



**FACULTAD DE DERECHO
UNIDAD DE POSGRADO**

**EL PRINCIPIO DE RESPONSABILIDAD EN EL
DERECHO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR**

**PRESENTADA POR
LUIS MIGUEL FACUNDO NIÑO DE GUZMÁN**

**ASESOR
EDUARDO EMILIO HERNANDO NIETO**

TESIS

PARA OPTAR EL GRADO ACADÉMICO DE DOCTOR EN DERECHO

**LIMA – PERÚ
2021**



CC BY-NC-ND

Reconocimiento – No comercial – Sin obra derivada

El autor 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/>



POSGRADO DE LA FACULTAD DE DERECHO

**“EL PRINCIPIO DE RESPONSABILIDAD EN EL DERECHO
ADMINISTRATIVO SANCIONADOR”**

TESIS PARA OPTAR EL GRADO ACADEMICO DE
DOCTOR EN DERECHO

PRESENTADA POR:

Mag. LUIS MIGUEL FACUNDO NIÑO DE GUZMÁN

ASESOR:

DR. EDUARDO EMILIO HERNANDO NIETO

LIMA, PERU

2021

**“EL PRINCIPIO DE RESPONSABILIDAD EN EL DERECHO
ADMINISTRATIVO SANCIONADOR”**

ASESOR: DR. EDUARDO EMILIO HERNANDO NIETO

Dedicado:

A dios por la fortaleza y paciencia que me da para superar cada adversidad y sacar lo mejor de mi.

A Evelyn mí amada compañera de vida y apoyo en los retos que me ha presentado la vida, ya que su amor, comprensión y aliento, han sido mi motivación para hacer posible que este trabajo salga a la luz.

Agradecimiento:

A mis amados padre y madre, por la gran labor de inculcarme, la excelencia academica que hoy puede ver sus primeros frutos.

A mi familia por el amor y confianza que tienen en mí.

INDICE

	Pág.
Portada	01
Título	02
Asesor	03
Dedicatoria	04
Agradecimiento	05
INDICE	06-11
INTRODUCCION	12
TITULO I: MARCO TEÓRICO Y METODOLOGÍA DE LA INVESTIGACIÓN	
I. CAPITULO I PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA	
1.1 Descripción de la situación problemática	13-15
1.2 Formulación del problema	16
1.2.1 Problema General	16
1.2.2 Problemas Específicos	16
1.3 Objetivos de la investigación	17
1.3.1 Objetivo general	17
1.3.2 Objetivos específicos	17
1.4 Justificación de la investigación	18
1.4.1 Importancia de la investigación	18
1.4.2 Viabilidad de la investigación	19
1.5 Limitaciones del estudio	20
II. CAPITULO II MARCO TEORICO	
2.1 Antecedentes de la Investigación	21-23
2.2 Bases teóricas	24-25
2.3 Definiciones de términos básicos	26-27
III. CAPITULO III HIPOTESIS	
3.1 Formulación de la Hipótesis principal	28
3.2 Formulación de las Hipótesis específicas	28
IV. CAPITULO IV METODOLOGIA	
4.1 Diseño metodológico	29-30
4.2 Procedimiento de muestreo	30
4.3 Aspectos éticos	31

TITULO II: INFORME DE INVESTIGACION

CAPITULO I. FILOSOFIA Y TEORIA GENERAL DEL DERECHO

1.1	Teorías de Justicia	32
1.1.1	Importancia	32
1.1.2	Justicia Legal	33
1.1.3	Justicia Distributiva	33
1.1.4	Justicia Conmutativa	33-34
1.1.5	Justicia para el Utilitarismo	34
1.1.6	Justicia para la Teoría Liberal Moderna	34
1.1.7	Justicia para la Teoría Crítica	34-35
1.2	Modelo de Corrientes o Escuelas Jurídicas	35
1.2.1	Ius Naturalismo	35-36
1.2.2	Ius Positivismo	36-37
1.2.3	No Positivismo	37
1.3	Teoría General del Derecho: Reglas y Principios	38
1.3.1	Tesis de Ronald Dworkin	38-39
1.3.2	Tesis de Robert Alexy	39-40
1.3.3	Tesis de Joseph Raz	40
1.3.4	Tesis de Aulis Aarnio	41-42
1.3.5	Tesis de Humberto Ávila	41-42
1.3.6	Tesis de Manuel Atienza	42-43
1.3.7	Tesis de la Derrotabilidad de las Normas	43-44

CAPITULO II. TEORIA CONSTITUCIONAL, ESTADO Y ECONOMICA

2.1	Modelos de Estado	45
2.1.1	Estado Liberal de Derecho	45-46
2.1.2	Estado Social de Derecho	46-47
2.1.3	Estado Social y Democrático de Derecho	47-48
2.2	Modelo de Economía	48
2.2.1	Economía Liberal o de Libre Mercado	48-49
2.2.2	Economía de Administración Centralizada	49-50
2.2.3	Economía Social de Mercado	50-51
2.2.3.1	Constitución Económica	51
2.2.3.2	Concepto	51
2.2.3.3	Principios	52-53
2.3	Derechos Fundamentales	53
2.3.1	Situación Problemática: Derechos Humanos, Derechos Fundamentales y Derechos Constitucionales	53-55
2.3.2	Relación con los Derechos Humanos	56- 70
2.3.3	Relación con los Derechos Constitucionales en la Constitución Política del Perú de 1993	70- 74
2.3.4	Titularidad de Derechos de las Personas Jurídicas	74- 81

2.3.5	Teoría de Derechos Fundamentales	81-82
2.3.6	Estructura de Derechos Fundamentales	82-83
2.3.7	Derechos Fundamentales en el Derecho Sancionador	83-84
2.3.7.1	Debido Proceso	83
2.3.7.2	Derecho de Defensa	84
2.3.7.3	Principio de Presunción de Inocencia	84-85
2.3.7.4	Principio de Legalidad	85-86
2.3.7.5	Principio de Culpabilidad	86-88
2.4	Ponderación	88
2.4.1	Conceptos Preliminares	88
2.4.1.1	Conflicto entre Reglas	88-89
2.4.1.2	Colisión entre Principios	89-90
2.4.1.3	Derechos Fundamentales como Principios y sus Límites	90-91
2.4.1.4	Principio de Proporcionalidad	92-97
2.4.2	Estructura de la Ponderación	97
2.4.2.1	Ley de Ponderación	97
2.4.2.2	Formula del Peso	97-99
2.4.2.3	Cargas Argumentativas	99
2.4.3	Límites de la Ponderación	100
2.4.3.1	Criticas Preliminares	100-101
2.4.3.2	Límites Materiales	101
2.4.3.3	Límites Epistémicos	101
2.4.3.4	Principios Formales y su Rol en las Decisiones Autoritativas	102-103

CAPITULO III. DERECHO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR

3.1	Determinación del Derecho Administrativo Sancionador como Disciplina Jurídica Autónoma	104
3.1.1	Definición de Derecho Administrativo Sancionador	104-105
3.1.2	Relación con otras disciplinas	105
3.1.2.1	Relación con el Derecho Civil	105
3.1.2.2	Relación con el Derecho Penal	105 -108
3.1.3	Autonomía del Derecho Administrativo Sancionador	108-112
3.2	Responsabilidad en el marco del Derecho Administrativo Sancionador	112
3.2.1	Tipos de Responsabilidad Administrativa	112
3.2.2	Responsabilidad Solidaria	112-114
3.2.3	Responsabilidad en el caso de Personas Jurídicas	114-117
3.3	Neurociencia y su implicancia en el Derecho Administrativo Sancionador	117
3.3.1	Determinismo e Indeterminismo	117-118
3.3.2	Axioma de Libertad y su influencia en el Derecho Sancionador	118-119
3.3.3	Neurociencia y su influencia en el Derecho Sancionador a través de axioma de Libertad	120

3.3.4	Presunción de Libertad como respuesta del Derecho Administrativo Sancionador a la Neurociencia	120-122
3.4	Análisis Económico del Derecho Administrativo Sancionador	122
3.4.1	Mercado en el Derecho Administrativo Sancionador	122
3.4.1.1	Mercado Perfecto	122
3.4.1.2	Fallas de Mercado	122-123
3.4.1.3	Externalidades	123
3.4.1.4	Corrección de Fallas de Mercado a través del Derecho Administrativo Sancionador	123-125
3.4.2	Rankings Económicos y Derecho Administrativo Sancionador	125-130
CAPITULO IV PRINCIPIO DE CULPABILIDAD EN EL DERECHO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR		
4.1	Conceptos Preliminares	131
4.1.1	Alcances del Principio de Culpabilidad	131-132
4.2	Principio de Culpabilidad en el marco de la Filosofía del Derecho	132
4.2.1	Principio de Culpabilidad y Responsabilidad Subjetiva en el marco de las Teorías de Justicia	132
4.2.2	Responsabilidad Objetiva en el marco de las Teorías de Justicia	132-133
4.3	Principio de Culpabilidad y Responsabilidad Subjetiva en la Teoría General del Derecho	133
4.3.1	Culpabilidad como Regla o Principio	133
4.3.2	Responsabilidad Subjetiva como Regla o Principio	133
4.3.3	Posición personal	133-134
4.4	Principio de Culpabilidad y Responsabilidad Subjetiva en la Jerarquía Normativa y Tipos de Derechos: Importancia de Determinar si es un Derecho Humano, Fundamental, Constitucional o Legal	134-135
4.5	Análisis Económico de la responsabilidad subjetiva y objetiva administrativa	136
4.5.1	Análisis de Variables Económicas a los tipos de responsabilidad administrativa	136-141
4.5.2	Teoría de los Juegos aplicada a los tipos de responsabilidad administrativa	141-142
4.5.3	Óptimo de Pareto respecto a los tipos de responsabilidad administrativa	142
4.6	Evolución Histórica del Principio de Culpabilidad y responsabilidad administrativa en el derecho administrativo sancionador peruano	143
4.6.1	Decreto Supremo N° 006-67-SC (1967)	143
4.6.2	Decreto Ley N° 26111 (1992)	143-144
4.6.3	Decreto Supremo N°002-94-JUS (1994)	144
4.6.4	Ley N ° 27444 (2001)	144

4.6.5	Decreto Legislativo N° 1029 (2008)	145
4.6.6	Decreto Legislativo N° 1272 (2016)	145
4.7	Doctrina y Jurisprudencia Nacional: Principio de Culpabilidad y responsabilidad administrativa	146
4.7.1	Doctrina Nacional sobre la aplicación del Principio de Culpabilidad y Responsabilidad Administrativa	146-149
4.7.2	Jurisprudencia Nacional sobre la aplicación Principio de Culpabilidad y responsabilidad administrativa	149-156
4.8	Procedimiento Administrativo Especiales: Principio de Culpabilidad y responsabilidad administrativa	157
4.8.1	Responsabilidad administrativa en procedimientos administrativos sancionadores instaurados por OEFA	157
4.8.2	Responsabilidad administrativa en procedimientos administrativos sancionadores instaurados por OSINFOR	157-158
4.8.3	Responsabilidad administrativa en procedimientos administrativos sancionadores instaurados en MATERIA TRIBUTARIA	158
4.8.4	Responsabilidad administrativa en procedimientos administrativos sancionadores instaurados por OSINERGMIN	159-160
4.8.5	Responsabilidad administrativa en procedimientos administrativos sancionadores instaurados por datos personales (MINJUS)	160
4.8.6	Responsabilidad administrativa en procedimientos administrativos sancionadores instaurados por comunicaciones malintencionadas(MTC)	161
4.8.7	Responsabilidad administrativa en procedimientos administrativos sancionadores instaurados por SUNAFIL	161
4.8.8	Responsabilidad administrativa en procedimientos administrativos sancionadores por responsabilidad funcional instaurados por CGR	162-163
4.8.9	Responsabilidad administrativa en procedimientos administrativos sancionadores instaurados por INDECOPI	163
4.8.10	Responsabilidad administrativa en procedimientos administrativos sancionadores instaurados por OSCE	164-165
4.8.11	Responsabilidad administrativa en procedimientos administrativos sancionadores instaurados por SBS	165-166
4.8.12	Responsabilidad administrativa en procedimientos administrativos sancionadores instaurados por SUTRAN	166
4.8.13	Responsabilidad administrativa en procedimientos administrativos sancionadores instaurados por SUCAMEC	167
4.8.14	Responsabilidad administrativa en procedimientos administrativos sancionadores instaurados por otros reguladores (SUNASS, OSITRAN, OSIPTEL, SUSSALUD y SUNEDU)	168
4.8.15	Responsabilidad administrativa en procedimientos administrativos sancionadores instaurados en el marco de la emergencia sanitaria del Covid-19	168-170

4.9	Derecho Comparado: Principio de Culpabilidad y responsabilidad administrativa en el derecho administrativo sancionador	171
4.9.1	DERECHO COMUNITARIO EUROPEO	171-173
4.9.2	CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (CIDH)	173-175
4.9.3	ESPAÑA	175-176
4.9.4	ALEMANIA	176-177
4.9.5	COLOMBIA	177-178
4.9.6	ECUADOR	179
4.10	Nuevos Paradigmas de Responsabilidad Administrativa en el Derecho Administrativo Sancionador	180
4.10.1	Propuesta de reconceptualización del Principio de Culpabilidad y Responsabilidad Subjetiva en el Derecho Administrativo Sancionador: Principio de Responsabilidad en el Derecho Administrativo Sancionador	180-183
4.10.2	Criterios para establecer responsabilidad subjetiva	184
4.10.3	Criterios para establecer responsabilidad objetiva y sus límites formales y materiales	185-189
	CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES	187-189
	BIBLIOGRAFIA	190-195

INTRODUCCIÓN

El Derecho Constitucional constituye una de las ramas del derecho poco comprendidas y más polémicas, pues es donde se da un mayor grado de interpretación y posiblemente donde se puede dar mayores conceptos indeterminados, pero que tiene implicancia en todas las áreas del derecho, mas aun cuando existen multiples operadores que lo interpretaran, y en especial el *hiperactivismo judicial* que es cuando los jueces en aras de corregir situaciones terminan invadiendo fueros determinados a otros poderes, convirtiéndose en legisladores, siendo que dicho temor se manifestó en el debate sobre el *Guardian de la Constitucion* hecho entre Schmitt y Kelsen, cuando Schmitt critico la posición de Kelsen de dotar al juez la facultad de interperatar mas alla de los limites establecidos por la ley, pues dicha posición desvanecería de manera efectiva el *Principio de Separación de Poderes*, al permitir que el juez quiera ejercer funciones legislativas por las que no esta autorizado.

Al respecto, uno de sus pilares de protección del derecho constitucional constituye los derechos fundamentales, surgiendo primero de protección contra el abuso de los poderes públicos; y posteriormente como la del *efecto de irradiación* mediante la cual, dichos derechos irradian al resto del ordenamiento, no existiendo a partir de ese momento zonas exentas de control constitucional.

El Principio de Culpabilidad en Sede Administrativa, a través de la responsabilidad administrativa en los procedimientos administrativos sancionadores, constituye el Tema de Investigación en torno a la cual iniciare el desarrollo del presente trabajo de investigación, para lograr la incorporación de una línea de pensamiento jurídico a través del principio de responsabilidad, generando la compatibilidad de la responsabilidad objetiva y subjetiva, y con ello buscar un equilibrio entre garantismo de los administrados y una eficaz protección a la sociedad, mas aun cuando existe un vacio en su estudio que podría convertir en real los temores del hiperactivismo judicial a través de la nulidad de los procedimientos administrativos.

