita de conformidad con el artículo 2° inciso 24) de la Constitución Política del Estado, teniendo en cuenta que las sanciones se imponen por la existencia de previsión legal expresa.”

AUTORIDAD NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL – SERVIR

RESOLUCION N° 00242-2017-SERVIR /TSC- PRIMERA SALA (09 de Febrero del 2017).

“28. De modo que, por el principio de legalidad, las entidades deben prever de manera clara qué conductas son ilícitas y sancionables, mientras que por el principio de

tipicidad, existe una obligación por parte de las entidades públicas, tanto al momento de iniciar un procedimiento administrativo disciplinario, como al momento de resolver la imposición de una sanción, de señalar de manera expresa cuál es la norma o disposición que se ha incumplido; y asimismo, se debe precisar cuál es la correspondiente falta que se ha cometido, la misma que debe tener correlato con la sanción a imponerse. 29. Esta Sala advierte que se ha sancionado al impugnante invocando el literal f) del artículo 85° de la Ley N° 30057, por hechos vinculados con el ejercicio de sus funciones en la Entidad, norma que además precisa cuál es la sanción que puede imponerse, sea de suspensión o destitución, razón por la cual se satisfacen ambos principios.”

RESOLUCION N° 00093-2017-SERVIR/TSC-PRIMERA SALA (19 de enero del 2017).

“28. De modo que, por el principio de legalidad, las entidades deben prever de manera clara qué conductas son ilícitas y sancionables, mientras que por el principio de tipicidad, existe una obligación por parte de las entidades públicas, tanto al momento de iniciar un procedimiento administrativo disciplinario, como al momento de resolver la imposición de una sanción, de señalar de manera expresa cuál es la norma o disposición que se ha incumplido; y asimismo, se debe precisar cuál es la correspondiente falta que se ha cometido, la misma que debe tener correlato con la sanción a imponerse. 25. Por el contrario, esta sala advierte que se ha sancionado al impugnante invocando el literal d) del artículo 85 de la ley n° 30057, por hechos

vinculados con el ejercicio de sus funciones en la entidad, norma que además precisa cual es la sanción que puede imponerse, sea de suspensión o destitución, razón por la cual se satisfacen ambos principios”.

RESOLUCION N° 00896-2017-SERVIR/TSC-PRIMERA SALA (25 de mayo del 2017).

“40. De esta manera, el principio de tipicidad constituye un límite a la potestad sancionadora del Estado, que exige, cuando menos que las normas que prevean faltas, si bien no tengan una precisión absoluta, describan con suficiente grado de certeza la conducta sancionable. De igual modo exige a las entidades públicas, tanto al momento de iniciar un procedimiento administrativo disciplinario como al momento de resolver la imposición de una sanción, señalar de manera expresa, cual es la norma o disposición que se ha incumplido. También dicho principio impone a las autoridades del procedimiento la obligación de realizar una operación de subsunción, expresando así los fundamentos por los que razonablemente el hecho imputado se adecua al supuesto previsto como falta. Como es lógico, la descripción legal deberá concordar con el hecho que se atribuye al servidor.”

REGULACIÓN LEGAL DE LA POTESTAD ADMINISTRATIVA DISCIPLINARIA

NORMATIVIDAD ACTUAL APLICABLE EN EL PROCESO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR

DECRETO LEGISLATIVO N° 276

Conforme las disposiciones de la ley SERVIR, ley n° 30057, se pudo remitir a esta norma a fin de tipificar las faltas realizadas por un servidor para los procedimientos administrativos disciplinarios instaurados hasta el 13 de setiembre de 2014, inclusive. A partir del 14 de setiembre de 2014, en lo que concierne al régimen disciplinario y procedimiento sancionador, la norma aplicable es la Ley N° 30057, Ley del Servicio Civil y sus normas de desarrollo.

Esta norma regulo y tipifico las faltas administrativas a las cuales eran pasibles los servidores públicos en su artículo 28°, en un correlato de acciones que posteriormente han sido trasladadas en su integridad a la nueva ley que rige el servicio civil , sea la ley n° 30057, razón por la cual analizaremos las mismas en un siguiente acápite. Sin embargo, apreciamos que han excluido de este al literal j) que señala como falta los actos de inmoralidad, a mi parecer con mucho acierto, pues la inmoralidad es un concepto muy abstracto, subjetivo, y sobre todo se ajusta a la escala de valores que pueda tener cada persona.

En ese sentido, el administrado no podría determinar previamente si su actuar es o no pasible de sanción, veamos, un trabajador que mantiene relaciones amorosas con la

esposa de un subordinado ¿Es pasible de sanción dicha conducta? Habremos quienes pensemos que sí lo es, pues está generando un clima laboral inadecuado, sin embargo, existirán personas que no lo crean así, y simplemente refieran que ese es un tema apartado del ámbito laboral. Y siendo que, para algunas personas, sí es pasible de sanción, ¿Cuál sería esta? ¿Destitución o suspensión? ¿Ascendente a cuantos días? .

Razón por la cual, dichas redacciones abstractas, sin límite, no pueden ser avaladas en nuestra normatividad en atención a los principios que rigen el proceso administrativo sancionador, en especial el de tipicidad.

CÓDIGO DE ÉTICA DE LA FUNCIÓN PÚBLICA, LEY N° 27815 Y SU REGLAMENTO D.S. N° 033-2005-PCM.

Frente al uso de este cuerpo normativo la ley servir, en su décima disposición complementaria transitoria, señala: “A partir de la entrada en vigencia de la presente Ley, los procesos administrativos disciplinarios en las entidades públicas se tramitan de conformidad con lo estipulado en la presente Ley y sus normas reglamentarias. El Código de Ética de la Función Pública, Ley 27815, se aplica en los supuestos no previstos en la presente norma. Queda prohibida la aplicación simultánea del régimen disciplinario establecido en la presente Ley y la Ley del Código de Ética de la Función Pública o su Reglamento, para una misma conducta infractora, en el mismo procedimiento administrativo disciplinario. El jefe de recursos humanos o quien haga

sus veces, también tramita los procedimientos por infracciones al Código de Ética de la Función Pública”.

Asimismo el Tribunal del Servicio Civil en la resolución n° 03340-2012-SERVIR-TSC-PRIMERASALA, precisa que, si bien el decreto legislativo n° 276 y la ley n° 27815, establecen sanciones a determinados actos de los servidores del estado, dichas normas responden a ámbitos distintos de aplicación, recogen diferentes supuestos, son de naturaleza distinta , establecen sanciones diferenciadas y responden a situaciones totalmente distintas. Por lo que, respetando el debido proceso, dentro de un Procedimiento Administrativo Disciplinario, no podrá haber concurrencia de ambas normas citadas. Señala que de hacerlo así, se estaría quebrantando el derecho de defensa del servidor público, al encontrarse en incertidumbre respecto al tipo de la conducta realizada y gravedad de sanción que pudiera corresponderle.

Respecto de ello, del artículo 9° del reglamento del código de ética, apreciamos que efectivamente existen dos consecuencias diferentes en comparación con los distintos cuerpos que sancionan faltas de los servidores públicos, como son multas hasta por 12 UITs y la resolución contractual.

Esta ley, en su artículo 10° señala que la transgresión de los principios y deberes establecidos en el Capítulo II y de las prohibiciones señaladas en el Capítulo III, se consideran como infracción, generándose responsabilidad pasible de sanción. Frente a ello, de la lectura de esta norma, se tiene que las faltas se estructuran en base a faltas contra los valores como el respeto, probidad, eficiencia, idoneidad, veracidad, lealtad y Obediencia, Justicia y Equidad, lealtad al Estado de Derecho. Así como el

deber de cumplir con neutralidad, transparencia, Discreción, Ejercicio Adecuado del Cargo, Uso Adecuado de los Bienes del Estado, Responsabilidad; y por ultimo prohibiciones al servidor público, de mantener Intereses de Conflicto, Obtener Ventajas Indebidas, Realizar Actividades de Proselitismo Político, hacer Mal Uso de Información Privilegiada, Presionar, Amenazar y/o Acosar.

En mi opinión, el código de ética de la función pública, debería seguir funcionando como una guía de comportamiento, así como una referencia para inculcar los valores a los servidores públicos que en ella se señalan. Mas no, reseñar que las mismas son pasibles de sanción, pues su basamento son valores, virtudes, deberes, obligaciones muy por demás de conceptos muy subjetivos, sujetos a escala de valores personales, así como discrecionalidades inimaginables.

Este dispositivo legal, infringe el principio de tipicidad, pues, aparte de señalar como infracción valores subjetivos, no ha señalado para cada uno de ellos su sanción específica, incurriendo en el error de dejar al libre albedrio del ente disciplinario sanciones que van desde amonestaciones hasta destitución.

Respecto a este tema, la Corte Suprema de la República del Perú, en su casación N° 6763-2014, precisó : “**Noveno:** Que conforme se puede apreciar, al demandante se le ha sancionado por dos principios (RESPETO Y EFICIENCIA), mismos que infringen el principio de tipicidad, pues estas imputaciones resultan ambiguas e indeterminadas, violando el límite que nuestra constitución impone al personal que detenta el poder punitivo del estado, sean estas penales o administrativas , que refiere que las conductas por las cuales se sancione a un administrado, deben encontrarse tipificadas

expresamente en una norma o ley de tal manera que estén redactadas en un nivel de precisión que permita a cualquier persona comprender sin dificultad lo que se está proscribiendo en una ley, así como la sanción determinada que se dispone en dicha disposición legal para que seguidamente la administración pueda realizar la debida subsunción de los hechos dentro de las disposiciones de la norma ”.