TÍTULO I: MARCO TEÓRICO Y METODOLOGÍA DE LA INVESTIGACIÓN

I. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

1.1 Descripción de la situación problemática

La Unidad del Derecho Sancionador o *Ius Puniendi*, implica que tanto el Derecho Penal como el Derecho Administrativo Sancionador son sus manifestaciones, en ese sentido propugna la aplicación de principios comunes a todas sus manifestaciones, sin perjuicio de que la exigencia de los mismos puede ser modulada, siendo más intensa su exigencia en el Derecho Penal por estar en juego la libertad personal, pudiendo ser aplicados dichos principios con matices en el Derecho Administrativo Sancionador.

El Principio de Culpabilidad, como uno de los principios del derecho sancionador, nos indica como uno de sus contenidos, la aplicación de la responsabilidad subjetiva, es decir que la responsabilidad imputada al sujeto que realizó el hecho dañoso solo podrá ser determinada si se cometió en calidad de dolo o culpa, proscribiendo cualquier tipo de responsabilidad objetiva, y allí radica su importancia pues constituye un límite a la potestad sancionadora del Estado, por lo que en aplicación a la unidad del derecho sancionador, dicho principio debería ser aplicado con matices en el derecho administrativo sancionador.

Complementariamente, si partimos en considerar al principio de culpabilidad como un *derecho fundamental*, en aplicación al efecto de irradiación dicho principio debería ser aplicado al ordenamiento jurídico, o si no se le otorgase el carácter de derecho fundamental y solo se le diera *rango constitucional*, por la fuerza normativa de la Constitución sería aplicable al resto del ordenamiento jurídico; todo ello llevaría a la exigencia constitucional de aplicar el principio de culpabilidad al derecho administrativo sancionador.

Lo antes mencionado no ha sido establecido de manera indubitable e uniforme, generando conflictos entre la doctrina, jurisprudencia y la norma, por un lado desde la promulgación de la Ley N° 27444-Ley del Procedimiento Administrativo General,

no se le reconoció expresamente y solo se reconoció el principio de causalidad, siendo interpretado en un primer momento por parte de la doctrina como título habilitante de la aplicación de la responsabilidad objetiva, lo cual fue reforzado cuando se modificó la norma y se consideró la intencionalidad solo como factor para determinar la sanción mas no para determinar la responsabilidad, lo cual fue desarrollado en ese sentido por las diferentes normas sectoriales y aplicado por los operadores jurídicos, sin embargo el Tribunal Constitucional fue el que introdujo jurisprudencialmente el principio de culpabilidad al derecho administrativo sancionador, con la exigencia del dolo o culpa y la proscripción de la responsabilidad objetiva, siendo dicha posición apoyada por otro sector de la doctrina.

Sin embargo, el escenario normativo cambio con la promulgación del Decreto Legislativo N° 1272, mediante la cual por primera vez introdujo normativamente el principio de culpabilidad, pero con una salida pragmática, ya que se le reconoció sin la proscripción de la responsabilidad objetiva, más bien habilitaba la misma cuando esta sea establecida por Ley o Decreto Legislativo, sin ningún requisito o criterio adicional.

En ese sentido, a pesar de haberse establecido normativamente el principio de culpabilidad sin proscripción de responsabilidad objetiva en el derecho administrativo sancionador, al solo ser una salida pragmática de la problemática antes descrita, no tendría la suficiente solidez académica, más aun cuando jurisprudencialmente el Tribunal Constitucional, en calidad de máximo intérprete de la Constitución ha asumido la tesis contraria es decir el principio de culpabilidad con proscripción de responsabilidad objetiva, pudiéndose generar un vicio de constitucionalidad y nulidad de los procedimientos que sancionen sobre la base de dicha norma.

En ese sentido considero, que es necesario circunscribir la problemática al ámbito administrativo sancionador, ya que la presente propuesta permitiría una convivencia entre la responsabilidad subjetiva y objetiva, lo cual pasa por un cambio del prisma

filosófico que ha sustentado el principio de culpabilidad, a fin de su reconceptualización y aplicación al derecho sancionador.

Habiéndose establecido la realidad jurídica social y circunscrito la situación problemática, es necesario establecer un nuevo prisma filosófico para la aplicación del principio de culpabilidad en el derecho administrativo sancionador y por ende el cambio de paradigma al momento de establecer la responsabilidad administrativa, por lo que afín de cumplir la exigencia de una tesis doctoral se analizará diversos puntos de vista teóricos y prácticos, tales como su naturaleza de *derecho fundamental y/o constitucional*, su naturaleza de *regla o principio*, las *teorías de justicia* que subyacen o la fundamentan, *análisis económico del derecho*, implicancias de la *neurociencia* en el derecho administrativo sancionador, así como analizar las intersecciones entre *teoría política, economía y Derecho Administrativo Sancionador*, entre otros aspectos de carácter *multidisciplinario*.

1.2 Formulación del problema

1.2.1 Problema General

¿PARTIENDO DE LA EXISTENCIA DEL PRINCIPIO DE CULPABILIDAD, COMO PODRÍA COMPATIBILIZARSE LA RESPONSABILIDAD SUBJETIVA Y RESPONSABILIDAD OBJETIVA EN EL DERECHO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR?

1.2.2 Problemas Específicos

¿Cuál es la jerarquía normativa del “Principio de Culpabilidad” (derecho humano, derecho fundamental, derecho constitucional o un derecho legal), y de corresponder el tipo de norma (principio o regla), desde la teoría general del derecho?

¿Cuáles son las teorías de justicia que inspirarían la responsabilidad subjetiva y objetiva en el derecho administrativo sancionador, a fin de determinar el prisma filosófico que subyace detrás de ellas, desde la filosofía del derecho?

¿Cuál es el impacto del establecimiento de responsabilidad subjetiva u objetiva, en la eficiencia normativa del derecho administrativo sancionador, desde el análisis económico del derecho?

¿Cuáles son las implicancias de la implantación jurídica de la responsabilidad subjetiva y objetiva en el derecho administrativo sancionador, en el marco institucional peruano, desde la comparación jurídica?

¿Cuál es el impacto de la neurociencia en el derecho administrativo sancionador por el reconocimiento del principio de culpabilidad en dicho ámbito?

¿Cuáles son los criterios para establecer la responsabilidad subjetiva y objetiva, y su aplicación en el caso de personas jurídicas en el derecho administrativo sancionador?

1.3 Objetivos de la investigación

1.3.1 Objetivo general

Proponer una nueva línea de pensamiento jurídico, que incorpore el principio de responsabilidad en el derecho administrativo sancionador, a fin de que permita romper el paradigma de la proscripción de la responsabilidad objetiva en el derecho administrativo sancionador.

1.3.2 Objetivos específicos

Determinar la jerarquía normativa del “Principio de Culpabilidad” (derecho humano, derecho fundamental, derecho constitucional o un derecho legal), y de corresponder el tipo de norma (principio o regla).

Establecer las teorías de justicia que inspirarían la responsabilidad subjetiva y objetiva en el derecho administrativo sancionador, a fin de determinar el prisma filosófico que subyace detrás de ellas.

Determinar el impacto del establecimiento de responsabilidad subjetiva u objetiva, en la eficiencia normativa del derecho administrativo sancionador.

Determinar las implicancias de la implantación jurídica de la responsabilidad subjetiva y objetiva en el derecho administrativo sancionador, en el marco institucional peruano, desde la comparación jurídica.

Determinar el impacto de la neurociencia en el derecho administrativo sancionador.

Proponer criterios para la aplicación de la responsabilidad subjetiva y objetiva, y su aplicación en el caso de personas jurídicas, en el derecho administrativo sancionador.

1.4 Justificación de la investigación

1.4.1 Importancia de la investigación

En el Derecho Administrativo Sancionador, se presenta una situación de incertidumbre respecto a cómo aplicar el principio de culpabilidad en sus procedimientos administrativos sancionadores, ya que se siente como un cuerpo extraño al haber aplicado de manera predominante la responsabilidad objetiva, siendo que nos llevaría a que por la incomprensión de la misma al haberse establecido como único requisito para establecer la responsabilidad objetiva una Ley o Decreto Legislativo, todas las Administraciones le resulte mas comodo implantar un tipo de responsabilidad objetiva, desnaturalizando la reforma de incorporar el principio de culpabilidad y el establecimiento como regla general de la responsabilidad subjetiva, siendo necesario determinar un nuevo prisma filosófico para la aplicación del principio de culpabilidad en el derecho administrativo sancionador, generando predictibilidad en los procedimientos administrativos sancionadores, siendo que una posición eminentemente pragmática no podría solucionarla; asimismo como punto relevante ante la nueva realidad sociológica que es la Sociedad de Riesgo, es necesario imputar responsabilidad administrativa a la persona jurídica.

Por lo que el presente trabajo, constituye un primer debate respecto a las implicancias del principio de culpabilidad en los procedimientos administrativos sancionadores.

Asimismo, se espera que la presente investigación jurídica, ante la falta de un criterio unitario y sistémico en la legislación y doctrina nacional, sirva de marco teórico para dotar a los operadores del Derecho en la áreas de docencia, ejercicio de la jurisdicción y defensa, un nuevo paradigma respecto a la responsabilidad administrativa sancionadora.

1.4.2 Viabilidad de la investigación

Para la investigación se dispone los recursos económicos, contando con un presupuesto adecuado, asimismo habiéndose realizado una búsqueda explorativa de información, se evidencia que se cuenta con recursos materiales suficientes (bibliografía), para poder empezar la presente investigación.

Complementariamente, la tesis se encuentra acorde con las líneas de investigación establecidas en las líneas de investigación establecidas en la Resolución Rectoral N° 298-2019-CU-R-USMP, al buscar generar predictibilidad en los procedimientos administrativos sancionadores, mejorando la confianza de los agente que intervienen en dicho mercado, lo cual es acorde con las líneas de investigación vinculada a la *“Problemas constitucionales, vigencia derechos humanos, problemática jurídica de la gestión pública y reforma del Estado”*; ya que al buscar generar predictibilidad en los procedimientos administrativos sancionadores, optimizararia dichos procedimiento, lo cual conllevaría a mejorar la confianza entre la relación Estado-ciudadano; asimismo al tener implicancias en mercados regulados consumidor, entre otros, es acorde con la línea de investigación vinculada a *“Fenomenología jurídica de las corporaciones y personas jurídicas; y problemática jurídica de los sistemas regulatorios de servicios públicos, defensa del consumidor, libre competencia y propiedad intelectual”*, ya que la predictibilidad generaría eficiencia normativa, la cual se mejoraria la competencia de dichos mercados, siendo el derecho administrativo sancionador un elemento que alinearía los objetivos del sistema regulatorio de dichos mercados, reduciendo sus externalidades y generando mayor confianza a los inversionistas.

Por lo que considero que la viabilidad del trabajo de investigación se encuentra justificada.

1.5 Limitaciones del estudio

Dentro de las limitaciones que se podría encontrar, es el desarrollo precoz del derecho administrativo en el Peru, el cual limitaría , por ende la interrelacion entre ámbitos como el administrativo y constitucional, administrativo sancionador y eficiencia normativa, administrativo sancionador y filosofía, entre otros; asimismo que la doctrina extranjera no aborda dicho problema de manera sistémica como se pretende en la presente investigación, finalmente se identifica las limitaciones respecto al acceso al material a cargo de determinados organos adminstrativos y procesos judiciales, específicamente procesos contenciosos y de amparo a nivel del poder judicial.

II. MARCO TEORICO

2.1 Antecedentes de la Investigación

Es necesario indicar que a nivel doctoral no se ha podido identificar investigación y/o tesis, a fin de cambiar el paradigma de conceptualizar el principio de culpabilidad con proscripción de la responsabilidad objetiva en el derecho administrativo sancionador, por lo que a partir de investigaciones y/o tesis de nivel doctoral relevantes sobre el problema o cuestiones afines al referido cambio de paradigma antes señalado se detallaran como coadyudaran para la presente investigación.

PORTOCARRERO (2016); en su trabajo de investigación titulado “La ponderacion y la autoridad en el derecho. El rol de los principios formales en la interpretación constitucional”¹, parte de la distinción entre reglas y principios, pasando a justificar la racionalidad de la ponderacion, para llegar al rol de los principios formales en la estructura de las decisiones autoritativas; toda esta investigación es relevante para la presente tesis pues nos permitira determinar si el denominado “principio de culpabilidad” es una regla o principio, aplicar la ponderación de ser necesario y la factibilidad de analizar pesos abstractos respecto a la “libertad personal” y derechos “diferentes a la libertad personal”, así como identificar el principio formal que habilitaría aplicar la responsabilidad objetiva en el derecho administrativo sancionador mediante una ley.

MERINO (2016); en su trabajo de investigación titulado “Justicia social y economía en la Teoría del Derecho, Las intersecciones entre el Derecho, la Economía y la Política”, donde partiendo de una crítica de las posiciones dogmáticas de universalidad, científicidad, neutralidad y superioridad occidental, sobre la cual se habría construido el derecho en la actualidad, propone un análisis crítico por su naturaleza interdisciplinaria y antidogmática, identificando las implicancias de la

¹ Sobre la base de su tesis doctoral “El carácter autoritativo de la ponderación de derechos fundamentales. Una investigación en torno al rol de los principios formales formales en la interpretación de los derechos fundamentales”, mediante la cual obtuvo el premio “Kieler Doctores Iuris 2015” a la mejor tesis doctoral en materia jurídica del año 2015, por sugerencia de la Facultad de Derecho de la Universidad Christian-Albrechts-Universität zu Kiel-Alemania.

subvención al desarrollo industrial como finalidad de la responsabilidad civil y un análisis comparativo de los criterios de imputación en los accidentes de tránsito (objetiva y subjetiva); toda esta investigación es relevante pues permitiría identificar las teorías de la justicia que subyacerían en los tipos de responsabilidad administrativa (subjetiva y objetiva), aplicar un análisis crítico del derecho administrativo sancionador, evaluar las implicancias de la subvención al desarrollo industrial como finalidad del derecho administrativo sancionador; así como un análisis comparativo de los tipos de responsabilidad administrativa (subjetiva y objetiva).

YACOBUCCI (2014); en su trabajo de investigación titulado “El Sentido de los Principios Penales”, se analiza desde diversas perspectivas de los principios que inspiran el derecho penal, tópicos tales como su sentido iusfilosofico, fundamento axiológico, justificación ontológica, naturaleza jurídica, racionalidad de los mismos y su vinculación con la teoría general del derecho de reglas y principios, implicancias de la argumentación jurídica, fines de los mismos, entre otros tópicos, llegando a establecer el “principio de culpabilidad” como un principio fundamental del derecho penal; toda esta investigación es relevante ya que como punto de partida es necesario tener diversas perspectivas o enfoques de los principios en el derecho penal y de manera específica el del principio de culpabilidad, a fin de evaluar su proyección al derecho administrativo sancionador a fin de determinar si el principio de culpabilidad sería un principio fundamental del derecho sancionador, y de ser el caso del derecho administrativo sancionador.

NIETO (2012); en su trabajo de investigación titulado “Derecho Administrativo Sancionador”, dentro de las diversas áreas temáticas, se analiza de manera específica “principio de culpabilidad” en el derecho administrativo sancionador español, revisando diversos tópicos tales como el rango constitucional del principio de culpabilidad, sub principio de responsabilidad de autor, sub principio de personalidad de las sanciones, evolución del principio de culpabilidad en el derecho español, infracciones de peligro abstracto y formales, presunción de

culpabilidad, responsabilidad solidaria y subsidiaria, responsabilidad de la persona jurídica; toda esta investigación es relevante porque parte de una visión crítica de la dependencia del derecho administrativo sancionador hacia el derecho penal y sus principios, propugnando que la aplicación de los mismos responda a la especial naturaleza del derecho administrativo sancionador y criticando el dogma del “principio de culpabilidad” y permitiendo en determinados ámbitos la aplicación de la responsabilidad objetiva, todo ello nos permitiera tener una visión crítica de la aplicación del principio de culpabilidad en el derecho administrativo sancionador, a fin de evaluar diversos tópicos tales como la problemática de la aplicación del culpabilidad a las personas jurídicas, y la factibilidad de aplicar la responsabilidad objetiva en el derecho administrativo sancionador peruano.

GOMEZ (2010); en su trabajo de investigación titulado “Derecho Administrativo Sancionador. Parte General”, dentro de las diversas áreas temáticas, se analiza de manera específica “principio de culpabilidad” en el derecho administrativo sancionador español, revisando diversos tópicos tales como el rango constitucional del principio de culpabilidad, sub principio de imputación subjetiva, identidad ontológica entre infracciones administrativas y penales, dolo e imprudencia en las infracciones administrativas, concepciones del principio de culpabilidad, y la problemática de aplicación del principio de culpabilidad a la persona jurídica; toda esta investigación es relevante porque parte de una visión de dependencia del derecho administrativo sancionador hacia el derecho penal y sus principios, propugnando que la aplicación del principio de culpabilidad en el derecho administrativo sancionador, por la identidad ontológica que se plantea entre las infracciones administrativas y penales, a fin de evaluar diversos tópicos tales como la problemática de la aplicación del culpabilidad a las personas jurídicas, y la factibilidad de aplicar la responsabilidad objetiva en el derecho administrativo sancionador peruano.

2.2 Bases teóricas

La responsabilidad administrativa en el derecho administrativo sancionador, se va circunscribir en determinar como se va aplicar el régimen de la responsabilidad subjetiva y de responsabilidad objetiva.

Como se definió precedentemente en la situación problemática, la aplicación del régimen de responsabilidad subjetiva al ser compatible con el principio de culpabilidad no traería mayor controversia, sin embargo cuando se quiere sustentar la aplicación del régimen de responsabilidad objetiva entra en colisión con el principio de culpabilidad, que subyace al paradigma de conceptualizar el **“principio de culpabilidad con proscripción de responsabilidad objetiva²”**, por lo que si se quiere admitir la aplicación de la responsabilidad objetiva en el derecho administrativo sancionador, debe sustentarse el cambiar dicho paradigma.

En ese sentido, a fin de redimensionar el principio de culpabilidad en el derecho administrativo sancionador, a fin de cumplir con las exigencias de una tesis doctoral considero necesario analizar los fundamentos teóricos del derecho.

Desde la perspectiva de la **“Filosofía del Derecho³”**, se analizarán los diversos *Criterios de Justicia*, tales como el Utilitarismo, Comunitarismo, Liberalismo Político o Liberalismo Igualitario, Teoría Libertaria, así como la Teoría Crítica del Derecho.

Asimismo, se analizarán las **“Teorías Filosóficas del Derecho⁴”**, tales como el naturalismo, Positivismo (Positivismo Legalista Francés, Positivismo Científico Alemán, entre otros), así como las diversas formas de No Positivismo,

² Dicho paradigma ha sido reconocido por el Tribunal Constitucional en su línea jurisprudencial, tal como se establece en el fundamento 12 de la STC 01873-2009-PA/TC.

³ El Phd. Roger Merino Acuña, desarrolla los Criterios de Justicia que subyacerían en las diferentes teorías del Derecho, en su obra titulada *“Justicia social y economía en la Teoría del Derecho, Las intersecciones entre el Derecho, la Economía y la Política”*. Palestra Editores. Lima (2016).

⁴ El Phd. Roger Merino Acuña, desarrolla específicamente las teorías filosóficas del derecho que nos inspiran en la actualidad y que sirven de base para la interpretación jurídica, en su obra titulada *“Justicia social y economía en la Teoría del Derecho, Las intersecciones entre el Derecho, la Economía y la Política”*. Palestra Editores. Lima (2016).

complementariamente a fin de contextualizar con el discurso actual se analizaran la Teoría de Argumentación Jurídica, Análisis Económico del Derecho (Law & Economics), Estudios Críticos del Derecho (Critical Legal Studies), entre otros enfoques.

Desde la perspectiva de la **“Teoría General del Derecho⁵”**, se analizarán la distinción entre Reglas y Principios (Principios Material y Formales), y la Autonomía Científica del Derecho Administrativo Sancionador en el marco de la Unidad del Derecho Sancionador.

Desde la perspectiva del **“Derecho Constitucional⁶”**, se analizará la Teoría de los Derechos Fundamentales, el efecto de Irradiación de los Derechos Fundamentales, el contenido Constitucionalmente Protegido, el Contenido Esencial de un Derecho Fundamental, entre otros conceptos.

Finalmente, desde el **“Comparatismo Jurídico⁷”**, se analizará la Teoría de los Orígenes Legales.

⁵ El Dr. Jorge Portocarrero Quispe, complementa el desarrollo entre reglas y principios establecido por su maestro y asesor de tesis Robert Alexy al desarrollar con mayor amplitud los principios formales y sus efectos en el test de proporcional, en su obra de “La ponderación y la autoridad en el derecho. El rol de los principios formales en la interpretación constitucional”. Marcial Pons. Madrid (2016)

⁶ Dicho efecto de irradiación ha sido reconocido por el Tribunal Constitucional en su línea jurisprudencial, tal como se establece en el fundamento 14º del EXP N°0004-2010- PI/TC.

⁷ El Phd. Roger Merino Acuña, al analizar la implantación de determinadas figuras o instituciones en sistemas jurídicos utiliza como mecanismo el comparatismo jurídico, en su obra En la obra titulada “Justicia social y economía en la Teoría del Derecho, Las intersecciones entre el Derecho, la Economía y la Política”. Palestra Editores. Lima (2016).

2.3 Definiciones de términos básicos

Para un mejor entendimiento que surge respecto a la Responsabilidad Administrativa en el marco de procedimientos administrativos sancionadores, será necesario considerar los siguientes conceptos:

Estado Social y Democrático de Derecho

Sobre la base de un análisis conjunto de los Artículos 3 y 43 de la Constitución Política del Perú⁸, concibiéndose como la fórmula intermedia del Estado Liberal de Derecho y Estado Social de Derecho, tal como lo dice Garcia (2011) “La fórmula del Estado Social y Democrático se configura así como una forma novedosa, que, en sí misma no es sintética, pero sí que es superadora de la antítesis entre el Estado Liberal y el Estado Social” (p.71).

Constitución Económica

Dicho concepto ha sido reconocido por la jurisprudencia⁹ y doctrina, según Kresalja (2007):

se entiende por Constitución Económica al conjunto de normas mediante las cuales se establecen los principios que rigen la actividad económica desarrollada por los individuos, las empresas y el Estado, y en virtud de las cuales se determinan los derechos, deberes y responsabilidades de cada cual. (p.26).

⁸ STC N.º 0008-2003-AI/TC, (FJ.10)

“El Estado peruano definido por la Constitución de 1993, presenta las características básicas de Estado social y democrático de derecho. Así se concluye de un análisis conjunto de los artículos 3º y 43º de la Ley Fundamental”

⁹ STC N.º 0008-2003-AI/TC, FJ. 2

La “Constitución económica”

El Tribunal Constitucional estima que, tal como aparece planteada la cuestión controvertida, resulta pertinente analizar el modelo económico consagrado por la Constitución, y, ante todo, destacar la importancia que reviste la inclusión de un régimen económico en la Carta Fundamental.

Economía Social de Mercado

La Economía Social de Mercado, calificada por Harbele (2004) “como la tercera vía entre el capitalismo y socialismo, es compatible con el Estado Social y Democrático de Derecho” (p. 115), se concibe como un tipo de organización económica regulado por un régimen jurídico de descentralización e independencia frente al Estado, el cual está destinado a asegurar la existencia de una pluralidad de agentes económicos en lo relativo a la libre iniciativa, para participar en la actividad económica, y la libre competencia, para ofertar y demandar la provisión y suministro de bienes y servicios al público en general.

Principio de Proporcionalidad

Es el mecanismo que según Bernal (2005) “permite verificar que cualquier intervención estatal es constitucionalmente legítima, componiéndose de tres reglas: El subprincipio de Idoneidad, subprincipio de necesidad y subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto.” (p.66-67).

Principio de Culpabilidad

Es el principio de culpabilidad se establece que la acción sancionable debe ser sancionable a título de dolo o culpa, que según Bramont (2004) “consiste en un juicio de valor concreto, siendo elementos diferentes a los de tipicidad y antijuridicidad.” (p.359)

Responsabilidad Objetiva

Es el principio de culpabilidad se establece que la acción sancionable debe ser sancionable a título de dolo o culpa, por lo que la responsabilidad objetiva se encontraría proscrita, ya que según Bramont (2004) “la culpabilidad no implica un juicio en abstracto, sino concreto, hecho que no prevería la responsabilidad objetiva al no analizar la diligencia de la persona” (p.359).

III. HIPOTESIS

3.1 Formulación de la Hipótesis principal

La incorporación de una línea de pensamiento jurídico a través del principio de responsabilidad, generaría la compatibilidad de la responsabilidad objetiva y subjetiva en el derecho administrativo sancionador.

3.2 Formulación de las Hipótesis específicas

El “Principio de Culpabilidad” tendría el rango de derecho fundamental y constitucional, sin embargo, sería una “regla” que admitiría como excepción la aplicación de la responsabilidad objetiva en el derecho administrativo sancionador y derecho civil.

La responsabilidad subjetiva estaría inspirada en la teoría conmutativa y la responsabilidad objetiva estaría inspirada en la teoría distributiva.

La responsabilidad objetiva tendría un impacto mayor que la responsabilidad subjetiva, en la eficiencia normativa del derecho administrativo sancionador y esto aumentaría la eficiencia de los mercados que se aplique al internalizar las externalidades que producen las posibles infracciones.

El establecimiento de la responsabilidad subjetiva, desde la perspectiva de la teoría crítica del derecho, podría implicar un subsidio a la modernización y desarrollo, asimismo la responsabilidad objetiva (relativa) con eximentes y atenuantes.

La implantación de la responsabilidad subjetiva en el marco institucional peruano podría restarle eficacia al derecho administrativo sancionador, salvo que se establezcan estándares de diligencia, presunciones de culpabilidad o inversión de carga de la prueba, asimismo la responsabilidad objetiva (relativa) con eximentes y atenuantes.

La neurociencia al cuestionar el “axioma de libertad”, bajo el cual se sostiene el principio de culpabilidad, impactaría en el derecho administrativo sancionador, para lo cual se deberá proponer la existencia de una “ficción o presunción de libertad” como base del principio de culpabilidad.

La responsabilidad subjetiva no es adecuada para todo tipo de infracciones, para lo cual los criterios para establecer responsabilidad objetiva deberán ser conformes con los principios de interdicción de arbitrariedad y proporcionalidad, a fin de ser aplicados en el derecho administrativo sancionado, asimismo la responsabilidad subjetiva si podrá ser aplicable a las personas jurídicas a través de conceptos como dolo normativo, defecto de organización, infracciones de peligro abstracto, entre otros.

IV. METODOLOGIA

4.1 Diseño metodológico

El **Tipo de investigación** de la investigación, es una de **Tipo Básica**, ya que por el nivel doctoral se plantea una nueva dimensión del principio de culpabilidad en el derecho administrativo sancionador que sería una nueva teoría, para ello se complementa con una investigación de **Tipo Analítica**, pues se analizará la implantación al sistema jurídico los dos tipos de responsabilidad objetiva y subjetiva en el derecho administrativo sancionador, desde otros sistemas jurídicos y por otro lado desde el derecho penal.

Respecto al **Nivel de Investigación**, es una **Investigación Exploratoria** ya que hasta la fecha no se ha planteado una nueva dimensión del principio de culpabilidad en el derecho administrativo sancionador.

Respecto al **Metodo de Investigación**, se va a aplicar el **método histórico** por un lado al analizar la evaluación y desarrollo de los sistemas de responsabilidad en el derecho administrativo sancionador, y la trayectoria de cómo se ha venido aplicando la responsabilidad objetiva en dicho campo; asimismo a fin de establecer criterios para determinar la aplicación de responsabilidad subjetiva u objetiva se va a utilizar el **método lógico inductivo**, para analizar las particularidades por cada tipo de infracción.

Respecto al **Diseño de la Investigación**, se utilizará uno de tipo Prospectivo, pues al proponerse una nueva línea de pensamiento se considerará una proyección futura a de la misma.

Complementariamente, la investigación se ha utilizado el método analítico, exegético y comparativo, ya que se parte del modelo de Estado Social y Democrático, para poder justificar la intervención del Estado en los procedimientos en sede administrativas para ello se desarrollará el efecto de irradiación de los derechos fundamentales, haciendo un énfasis al principio de culpabilidad, luego se

desarrollara la naturaleza especial de los procedimientos administrativos sancionadores, Para llegar a delimitar los criterios e intensidades del principio de culpabilidad en el marco del procedimiento administrativo sancionador, por último se desarrollara los criterios para poder imputar responsabilidad a la persona jurídica, y la posibilidad de imputar responsabilidad subjetiva.

Finalmente, respecto al método exegético y comparativo, en el ámbito del principio de culpabilidad se hará un análisis de la Ley del Procedimiento Administrativo General, Constitución, Reglamentos de Infracciones, Informes, etc; así como a partir del derecho comparado, para poder encontrar experiencias de cómo fue abordado el principio de culpabilidad, para lo cual se recurrirá al material bibliográfica, complementando con la realización de encuestas y/o entrevistas a los diferentes referentes del derecho administrativo.

4.2 Procedimiento de muestreo

El trabajo de investigación estará circunscrito al ámbito de la responsabilidad administrativa en los procedimientos administrativos sancionadores llevados a cargo de los principales órganos administrativos, el criterio principalmente utilizado para establecer dicho ámbito, fue la naturaleza de “riesgo”, que es donde se podría justificar el establecimiento de la responsabilidad objetiva, sirviendo como prueba de tensión de la aplicación del principio de culpabilidad en el derecho administrativo sancionador.

En ese sentido, se utilizará la **“Técnica Documental”** para recolectar datos, ya que por su nivel analítico y teórico se analizarán las diferentes teorías que inspiran la responsabilidad subjetiva y objetiva en el derecho administrativo sancionador, siendo que para ellos se utilizarán instrumentos tales como las diversas fuentes bibliográficas, siendo complementadas por entrevistas de opinión respecto a puntos teóricos de la misma, por tal motivo dichos instrumentos serán validados por el autor y se considerarán válidos por dicho proceso.

4.3 Aspectos éticos

Declaro bajo juramento que la fuente bibliográfica, hemerografica y/o electrónica consultada ha sido citada conforme a la normatividad vigente para elaboración del presente plan de tesis y que la investigación es de mi autoria, asumiendo plena responsabilidad ante la universidad y las autoridades respectivas.

TITULO II: INFORME DE INVESTIGACION

CAPITULO I. FILOSOFIA Y TEORIA GENERAL DEL DERECHO

1.1 Teorias de Justicia

1.1.1 Importancia

El Derecho como ciencia que regula la conducta del ser humano, tiene para algunos dentro de sus fines la búsqueda de la justicia, en ese sentido bajo esta concepción las normas jurídicas que se establecen van estar inspiradas en una forma de concepción de justicia, esto se pone de manifiesto cuando se critica a los académicos que pretenden basar todo el razonamiento legal en la eficiencia económica o la lógica abstracta, esto es relévate en nuestra época ya que como dice Ferrajoli (2011):

desde el nacimiento del derecho moderno entendido como derecho positivo, el principio de legalidad sería la metanorma de reconocimiento, prescindiendo de criterios de justicia, con lo cual se profundiza la clásica separación entre derecho y moral o entre justicia y validez (p.15).

En ese sentido, nuestra labor será la de identificar el prisma filosófico que subyace a un sistema jurídico, teoría o norma jurídica, por eso considero que, a fin de poder formular la presente tesis doctoral, se desarrollaran las principales teorías de justicia, a fin de que nos lleve a identificar las teorías de justicia que subyacen al principio de culpabilidad, responsabilidad objetiva, responsabilidad subjetiva entre otros conceptos que se van a desarrollar en la presente tesis.