LEY N° 27444 Y SU TEXTO ÚNICO ORDENADO APROBADO POR D.S. N° 006-2017-JUS

La ley n° 27444, en su artículo 239°, así como en el TUO en su artículo 259°, señalan las faltas administrativas, en las cuales recaerían los servidores públicos en el trámite de los procedimientos administrativos a su cargo, si bien esta norma ha demostrado avances al tipificar las faltas pasibles de sanción, sigue sin estipularse las sanciones de cada una de las faltas, existiendo una valla de elección de sanción entre amonestación hasta destitución.

A este punto, de igual manera, para efectos de esta tesis, llama la atención el numeral 9 ° del artículo 259° del Texto Único Ordenado de la Ley n° 27444, que señala como falta administrativa el incurrir en ilegalidad manifiesta, abriendo un orificio por el cual se pueda sancionar arbitrariamente a un administrado, pues esta es una norma de remisión que necesita reglamentarse, siendo imprecisa e indeterminada. El tribunal constitucional en el expediente n° 2192-2004-AA/TC, señaló que este tipo de disposiciones tan abiertas, son inconstitucionales, pues vulneran el principio de tipicidad.

LEY SERVIR - LEY N° 30057

VIGENCIA DE LA NORMA

Es menester precisar que los procedimientos administrativos instaurados antes del 14 de setiembre del 2014, se rigen por las normas sustantivas y procedimentales vigentes al momento de la instauración del procedimiento hasta la resolución de los recursos de apelación, que de ser el caso, se interpongan contra los actos que ponen fin al Procedimiento Administrativo Sancionador.

Los procesos administrativos disciplinarios instaurados desde el 14 de setiembre del 2014, por hechos cometidos con anterioridad a dicha fecha, se rigen por las reglas procedimentales en la ley del servicio civil y su reglamento y por las reglas sustantivas aplicables al momento en que se cometieron los hechos. También se utilizará este criterio cuando en segunda instancia administrativa o en vía judicial se declare la nulidad en parte o en todo lo actuado.

Finalmente, los Procedimientos administrativos disciplinarios instaurados desde el 14 de setiembre del 2014, por actos cometidos a partir de esta fecha, se regirán por las normas de la Ley del Servicio Civil.

Para este efecto, el Tribunal del servicio Civil, ha precisado en su interpretación vinculante INFORME TÉCNICO N° 1990-2016-SERVIR/GPGSC del 07 de octubre del 2016, lo siguiente: “El Consejo Directivo de SERVIR, en sesión N° 29-2016 de fecha

29 de setiembre de 2016, aprobó como interpretación vinculante el contenido del presente informe, que se resume en los siguientes acuerdos:

4.1 Las disposiciones contenidas en los Capítulos XII y XIII del Reglamento de la Carrera Administrativa, aprobado mediante Decreto Supremo N° 005-90-PCM, y el artículo 4, los Títulos I, II, III y IV del Decreto Supremo N° 033-2005-PCM que aprueba el Reglamento del Código de Ética de la Función Pública, son aplicables, según corresponda, para los procedimientos administrativos disciplinarios instaurados hasta el 13 de setiembre de 2014, inclusive. A partir del 14 de setiembre de 2014, en lo que concierne al régimen disciplinario y procedimiento sancionador, la norma aplicable es la Ley N° 30057, Ley del Servicio Civil y sus normas de desarrollo.

4.2 A partir de la entrada en vigencia del régimen disciplinario de la Ley N° 30057, Ley del Servicio Civil, las sanciones y el procedimiento del régimen disciplinario de la Ley N° 30057 son aplicables a las faltas e infracciones contempladas en la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, Ley N° 27815, Ley del Código de Ética de la Función Pública y en otras leyes, según el artículo 85 inciso q) de la Ley del Servicio Civil y el inciso j) del artículo 98.2 del Reglamento General de la Ley del Servicio Civil, aprobado por Decreto Supremo N° 040-2014- PCM.”

EXCLUSIÓN DE SERVIDORES PÚBLICOS

Conviene precisar que para este efecto, la ley servir en su primera disposición complementaria y final, señala el personal No Sujeto Al Régimen General De La Responsabilidad Administrativa Disciplinaria y estos son : Miembros Del Servicio

Diplomático - Ley n° 28091, Docentes Universitarios – ley n° 23733, Profesionales De La Salud – Ley n° 23536, Profesorado y Magisterio – ley n° 29944, Miembros de las Fuerzas Armadas – Ley n° 28359, Miembros de la Policía Nacional Del Perú – Decreto Legislativo n° 1149, Servidores penitenciarios – ley n° 29709, Fiscales del Ministerio Publico –decreto legislativo n° 052 y los Magistrados del Poder Judicial – Ley n° 29277, los funcionarios de elección popular, presidente de la república, congresistas, presidentes regionales, alcaldes, regidores o titulares de organismos constitucionalmente autónomos.

FALTAS DISCIPLINARIAS

La ley SERVIR, en su artículo 85°, ha precisado que son faltas de carácter disciplinario que, según su gravedad, pueden ser sancionadas con suspensión temporal o con destitución, previo proceso administrativo, las siguientes :

a) El incumplimiento de las normas establecidas en la presente Ley y su reglamento.

Como se ha referido anteriormente, este tipo de disposiciones abiertas, imprecisas e indeterminadas violentan flagrantemente el principio de tipicidad, pues incluye en ella un sinnúmero de acciones que podrían ser consideradas como faltas disciplinarias.

Vale recordar que, con la misma redacción del artículo 28° inciso a), el Tribunal Constitucional en su sentencia exp. N° 2193-2004-AA/TC, declaro que la misma era inconstitucional, pues es una cláusula de remisión que requieren desarrollo de reglamentos normativos que permitan delimitar el ámbito de actuación de la potestad sancionadora, debido al grado de indeterminación e imprecisión de ella, correspondiendo señalar lamentablemente, que la ley servir, frente a la redacción de sanciones disciplinarias, ha sido una copia del artículo 28 del decreto legislativo n° 276, sin mostrar algún aporte, ni cambios de relevancia. Lastimosamente, esta ley no ha sido innovadora y ha copiado falencias, que incluso ya han sido declaradas inconstitucionales por nuestro Tribunal Constitucional.

b) La reiterada resistencia al cumplimiento de las órdenes de sus superiores relacionadas con sus labores.

Este numeral, exige como requisito expreso la subordinación, elemento esencial de la relación laboral. A este punto, resalta un problema a la luz, y es que producto de la evasión del Estado de reconocer derechos laborales, algunas oficinas de recursos humanos siguen contratando personal bajo contratos de locación de servicios, servicios no personales, que en el plano de lo material son contratos civiles sin relación de subordinación, que por el paso del tiempo y la demostración del cumplimiento de los requisitos de la relación laboral se desnaturalizan. Comprendemos entonces, que estos servidores públicos, contratados en apariencia bajo contratos civiles, no podrían

ser pasibles de esta falta, salvo que la entidad haga un reconocimiento expreso de la relación laboral o ésta se consiga vía judicial.

Por otro lado, este numeral, no ha precisado en qué tramo de tiempo debe haberse resistido un empleado público a cumplir las órdenes de su superior a fin de considerarse reiterativo su actuar. Tampoco ha precisado cuántas veces ha de resistirse el servidor para que se considere como “varias veces”, podríamos presumir de dos a más, pero en honor a ello, podrían cometerse injusticias en algunos casos, como por ejemplo, el empleador que por una simple animadversión a un servidor público, le ordene el cumplimiento de labores imposibles o agobiantes y por la sola resistencia de dos órdenes se le destituya.

Además frente a esta redacción, corresponde realizarnos la siguiente pregunta: ¿Qué sucede con la objeción de conciencia, si la misma se entiende como la resistencia a un mandato imperativo por creencias ya sean éticas, morales, religiosas, ideológicas? Y ¿Resultando que este es un derecho fundamental derivado de la libertad de conciencia, el servidor público podría estar eximido de una sanción? Como vemos, se han dejado muchos supuestos de lado, encontrándonos otra vez con una redacción pobre dentro de esta normatividad jurídica.

A propósito de este tema, se ha desarrollado situaciones en las cuales se limita el poder disciplinario, veamos :

La jurisprudencia española hace más de dos décadas, a través de diversos fallos, ha venido señalando cuales son los supuestos, en los que se permite que el trabajador pueda desatender válidamente las órdenes de su empleador .Atendiendo a tales situaciones, mencionamos las siguientes:

- a) En primer lugar, habría que mencionar aquellas órdenes que vulneran la dignidad del trabajador. En efecto este valor jurídico del más alto rango, permitiría que, ante una instrucción que pretenda vulnerarla, se muestre firmeza y pueda inobservarse de plano. Consideramos que una orden como aquella que determina el retiro inmotivado de un embajador de su puesto de trabajo en el extranjero por razones de edad para cumplir funciones menores (asesor) a las que le corresponde por grado y por antecedentes profesionales, sin condiciones de trabajo para un funcionario de carrera, como son tener por lo menos una oficina aparente con escritorio máquina, computadora, mobiliario, de atención permanente m manual de asignación de funciones, etc., compatibles con su preparación académica y antecedentes profesionales , que le permitan desarrollar eficazmente una labor , podría ser rechazada válidamente por el trabajador en cuestión.
- b) Concatenado con el supuesto anterior tenemos que el ius resistentiae también tendría cabida legitima en e caso de que el empleador ordene a sus trabajadores a renunciar a sus

derechos inespecíficos. Como lo anotaremos líneas atrás, el poder de dirección se extralimitaría si es que pretende vulnerar alguno de estos derechos. De esta manera, se estaría contradiciendo el mandato recogido en el artículo 23 de la constitución. En este orden de ideas, por poner algunos ejemplos, una orden que pretende que los trabajadores den cabida a la revisión de su correo personal, aquella instructiva que conmina a que los trabajadores profesen la misma religión del empleador, la orden que exhorta los empleados a votar por un candidato presidencial de la opción política del empresario, etc., podrían inobservarse.