1.1.2 Justicia Legal

La concepción de “justicia legal”, según Villey (1979) “esta vinculada al cumplimiento de un deber, en sus inicios estaba vinculada a la ley moral” (p.75), sin embargo, en la actualidad esta reducida a su validez tomado como parámetro de validez a la norma jurídica, ya que el deber en la actualidad esta en función a lo determinado en la ley positiva, prescindiendo completamente de toda consideración en torno a la naturaleza o al fin del deber.

1.1.3 Justicia Distributiva

La concepción de “justicia distributiva” considera justa la norma jurídica cuando la misma tiende a una asignación proporcional de los beneficios y cargas entre los miembros de una sociedad, siendo que el parámetro de justicia se sustenta en la igualdad, en ese sentido la estructura básica de la justicia distributiva según Keren-Paz (2015) esta formada por: “(1) quienes participan en la distribución; (2) el objeto a distribuir; y (3) el o los criterio (s) de distribución” (p.22), siendo este ultimo elemento el mas problemático para poder definirlo.

1.1.4 Justicia Conmutativa

La concepción de “justicia conmutativa” considera justa la norma jurídica cuando la misma tiene su base en la convención o pacto es decir la voluntad, siendo que el parámetro de justicia se sustenta en la libertad, tal como dice Bobbio (2015) cuando indica que “no existe justicia o injusticia si antes no existe alguna convención, ya que establecida en una convención, la justicia consiste en respetarla, la injusticia en infringirla” (p.86), de allí nace concepciones como el *pacto social* como fuente

legitimadora del Estado y su *lus Imperium*, es decir de su potestad sancionadora administrativa, y por ende la voluntad (dolo o culpa) sería la fuente legitimadora de la sanción.

1.1.5 Justicia para el Utilitarismo

La concepción de “justicia para el utilitarismo” considera justa la norma jurídica cuando la misma tiende a maximizar la felicidad colectiva, entendido como que la felicidad individual tiene efectos compensatorios en la colectividad, eso se evidencia en el análisis económico del derecho, que parte del principio de utilidad propuesto por Bentham (como se cita en Riversa, 2011), cuando se considera que “la mayor felicidad es el único objetivo social deseable” (p.72).

1.1.6 Justicia para la Teoría Liberal Moderna

La concepción de “justicia para la teoría liberal moderna” considera justa la norma jurídica cuando la misma tiene su base en la convención o pacto es decir la voluntad (justicia conmutativa) como regla general y solo de manera excepcional tiende a una asignación proporcional de los beneficios y cargas entre los miembros de una sociedad (justicia distributiva).

1.1.7 Justicia para la Teoría Crítica

La concepción de “justicia para la teoría crítica” considera justa la norma jurídica cuando la misma se materialize como un mecanismo liberador (presume un estado de opresión), tal como dice Merino (2016) “la teoría crítica, en cambio, esta preocupada e las relaciones de poder, en como el Derecho legitima estructuras

económicas y sociales opresoras, y la posibilidad que tiene el orden legal de convertirse en un mecanismo liberador” (p.24), siendo unas de sus manifestaciones los “*Estudios Críticos Legales*” (*Critical Legal Studies-CLS*) que ataca la neutralidad del Derecho, siendo que para el autor los CLS tiene dos componentes: la tesis de la indeterminación y la tesis de la ideología. La tesis de la indeterminación señala que el Derecho es interna y externamente inconsistente: es internamente inconsistente en el sentido de que el razonamiento legal no es un método neutral para alcanzar resultados legales objetivos, solo es un sistema de técnicas manipuladoras diseñadas para ocultar el hecho de que un juez solo elige entre valores. El derecho es externamente inconsistente en el sentido de que realidad no produce resultados correctos que sean predecibles. Las tesis ideologica afirma Merino (2016) que “el Derecho es un aparato ideologico y parcializado antes que neutral e independientemente: se ataca asi la supuesta validez neutral de todas las formas de analisis legal, tanto las doctrinas convencionales como el analisis económico” (p.63).

1.2 Modelo de Corrientes o Escuelas Juridicas

1.2.1 Ius Naturalismo

El Derecho Natural o Ius Naturalismo, es la escuela jurídica que parte en concebir al Derecho como aquel derivado de la naturaleza o de leyes naturales, por tal motivo indica Vazquez (2008):

ha teniendo un carácter ideologico muy cercano a posiciones ético-religiosas, asimismo se ha caracterizado por su valor universal independiente de autoridad humana o su voluntad, siendo que en la

actualidad su resurgimiento se podría evidenciar de manera parcial en materia de derechos humanos y la imprescriptibilidad de crímenes de lesa humanidad (ius cogens). (p.45).

1.2.2 Ius Positivismo

El Derecho Positivo o Ius Positivismo, es la escuela jurídica que parte en concebir al Derecho como aquel derivado de la autoridad competente o de leyes positivas, caracterizado por la preponderancia de la racionalidad como reacción contra el derecho natural o ius naturalismo siendo dependiente de la autoridad humana o su voluntad, asimismo podemos destacar lo dicho Merino (2016) sobre las tres formas de positivismo “: a) positivismo científico alemán (escuela histórica), b) positivismo legalista francés (escuela de la exégesis) y c) positivismo inglés (jurisprudencia analítica), y cuando indica que todos ellos se han fundado sobre dogmas de universalidad, científicidad, neutralidad y superioridad occidental” (p.19).

En el caso del positivismo científico alemán (escuela histórica) se da sobre la base del método histórico y sistemático teniendo como máximo representante a Savigny, en el caso del positivismo legalista francés (escuela de la exégesis) se da sobre la base de la teoría de la voluntad tuvo influencia en el Derecho Privado y Derecho Público, finalmente, en el caso del positivismo inglés (jurisprudencia analítica) se da sobre lo determinado por la autoridad y por ende una separación entre derecho y moral, asimismo propugna la diferenciación entre el “ser” y “debe ser” del derecho, a través de dos partes una descriptiva y otra prescriptiva, siendo un modo diferente

de entender el derecho por parte de las escuelas a las escuelas francesa (exegesis) y escuela alemana (histórica).

1.2.3 No Positivismo

El No Positivismo, es la escuela jurídica que parte en concebir al Derecho como aquel derivado de la autoridad competente o de leyes positivas como regla general, sin embargo excepcionalmente en casos de injusticia extrema esas leyes positivas carecen de validez, siendo que los parámetros morales deberán ser tomados en cuenta tal como dice Portocarrero (2016) cuando sostiene que “las teorías no-positivistas del derecho sostienen que el concepto de derecho debe incluir, además de los estándares normativas, estándares morales. En ese sentido, los principios vienen a ser razones morales que forman parte del sistema jurídico al igual que las reglas y que fundamentan la corrección de las decisiones jurídicas referidas a derechos fundamentales o a bienes colectivos” (p. 42), siendo para este autor esos estándares morales son los que se habilitan o activan en los casos de injusticia extrema, ya que la injusticia extrema constituye el límite exterior que determina el grado a partir del cual la incorrección moral se torna intolerable. Cuando una norma injusta traspasa el umbral de la injusticia extrema pierde su validez jurídica. Esta afirmación, también dice Portocarrero que “se deduce a partir de la denominada fórmula de Radbruch, cuya versión abreviada postula que: la injusticia extrema no es derecho” (p. 42-43), siendo que la validez del derecho o ilegalidad va encontrar sus límites en los casos de extrema injusticia.

1.3 Teoría General del Derecho: Reglas y Principios

En el marco de la Teoría General del Derecho¹⁰, la posición predominante clasifica a las normas jurídicas pueden diferenciarse bajo la concepción del no positivismo antes descrito, entre reglas y principios (marco de una teoría normativo-material y pilar de los derechos fundamentales), siendo que la distinción entre una y otra va depender de la concepción de los diversos autores que las desarrollan e incluso posiciones críticas de esta situación, habiendo hecho este preámbulo es necesario traer como consecuencia desde esa perspectiva como dice Alexy (2007) “que toda norma, o bien es una regla o principio” (p.63), la importancia del desarrollo conceptual de dichas diferencias en la presente tesis doctoral, es que nos permitiera más adelante, identificar en el marco de la teoría general del derecho, si conceptos como “Principio de Culpabilidad”, “Responsabilidad Subjetiva”, entre otros, son “reglas” o “principios”, ya que de ello dependerá o no el grado de factibilidad jurídica en el Derecho Administrativo Sancionador.

1.3.1 Tesis de Ronald Dworkin

Dworkin (1989), en crítica al derecho positivo clásico, propone “a los principios como complemento a las reglas del sistema jurídico, la diferencia que propone entre “principios” y “reglas”, se centraría en que los primeros tienen una “dimensión del peso o importancia”, ello se evidencia que cuando existe conflicto entre reglas da

¹⁰ De manera preliminar es necesario indicar que la diferencia entre reglas y principio, podría considerarse como una crítica al positivismo jurídico, y si bien la diferencia entre reglas y principios ya existía, con Dworkin se iniciaría un debate mucho más intenso, concreto y a nivel de teoría del derecho, tal como dice PORTOCARRERO (pp 45), “la distinción estricta entre reglas y principios, el origen de esta distinción se remonta a los años cuarenta, específicamente la teoría desarrollada por Walter Wilburg (...), años más tarde, Josef Esser introduce por primera vez al ámbito germano la distinción entre reglas y principios.

como consecuencia de que una de ellas no sea válida” (p. 78), esa diferencia, tal como dice Portocarrero (2016) hace que “las reglas tengan un carácter de todo o nada (all or nothing fashion)” (p. 48-49).

En ese sentido, el considerar a los “principios” como complemento a las “reglas”, pondría en duda, a priori calificar su concepción como ius naturalista, ubicándolo más bien como un “no positivista”, pero ciertamente evidencia una crítica al “positivismo”, y de manera específica a la teoría del derecho, en uno fundado exclusivamente en reglas, de H.L.A. Hart ¹¹ (este último inspirado en la separación entre derecho y moral).

1.3.2 Tesis de Robert Alexy

Robert Alexy, reformulando la teoría de Dworkin sobre los principios, señala según Portocarrero (2016) que “la diferencia entre principios y normas es de tipo cualitativa y lógica, proponiendo la denominada teoría estándar de los principios, conformada por tres elementos: el mandato de optimización, la ley de colisión y la ponderación” (p.49), siendo el “mandato de optimización” el elemento central (y base de los otros dos) de su tesis sobre los principios.

Respecto al mandato de optimización, podemos decir que son normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, dentro de las posibilidades

¹¹ Se evidencia cuando en su libro “Los Derechos En Serio” (p.72), dice “Me propongo llevar un ataque general contra el positivismo, y cuando sea necesario dirigirlo contra un blanco en particular, usare como tal la versión de H.L. A. Hart.

jurídicas y reales (fácticas) existentes, y el referido mandato de optimización hace que los principios, a diferencia de las reglas, puedan cumplirse en diferente grados, siendo que el grado de cumplimiento va estar circunscritos a las posibilidades fácticas y jurídicas, por eso Alexy (2007) señala “que las reglas contienen “determinaciones” en el ámbito de lo fáctica o jurídicamente posible (se deben cumplir o no)” (p. 42).

1.3.3 Tesis de Joseph Raz

Joseph Raz, sobre la base de la crítica a la tesis de Dworkin (peso de los principios), señala que la diferenciación entre reglas y principios, estaría en función al “grado de especificación”, por eso como se dice Portocarrero (2016) mientras que las reglas describen un comportamiento claramente determinado, los principios describen un comportamiento claramente indeterminado (p. 58), para dicha tesis no existiría una diferencia de tipo estructural entre ambas normas (por eso también se encontraría dentro de las tesis de distinción débil).

Consideramos, que la diferencia entre reglas y principios sobre la base del criterio del “grado de especificación”, estaría viendo las “consencuencias o efectos” de las referidas normas, pero dejando de analizar la naturaleza o elementos de los mismos, ya que el “peso” (DWORKIN) o “mandato de optimización” (ALEXY) traen como consencuencia, o dicho de otra manera, son las causas de dicha determinación o especificación.

1.3.4 Tesis de Aulis Aarnio

Aarnio(2000), en crítica a las tesis de distinción fuerte (DWORKIN y ALEXY) y distinción débil (PENSKI y RAZ), consideraba inicialmente que “a nivel estructural tanto las reglas y principios, no tendrían *prima facie*, diferencias cualitativas (tesis diferencia fuerte) al tener ambos la estructura de “mandatos”, ni tampoco diferencias cuantitativas (tesis diferencia débil) al tener ambos la posibilidad de tener un “grado de imprecisión o indeterminación” (lingüístico), generando que en algunos casos se pueda aplicar la ponderación” (p. 595), más aun cuando el referido autor, se siente más cómodo en reconocer “la diferencia estructural entre reglas y principios sobre la base de categorizadas en normas de “deber hacer” y los principios normas de “deber ser” y al final descarta ambas tesis por su nivel de problematización” (p.600-602), ante esto Portocarrero (2016) (reconociendo parcialmente la crítica de los principios como mandatos de optimización serían equiparables a las reglas) refuta indicando que “dicha crítica deber ser acogida en parte en lo que respecta a “meta nivel”, sin embargo indica que los principios se encuentran a un “nivel objeto” (no meta nivel), no siendo mandatos para optimizar o mandatos de optimización, sino que son “mandatos a ser optimizados” diferenciándose por su diferente contenido deóntico” (p, 61).

1.3.5 Tesis de Humberto Avila

Humberto Avila (como se cita en Romero, 2013), en crítica a las tesis de distinción fuerte (DWORKIN y ALEXY), consideraba, tal como Aulis Aarnio que:

a nivel estructural tanto las reglas y principios, no tendrían diferencias cualitativas (tesis diferencia fuerte) al tener ambos la posibilidad de tener un

“grado de imprecisión o indeterminación”, porque el lenguaje posee un grado de “indeterminación” que requiere de una labor interpretativa del aplicador, siendo que ambos casos es posible aplicar la ponderación y no de manera automática la subsunción en el caso de reglas, sino que la diferencia entre reglas y principios va estar en función a la relación entre fines y medios, es decir el fin mediante el cual se crea la norma y los medios adecuados para la consecución de ese fin. (p. 398).

1.3.6 Tesis de Manuel Atienza y Juan Ruiz Manero

Manuel Atienza y Juan Ruiz Manero, en una posición crítica a la concepción de Derecho de Dworkin y Alexy, cuestionan la presunta diferencia entre reglas y principios, ya que con una posición positivista (sobre la base de Hart y Kelsen), amplificaría el concepto de “regla”, ya que según según Portocarrero (2016) “cuando dice que el tipo de indeterminación que aqueja a los principios es más radical que el de las reglas” (p.108), así como cuando dice que los principios en sentido estricto y las reglas no tendrían diferencias de manera estructural, ya que los primeros tendrían una forma abierta mientras que los segundos tendrían una forma cerrada, siendo que en este caso su crítica se asemejaría a la planteada por PENSKI y RAZ sobre el “grado de imprecisión o indeterminación” entre reglas y principios, por otro lado considera que tanto los principios como las reglas podrían entenderse como razones para la acción.

Complementariamente, tal como dice Portocarrero (2016), “diferencia a los denominados principios clasificándolos tanto en “sentido estricto” y en “sentido

amplio” (p. 61), siendo como dice Atienza (2016) “los primeros mandato de optimización que luego de ser ponderado exige su cumplimiento pleno, mientras que los segundos si pueden ser cumplidas en distintos grados” (p.110), asimismo el Atienza considera que “los principios en sentido estricto y los principios en sentido amplio (directices) generan razones de acción, el primero de tipo “tipo correctivas o finales” mientras que las segundas de estratégico o finalistas” (p.113).

Consideramos, que las critica planteada en diferencias a los principios entre si, no es adecuada a plantear diferenciación por las consencuencias (grado de imprecisión o indeterminación y tipo de razones de acción generadas), sin embargo si seria parcialmente correcta en plantear que las reglas y principios como “mandatos”, pudiendo hacer la siguiente acotación, parafraseando a Alexy y Atienza, las reglas serian “mandatos de acción” y los principios como “mandatos a ser optimizados”, o como dice Portocarrero¹² las reglas son “mandatos definitivos” y los principios son “mandatos a ser optimizados”, asimismo revela una protección que tienen las reglas (en especial para casos jurisdiccionales), que mas adelante Alexy denominaría como “principios formales”.

1.3.7 Tesis de la Derrotabilidad de las Normas

La tesis de la derrotabilidad de las normas, como dice Portocarrero (2016) “plantea que las normas pueden ser derrotadas con la introducción en ellas de argumentos (excepciones) que la contradigan” (p.64), la misma tendria implicancias en la tesis de distincion entre reglas y principios, ya que debilitarían la misma distincion ya que

¹² Entrevista de fecha 05 de enero de 2018 para la presente tesis doctoral.

si ambas pueden ser derrotadas tendrían la misma estructura, sin embargo tal como dice Portocarrero (2016) “dicha tesis no sería aplicable a los principios, pues los mismos no son derrotables, sino que son normas ponderables, siendo que mas bien serviría como criterio para acentuar dicha distincion, pues las reglas serian derrotables y los principios ponderables” (p. 65).

CAPITULO II. TEORIA CONSTITUCIONAL, ESTADO Y ECONOMICA

2.1 Modelos de Estado

2.1.1 Estado Liberal de Derecho

El Estado Liberal de Derecho (cuya base fue el liberalismo), fue una respuesta impulsada básicamente por la burguesía frente a la arbitrariedad del rey en el Estado Monárquica, como primigeneamente lo indicaba Schmitt (como se cito en Gónzales, 2004), cuando dice que “el mismo ha sido elaborado desde el punto de vista de la libertad burguesa” (p.146), tal como lo afirma Correa (2007) “El liberalismo nace contra el absolutismo, contra la sociedad estamental, contra la discriminación y el oscurantismo. Por eso se habla de un liberalismo filosófico que se enfrenta a toda clase de dogmatismo y que considera que la curiosidad por la verdad es una búsqueda infinita” (p.21-22).

Los hitos que marcaron su nacimiento fueron las revoluciones inglesas (que termino en un sistema de monarquía constitucional) y francesa (que termino en una República).

Su principal objetivo fue garantizar la libertad (en todas sus expresiones) y la propiedad, para eso pretende limitar la acción del Estado, para garantizar dichos fines utiliza el ordenamiento jurídico como límite del poder, el cual se plasma en la Constitución, que deriva de la soberanía popular, tal como lo afirma Torres (como se cito en Garcia, 2011) “El Estado liberal es básicamente Estado de Derecho, que incluye el componente democrático. En el Estado de Derecho se asume que solo es posible garantizar esa limitación del poder a través de la participación popular en la creación del ordenamiento jurídico” (p. 69).

Si bien limita de manera eficaz el poder del Estado, no es así respecto a los mecanismos que limiten el poder del mercado, pues el incremento del poder económico sin un control adecuado, genera la percepción de que dicho Estado solo protege a dicha a aquellos que tiene poder económico.

Y una de las principales críticas que existe es que no responde la ausencia del elemento solidaridad, ya que, si bien garantiza la libertad y la propiedad, no plantea una solución frente a grupos que estando en desigualdad si necesitan la intervención del estado, asimismo no plantea mecanismos para restablecer el equilibrio que pudieran los abusos que el poder de mercado.

2.1.2 Estado Social de Derecho

Según Garcia (2011) la frase de Social es acuñada por Heller, e indica:

se parte de la idea que el Estado Liberal de Derecho, solo tenía obligaciones de abstención, y sus objetivos solo estaban centrado en proteger los derecho individuales, pero que su falta de solidaridad no le generaba una obligación de hacer, y una desprotección a los derechos colectivos, ante lo cual se necesitaba una nueva formulación que permita restablecer el desequilibrio del poder de mercado, esto hizo que se genere obligaciones de hacer y mecanismo para una adecuada protección de los derechos colectivos, como una fórmula que complementa las deficiencias que el Estado Liberal de Derecho, no pudo resolver, dándole un campo de intervención mucho más amplio. (p.164).

Se critica a este modelo porque en aras de proteger los intereses colectivos, no busca un equilibrio con el ejercicio de los derechos individuales, tal como lo dice Mir Puig (como se cito en Garcia, 2011) “la sustitución del estado liberal por el intervencionista represento una progresiva relajación de las garantías liberales, algunas como la seguridad jurídica, vistas como prejuicios burgueses” (p.72).

2.1.3 Estado Social y Democrático de Derecho

Sobre la base de un análisis conjunto de los Artículos 3 y 43 de la Constitución Política del Perú concibiéndose como la fórmula intermedia del Estado Liberal de Derecho y Estado Social de Derecho, tal como lo dice Garcia (2011) “La fórmula del Estado Social y Democrático se configura, así como una forma novedosa, que, en sí misma no es sintética, pero sí que es superadora de la antítesis entre el Estado Liberal y el Estado Social”. (p. 71), siendo equiparable esta denominación modelo de Estado Constitucional de Derecho que propone Ferrajoli (2001), cuando habla “de la transición del estado legal del derecho al estado constitucional de derecho”. (p. 31).

Ya que en este modelo no solo reconoce un deber de abstención del Estado y protección de intereses individuales, sino que exige un deber de acción y protección de intereses colectivos, buscando un equilibrio entre estos dos pilares, sin que uno lesione el otro, para lo cual se va utilizar mecanismos como el principio de proporcionalidad.

El reconocimiento de las obligaciones de abstención y de hacer es reconocido a través de la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional:

“EXP. N.º 1417-2005-AA/TC (FJ. 19)

Así las cosas, en el Estado social y democrático de derecho, la ratio fundamentalis no puede ser privativa de los denominados derechos de defensa, es decir, de aquellos derechos cuya plena vigencia se encuentra, en principio, garantizada con una conducta estatal abstencionista, sino que es compartida también por los derechos de prestación que reclaman del Estado una intervención concreta, dinámica y eficiente, a efectos de asegurar las condiciones mínimas para una vida acorde con el principio-derecho de dignidad humana.”

2.2 Modelo de Economía

2.2.1 Economía Liberal o de Libre Mercado

El desarrollo del comercio, que no solo se dedicaba a la satisfacción de necesidades básicas, fomenta el comercio internacional entre países, dicha situación genera por un lado que los países mejor preparados para esta nueva realidad económica, entiéndase con capacidad de exportar, fomentarían el libre intercambio de bienes y buscarían la asignación eficiente de los recursos siguiendo el principio de ventaja comparativa, mientras que otro grupo, ve como amenaza la nueva realidad económica, buscarían mecanismos para limitar el libre intercambio de bienes, por ejemplo un análisis sobre los aranceles y otras restricciones del comercio internacional, la encontramos en “La riqueza de las naciones” de Smith (como se cito en Friedman, 1983):

Lo que en el gobierno de toda familiar particular constituye prudencia, difícilmente puede ser insensatez en el gobierno de un gran reino. Si un país extranjero puede suministrarnos un artículo más barato de lo que nosotros mismos lo podemos fabricar, nos conviene más comprarlo con una parte del producto de nuestra propia actividad empleada de la manera que llevamos alguna ventaja (...). En cualquier país, el interés del gran conjunto de la

población estriba siempre en comprar cuanto necesita a quienes más barato se lo vendan. Esta afirmación es tan patente que parece ridículo tomarse el trabajo de demostrarla; y tampoco habría sido puesta jamás en tela de juicio si la retórica interesada de comerciante y de industriales no hubiese enturbiado el buen sentido de la humanidad. En este punto, el interés de esos comerciantes e industriales se halla en oposición directa con el del gran cuerpo social. (p. 63).

Dicha intensificación del comercio, sentó las bases de una Economía de Libre Mercado, que propone un grado de libertad en las decisiones económicas del individuo, ya que este actúa en términos racionales maximizando la obtención de sus preferencias, tal como dice Schotter (1987):

Las tesis del libre mercado se basan, pues, en los derechos del individuo, toman en cuenta las preferencias de este al efectuar sus cálculos utilitarios o paretianos, y partiendo de su fe en la racionalidad individual, confían plenamente en la capacidad del sistema de libre empresa, sin trabas, para potenciar al máximo la suma de aquellas preferencias. (p.19-20).

2.2.2 Economía de Administración Centralizada

Las fallas de mercados, producto de las crisis financieras y las desigualdades, tal como dice Roll (2000):

Ya hemos visto que la creación de capital requería de la creación de una clase social nueva, y hemos señalado el proceso mediante el cual nació la clase trabajadora, los trabajadores asalariados. Dicho proceso trajo consigo

dureza y crueldades que aún se intensificaron en los primeros decenios del siglo XIX. (p. 213).

Dichas situaciones demandaron un retorno a soluciones que implicaron la intervención del Estado en la economía, que tuvieron su punto más intenso con la filosofía socialista a través de la creación de la URSS, pero que fue abandonado gradualmente por sus pocos resultados beneficioso, dicho contraste es mencionado por Friedman (1983):

El ejemplo más obvio radica en el contraste entre Alemania del Este y la de Oeste, inicialmente partes de un único país, roto en dos como consecuencia de las vicisitudes de la guerra. Gentes de un mismo origen, con una misma civilización, un mismo nivel de desarrollo técnico y conocimiento, habitan las partes. ¿Qué parte ha prosperado? ¿Qué parte debió construir un muro para encerrar a sus habitantes? ¿Qué parte lo protege hoy en día con guardias armados, acompañados de perros fieros, campos de minas e instrumentos fruto del ingenio diabólico, a fin de impedir que unos valientes y desesperados ciudadanos, dispuestos a arriesgar sus vidas, intenten abandonar su paraíso comunista por el infierno capitalista al otro lado del muro?. (p. 85).

2.2.3 Economía Social de Mercado

2.2.3.1 Constitución Económica

Dicho concepto ha sido recogido por la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional Español, por ejemplo, la STC 1/1982, 28 de Enero de 1982(FJ 01):

“En la Constitución Española de 1978, a diferencia de lo que solía ocurrir con las Constituciones liberales del siglo XIX y de forma semejante a lo que sucede en más

recientes Constituciones europeas, existen varias normas destinadas a proporcionar el marco jurídico fundamental para la estructura y funcionamiento de la actividad económica; el conjunto de todas ellas compone lo que suele denominarse la constitución económica o constitución económica formal. Ese marco implica la existencia de unos principios básicos del orden económico que han de aplicarse con carácter unitario, unicidad que está reiteradamente exigida por la Constitución, cuyo Preámbulo garantiza la existencia de «un orden económico y social justo», y cuyo art. 2 establece un principio de unidad que se proyecta en la esfera económica por medio de diversos preceptos constitucionales, tales como el 128 entendido en su totalidad, el 131.1, el 139.2 y el 138.2, entre otros. Por otra parte, la Constitución fija una serie de objetivos de carácter económico cuya consecución exige la adopción de medidas de política económica aplicables con carácter general a todo el territorio nacional (arts. 40.1, 130.1, 131.1, 138.1).” (Subrayado es nuestro)

Dicho concepto ha sido reconocido por la jurisprudencia¹³ y doctrina, según Kresalja(2007) “se entiende por Constitución Económica al conjunto de normas mediante las cuales se establecen los principios que rigen la actividad económica desarrollada por los individuos, las empresas y el Estado, y en virtud de las cuales se determinan los derechos, deberes y responsabilidades de cada cual”. (p. 26).

2.2.3.2 Concepto

La Economía Social de Mercado, término acuñado por Muller-Armack(como se cito en Resico, 2009) “definiéndola como la combinación del principio de libertad de mercado con equidad” (p.123), o calificada por Harbele (2004) “como la tercera vía entre el capitalismo y socialismo, es compatible con el Estado Social y Democrático de Derecho, se concibe como un tipo de organización económica regulado por un régimen jurídico de descentralización e independencia frente al Estado, el cual está destinado a asegurar la existencia de una pluralidad de agentes económicos en lo

¹³ STC N.º 0008-2003-AI/TC, FJ. 2

“La Constitución económica

El Tribunal Constitucional estima que, tal como aparece planteada la cuestión controvertida, resulta pertinente analizar el modelo económico consagrado por la Constitución, y, ante todo, destacar la importancia que reviste la inclusión de un régimen económico en la Carta Fundamental.”

relativo a la libre iniciativa, para participar en la actividad económica, y la libre competencia, para ofertar y demandar la provisión y suministro de bienes y servicios al público en general” (p.115), que según Recio (2009) “fue aplicado dicho concepto en la Alemania de la postguerra por Erhard uno de los padres del milagro alemán” (p.15).

La economía social de mercado no anula la intervención del Estado en la Economía, tal como afirma Correa (2007) “El Estado, a pesar de proclamar la libre iniciativa, no deja de cumplir con su rol de regulador de las actividades económicas y comerciales” (p.84), o como afirma Stiglitz (2010) “solo autorregulación no ha funciona” (p.154).

2.2.3.3 Principios

Dicho modelo está caracterizado por tres elementos o principios¹⁴: Bienestar Social, Mercado Libre y Estado subsidiario y solidario.

Bienestar social: Lo cual debe traducirse en empleos productivos, trabajo digno y reparto justo del ingreso (remunerativo y pensionable).

El empleo es la piedra angular en el bienestar social, ya que mediante aquel se reduce la pobreza, tal como afirma Krugman (2010) “¿Por qué es importante el desempleo? En parte porque un desempleo alto implica que, potencialmente, trabajadores productivos no van a ser utilizados, impidiendo que la economía

¹⁴ STC N.º 0050-2004-AI/TC, FUNDAMENTO JURIDICO 44.

produzca tanto como podría producir. En parte, porque un desempleo alto da lugar a una persistente pobreza” (p. 43).

Mercado libre : El mismo que supone, por un lado, el respeto a la propiedad, a la iniciativa privada y a una libre competencia regida, *prima facie*, por la oferta y la demanda en el mercado; y, por otro, el combate a los oligopolios y los monopolios.

Estado subsidiario y solidario: Que importa que se reconozca la existencia de una ‘cláusula general de mandato’ que obliga a la intervención del Estado cuando la realidad socioeconómica se haya desvinculado, o peor aún, contravenga directamente el bienestar social.

2.3 Derechos Fundamentales

2.3.1 Situación Problemática: Derechos Humanos, Derechos Fundamentales y Derechos Constitucionales

El Principio de Supremacía Constitucional¹⁵, hace un cambio de paradigma en el ordenamiento jurídico, al cambiar la “Ley” por la “Constitución” como norma suprema del ordenamiento jurídico, ya que nuestro ordenamiento jurídico ha positivizado dicho principio en el artículo 51 de nuestra Constitución Política, en concordancia con el principio de jerarquía normativa y con clara influencia del positivismo, lo que genera como primera consecuencia una jerarquía de derechos y eficacia de protección diferenciada, respecto a los derechos constitucionales y derechos legales, sin embargo la situación se problematiza cuando queremos establecer una jerarquía de derechos y eficacia de protección diferenciada cuando

¹⁵ De conformidad al fundamento 3 del STC 05854-2005-AA.

se habla de derechos humanos, derechos fundamentales y derechos constitucionales, siendo que el primer paso sería identificarlos, situación que se complica cuando los mismos son usados como sinónimos.