- c) Otro supuesto habilitante de incumplimiento se advierte cuando se exhorta a un trabajador para que cumpla con una orden que implicaría incurrir en un ilícito penal o civil o que, en todo caso, su resultado tenga tal carácter en relación con este caso se explica que el trabajador no solo está facultado a oponer a su *ius resistentiae* – pues, de lo contrario, sería cómplice de delito- sino también está obligado a denunciar la actividad ilícita del empleador. En tal caso, por ejemplo en el que se ordena al abogado de la empresa que soborne al inspector de trabajo que inspeccione el centro de labores a efectos de que no proponga una multa por infracciones advertidas durante su visita inspectiva. De darse cumplimiento a esta orden, se estaría

cometiendo el delito de corrupción activa de funcionario, tipificado en el artículo 399 del código penal.

- d) Las disposiciones cuya ejecución pondrán en peligro la vida o la integridad física del trabajador o de terceras personas, Naturalmente, una orden de este tipo ni podría encontrar asidero legal alguno dado que, como lo establece la misma Constitución peruana en el inciso 1 del artículo 2, toda persona tiene derecho a la vida y a su integridad física. No por algo la norma fundamental inicia la enunciación de derechos fundamentales con estas prerrogativas”. (De Lama Laura,2013,p. 88)

d) El incurrir en acto de violencia, grave indisciplina o faltamiento de palabra en agravio de su superior del personal jerárquico y de los compañeros de labor.

Acto de violencia: Apreciamos que acto de violencia, debe de entenderse como toda expresión que en uso de fuerza se utilice en contra de trabajadores del mismo cuerpo laboral, por ejemplo arañones, raspones, empujones, etc. El legislador no ha especificado cuál es la intensidad de violencia que debe aplicarse a fin de sancionar, lo razonable sería una cultura de tolerancia cero, sin embargo tampoco se ha precisado cuál sería la sanción correspondiente.

Frente a este tipo, también podría comprenderse a la violencia psicológica, entendida como el maltrato verbal o material a la psiquis ajena, ya sea que provenga del superior

o compañeros de trabajo, es de suma importancia poner atención a estas situaciones, pues desoírlos podrían generar aumento de ausencias de los trabajadores, poca productividad, estrés, angustia, etc. El problema que nace con este tipo de situaciones, es la probanza que tendría que ser verosímil o plasmada en materiales reales.

Grave indisciplina : Esta falta tiene el problema de tener una interpretación muy amplia, dejando a merced del ente sancionador, que determine qué acto considera como una “indisciplina”.

José Luis Jara Bautista (2016) refiere : “En líneas generales diremos que grave indisciplina no es lo mismo que desobediencia, la indisciplina es una actitud de rebeldía abierta y enfrentada contra las órdenes del superior, plasmada en el incumplimiento consiente de las obligaciones del servidor, mientras que la desobediencia es el incumplimiento de una orden clara y concreta de un superior.” (p. 67).

Faltamiento de palabra en agravio de su superior del personal jerárquico y de los compañeros de labor: Esta infracción disciplinaria, debe entenderse como todo aquella expresión que tienda a romper las buenas relaciones y ambiente del centro del trabajo.

Frente a este tipo de situaciones, la norma no ha previsto si es que este faltamiento puede ser verbal o escrito, para este efecto. Bringas Diaz (2013) señala:

Para que se configure esta falta , debe reputarse que el acto que persigue el trabajador es la ofensa, sobre argumentos carentes de razonamientos, fraudulentos, que el propósito, inicial y fundamental sea causar un perjuicio al empleador.

Recordemos que para realizar cualquier imputación esta debe ser cierta, con documentos que acrediten lo que se menciona o al menos se tengan indicios suficientes de la ilegalidad. Por lo tanto, constituye un insulto o desprecio, así como una falta de consideración y de respeto atribuir actos al empleador o un trabajador o personal jerárquico, cuando se centra en plenas conjeturas. (p. 132)

e) La negligencia en el desempeño de las funciones.

Este tipo de infracción, lamentablemente es la reproducción de aquella que estuviera estipulada en el inciso d) del artículo 28° del decreto legislativo n° 276, declarada ya inconstitucional, en su expediente N° 2193-2004-AA/TC, debido a su imprecisión e indeterminación en su redacción.

Efectivamente, conforme lo ha destacado el Tribunal Constitucional, esta disposición es muy ambigua, pues ¿Qué se debe de entender como negligencia en las funciones? podríamos reputarlo como desacato a Reglamentos Internos De Trabajo o infracción a los deberes, derechos, obligaciones atribuibles al cargo, sin embargo el mandato no es expreso, y demuestra ambigüedad insuperable, salvo que en reglamentos internos de trabajo se precise o se desarrolle el contenido que la misma contendría.

e) El impedir el funcionamiento del servicio público.

Considerando que el Estado Peruano, tiene en sus arcas la obligación de responder y proveer los servicios esenciales a los ciudadanos peruanos, corresponde velar

porque ellos se cumplan sin mayor alteración, a este efecto se deben de señalar en el reglamento interno de trabajo.

f) La utilización o disposición de los bienes de la entidad pública en beneficio propio o de terceros.

A efectos de interpretar esta falta, conviene recordar que la Corte Suprema del Perú en su Acuerdo Plenario N° 1-2007/ESV-22, del 16 de noviembre del 2007, ha establecido como precedente vinculante el cuarto y quinto fundamento jurídico de la Ejecutoria Suprema recaída en el Recurso de Nulidad N° 2090-2005, que precisó: "Cuarto: Que el procedimiento administrativo sancionador busca garantizar solo el funcionamiento correcto de la Administración Pública, las sanciones disciplinarias tienen, en general, la finalidad de garantizar el respeto de las reglas de conducta establecidas para el buen orden y desempeño de las diversas instituciones colectivas y, como tal, suponen una relación jurídica específica y conciernen solo a las personas implicadas en dicha relación y no a todas sin distinción, como acontece en general con las normas jurídicas penales; que las medidas disciplinarias constituyen la contrapartida de los deberes especiales a que están sometidos sus miembros y el Derecho Administrativo sancionador no se rige por el principio de lesividad sino por criterios de afectación general, de suerte que la sanción administrativa no requiere la verificación de lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos y generalmente opera como respuesta ante conductas formales o de simple desobediencia a las reglas de ordenación; que, en cambio, el delito debe encerrar siempre un mayor contenido de injusto y de culpabilidad; que la lesividad o peligrosidad de la conducta y el menoscabo

al bien jurídico son siempre de mayor entidad en el delito con relación a la infracción administrativa”.

Por lo tanto, debemos concluir que este tipo de infracción se comete con el solo hecho de disponer o utilizar bienes del Estado y no precisamente evidenciar el beneficio que ello haya traído al servidor y/o a terceros. Pues conforme se ha señalado en el Acuerdo Plenario N° 1-2007/ESV-22, en sanciones administrativas disciplinarias no existe necesidad de verificar la lesión.

A manera de ejemplo queda observar la sanción por 5 días sin goce de remuneraciones recaída en la Resolución n° 002-2017-SERVIR/TSC-PRIMERA SALA, frente a la cual se sanciona a un servidor público, pues la Entidad precisó que aproximadamente a las 15:22 horas del 29 de septiembre de 2015, el actor colocó aproximadamente 4kg de sal industrial de propiedad de la Entidad en una bolsa para intentar retirarla por la puerta de salida de personal, con el fin de usarla para tratar la artrosis de sus manos. Al respecto, el impugnante, a la hora de formular su descargo, no niega los hechos imputados, por el contrario, aclara que el *"El 07 de octubre de 2015, el recurrente comunica al Jefe de División de Ingeniería Hospitalaria y Servicios, que los hechos ocurrieron en el escritorio de vigilancia, cerca a la caseta y mucho antes de la puerta de salida"*, añadiendo que dejó la sal industrial en vigilancia porque luego de que preguntó si podía retirar la misma, le comunicaron que estaba prohibido. En la Resolución N° 01-DRRHH-OA-CNSR-ESSALUD-2017, la Entidad consideró que haber preguntado a vigilancia si es que podía retirar la sal industrial no enerva la

intención de querer retirar la sal industrial, razón por la cual se sanciona de todas formas al servidor.

g) La concurrencia al trabajo en estado de embriaguez o bajo la influencia de drogas o sustancias estupefacientes.

Frente a esta redacción encontramos muchos supuestos libres, y es que, primeramente, la normatividad no ha señalado cual es el nivel de alcohol en la sangre que debería tener el servidor público para ser pasible de ser sancionado, es decir, este estado de embriaguez debe ser notorio o basta que haya ingerido un poco de alcohol.

Por otro lado, si bien la norma del servicio civil ha previsto como una posible sanción la destitución del servidor público, el Tribunal Constitucional en la sentencia recaída en el Expediente N° 03169-2006-PA/TC, forzada con un trabajador del decreto legislativo n° 728, señaló que no basta la sola comisión de la falta grave sobre la concurrencia al centro de trabajo en estado de embriaguez para generar un despido, éste deberá poseer antecedentes de indisciplina laboral o cometer actos de indisciplina efectivamente, de lo contrario el despido es irrazonable. Por lo que convendría razonar si este pronunciamiento del tribunal constitucional, podría hacerse extensivo a los servidores públicos vía jurisprudencia, pues no se puede hacer extensiva una norma privada para regular este tipo de infracciones.

Por otro lado, a diferencia de la regulación del decreto legislativo 728, artículo 61° numeral e), no se ha precisado quien será la autoridad llamada a comprobar el estado

de embriaguez, ni así tampoco se ha precisado qué sucede en caso de resistencia a someterse al dosaje etílico o los exámenes que comprueben que se está tratando de un servidor con influencia de drogas o estupefacientes, regulaciones en blanco con graves consecuencias, al momento de someter esta norma a la práctica.

h) El abuso de autoridad, la prevaricación o el uso de la función con fines de lucro.

Frente a esta falta conviene recordar la acción de inconstitucionalidad realizada contra la ley servir en los expedientes n° 0025-2013-PI/TC; 0003-2014-PI/TC, 0008-2014-PI/TC, 0017-2014-PI/TC, mediante la cual se determinó que la falta de “prevaricación” es inconstitucional, pues la misma incumplía con el principio de tipicidad, señalando : “En los términos en los que ha sido redactada, carece de la suficiente precisión, puesto que no permite conocer con suficiencia la conducta o conductas que ella pretende sancionar; es decir, no permite conocer de modo indubitable, qué comportamientos están prohibidos y cuáles están permitidos, lo cual, imposibilita su aplicación a un hecho concreto. En la misma línea, tal formulación normativa es demasiado indeterminada, puesto que incluye una multitud de supuestos de aplicación, lo que, evidentemente impide delimitar los alcances de la prohibición legal...”

Considero que la misma suerte corre el mandato de abuso de autoridad, pues no se ha determinado que actos podrían considerarse como “abuso”, siendo muy subjetivo aquello.

Por otro lado, la falta que sanciona el uso de la función con fines de lucro, este mandato se debe de entender como el aprovechamiento de la función pública para lucrar de manera “indebida”, referente a ello, la norma debió señalar sus límites, así como la condición de dolo en este actuar.

Pues no correspondería sancionar a un servidor público que a razón de su función, la cual lo ha dotado de grandes conocimientos, pueda, gracias a ello, enseñar o dar catedra en una universidad. Otro caso, podría ser, el del coordinador administrativo de tesis de una universidad pública, quien dado su cargo y/o función, conoce las directrices para realizar una tesis, podría asesorar aquellas que no dependan de su aprobación, etc.

i) El causar deliberadamente daños materiales en los locales, instalaciones, obras, maquinarias, instrumentos, documentación y demás bienes de propiedad de la entidad o en posesión de ésta.

Esta falta, requiere de dolo, esto es, el ánimo de causar daño a los bienes estatales. Contrario sensu, no correspondería sancionar al servidor público, que sin dolo, causa daño a la institución Pública.

Aquello, trae una salida innegable al funcionario que causa daño a bienes del estado, pues es muy difícil, por no decir imposible, entrar al mundo interno del actor y verificar si realmente tuvo o no la intención de realizar el hecho punible, lo que se tendría que deducir con el acontecer de los hechos, testigos, etc.

j) Las ausencias injustificadas por más de tres (3) días consecutivos o por más de cinco (5) días no consecutivos en un período de treinta (30) días calendario, o más de quince (15) días no consecutivos en un período de ciento ochenta días (180) calendario, y ; n) El incumplimiento injustificado del horario y la jornada de trabajo.

Frente a estas faltas, las entidades han regulado cada una, su procedimiento interno de justificación de ausencias, de control de asistencia, de control de cumplimiento de horario de trabajo, etc. Este tema, al ser de vital importancia en la producción del órgano correspondiente, así como del pago de remuneraciones de los servidores públicos, ha sido muy bien reglamentado por cada una de las instituciones.

k) El hostigamiento sexual cometido por quien ejerza autoridad sobre el servidor civil, así como el cometido por un servidor civil, cualquiera sea la ubicación de la víctima del hostigamiento en la estructura jerárquica de la entidad pública.

Esta falta, se ha visto ampliamente desarrollada, en la ley n° 27942, norma especial que ha regulado específicamente el tema del hostigamiento sexual, dada su importancia y con la finalidad de no quebrar el buen ambiente laboral, así como la dignidad que merece todo trabajador; norma que ha incluido expresamente a los trabajadores públicos dentro de su ámbito de protección.

l) Realizar actividades de proselitismo político durante la jornada de trabajo, o a través del uso de sus funciones o de recursos de la entidad pública.

Redacción amplia, sin precisión de los hechos que serían pasibles de sanción, pues prosetismo es entendido ampliamente como el esfuerzo de una persona o institución para ganar adeptos a una causa, doctrina, ideología o religión. A este efecto, ¿Qué tipo de prosetismo se debe de entender como uno pasible de sanción? ¿El proselitismo político, proselitismo religioso?, pues el proselitismo, al ser un concepto global y al no haberse especificado en la ley, se corre el riesgo de sanciones arbitrarias. Así mismo, tampoco se ha especificado qué tipo de acciones podrían conllevar a sancionar al administrado.

m) Discriminación por razón de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión o condición económica.

Esta prohibición se trata de aquella diferenciación no justificada a un tercero ya sea por cuestiones de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión o condición económica. Sin embargo, la misma no ha desarrollado, en agravio de quién puede ser realizada ésta.

Por ejemplo, un servidor que se encarga de la atención al público, también sería pasible de sanción si discrimina a un ciudadano cualquiera, sin que necesariamente aquel, sea un servidor público de la misma institución. En este efecto, y al ser ésta

una falta amparada en la constitución política del Perú, en su artículo 2 inciso 2, corresponde entenderse que comprende a la discriminación en cualquier tipo de expresión frente a cualquier persona, siempre en cuando, la misma sea, en realización de sus funciones. Pues, tampoco sería razonable una sanción, al menos, no administrativa, de una servidora pública, que en su hogar realice actos de discriminación, lugar muy independiente de su centro de trabajo.

ñ) La afectación del principio de mérito en el acceso y la progresión en el servicio civil.

El SERVIR, en su informe técnico n° 1945-2016/SERVIR/GPGSC, ha precisado que: “El acceso al empleo público o servicio civil se efectúa necesariamente mediante concurso público y abierto, en aplicación de del principio del mérito y capacidad de las personas, en un régimen de igualdad de oportunidades; es decir, a través de procesos de selección transparentes y bajo criterios objetivos, sujetos a los documentos de gestión de la entidad.”

En ese sentir, se entiende como infracción a esta falta, cualquier tipo de acción e que pudiera incurrir el servidor público que desvanezca en algún sentido el principio de meritocracia y capacidad de las personas que postulan al alguna entidad del estado.

Por otro lado, no basta el acceso, si no asegurar la proyección del servidor civil, por otro lado no se ha determinado que faltas podrían situarse en esta infracción, a esta parte, tendría que incluirse a todos los servidores en un solo régimen laboral, pues de esta manera se podría nivelar sueldos, y crear un cuadro de méritos, sin embargo,

por citar un ejemplo, actualmente un servidor CAS, que no está dentro de cuadro de asignación de personal de una entidad del estado, podría ganar menos que una persona nombrada realizando labores más importantes, violándose su derecho a la progresión. Así mismo, este servidor no podrá ser ascendido, pues se adscribe a su contrato CAS, y dado que el régimen CAS actualmente es un régimen constitucionalmente admitido, ¿ El jefe de recursos humanos estaría incurriendo en infracción de esta norma?.

o) Actuar o influir en otros servidores para obtener un beneficio propio o beneficio para terceros.

Esta norma, ambigua en su disposición no ha precisado entre qué tipo de servidores debe de realizarse dicha influencia, podría entenderse que la misma se da entre servidores del mismo nivel. Pues entre jefe y subordinado, sólo se estaría cumpliendo órdenes, salvo que el subordinado no quiera realizar dicha orden, incurriría en la figura de desobediencia a la orden de un superior, pues el jefe no debe de realizar el esfuerzo de influir para que el subordinado realice a cabo una orden.

Por otro lado debe de aclararse, que el beneficio al cual se refiere este artículo, debe ser uno irregular, además, debe de tenerse en cuenta que en este caso estaríamos hablando de una coautoría, pues en esta ley no existe la complicidad, lo cual podría resultar injusto, porque puede que un servidor haya actuado sin conocimiento de causa para beneficio de otro; por lo que nos lleva a concluir que ambos servidores civiles

tendrían la misma sanción, pues esta norma tampoco ha incluido en su cuerpo normativo eximentes o atenuantes, mucho menos el desconocimiento de la norma, como uno de ellos.

p) La doble percepción de compensaciones económicas, salvo los casos de dietas y función docente.