En ese sentido, una primera hipótesis es que la diferencia entre derechos humanos, derechos fundamentales y derechos constitucionales, estaría en función del *“cuerpo normativo que los comprende”*, ello nos permitiría afirmar que los *“derechos humanos”* se encontrarían en los tratados internacionales, los *“derechos fundamentales”* se encontrarían regulados en el artículo 2 de la Constitución Política del Perú, mientras que los *“derechos constitucionales”* serían todos los regulados en la Constitución, de asumir dicha hipótesis el problema para identificar el tipo de derecho estaría resuelto y habría que acudir a cada cuerpo normativo para poder establecer el tipo de derecho, sin embargo cuando dicha hipótesis (cuerpo normativo) es contrastada, se puede evidenciar que tal diferencia no aparece tan nítidamente, por ejemplo el *“derecho a la vida”* es un derecho humano reconocido en los tratados de derechos humanos, también es un derecho fundamental por estar regulado expresamente en el artículo 2 de la Constitución Política del Perú, y por ende al estar regulado en la Constitución es un derecho constitucional; pero bajo ese mismo criterio (cuerpo normativo) podríamos decir que el *“derecho a la verdad”* o *“derecho a la alimentación”*¹⁶ es un derecho humano al estar reconocido en tratados de derechos humanos, no siendo un derecho fundamental al no estar contemplado en art 2 de la Constitución Política del Perú y tampoco sería un derecho

¹⁶ De conformidad a lo señalado en la STC 01470-2016-PHC (FJ 12).

constitucional al no estar regulado en la Constitución Política del Perú, esto último según la jurisprudencia del Tribunal Constitucional sería inadmisibles pues el “derecho a la verdad” es un derecho fundamental y a la vez un derecho constitucional; dicha situación se podría problematizar aun más, cuando se indica que las personas jurídicas no son titulares de derechos humanos, por lo que no les aplicaría la competencia de Tribunales de Derechos Humanos como la CIDH, sin embargo si serían titulares de algunos derechos fundamentales en nuestro ordenamiento jurídico interno, según nuestro Tribunal Constitucional.

Complementariamente, en nuestro país, la propia Constitución, cuando establece que el principio-derecho “dignidad humana” es el que fundamenta los derechos fundamentales (art 1) y tenemos derechos no enumerados (art 3), nos permite recoger la hipótesis de que los derechos fundamentales no solo serían los regulados en el artículo 2, por lo que no existiría una lista de *numerus clausus* sino de *numeros aperti*, y más aun cuando la Cuarta Disposición Final Transitoria, que indica que los derechos y libertades reconocidas en la Constitución deben interpretarse conforme a los Tratados de Derechos Humanos, por lo que podemos decir *prima facie*, que respecto a determinar un derecho constitucional, dicha discusión estaría zanjada, en que ellos son los que estén establecidos en la Constitución (con cargo a revisión o ampliación), debiéndonos centrar en el debate sobre la identificación entre derechos fundamentales y derechos humanos.

2.3.2 Relación con los Derechos Humanos

El establecimiento de diferencias o similitudes entre derechos fundamentales y derechos humanos, considero que debiera partir de un análisis histórico del modelo de estado y la categoría jurídica del hombre, que se tratara de desarrollar de forma resumida por no ser el objeto principal de la presente tesis.

Un primer estadio, sería el establecimiento de un Estado Monárquico, donde el poder se legitima en el origen divino del monarca que ejerce la soberanía, tolerando ciertas parcelas de libertad, tal como dice Villaverde (2015), cuando habla del principio de tolerancia:

Hobbes aún arrastra del pasado el principio de tolerancia, que ha constituido uno de los más eficaces motores ideológicos de la formación del Estado moderno. El soberano tolera ciertas parcelas de libertad individual, lo que es coherente con la posición superior y diferenciada que ocupa el primero (no en vano, para Hobbes el soberano es un tercero ajeno al pacto de sociedad). (p. 577-578).

En ese sentido, la categoría del hombre va ser la de “subdito”, donde los derechos que se van otorgando, son concebidos como “privilegios” exclusivos para la nobleza, siendo que en este estadio, no sería válido hablar de derechos fundamentales ni de derechos humanos, porque ni siquiera el subdito participa en la elaboración de las normas que regulan su libertad, cuando el Villaverde (2015) ,compara la situación del subdito frente al ciudadano cuando dice que la “libertad del subdito es la que es tolerada por el ordenamiento mientras que las del ciudadano es la que el mismo

establece mediante la creacion de las normas del ordenamiento jurídico” (p.580-581).

Esta situación, de los privilegios se puede evidenciar en la Carta Magna (1215), Petition of Rights (1628), Bill Of Right (1689), que si bien establecio derecho a la vida, propiedad y libertad, solo implicaba un privilegio a los nobles:

No porque los bien conocidos documentos constitucionales británicos que jalonan su historia constitucional desde el siglo XIII (la Carta Magna — 1215—, la Petition of Rights —1628— o el Bill of Rights —1689—, por citar algunos) no sean de capital importancia en esa historia. Sencillamente porque ni recogen derechos humanos ni lo hacen de derechos fundamentales.

La Carta Magna de 1215 es un documento por el cual el rey reconoce los privilegios y libertades de los barones, los clérigos y algunos estamentos sujetos a su jurisdicción, comprometiéndose a respetar el derecho hasta ese momento vigente que regulaba sus estatutos jurídicos, limitando así sus prerrogativas reales. (...)” (p. 585-586).

En un segundo estadio, podemos encontrar el establecimiento de un Estado Legal de Derecho, donde el poder se legitima en el Contrato Social (Pacto Social) y la titularidad de la soberanía¹⁷ va estar en la nación (soberanía nacional) o pueblo

¹⁷En la Constitucion Politica del Perú no de define de manera categorica el concepto de soberanía que se adhiere (aunque si establece que el estado la ejerce), pues el articulo 3 y 45 habla de soberanía popular (soberanía del pueblo), mientras que los demás artículos hablan de soberanía nacional (art 44, numeral 8 del articulo 102), hecho que no solo sucede en el peru sino que en España su constitución, trata de establecer un

(soberanía popular)¹⁸, por ende la categoría del hombre va ser la de ciudadano, y la que va legitimar la exigibilidad de aplicación de derechos fundamentales, tal como dice Perez (2013):

Los derechos fundamentales, al estar enmarcados tradicionalmente en la instancia constitucionalista de la cual se participa si y sólo si se posee la condición de ciudadanía, partirían de la premisa de que solamente los ciudadanos y nadie más que ellos pueden reclamar su protección o restitución. Los derechos fundamentales no estarían entonces referidos al individuo, al ser humano o a la persona humana en general, sino solamente al ciudadano que es reconocido como tal por un Estado-Nación determinado. Derechos fundamentales y ciudadanía serían entonces dos conceptos que se co-implican de forma necesaria” (p.33).

Por lo que solo podríamos hablar de derechos fundamentales en la medida de tener categoría de ciudadano, pero no de derechos humanos, tal como dice Villaverde(2015):

punto medio entre los dos conceptos cuando en habla de que la soberanía nacional reside en el pueblo español (numeral 2 del artículo 1), pero luego habla de la nación española, generando el mismo debate si es que estableció soberanía nacional o popular, asimismo el propio tribunal constitucional usa el concepto de soberanía popular en la STC 0030-2005-PI/TC mientras que utiliza el concepto de soberanía nacional en la STC 00001-2009-PI/TC.

¹⁸ Es necesario indicar que el concepto de soberanía como parte de la idea de la voluntad general, sin embargo, hay diferencias entre soberanía popular y soberanía nacional, tal como dice JOAQUIN VARELA SUANZES en su artículo “Algunas reflexiones sobre la soberanía popular en la constitución española” (p. 76-78).

“(…) si se parte del dogma de la **soberanía popular**. (...) el pueblo no solo se compone de individuos, sino que nos es más que la suma o agregado de estos. (...) No es un ente ficticio. (...) EL propio Rousseau (...) se vio obligado a imputar la soberanía a todos y cada uno de los individuos que componen el pueblo, y por tanto, a dividarla entre todos ellos.

Para el dogma de la **soberanía nacional**, en cambio, la Nación, aunque se componga de individuos, es un sujeto distinto a la mera suma o agregado de estos. La Nación es un sujeto ideal carente de toda realidad empírica. (...) La soberanía no reside en todos y en cada uno de los nacionales sino en el sujeto unitario Nación. La soberanía pertenece pro individuo única y exclusivamente a la Nación. No puede dividirse o atomizarse entre las unidades que la componen. (subrayado y negrilla es nuestra)”.

“Reparemos en el título de la Declaración francesa de 1789 y su mención al hombre y al ciudadano, lo que ya latía en las tesis de Hobbes o de Locke (el hombre del estado de naturaleza al ciudadano de la sociedad civil). Mención que es de utilidad para hacer una importante distinción entre derechos humanos y derechos fundamentales. Pues también está en esa invención del individuo libre e igual por naturaleza de la Modernidad el origen de los derechos humanos, y, desde luego, de los derechos fundamentales. Pero ¿a quién protegen esas declaraciones de derechos? ¿A todos los hombres, sea cual sea su sexo, raza o religión? ¿Quizá solo a los ciudadanos, al pueblo del Estado? Pues bien, no se incurriría en falsedad si se afirmara que las declaraciones de derechos tenían como destinatarios únicamente a los ciudadanos. Las declaraciones garantizaban la libertad e igualdad inherente a todo ciudadano por el hecho de serlo; es decir, por ser parte en el pacto social (esto explica que convivieran las declaraciones con la aceptación de la esclavitud).” (p. 577-578).

Pues en estos modelos es compatible con la existencia de la esclavitud, al no tener dichos seres humanos la categoría de ciudadanos, asimismo los extranjeros no tienen derechos fundamentales, pues los mismos estarían reservados a los que tienen una nacionalidad en un determinado país, tal como dice Perez (2013):

“(…) los derechos fundamentales surgen como una condición necesaria, pero no suficiente, para la realización del Estado de Derecho. Por eso, la condición ciudadana es considerada el lugar de residencia de los derechos fundamentales, pues aquellos estarían expresados en la sección dogmática

de toda constitución, y, por ende, presentes en la relación constitucional entre gobernantes y gobernados. Los derechos fundamentales serían entendidos como una serie de principios básicos que sirven para regular la interacción entre el aparato estatal y el ciudadano. Así, en el origen del concepto, los derechos fueron planteados esencialmente como constitucionales. En tanto que los derechos fundamentales se declararían en las constituciones políticas nacionales y en tanto que su vinculación constituiría un enlace entre individuo-norma-estado, podrían ser definidos en primera instancia como derechos individuales de naturaleza constitucional.” (p. 31).

Complementariamente, es necesario indicar que progresivamente se reconocen los derechos humanos como categorías diferentes a los derechos fundamentales, sin embargo, los primeros no tendrían la eficacia jurídica respectiva, por estar como meras declaraciones de derecho internacional, que tiene como elemento la norma que regula, tal como dice Perez Luño (1988):

“Así, se ha hecho hincapié en la propensión doctrinal y normativa a reservar el término “derechos fundamentales” para designar los derechos positivizados a nivel interno, en tanto que la formula “derechos humanos” sería la mas usual para denominar los derechos naturales positivizados en las declaraciones y convenciones internacionales, así como a aquellas exigencias básicas relacionadas” con la dignidad, libertad e igualdad de la persona que no han alcanzado un estatuto jurídico-positivo.” (p. 44).

El tercer estadio, se puede encontrar el establecimiento de un Estado Constitucional de Derecho donde el poder se legitima en la protección de la dignidad del ser humano, por ende, los derechos fundamentales se convierten en legitimador del poder, tal como dice Fernandez (2005):

Los derechos fundamentales de la persona tienen como finalidad la protección unitaria e integral de la persona en cuanto es un ser que posee dignidad. Es esta dignidad la que justifica y explica los derechos fundamentales de la persona y le sirve de fundamento. De ahí que el artículo 3 de la Constitución establezca que los derechos de la persona no se circunscriben a solo aquellos expresamente normados por el ordenamiento jurídico, sino que su protección alcanza a aquellos que, sin encontrarse en esta situación, “se fundan en la dignidad del hombre”. (p. 46).

En ese sentido, la idea del Estado Nación, se relativiza porque con la globalización de los derechos humanos, siendo que conceptos como los de soberanía son relativizados, tal como dice cuando cita a Torres de Moral (como se cita en Tajadura, 2015):

La doctrina y la jurisprudencia han destacado la doble naturaleza o dimensión de los derechos fundamentales como derecho público subjetivos (5.1) y como elementos objetivos del ordenamiento (5.2). Ahora bien, junto a estas dos facetas, Torres del Moral ha destacado también otras dos: la de configurarse como mandatos a los poderes públicos (5.3) y la de operar como límites de la soberanía nacional en el orden internacional (5.5). Junto

a esas cuatro dimensiones, en este epigrafe vamos a incluir una quinta: su dimensión integradora y legitimadora (5.4). (p. 40).

En la idea de relativización de la idea de soberanía¹⁹, tanto de Pueblo como de Nación, se evidencia pues si se desea partir del concepto de soberanía popular, e el cual cada miembro del pueblo tendría parte de la soberanía, por lo ende no estaría sujeto a la Constitución, o si partimos de la idea de soberanía nacional, si en la Nación reside la soberanía, entonces solo lo establecido en la Constitución vincularía a todos, tal como dice Varela (1992) cuando analiza la Constitución Española y la vinculatoriedad de la Constitución partiendo del principio de soberanía popular:

Esto es, si el pueblo español al que alude este precepto se concibe como un sujeto ideal, unificado por el ordenamiento jurídico, aunque a posteriori lo repute previo a el. Si se partiese, en cambio, del dogma de soberanía popular, esta conciliación sería imposible. La soberanía, en efecto, recaería uti singuli en todos y cada uno de los españoles, lo que impediría explicar porque, siendo cada uno de ellos soberano, están todos en su conjunto y cada uno de ellos por separado sometidos al ordenamiento. Incluso partiendo de pueblo como un todo español como sujeto realmente existente, anterior y superior al ordenamiento. (p. 88).

¹⁹ En el Caso Peruano, nuestro Tribunal Constitucional, indica que para ir de transito del Estado Legal de Derecho al Estado Constitucional de Derecho, hay un cambio de paradigma del principio de soberanía parlamentaria a supremacía constitucional, (STC 05854-2005-AA FJ 3).

Si partimos de ambos conceptos, los derechos fundamentales podrían ser objeto de supresión o eliminación, sin embargo, si asumimos el efecto de irradiación de los derechos fundamentales, los mismos al fundarse en la dignidad humana (positvizada o no) que tiene carácter preestatal, va entrar en confrontación con el principio democrático (soberanía), siendo que dicha confrontación ha sido manifestada tanto en regímenes dictatoriales como los de Venezuela²⁰, como los regímenes democráticos del Perú²¹, Colombia²², España²³, Alemania²⁴, entre otros, por los órganos internos de control constitucional y los órganos supranacionales²⁵.

²⁰ Dicho hecho se ha visto con las constantes resoluciones del Tribunal Supremo de Justicia (TSJ) que anulaban las decisiones de la Asamblea Nacional.

²¹ En el caso peruano, se ha visto constantes tensiones cuando el Tribunal Constitucional Peruano o Poder Judicial, ha controlado decisiones del Poder Legislativo o Poder Ejecutivo en los siguientes casos : STC 0013-1996-AI (Caso Leyes de Amnistía), STC 0002-1996-AI (Caso Ley Interpretación-Relección Presidencial), STC 0006-2017-PI (Caso Reglamento del Congreso-Transfugismo); Caso Sanción del Congresista Javier Diez Canseco, Caso de MegaComisión Alan García, como decisiones discrecionales del Poder Ejecutivo: STC 04053-2007-PHC/TC (Caso Gracia Presidencial Humanitaria-Alfredo Jalilie), STC 03116-2009-PA/TC (Caso Cementos Lima S.A-Proporcionalidad de la Tasa Arancelaria), STC 03660-2010-PHC/TC (Caso Indulto Humanitario-Crousillat), STC 0002-2009-PI/TC (Caso de Acuerdo de Libre Comercio de Perú-Chile), STC 0020-2015-PI/TC (Caso Potestad Sancionadora de la CGR), STC 0006-2019-CC/TC (Caso Conflicto de Competencia Disolución del Congreso de la República), Caso Enfoque de Género en el Currículo Escolar (AP N°2822-2017 Corte Suprema Lima), Caso Gracia Presidencial Humanitaria-Fujimori (NULIDAD 00793-2018 Corte Suprema Lima), entre otros.