Esta disposición, es clara, ningún servidor público puede percibir doble pago por parte del estado, excluyendo de esta regla a las dietas y a la función docente. Tal cual siempre se ha estipulado en el servicio estatal.

En esta estipulación, no se ha señalado cuál de las dos instituciones en las cuales estuviera laborando un servidor civil tendría la facultad administrativa disciplinaria, si se entendiera que las dos ¿se estaría afectando el principio del non bis in ídem?.

q) Las demás que señale la ley.

Entendiéndose por aquellas faltas que estén estipuladas expresamente en norma aparte con rango de ley.

De igual forma el reglamento de la ley SERVIR, en su artículo 98° estipula : “Faltas que determinan la aplicación de sanción disciplinaria : 98.1. La comisión de alguna de las faltas previstas en el artículo 85 de la Ley, el presente Reglamento, y el Reglamento Interno de los Servidores Civiles - RIS, para el caso de las faltas leves, por parte de los servidores civiles, dará lugar a la aplicación de la sanción correspondiente.

COMENTARIO SOBRE LA ACCION DE INCONSTITUCIONALIDAD DE LA LEY SERVIR EXPEDIENTES N° 0025-2013-PI/TC; N° 0003-2014-PI/TC, N° 0008-2014-PI/TC, N° 0017-2014-PI/TC.

En este punto, conviene recordar la acción de inconstitucionalidad realizada contra la ley servir en los expedientes n° 0025-2013-PI/TC; 0003-2014-PI/TC, 0008-2014-PI/TC, 0017-2014-PI/TC, en donde más de cinco mil ciudadanos, debidamente representados (Expediente 0025-2013-PI/TC y Expediente 0017-2014-PI/TC); por el Colegio de Ahogados de Tacna, representado por su Decano y por el Colegio de Abogados de Junín, representado por su Decano, cuestionan la infracción al principio de tipicidad en la misma manera que propone esta tesis, veamos:

“El régimen disciplinario regulado en los artículos 85.h, 89, 90, 92 y 93 de la ley impugnada, contraviene el principio de tipicidad del procedimiento sancionador, pues se establecen Faltas administrativas poco precisas, como la prevaricación, que pueden ser objeto de interpretaciones maliciosas, y no se efectúa distinción alguna entre faltas graves y leves...”.

Frente a ello el Tribunal Constitucional, refiere:

“En el presente caso, los demandantes sostienen que la no diferenciación entre las faltas leves y las graves, así como, la tipificación de la falta administrativa de ‘prevaricación’, contravienen los principios de legalidad y tipicidad. En relación a lo primero, este Tribunal Constitucional considera que, si bien, el artículo 85 de la , ley

impugnada no establece una tipología de faltas: distinguiéndolas entre leves, graves o muy graves, etc., ello no la convierte en inconstitucional. Y es que, a juicio de este Tribunal, se respeta o se garantiza suficientemente el principio de legalidad si cada una de las faltas administrativas se encuentran previamente establecidas como tales en la ley, lo cual sí se advierte en la Ley 30057, del Servicio Civil, que establece un catálogo de faltas administrativas (artículo 85), así como las sanciones aplicables por las autoridades competentes (artículo 88). No obstante ello, esto no supone validar automáticamente la constitucionalidad de la tipificación específica de las faltas allí previstas, pues estas pueden ser objeto de control de constitucionalidad. 218. De otro lado, si bien no se conmina o atribuye una determinada sanción para cada falta administrativa, ello tampoco la hace incurrir en inconstitucionalidad, más aún si se establece un conjunto de criterios para la gradación de la sanción a imponer: la naturaleza y gravedad de la infracción, la posición del servidor, los antecedentes del trabajador, etc. Así pues, i) las faltas previstas en el artículo 85 solo podrán ser sancionadas con la suspensión o destitución del servidor civil; fi) la determinación de la sanción aplicable a las faltas debe ser proporcional y obedecer a condiciones tales como la grave afectación de los intereses generales o a los bienes jurídicos protegidos, si concurrieron o no actos de ocultamiento de la falta, el grado de jerarquía y especialidad del servidor, las circunstancias en que se cometió la infracción, la reincidencia en la comisión de la falta, etcétera (artículo 87); y iii) la sanción impuesta se debe corresponder con la magnitud de las faltas, según su menor o mayor gravedad. Su aplicación no es necesariamente correlativa ni automática. En cada caso la entidad pública debe contemplar no sólo la naturaleza de la infracción sino también los antecedentes del servidor (artículo 91). 219. Sobre lo anterior, este Tribunal

considera que el régimen sancionador establecido en la ley impugnada no resulta en abstracto contrario al principio de legalidad en materia sancionatoria, pues ésta cumple con determinar, a nivel abstracto y de manera previa, cada una de las faltas y sanciones administrativas a las que se encuentran sujetos los servidores civiles. Por ende, corresponde confirmar la constitucionalidad del artículo 88 de la Ley 30057; en consecuencia, declarar infundada la demanda en este extremo.

El segundo extremo impugnado tiene por objeto cuestionar la formulación de la falta administrativa de 'prevaricación' prevista en el artículo 85.h de la Ley Servir. Al respecto, este Tribunal considera que dicha disposición jurídica, en los términos en los que ha sido redactada, carece de la suficiente precisión, puesto que no permite conocer con suficiencia la conducta o conductas que ella pretende sancionar; es decir, no permite conocer de modo indubitable, qué comportamientos están prohibidos y cuáles están permitidos, lo cual, imposibilita su aplicación a un hecho concreto. En la misma línea, tal formulación normativa es demasiado indeterminada, puesto que incluye una multitud de supuestos de aplicación, lo que, evidentemente impide delimitar los alcances de la prohibición legal. Ahora, si bien el demandado sostiene que esta falta administrativa sanciona la misma conducta que el artículo 418 del Código Penal prevé como delito para los jueces y fiscales, por lo que, incurre en prevaricación en el ámbito de la Ley del Servicio Civil "el que dicta resolución o emite dictamen, manifiestamente contrarios al texto expreso y claro de la ley, o cita pruebas inexistentes o hechos falsos, o se apoya en leyes supuestas o derogadas". Sin embargo, tal contenido normativo, a juicio de este Tribunal, no se deriva de la formulación legal objeto de análisis, por lo que se incumple con el principio de tipicidad. En este sentido, cabe recordar que, de acuerdo a lo que establece el artículo 230.4 de

la Ley 27444, del Procedimiento Administrativo General "sólo constituyen conductas sancionables administrativamente las infracciones previstas expresamente en normas con rango de ley mediante su tipificación como tales, sin admitir interpretación extensiva o analogía (. ..) . 222. Por las razones expuestas, este Tribunal Constitucional considera que el artículo 85.h de la Ley 30057, del Servicio Civil, es inconstitucional en la parte que prevé como falta administrativa a la "(. ..) Prevaricación (...)", por lo que corresponde declarar fundada la demanda en este extremo."

Del análisis de esta sentencia, apreciamos que el Tribunal Constitucional no declara inconstitucional el régimen disciplinario, pero si declara inconstitucional el artículo 88 literal h, que refiere a "prevaricato".

Frente a ello, en un análisis del mismo, observo que el Tribunal no ha realizado el estudio de cada una de las faltas estipuladas en la ley, solo analizo la falta de "prevaricato", que solo fue señalada como ejemplo en la demanda. Considero que de haber disgregado cada una de ellas, hubiese declarado inconstitucional más literales, por ejemplo los literales **a)** que señala el incumplimiento de las normas establecidas en la presente Ley y su reglamento y **d)** que refiere a la negligencia en el desempeño de las funciones, pues, indirectamente en el expediente N° 2193-2004-AA/TC ,los declaro así, cuando refirió que: "En el presente caso, la resolución impugnada que establece la máxima sanción posible en vía administrativa, es decir, la destitución de los recurrentes, tiene como respaldo legal el artículo 28°, incisos a) y d) del Decreto Legislativo N.° 276, que establece que: "(...) son faltas de carácter disciplinarias que, según su gravedad, pueden ser sancionadas con cese temporal o con destitución,

previo proceso administrativo: a) El incumplimiento de las normas establecidas en la presente ley y su reglamento; y d) La negligencia en el desempeño de las funciones”.

7. Este Tribunal considera que las dos disposiciones invocadas en la resolución que establece la destitución de sus puestos de trabajo de los recurrentes, son cláusulas de remisión que requieren, de parte de la administración municipal, el desarrollo de reglamentos normativos que permitan delimitar el ámbito de actuación de la potestad sancionadora, debido al grado de indeterminación e imprecisión de las mismas; consecuentemente, la sanción impuesta sustentada en estas disposiciones genéricas es inconstitucional, por vulnerar el principio consagrado en el artículo 2,º inciso 24, literal d), de la Constitución, conforme a los criterios desarrollados en los fundamentos precedentes.”

De igual forma el Tribunal Constitucional, señala que si bien no se imputa una determinada sanción para cada falta administrativa, ello tampoco es mérito suficiente para declararla inconstitucional, sin embargo, sí hace que esta Ley, sea poco practica en la realidad de los hechos, pues si un servidor público, incurriera en una falta, la discrecionalidad del ente sancionador corre en una brecha muy amplia, desde una amonestación verbal o escrita hasta la destitución, vulnerando el principio de tipicidad, lo cual hace que dicha sanción sea vulnerable de una nulidad.