²² En el Caso Colombiano el caso más importante es el referido a lo establecido por la Corte Constitucional Colombiana en el EXP -2017 (Caso Ley de Amnistía-Acuerdo de Paz con las FARC).

²³ En el Caso Español, se puede citar el caso resuelto por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea que, contra lo resuelto por el Tribunal Supremo Español, considero que el líder de ERC, Oriol Junqueras sí tenía inmunidad.

²⁴ En el Caso Alemán, se puede citar el caso resuelto por el Tribunal Constitucional Federal Alemán sobre la posibilidad de que Alemania participe en Mecanismo Europeo de Estabilidad (MEDE).

²⁵ En el Perú, en la actualidad, uno de los casos más controvertidos, es el control de convencionalidad a las decisiones del Poder Legislativo (Congreso de la República Peruano) sobre el procedimiento de acusación constitucional seguido contra los cuatro (04) magistrados del Tribunal Constitucional, considero que podía haberse dado en un proceso contencioso independiente al del presente caso), específicamente a las Medidas Provisionales establecidas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH 5 votos a favor y dos en contra) el 08 de febrero de 2018 derivadas del Caso Durand y Ugarte vs Perú (Caso Fronton), donde la misma establece que el Congreso de la República Peruano archive el procedimiento de acusación constitucional seguido contra los cuatro (04) magistrados del Tribunal Constitucional a fin de garantizar el derecho de las víctimas del caso Durand y Ugarte (Caso Fronton) a obtener un acceso a la justicia constitucional sin interferencias en la independencia judicial; por otro lado tenemos el respectivo control de convencionalidad a una decisión discrecional del Poder Ejecutivo (Presidente de la República), específicamente el indulto otorgado al ex presidente Alberto Fujimori Fujimori, vinculado a la etapa de ejecución de los casos Cantuta y Barrios Altos que fue confirmado por la Corte Suprema Peruana mediante la NULIDAD 00793-2018; lo que

Por ende, la categoría del hombre va ser el del “ser humano”, donde independientemente de la nacionalidad o condición de ciudadano va tener una protección internacional, tal como dice Villaverde (2015):

Pues bien, los derechos humanos pretenden predicar la libertad del hombre al margen de su estatus jurídico, enumerando una serie de libertades que le pertenecen por naturaleza, por el simple hecho de ser un ser humano. Los derechos fundamentales, sin embargo, tendrán en cuenta el estatuto jurídico de cada individuo, sin perjuicio de que garanticen libertades a cualquier hombre por ser solo ser humano; o, dicho, en otros términos, sin perjuicio de que también consideren al ser humano como un estatus jurídico del hombre. (p. 580-581).

Sin perjuicio de lo antes señalado, es necesario indicar que en el caso de derechos políticos²⁶ y jurisdicción en un proceso²⁷, si se otorga un mayor margen de discrecionalidad a los Estados, lo cual nos hace pensar en la diferencia entre derechos humanos y derechos fundamentales; mostrando la preeminencia que

nos refuerza las confrontaciones que existen y existirán entre derechos humanos y principio democrático (soberanía).

²⁶En el caso peruano, podemos ver que la Ley de 30738 publicada el 14 de marzo, implicó una reforma constitucional al artículo 52, donde si bien la nacionalidad es un derecho humano, reconocido en los tratados de derechos humanos, el legislador a través del proceso de reforma constitucional tiene un amplio margen de discrecionalidad para determinar su contenido, pues el artículo anterior establecía como limitación la minoría de edad, con la reforma se elimina dicho requisito, lo cual nos evidencia que el concepto de soberanía en este caso primaba.

²⁷ Podemos evidenciar que, el Tribunal Constitucional aduciendo el concepto de soberanía hace control constitucional a la validez de resoluciones emitidas por autoridades extranjeras, tales como los casos STC 1750-2011-PA/TC, STC 02476-2012-PA/TC, mas aun cuando inclusive se niega la extradición de ciudadano chino por riesgo de que se le aplique la pena de muerte (STC 2278-2010-HC/TC), por otro lado tenemos que se reconoce al migrante extranjero el derecho al debido procedimiento administrativo en el marco de un procedimiento administrativo migratorio (STC 04729-2015-PHC/TC).

todavía tiene el concepto de soberanía, sin embargo dicha situación se ha ido relativizando en el caso de los derechos de los migrantes, tanto a nivel de la Corte Interamericana de Derecho Humanos(Caso Velez Llor vs Panama donde se le reconoce titularidad de derechos humanos indientemente de su condición de ciudadano o nacional), así como por parte de nuestro Tribunal Constitucional (STC 02744-2015-PA/TC donde se le reconoce titularidad de derechos fundamentales, indientemente de su condición de ciudadano o nacional).

En el marco internacional, podemos mencionar el caso de la “Generalitat de Cataluña” de España donde a pesar el desarrollo del sistema democrático y no ser una colonia o pueblo oprimido, genero una crisis política que marco el debate de la vigencia del Estado de las Autonomías, en este caso podemos evidenciar un conflicto entre soberanía con los derechos humanos, dentro de los cuales estaba el “derecho a la autodeterminación de los pueblos”, siendo que el Tribunal Constitucional Español (ratificada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos-TEDH²⁸ pero que respecto a derechos individuales de no tener la condición de eurodiputados independentistas ha sido cuestionada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea-TJUE ²⁹), para poder rechazar dichos argumentos se sostiene

²⁸ Se evidencia en la sentencia de mayo de 2019, donde el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), que ratifica las decisiones del Tribunal Constitucional sobre la prohibición de que se realice la convocatoria a referéndum de independencia.

²⁹ Se evidencia en la sentencia de diciembre de 2019, donde el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE), que reconoce la situación de miembro de la Unión Europea a Oriol Junquera teniendo en cuenta que dicha condición fue adquirida en la proclamación, situación que se dio antes de haber sido sentenciado a 13 años de prisión, dejando al Tribunal Supremo la solución sobre su libertad, luego de que la Junta Electoral Central lo inhabilito por dicha sentencia, genero que el Parlamento Europeo solo le reconozca su condición de eurodiputado desde el 02 de julio de 2019 hasta el 03 de enero de 2020, siendo que dicha situación todavía se encuentra evaluada por el Tribunal General de la Unión Europea (el fondo porque la medida cautelar fue rechazada).

basicamente en el concepto de soberanía, en ese sentido parte de que el titular de la soberanía es el “Pueblo Español”³⁰ (soberanía popular) o que dicha soberanía se funda en la “Union de Nacion Española” ³¹ (soberanía nacional), por lo que dicha titularidad de soberanía también le daría la titularidad de poder constituyente, siendo que el respectivo proceso constituyente plasma la máxima norma jurídica del ordenamiento juridico denominada “Constitución”, siendo que esta ultima norma legitima el ejercicio del poder³², siendo que dicha norma ha establecido el Estado de las Autonomias, donde se reconoce el pueblo catalán (aisaldamente del pueblo español) el “derecho a la autonomía”³³ a través de las Comunidades Autonomicas que la materializan su autogobierno a través del respectivo Estatuto de Autonomia³⁴ que tiene rango de ley organica³⁵ y subordinada a la Constitución Española, asimismo cualquier modificación respecto a la “identidad y unidad del soberano” se debe dar via referéndum(especie del genero consulta popular) cuya competencia solo esta reservada al Estado Central³⁶, por lo que al no ser el “Pueblo Catalan” titular de soberanía y solo de autonomía, no tiene poder constituyente para la

³⁰ Se evidencia en la STCE 031 y 137-2010 FJ 9 y 12 (Caso del Estatuto de Autonomia Catalana del 2006), asi como también en la STCE 042-2014 FJ 3 (Caso Declaracion de Soberania y Derecho a Decidir del 2013) y en la STCE 124/2017 FJ 5 (Caso de la Ley de Transitoriedad Juridica y al Republica Catalana del 2017).

³¹ Se evidencia en la STCE 031 y 137-2010 FJ 9 y 12 (Caso del Estatuto de Autonomia Catalana del 2006), asi como también en la STCE 259-2015 FJ 5 (Declaracion de Inicio de Proceso de Independencia del 2015) y en la STCE 124/2017 FJ 5 (Caso de la Ley de Transitoriedad Juridica y al Republica Catalana del 2017).

³² Se evidencia en la STCE 259-2015 FJ 5 (Caso Declaracion de Inicio de Proceso de Independencia del 2015).

³³ Se evidencia en la STCE 247-2017 FJ 14 (Caso del Estatuto de Autonomia Valenciana del 2006), asi como también en la STCE 042-2014 FJ 3 (Caso Declaracion de Soberania y Derecho a Decidir del 2013), en la STCE 259-2015 FJ 5 (Caso Declaracion de Inicio de Proceso de Independencia del 2015), en la STCE 085-2016 FJ 3 (Caso Ley de Accion Exterior de Cataluña del 2016) y en la y en la STCE 124/2017 FJ 5 (Caso de la Ley de Transitoriedad Juridica y al Republica Catalana del 2017).

³⁴ Se evidencia en la STCE 247-2017 FJ 15 (Caso del Estatuto de Autonomia Valenciana del 2006).

³⁵ Se evidencia en la STCE 031 y 137-2010 FJ 3 (Caso del Estatuto de Autonomia Catalana del 2006).

³⁶ Se evidencia en la STCE 042-2014 FJ 3 (Caso Declaracion de Soberania y Derecho a Decidir del 2013), STCE 031 y 032-2015 FJ 9 (Caso Ley de Consultas y Decreto de Convocatoria (2014)).

conversión de “Comunidad Autonómica” a “Estado Catalán”³⁷, ya que la misma implicaría una modificación respecto a la identidad y unidad del soberano, asimismo cualquier referéndum en ese sentido está vedada a las Comunidades Autónomas, por no estar tasada dentro de las “Consultas Populares” permitidas³⁸, sin embargo hasta ese punto su línea argumentativa se sustenta exclusivamente en el concepto de soberanía, sin embargo cuando analiza el “*Derecho a la Autodeterminación*”³⁹, existe un silencio para determinar si un derecho humano o fundamental, y simplemente bajo el concepto de soberanía se indica que “*no es un derecho reconocido en la Constitución Española*”⁴⁰ para los pueblos de las Comunidades Autónomas, sin embargo frente a la Crisis del Estado de las Autonomías, habilita como constitucional el ejercicio del “*Derecho de decidir*” (considero que es una forma de relativizar o reconceptualizar el concepto de derecho a la autodeterminación para dichas circunstancias), para lo cual requiere una reforma constitucional y que sea ratificada vía referéndum por el titular de la soberanía es decir el “Pueblo Español”⁴¹.

Habiéndose establecido que los derechos fundamentales limitan el ejercicio de la soberanía por parte de los Estados, y estos renuncian al ejercicio de parte de su

³⁷ Se evidencia en la STCE 259-2015 FJ 2 Y 3 (Caso Declaración de Inicio de Proceso de Independencia del 2015).

³⁸ Se evidencia en la STCE 031 y 032-2015 FJ 6 (Caso Ley de Consultas y Decreto de Convocatoria (2014), así como en la STCE 114-2017 FJ 3 (Caso Ley de Referéndum de Autodeterminación del 2017).

³⁹ Desarrolla el concepto del derecho a la libre determinación en el marco del derecho internacional a fin de que no sea aplicable pues Cataluña no existe una dominación colonial o extranjera, tal como se evidencia en la STCE 114-2017 FJ 2 (Caso Ley de Referéndum de Autodeterminación del 2017).

⁴⁰ Se evidencia en la STCE 042-2014 FJ 3 y 4 (Caso Declaración de Soberanía y Derecho a Decidir del 2013), así como en la STCE 114-2017 FJ 2 (Caso Ley de Referéndum de Autodeterminación del 2017).

⁴¹ Se evidencia en la STCE 042-2014 FJ 3 y 4 (Caso Declaración de Soberanía y Derecho a Decidir del 2013), así como la STCE 114-2017 FJ 3 (Caso Ley de Referéndum de Autodeterminación del 2017).

soberanía, al firmar tratados de derechos humanos que garanticen la efectividad de los mismos en sus ordenamientos internos y el acatamiento de las decisiones de los tribunales internacionales, se evidencia el porque de la positización en las constituciones los derechos humanos, por eso se dicen que los derechos fundamentales serian derechos humanos positivizados, comportándose como decisiones emanadas del poder constituyente, tal como dice BARRANCO cuando cita a Prieto (2009):

En el contexto de esta discusión resulta interesante recordar que el rasgo característico de las posiciones jurídicas de derecho fundamnetales es su resistencia, que aquí entiendo como la versión subjetiva de la supremacía constitucional y que, en palabras de L. PRIETO “significa que los derechos operan como si encarnasen decisiones superiores a cualesquiera órganos estatatales, incluido el legislador, y, por tanto, como si emanasen de un poder constituyente o soberano al que todas la autoridades e instituciones deben someterse; de ahí que los derecho no sean negociables o que en una democracia representen triunfos frente a la mayoría. (p. 24).

Para luego darle mayor eficacia con clausulas de derechos no enumerados, tal como dice Sessarego (2005):

en el Capítulo 1 de los otros derechos que pudieran estar reconocidos en capítulos y títulos distintos. Desde este punto de vista, la enunciación de ciertos derechos, a guisa de "derechos fundamentales" en el Capítulo 1, no debiera entenderse en el sentido de que tal caracterización solo se ha reservado para los que allí se encuentran. Y ello porque "derechos

fundamentales" también son posibles de encontrarse en otros capítulos -y títulos- de la misma Constitución. (p. 345).

Siendo que nuestro máximo intérprete de la constitución, siguiendo la misma línea considera, que el principio-derecho dignidad humana es el presupuesto jurídico de los derechos fundamentales por ser preexistente al estado (por ello el estado solo los reconoce y nos los establece), tal como se establece en la STC 1417-2005-PA que dice literalmente:

"2. (.....)

Consecuentemente, si bien el reconocimiento positivo de los derechos fundamentales (comúnmente, en la Norma Fundamental de un ordenamiento) es presupuesto de su exigibilidad como límite al accionar del Estado y de los propios particulares, también lo es su connotación ética y axiológica, en tanto manifiestas concreciones positivas del principio-derecho de dignidad humana, preexistente al orden estatal y proyectado en él como fin supremo de la sociedad y del Estado (artículo 1º de la Constitución).

3. Es por ello que el Capítulo I del Título I de la Constitución, denominado "Derechos Fundamentales de la Persona", además de reconocer al principio-derecho de dignidad humana como el presupuesto jurídico de los demás derechos fundamentales (artículo 1º) y de enumerar a buena parte de ellos en su artículo 2º, prevé en su artículo 3º que dicha enumeración no excluye los demás derechos reconocidos en el texto constitucional (vg. los derechos fundamentales de carácter social y económico reconocidos en el Capítulo II y los políticos contenidos en el Capítulo III), (.....)"