De igual manera, en su artículo 87º determina una serie de agravantes de las sanciones y señala que la sanción debe ser proporcional a la falta, dicho mandato per se, incluye mucha cuota de discrecionalidad al ente sancionador, lo cual debería estar proscrito de la ley sancionadora disciplinaria, pues reitero, y conforme lo han señalado

los órganos judiciales, el empleado público, debe de saber previamente a un acto, si aquel es susceptible de sanción y cuál será su consecuencia. A este punto, también resalta a la luz, algunas dudas: ¿Si la ley señala agravantes a las acciones de los servidores, por qué excluye de su cuerpo legal los eximentes o atenuantes?.

Lamentablemente, pese a la reiterada jurisprudencia a nivel constitucional respecto de este tema, aproximadamente ya desde el año 2004, se crea la ley SERVIR, ley n°30057 y su reglamento, el año 2013, con casi las mismas falencias y estipulaciones genéricas del decreto legislativo n° 276 , sin demostrar progreso en la normativa de faltas sancionables . Y esto implica un desmedro total del avance que se hubiere podido tener a nivel jurisprudencial, pues algunas instituciones Públicas como INDECOPI (artículo 63), OSINERGMIN (artículo 48) ,PRESIDENCIA DE CONCEJO DE MINISTROS (artículo 57), etc, han creado sus reglamentos internos de servidores Civiles, remitiéndose a las faltas de la ley n° 30057 y su reglamento.

CAPITULO II : METODOLOGIA DE LA INVESTIGACION

DISEÑO DE LA INVESTIGACIÓN

Tipo: Básica; en la medida que la presente investigación, busca alertar y recomendar el cambio de la actual narración de faltas administrativas disciplinarias.

Nivel: Exploratoria, porque el problema no ha sido suficientemente estudiado.

Método: Lógico Deductivo, toda vez que, al realizar el marco teórico y su desarrollo jurisprudencial llegaremos al resultado planteado en la hipótesis.

Diseño: Observacional, se busca analizar el principio de tipicidad en los procedimientos administrativos disciplinarios y su tratamiento en el desarrollo jurisprudencial.

TÉCNICAS DE RECOPIACIÓN DE INFORMACIÓN

1. **Documental:** La cual tendrá como fuentes los libros y revistas de la especialidad, así como la investigación a nivel de internet.

INSTRUMENTOS DE RECOPIACIÓN DE INFORMACIÓN

1. Análisis documental: Se realizará a través de la revisión y análisis de libros y revistas sobre la materia a investigar así como la investigación a nivel de internet.
2. Análisis jurisprudencial: Recopilación y análisis de resoluciones resueltas en última Instancia judicial resueltas por la Primera Sala Constitucional y

Social de la Corte Suprema, el Tribunal Constitucional y resoluciones del SERVIR, como última instancia administrativa.

1.4. Técnicas e instrumentos de procesamiento y validez de información

Los instrumentos de recopilación de la información serán seleccionados, analizados, diseñados y aplicados, según corresponda, personalmente por la investigadora, por lo que se consideran válidos y fiables.

1.5. Procedimiento de Muestreo

No corresponde.

1.6. Aspectos éticos

Declaro bajo juramento que la investigadora ha citado las fuentes de información que utiliza y que la investigación que presenta es de su autoría.

CAPITULO III : RESULTADO

PROBLEMÁTICA ACTUAL DEL PRINCIPIO DE TIPICIDAD

La situación problemática actual respecto de este principio, ha encontrado reposo en delegar las sanciones administrativas a reglamentos que señalan las faltas en que

podieran incurrir los administrados, mismos que son redactados de manera deficiente o simplemente remiten al Decreto ley n° 276, al código de ética o ley servir. Encontrándose en ese sentido que éstas, constituyen el punto donde funcionarios y servidores públicos, pueden encontrar una salida legal y muy conveniente para sus intereses personales, menoscabando el interés común al amparo de un vacío legal o un reglamento deficiente.

Por otra parte, el legislador no ha mostrado interés en solucionar esta falta de tipicidad en el procedimiento administrativo sancionador, mucho menos es de interés de algunos servidores quienes gracias a su invocación, pueden ser absueltos por el ente sancionador y por jueces escrupulosos que aplican la ley a raja tabla.

Los abogados por nuestra parte, podremos afianzar nuestras posiciones en antecedentes, muy frecuentes que amparan este principio, ayudando a nuestros clientes a la absolución de los hechos realizados, pese a ser comprobada la realización de ellos, así como su autoría.

En contraparte, al no estar encontrarse regulada las faltas y sus consecuencias, un proceso administrativo disciplinario constituye una especie de caja de pandora, donde muchos administrados podrían encontrarse frente a injusticias, pues se adscriben a la discrecionalidad del ente sancionador, en donde , por citar un ejemplo, una falta podría ser símbolo de destitución para algunos, cuando para otro funcionario, símbolo de tan solo una llamada de atención, pues no es novedad, que cada persona tiene una escala distinta de valores , donde una falta podría ser más grave que otra o viceversa.

Resultando así, que un proceso administrativo disciplinario dependerá del talante y escala de valores del ente sancionador, como del juez competente, de las circunstancias y de las convicciones del mismo. Cuando muy por el contrario, la función principal de este principio es proteger la seguridad jurídica y la reducción de arbitrariedad y discrecionalidad en el juzgador.

FALTA DE ATENCION AL PRINCIPIO DE TIPICIDAD

Tenemos que este principio pilar del procedimiento administrativo sancionador, que ha encontrado reposo en la Constitución Política del Perú y en la ley n° 27444, principalmente, es un mandato que no ha sido profundamente tratado, a continuación analizaremos, hasta qué punto ha sido cumplido o simplemente se ha hecho caso omiso a este.

Es menester precisar, que si bien, podría resultar una utopía, la redacción exhaustiva de cada una de las conductas en que pudiera incurrir el servidor público, al menos se podría tener la consigna de que la misma sea óptima y posible. Teniendo en consideración, que la normatividad actual, para el cumplimiento de este principio, exige una doble manifestación:

1. La narración sobre cuáles conductas son consideradas como infracción administrativa disciplinaria.
2. Terminada esta, señalar cuál será su consecuencia, ya sea destitución, amonestación, suspensión, multa, etc.

A manera de ejemplo, tenemos que el código penal, en su misma atribución de ente sancionador del estado, tiene tipificadas cada uno de los delitos y faltas que pudiera incurrir cualquier ciudadano Peruano, deslindándose del problema actual que tiene el procedimiento administrativo sancionador, pues como podemos apreciar el mismo cuenta con un cuerpo de ley completo, referido solo a ello, esto es el código penal, donde cada uno de sus delitos y faltas, aparte de contener la redacción del acto contiene la consecuencia que la misma acarrearía. Vale recalcar, que pese a que ambas han tenido su origen en la potestad sancionadora del estado, no se han ido desarrollando de la misma manera, pues tenemos que el derecho penal tiene un compilado dedicado a la tipificación de delitos y faltas, en el derecho administrativo sancionador, tenemos artículos muy deficientemente redactados, que incluso son remisivos, no completándose el círculo de tipicidad que se requiere. Y mucho menos, han cuidado con cautela su consecuencia administrativa.

AUSENCIA DE TIPIFICACION LEGAL

Dada la exhaustividad, con la que nuestro Tribunal constitucional , principal interprete de la constitución, ha señalado que el principio de tipicidad debe ser cumplido, podemos recaer en la consecuencia que exista un vacío normativo, esto es, que no exista, tanto a nivel legal como reglamentario , la descripción de una conducta, pues la misma responde a la imposibilidad imaginativa que se tendría que exigir al legislador a fin de abarcar todas y cada una de las

conductas en que podría recaer un servidor o funcionario estatal, máxime, si se ha prohibido por analogía y el Tribunal Constitucional en su sentencia n° 2192-2004-AA/TC, ha prohibido todo tipo de sanción impuesta sustentada en estas disposiciones genéricas .

A manera de ejemplo, tenemos el expediente n° 00447-2012-0-2801-JM-CA-01, mediante el cual el demandante solicita la nulidad de las resoluciones administrativas , que lo sancionan con una multa ascendente a 5 UIT, se trata de un ex empleado contratado de la gerencia de proyectos y desarrollo agrícola, del Gobierno Regional de Moquegua, el cual mediante resolución de gerencia general n° 167-2011 (09.12.2011) se le sanciona por haber elaborado y firmado el expediente técnico del proyecto “Construcción De La Conducción Lateral Hacia La Pampa Jaguay Rinconada” estableciendo un caudal de 5.0m³/seg. Siendo que técnicamente era y es inviable el proyecto, pues no existe el recurso hídrico disponible para irrigar esta área ya que el d.s. 039-2004-s-ag establecía únicamente el caudal de 0.738 m³/seg, lo que ha causado un perjuicio económico al estado, ya que debido al informe mal elaborado, en su posterior construcción de dicho proyecto, genero un gasto de 31 millones de soles según la liquidación financiera practicada. En este estado, dado que a nivel legal, no existía ninguna previsión legal exhaustiva sobre lo acontecido, la administración sancionó al actor, utilizando la ley n° 27815, ley del código de ética de la función Pública, por incumplir los deberes de respeto, probidad, eficiencia, idoneidad, veracidad, lealtad, obediencia, justicia, equidad,

neutralidad, transparencia, discreción, ejercicio adecuado del cargo, el uso adecuado de los bienes del estado, la responsabilidad.

De la sentencia, emitida por el juzgado transitorio de trabajo de la corte superior de Justicia de Moquegua, se resolvió fundada su demanda, señalando: “ En el caso de autos se tiene que los referidos conceptos han sido enumerados, sin embargo no han sido determinados de manera específica sobre los hechos, pues la demandada se ha limitado a enunciarlos sin haber precisado su contenido vía referencia legal, ni tampoco referencia técnica, por lo que se tiene que se ha transgredido el principio de tipicidad y por tanto el debido proceso o debido procedimiento administrativo .“

INSUFICIENCIA DE LA TIPIFICACION LEGAL

En este sentido, recalamos la necesidad que tiene este principio de tipicidad en formular con total claridad las infracciones en su extensión de descripción de los elementos esenciales, si incumple con esto, se determina su insuficiencia.

Aquí surge el problema ¿Qué es lo esencial? ¿Que determina la narración exhaustiva de los hechos?, dada la complejidad del mismo, tanto como su subjetividad, corresponde a cada juez observar casuísticamente cada uno de los casos que lleguen a su despacho. Pero, el legislador debe de optimizar el mismo.

Por otra parte, también existirá deficiencia de tipificación, si cada una de las acciones determinadas, no especifica la sanción que acarrea cada acción. Y en ese sentido, deseo hacer énfasis, pues toda nuestra normatividad, si bien últimamente ha tenido un progreso en la narración de los hechos que acarrear una sanción administrativa, no ha señalado específicamente su sanción, dejando la misma en una subjetividad y arbitrariedad muy amplia.

Por ejemplo, la ley SERVIR, que desarrolla en su artículo 85 las faltas disciplinarias, no precisa su sanción, o coloca un margen muy amplio de discrecionalidad, veamos: “Artículo 85: Son faltas de carácter disciplinario que, según su gravedad, pueden ser sancionadas con suspensión temporal o con destitución, previo proceso administrativo: ...d) La negligencia en el desempeño de las funciones”...

Si nos ubicamos, en el caso citado anteriormente, de un servidor del Gobierno Regional de Moquegua, que a razón de firmar, refrendar un estudio técnico que estuvo mal elaborado, trajo como consecuencia la pérdida de 31 millones de soles.

Teniendo presente, que se sancionase a este servidor, por el artículo 85° de la ley SERVIR, nos quedaría dos opciones, según la norma: suspensión temporal o destitución. Habremos quienes pensemos que causó un enorme perjuicio económico al Gobierno Regional y decidamos elegir la destitución. Sin embargo, habrá juzgadores que pensarán que es una falta que no merece dicha

sanción, pues debió de refrendarse con otros estudios o considerar que no fue solo negligencia atribuible al actor, por lo que deciden una sanción de suspensión (¿Cuál sería el margen de días de suspensión?).

En ese estricto, observamos que las consecuencias son totalmente disímiles, que dejan muy abierta la discrecionalidad del juzgador, violando el principio de tipicidad, pues el mismo estipula que se debe saber a ciencia cierta la sanción que acarrearía su acto.

En este aspecto, cabe agregar que el Tribunal Constitucional, considera que este tipo de mandatos genéricos, son inconstitucionales, conforme lo precisa en el expediente N° 2192-2004- AA/TC : “6. En el presente caso, la resolución impugnada que establece la máxima sanción posible en vía administrativa, es decir, la destitución de los recurrentes, tiene como respaldo legal el artículo 28°, incisos a) y d) del Decreto Legislativo N.° 276, que establece que: “(...) son faltas de carácter disciplinarias que, según su gravedad, pueden ser sancionadas con cese temporal o con destitución, previo proceso administrativo: a) El incumplimiento de las normas establecidas en la presente ley y su reglamento; y d) La negligencia en el desempeño de las funciones”. 7. Este Tribunal considera que las dos disposiciones invocadas en la resolución que establece la destitución de sus puestos de trabajo de los recurrentes, son cláusulas de remisión que requieren, de parte de la administración municipal, el desarrollo de reglamentos normativos que permitan delimitar el ámbito de actuación de la

potestad sancionadora, debido al grado de indeterminación e imprecisión de las mismas; consecuentemente, la sanción impuesta sustentada en estas disposiciones genéricas es inconstitucional, por vulnerar el principio consagrado en el artículo 2,º inciso 24, literal d), de la Constitución, conforme a los criterios desarrollados en los fundamentos precedentes.”

TIPIFICACIONES EN BLANCO

En este punto, tenemos aquellas disposiciones que formalmente existen, pero que trasladados a la realidad, reservan discrecionalidad ilimitada al ente sancionador.

Nos encontramos ante aquellas disposiciones legales, que por su vaguedad y la generalidad del hecho que se considera ilícito, a la postre, el juzgador señalara la conducta omisiva así como su sanción. A esta parte el legislador, si bien legaliza la conducta, deja en sus manos a la autoridad administrativa la posibilidad de establecer la conducta omisiva a su libre arbitrio.

En este punto, se presenta como ejemplo el inciso a) del artículo 85 de la ley n° 30057 : “El incumplimiento de las normas establecidas en la presente ley y su reglamento”.

Apreciándose que la misma no contiene la conducta sancionable, si no que la coloca a libre albedrio del ente sancionador administrativo. Pues además el

mismo, no permite inferir un marco legal dentro del cual pueda actuar la autoridad administrativa.

CAPITULO IV : DISCUSION

GRADO DE PRECISION AL TIPIFICAR SANCIONES

Nieto (2005), a fin de ejemplificar lo difícil que podría resultar el cumplimiento a cabalidad de la tipificación exhaustiva, señala:

Para ilustrar lo que se está diciendo valga esta parábola que publique en el número 162 de la RAP , 2003, en una reseña del excelente libro de FERRERES COMELLA, en la que me permití parafrasear irónicamente una vieja controversia que parecía indefectiblemente en los libros alemanes de teoría general del derecho en la primera mitad del siglo XX. Controversia basada en un hecho real acaecido, al parecer, en una línea de ferrocarril de Prusia oriental, donde un revisor tenaz y un campesino cazurro se enzarzaron en un conflicto jurídico de más calado del que podía imaginarse. Es el caso que las ordenanzas del ferrocarril, habían establecido la prohibición de transportar “perros” y , como el revisor fuera a sancionar por ella al campesino, este se negó a pagar la multa alegando que el

animal que lo acompañaba era una “perra”, no comprendida por tanto en el texto literal de la norma. El juez – tan aferrado como los penalistas de ahora- al rigor del principio de la taxatividad y a la prohibición de analogías- dio la razón al viajero. Por lo que para evitar en el futuro estos hechos, hubo que modificar el reglamento, advirtiendo en una nueva redacción que la prohibición se extendía a “perros y perras”. A la semana siguiente se presentó de nuevo el desafiante campesino, con una animal de aspecto feroz y como se intentara multarle se excusó alegando que se tratara de un “lobo”. Vueltas a las mismas y por la sacralidad de los principios gano de nuevo el campesino, y hubo que modificar por segunda vez el reglamento, extendiendo ahora la prohibición a los “canidos de ambos sexos”. Pero unos días después se repitió la escena, aunque ahora a propósito de un oso que el campesino se empeñó en subir al vagón y que pudo hacerlo, como era pre visible. Puesto que no había prohibición alguna para estos animales, habida cuenta que los osos no pertenecen a la familia de los canidos. La compañía de ferrocarriles estaba desesperada pues no lograba dar con la redacción de un texto capaz de asegurar a los usuarios un viaje tranquilo. Decidió entonces cambiar de criterio y, vista la imposibilidad de incluir en sus ordenanzas a todas las especies, familias y razas de la escala zoológica, opto por fijarse en los elementos y bienes que intentaba proteger, prohibiendo a

tal fin la introducción de “animales que supusiesen peligros o molestias a los usuarios o pudieran infundir un temor saludable”. Prevención que valga decirlo, no pudo impedir el acto siguiente de esta tragicomedia jurídica, porque el campesino apreció un día con una pareja de hurones- animales de aspecto dulce, pero conocida mente más peligrosos que un perro o un osos domesticado- acurrucados en una sesta. Conminado la expulsión y multa por el revisor del tren, la reacción del provocador fue en parte defensiva (alego que los animales estaba n dormidos e iban bien vigilados, de tal manera que no podían asustar razonablemente a nadie) y en parte de ataque, ya que denunció a varios viajeros que portaban animales auténticamente molestos y peligrosos por contagios- piojos- concretamente, respecto de los cuales el inspector hacía de la vista gorda con menosprecio de la prohibición normativa. No hace falta imaginar el resultado de la siguiente escaramuza legal. El mismo juez que había venido dando la razón al campesino, al negarse a emplear la vitanda analogía, rechazó el texto de las nuevas ordenanzas imputando al tipo normativo de la infracción unas condiciones de vaguedad e imprecisión inadmisibles. La moraleja de esta parábola no puede ser más clara... (p.270)

Esta parábola, hasta cierto punto, resalta de manera algo jocosa, lo que puede llegar a ser un mandato exhaustivo de delimitación de conductas, vemos en este punto el Tribunal constitucional Peruano, así lo ha ordenado, eliminando narraciones con todo tipo de ambigüedades, oscuridad al momento de leer la norma y con el agregado que se ha dispuesto que dicho mandato, debe ser entendido por cualquier ciudadano. Este mandato puede resultar una regla algo peligrosa, pues conllevaría a dos extremos; la sobre e infra tipificación, por un extremo, el deseo de querer abarcar las máximas conductas posibles y por el otro, no tipificar muchos actos dejando de lado infracciones que deberían de ser sancionadas.

A este punto, podemos observar como la Corte Suprema de la República del Perú, se ha mostrado más asequible a reducirle la exigencia a este principio, en su casación n° 8627-2012, que precisa : “Décimo Noveno.- Finalmente debemos señalar, que si bien la infracción imputada al actor estuvo sustentada en un tipo abierto (notoria conducta irregular, que menoscaba el decoro y respetabilidad del cargo), contemplado en el artículo 201° inciso 6) de la referida Ley, también lo es, que la Administración cumplió con objetivizar y sustentar la subsunción de la conducta atribuida al actor con la descrita en dicha norma, en base a criterios lógicos y funcionales que el cargo de Juez exige, desprendiéndose con claridad que el ejercicio de dicho cargo exige una conducta intachable, una buena imagen frente a los usuarios de la administración de justicia, los trabajadores y demás Magistrados; contrario sensu toda conducta notoria que menoscabe la buena imagen y conducta intachable de que debe mantener un Magistrado, constituye una conducta irregular que agravia el decoro y respetabilidad de

dicho cargo. Por lo que, se puede concluir que en el procedimiento administrativo si se cumplió con aplicar debidamente el principio de tipicidad”.

En este sentido, la Corte Suprema, concuerda con Nieto (2015), cuando señala:

La descripción rigurosa y perfecta de la infracción es, salvo excepciones, prácticamente imposible. El detallismo del tipo tiene sus límites. Las exigencias maximalistas, solo conducen, por tanto a la parálisis normativa o a la nulidad de buena parte de las disposiciones sancionadoras existentes o por dictar. De aquí que la doctrina alemana se contente, como ya sabemos, con la simple exigencia de la “mayor precisión posible”. (p.270)

A esta parte, la autora concuerda con Nieto, pues ningún extremo es bueno, no obstante ello, la normatividad Peruana, respecto al proceso administrativo disciplinario, debería de realizar mejores esfuerzos a manera de codificar las faltas administrativas, ya sea, creando un código de faltas o como la ley n° 27785 y su reglamento, que rige el proceso administrativo por responsabilidad funcional.

CONCLUSIONES

- a) Primero: El principio de tipicidad, tiene un alcance muy diferente en el Derecho Administrativo Sancionador y el Derecho penal, la segunda, muy altamente desarrollada en comparación con la primera, no obstante ello, tanto la ley, la doctrina y la jurisprudencia, colocan a ambas ramas en igualdad, siendo estrictas para ambas actuando con rigorismos formales (una tipicidad exhaustiva) que no benefician ni a los intereses públicos, ni la potestad sancionadora disciplinaria del empleador.

- b) Segundo: Los reglamentos internos de los Servidores civiles, siempre contienen un capítulo dedicado a estipular las faltas de los mismos, así como en articulado aparte, las sanciones. Pero, en cambio, es poco frecuente que dicho correlato sea exhaustivo, remitiéndose a la ley n° 30057, de tal manera que quedan supuestos sin tipificar.

- c) Tercero: Al quedar supuestos (faltas de los administrados) sin tipificar, permiten la impunidad de actos socialmente reprochables, contrario sensu, existen también faltas que pudieran acarrear injustas y desmedidas sanciones.

RECOMENDACIONES

- a) La normatividad Peruana, respecto al proceso administrativo disciplinario, debería de realizar mejores esfuerzos a manera de codificar las faltas administrativas, ya sea, mediante un código de faltas o como la ley n° 27785 y su reglamento, que rige el proceso administrativo por responsabilidad funcional .
- b) A esta parte, se presenta como ejemplo al proceso sancionador funcional, vigilado por la Contraloría General de la Republica, donde podremos apreciar, la observancia a este mandato, en la ley n° 27785 modificada por la ley n° 29622 y en su reglamento aprobado por el decreto supremo n° 023-2011-PCM, donde se precisa tanto la acción como su sanción:

“ANEXO CUADRO DE INFRACCIONES Y SANCIONES APLICABLES POR
RESPONSABILIDAD ADMINISTRATIVA FUNCIONAL”

FALTA:
Incumplir las normas que regulan el acceso a la función pública, o, en general, el acceso a las entidades y órganos que, bajo cualquier denominación, forman parte del Estado, incluyendo aquellas que conforman la actividad empresarial del Estado y las Fuerzas Armadas y Policía Nacional del Perú, sea en beneficio propio o de terceros.
CALIFICACION: GRAVE

SANCION: Suspensión temporal en el ejercicio de las funciones, no menor de 180 ni mayor de 360 días, o inhabilitación no menor de 1 ni mayor de 2 años.

Vale precisar, que este reglamento contiene un conglomerado de faltas que precisan el acto impugnado así como su sanción, que no corresponde desarrollar en esta tesis. Solo precisar que, en otra sub rama del derecho administrativo sancionador, ya se ha previsto dicha deficiencia y se ha suplido la misma, evadiendo así algún tipo de problema que podría causar a nivel jurisdiccional el respeto al principio de tipicidad.

FUENTES DE LA INFORMACION

1. Referencias bibliográficas

- Retamozo Linares, Alberto (2015). Procedimiento administrativo sancionador por responsabilidad administrativa disciplinaria y funcional. Lima. Gaceta Jurídica S.A.

- Morón Urbina, Juan Carlos (2007) Comentarios a la nueva ley del Procedimiento administrativo general . Lima. Gaceta Jurídica S.A.

- Morón Urbina, Juan Carlos (2015) Comentarios a la ley del Procedimiento administrativo general . Lima. Gaceta Jurídica S.A.

- Morón Urbina, Juan Carlos (2017) Comentarios a la ley del Procedimiento administrativo general . Lima. Gaceta Jurídica S.A.

- Morante Guerrero, Luis (2014) El funcionario público en el procedimiento administrativo sancionador .Lima. Instituto Pacifico S.A.C.

- Cervantes Anaya, Dante A. (2013) Manual de derecho administrativo .Lima. Editorial Rhodas S.A.C.

- Gomez Tomillo, Manuel y Sanz Rubiales Iñigo (2013) Derecho administrativo Sancionador – Parte general. Navarra. Editorial Aranzadi S.A.

- Nieto Garcia, Alejandro (2012) Derecho administrativo sancionador. Madrid. Grupo Anaya S.A.

- Guzmán Napuri, Christian (2013), Manual Del Procedimiento Administrativo General, Lima, Pacifico Editores.

- Guzman Napuri, Christian (2004). La administración Pública y el Procedimiento Administrativo General. Lima, Ara Editores EIRL.

- Nieto García, Alejandro (2011) Derecho Administrativo Sancionador, Madrid, Editorial Tecnos (Grupo Anaya S.A.).

- Jara Bautista, Jose Luis (2016) Derecho Administrativo Disciplinario en el marco de la Ley del Servicio Civil – Ley n° 30057 , Lima, Grupo Editorial Lex & Iuris.

- Bacigalupo, Mariano (1997) La discrecionalidad Administrativa, Madrid, ediciones Jurídicas y Sociales, S.A.

- DROMI, Roberto (1986) El Procedimiento Administrativo ,Madrid, Instituto de Estudios de Administración Local.

- Morón Urbina, Juan Carlos “LOS PRINCIPIOS DELIMITADORES DE LA POTESTAD SANCIONADORA DE LA ADMINISTRACION PÚBLICA EN LA LEY PERUANA” *Advocatus* N° 13, 2005. Disponible en: https://www.mpfm.gob.pe/escuela/contenido/actividades/docs/2271_los_principios_de_la_potestad_sancionadora_de_la_administracion_en_la_ley_peruana.pdf.

- Gómez Pavajeau, Carlos Arturo (2007) Elementos y propuestas para el control contencioso Administrativo de la Actividad Disciplinaria, Colección de derecho Disciplinario, Bogotá- Colombia, Procuraduría General de la Nación e Instituto de Estudios del Ministerio Público-IEMP.

- Rebollo Puig, Manuel; Izquierdo Carrasco, Manuel; Alarcón Sotomayor, Lucía; Bueno Armijo, Antonio M.a (2010) Derecho Administrativo Sancionador, Valladolid – España, Lex Nova S.A.U.

- Alarcón Sotomayor, Lucia; Gómez Tomillo, Manuel; Rebollo Puig, Manuel; Tirado Barrera, José A.; Jara Bautista, José L., Santy Cabrera, Luiggi V., Rojas Montoya, Nakin García Caveró, Percy (2017) Lima, Instituto Pacifico S.A.C.

2. Referencias electrónicas

- Tribunal constitucional del Perú (jurisprudencia) <http://www.tc.gob.pe/tc/>
- Poder Judicial del Perú (jurisprudencia) http://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/CorteSuprema/s_cortes_suprema_home/as_Inicio/.
- Autoridad Nacional del Servicio Civil (resoluciones) <https://www.servir.gob.pe/>