Por lo que, considero que en la actualidad, la diferencia *prima facie* entre derechos humanos y derechos fundamentales se plantearía, por un lado a razón de la categoría que se de al hombre, ya que los primeros serían aplicables al hombre en su condición de "ser humano" mientras que los segundos serían aplicables al hombre en su condición de "ciudadano o nacional", sin embargo dicha diferencia se ha visto diluida con la *globalización de los derechos humanos*, que ha implicado una renuncia por parte de los estados a su soberanía a fin de reconocerlos y el sometimiento a las decisiones establecidas por dichos tribunales, por otro lado la

diferencia a razón del instrumento que los regula, ya que los primeros estarían regulados en “Normas de Derecho Internacional” mientras que los segundos serían regulados en “Normas de Derecho Interno (Constitución)”, sin embargo cuando las Normas de Derecho Interno (Constitución) consagran “derechos no enumerados” y el “derecho-principio dignidad humana” como fuente legitimadora de derechos fundamentales, positivizarían casi de manera automática los derechos humanos, relativizando el planteamiento de que los derechos fundamentales entendidos como derechos humanos positivizados, finalmente la diferencia a razón de la competencia en la protección de derechos humanos, pues existiría una exclusividad en la protección de derechos humanos por parte de tribunales internacionales, sin embargo dicha diferencia también ha sido diluida por el “control de convencionalidad” que aplican los órganos jurisdiccionales de un Estado, mediante el cual se puede tutelar derechos humanos.

2.3.3 Relación con los Derechos Constitucionales en la Constitución Política del Perú de 1993

La Constitución Política del Perú de 1993, es la máxima norma del ordenamiento jurídico peruano, siendo que en aplicación del principio de jerarquía normativa consagrado en su artículo 51º prevalece sobre toda norma legal, la cual como se había mencionado antes, tiene como base el cambio del paradigma de soberanía parlamentaria (ley) por supremacía constitucional (constitución), por lo que los derechos consagrados en ella tienen una especial trascendencia, en ese sentido considero que tanto los derechos humanos y los derechos fundamentales son derechos constitucionales, pues si bien existen una lista taxativa de derechos

fundamentales (capítulo I, II III, entre otros), sin embargo la propia constitución, cuando establece como límite material de los derechos fundamentales, a la dignidad humana (artículo 1), la cual habilitaría a la existencia de más derechos, más aun cuando existe una cláusula de derechos no enumerados (artículo 3) y que en el caso de que los Tratados de Derechos Humanos estos permiten que los derechos reconocidos en la constitución se interpreten en función a dichos tratados (IV Disposición Transitoria), que la constitución tenga parámetros de validez nos hace recordar al concepto de Constitución Material, tal como dice Bachof (2010):

“Pero también, dentro del así delimitado concepto de Constitución, resulta necesario distinguir todavía entre la Constitución escrita o Constitución en sentido formal y la Constitución en sentido material. Constitución en sentido formal es, en esencia, una ley caracterizada por ciertos elementos formales-particularidades en su aprobación, su denominación y su reforma agravada- o también la mayoría de aquellas leyes, y por consiguiente el contenido completo-que es, con frecuencia, en mayor o en menor medida circunstancial-de las disposiciones del texto constitucional. Por su parte, con el concepto de Constitución en sentido material se alude, en general, al conjunto de normas que regulan la constitución, las funciones y las competencias de los órganos superiores del Estado, las estructuras básicas estatales y la posición de los ciudadanos en el seno del Estado. Si se define este concepto de Constitución no por su objeto, sino desde un punto de vista funcional, la Constitución en sentido material es el “sistema integrado por aquellas normas que forman parte esencial de la pretensión jurídico-

positiva de determinar la función del pueblo en un orden integrador.” (p. 58-59).

Asimismo, sobre el rango constitucional que tendrían los derechos fundamentales y su interpretación de conformidad a los tratados de derechos humanos, ha sido establecido por nuestro máximo intérprete de la Constitución en su línea jurisprudencial, tal como lo indica en sus fundamentos jurídicos 4 y 7 de la STC 1417-2005-PA que dicen literalmente:

“4. De esta manera, la enumeración de los derechos fundamentales previstos en la Constitución, y la cláusula de los derechos implícitos o no enumerados, da lugar a que en nuestro ordenamiento todos los derechos fundamentales sean a su vez derechos constitucionales, en tanto es la propia Constitución la que incorpora en el orden constitucional no sólo a los derechos expresamente contemplados en su texto, sino a todos aquellos que, de manera implícita, se deriven de los mismos principios y valores que sirvieron de base histórica y dogmática para el reconocimiento de los derechos fundamentales.

(....)

7. A lo cual cabe agregar que, según la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución, los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución, deben ser interpretados de conformidad con los tratados sobre derechos humanos ratificados por el Perú.”

Asimismo, es necesario entender que la Constitución no solo debe ser entendida en términos formales, sino en términos materiales, tal como dice Bachof (2010):

La cuestión acerca de la posibilidad de admitir la existencia de normas constitucionales inconstitucionales presupone una determinada comprensión del concepto de Constitución.

(.....)

Constitución en sentido formal es, en esencia, una ley caracterizada por ciertos elementos formales-particularidades en su aprobación, su

denominación y su reforma agravada, que son las disposiciones del texto constitucional.

(.....)

Constitución en sentido material se alude, en general, al conjunto de normas que regulan la constitución, las funciones y las competencias de los órganos superiores del Estado, las estructuras básicas estatales y la posición de los ciudadanos en el seno del Estado. (p. 57-60).

Asimismo, dicho autor nos indica la vinculación entre la Constitución Material y el Derecho Metapositivo, incidiendo la validez de los preceptos constitucionales van estar en la medida de los mandatos cual los mandatos metapositivos, que van a ser los límites del constituyente y por lo tanto del legislador, tal como dice Bachof (2010):

El problema entre Constitución y el derecho metapositivo (“preestatal”, “metaestatal”), se encuentra aparentemente solucionado, a través de la positivación del derecho metapositivo en el texto constitucional.

(...)

El problema fundamental de la validez de una Constitución-no solo en el sentido de su positividad, sino también, y sobre todo, en el sentido de su positividad, sino también, y sobre todo, en el sentido de su obligatoriedad jurídica. (...)

A la validez de una constitución pertenece su legitimidad bajo dos especies: positividad en el sentido de su existencia como plan y expresión de un poder eficaz y obligatoriedad en el sentido de la obligación de los sometidos a las normas jurídicas. Esta obligatoriedad persiste solo en medida en que el

legislador tome en consideración los principios constitutivos de cada orden jurídico.

(...)

El concepto material de Constitución exige una consideración del derecho metapositivo. La autonomía del constituyente no es ilimitada, sino que existe en el marco de los mandatos metapositivos. (p. 60-62 y 66).

2.3.4 Titularidad de Derechos de las Personas Jurídicas

La Titularidad de Derechos Personas jurídicas, como se había descrito en la parte de la situación problemática, presenta la siguiente dicotomía, por un lado, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) no le reconoce titularidad de derechos humanos, mientras que nuestro Tribunal Constitucional (TC) si reconoce titularidad de algunos derechos fundamentales hacia la persona jurídica.

En el caso de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), el argumento se fundamenta en que la protección a la persona jurídica no esta reconocida expresamente en la Convencion Americana de Derechos Humanos, siendo que la regla general (considero) es la no protección directa de la persona jurídica, pero con una protección indirecta de la persona jurídica “muy restringida”, donde solo se reconoce el derecho de protección al accionista (por ser persona física o ser humano) pero no de la persona jurídica (por ser persona moral), siempre indicando como motivo la falta de reconocimiento expreso de la Convencion Americana de

Derechos Humanos⁴², tal como se ve en el Caso Ivcher vs Peru (protección de accionista no de empresa Frecuencia Latina), Caso Carvallo vs Argentina (protección de accionista no de empresa BARNA, Caso Cantos vs Argentina (protección de accionsita no de empresa, en este caso se indica que no se estaría protegiendo los derechos de la persona jurídica sino los derechos de las personas físicas que ejercen dicho derecho a través de la persona jurídicas), Caso Perozo y otros vs Venezuela (protección de accionista no de empresa Globovisión), Caso Artavia Murillo vs Costa Rica (si bien es un tema de inicio de la vida-fecundación in vitro, indican que cuando la convención se refiere a “persona” y “ser humano” estos deben ser entendidos como sinónimos, razón por la cual la Corte ha rechazado la protección del sistema interamericano de violación de derechos humanos en perjuicio de personas jurídicas), sin embargo la posición de la CIDH comienza a flexibilizarse, que sin negar su regla general (no titularidad de derechos humanos (los llaman derechos convencionales) por parte de la persona jurídica), otorga legitimidad y/o titularidad de algunos derechos humanos hacia determinadas personas jurídicas (Comunidades Indígenas, Tribales y Organizaciones Sindicales), hecho que ha sido establecido en la Opinión Consultiva OC-22/16⁴³.

⁴² Es un argumento recurrente, respecto a la no titularidad de derechos humanos de la persona jurídica, es la falta de reconocimiento expreso en la Convención Americana de Derechos Humanos, que, en comparación con el sistema europeo de derecho humanos, si es posible reconocer dicha titularidad y protección, porque a través del Protocolo 1 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales la reconoce en ese sentido.

⁴³ En la Opinión Consultiva OC-22/16, se establece que las personas jurídicas no son titulares de derechos convencionales, pero si existe titularidad de algunos derechos humanos hacia las Comunidades Indígenas, Tribales y Organizaciones Sindicales, tal como dice:
“2. El artículo 1.2 de la Convención Americana sólo consagra derechos a favor de personas físicas, por lo que las personas jurídicas no son titulares de los derechos consagrados en dicho tratado, en los términos establecidos en los párrafos 37 a 70 de esta Opinión Consultiva.

Por otro lado, nuestro Tribunal Constitucional, ha reconocido que las personas jurídicas son titulares algunos derechos fundamentales, a pesar de no estar reconocida expresamente en la Constitución Política del Perú, al respecto hay que considerar que las personas jurídica si pueden ser titulares de derechos fundamentales, pero se hace la acotación de que no pueden ser titulares de todos los derechos fundamentales de la persona natural (ser humano), por que algunos son inherentes a los mismos y no pueden ser invocados por las mismas, complementariamente hace una diferenciación en la titularidad de derechos fundamentales entre personas jurídicas de derecho privado y personas jurídicas de derecho publico, siendo que las ultimas tendria menos derechos que las primeras.

En ese sentido, podemos decir a modo de desarrollo de lo antes referenciado, que la jurisprudencia del Tribunal Constitucional ha indicado lo siguiente:

- a) Titularidad indirecta de derechos fundamentales de las personas jurídicas de derecho privado (STC 0905-2001-AA/TC FJ 5).
- b) Titularidad de derechos fundamentales de las personas jurídicas de derecho privado (STC 0905-2001-AA/TC FJ 5, STC 04972-2006-PA/TC FJ 12-13, STC 04072-2009-PA/TC FJ 11 y 12, STC 0945-2015-PA/TC FJ 7)

3. Las comunidades indígenas y tribales son titulares de los derechos protegidos en la Convención y, por tanto, pueden acceder ante el sistema interamericano, en los términos establecidos en los párrafos 72 a 84 de la presente Opinión Consultiva.

5. Las personas físicas en algunos casos pueden llegar a ejercer sus derechos a través de personas jurídicas, de manera que en dichas situaciones podrán acudir ante el Sistema Interamericano para presentar las presuntas violaciones a sus derechos, en los términos establecidos en los párrafos 106 a 120 de esta Opinión Consultiva.

4. El artículo 8.1.a del Protocolo de San Salvador otorga titularidad de derechos a los sindicatos, las federaciones y las confederaciones, lo cual les permite presentarse ante el sistema interamericano en defensa de sus propios derechos en el marco de lo establecido en dicho artículo, en los términos establecidos en los párrafos 85 a 105 de la presente Opinión Consultiva.”

- c) Titularidad de derechos fundamentales de la personas jurídicas de derecho privado, pero con una protección muy restringida (que es casi igual a negar su titularidad), solo cuando se presente la situación de indefensión total y vulneración de sus derechos constitucionales que pongan en peligro su existencia, que en ningún caso debe implicar la defensa de intereses patrimoniales (STC 01926-2007-AA/TC FJ 5, STC 04446-2007-PA/TC FJ 4 y 5, STC 03227-2008-PA/TC FJ 8 y 9, STC 0065-2008-PA/TC FJ 5 y 6)
- d) Titularidad de algunos derechos fundamentales de las personas jurídicas de derecho privado:
- d.1) Derecho a la igualdad ante la ley (STC 04972-2006-PA/TC FJ 14, STC 00291-2007-PA/TC FJ 3 y 6, STC 0011-2013-PI/TC FJ 36)
- d.2) Las libertades de información, opinión, expresión y difusión del pensamiento. El derecho a fundar medios de comunicación (STC 04972-2006-PA/TC FJ 14)
- d.3) Derecho de Acceso a la Información Pública (STC 04972-2006-PA/TC FJ 14)
- d.4) Derecho al secreto bancario y la reserva tributaria (STC 04972-2006-PA/TC FJ 14, STC 0009-2014-PI/TC FJ 15)
- d.5) Derecho a la autodeterminación informativa (STC 04972-2006-PA/TC FJ 14)
- d.6) Derecho a la buena reputación (STC 04972-2006-PA/TC FJ 14, STC 0905-2001-AA/TC FJ 6, STC 04072-2009-PA/TC FJ 14, STC 03696-2011-AA/TC FJ 4 y 5,)
- d.7) Derecho al honor (STC 04072-2009-PA/TC FJ 17, STC 03696-2011-PA/TC FJ 4 y 5,)
- d.8) Derecho a la Imagen (STC 04072-2009-PA/TC FJ 16 y 22, STC 03696-2011-PA/TC FJ 4 y 5)

- d.8) La libertad de creación intelectual, artística, técnica y científica (STC 04972-2006-PA/TC FJ 14)
- d.9) La inviolabilidad de domicilio (STC 04972-2006-PA/TC FJ 14, STC 03959-2007-PA/TC FJ 3)
- d.10) El secreto e inviolabilidad de las comunicaciones y documentos privados (STC 04972-2006-PA/TC FJ 14)
- d.11) La libertad de residencia (STC 04972-2006-PA/TC FJ 14)
- d.12) El derecho de reunión (STC 04972-2006-PA/TC FJ 14)
- d.13) El derecho de asociación (STC 04972-2006-PA/TC FJ 14, STC 05448-2007-PA/TC FJ 3, STC 0011-2013-AI/TC FJ 9,11 y 44)
- d.14) La libertad de contratación (STC 04972-2006-PA/TC FJ 14, STC 05158-2007-PA/TC FJ 6, 7 y 9, STC 0011-2013-AI/TC FJ 10, 11 y 63, STC 01171-2014-AA/TC FJ 6, STC 03700-2010-HD/TC FJ 6)
- d.15) La libertad de trabajo (STC 04972-2006-PA/TC FJ 14, STC 05158-2007-PA/TC FJ 6, STC 01171-2014-AA/TC FJ 6)
- d.16) El derecho de propiedad (STC 04972-2006-PA/TC FJ 14, STC 03959-2007-PA/TC FJ 3, STC 01881-2008-PA/TC FJ 6-11, STC 0605-2008-PA/TC FJ 8-11, STC 01881-2008-PA/TC FJ 6-11)
- d.17) El derecho a la participación en la vida de la nación (ST 04972-2006-PA/TC FJ 14)
- d.18) El derecho de petición (STC 04972-2006-PA/TC FJ 14)
- d.19) El derecho a la nacionalidad (STC 04972-2006-PA/TC FJ 14)
- d.20) El derecho a la inafectación de todo impuesto que afecte bienes, actividades o servicios propios en el caso de las universidades, institutos superiores y demás centros educativos (STC 04972-2006-PA/TC FJ 14)

- d.21) La libertad de iniciativa privada (STC 04972-2006-PA/TC FJ 14, STC 00291-2007-PA/TC FJ 3 y 4, STC 0011-2013-PI/TC FJ 9 ,11, 17)
- d.22) La libertad de empresa, comercio e industria (STC 04972-2006-PA/TC FJ 14, STC 05158-2007-PA/TC FJ 6, 7 y 13, STC 0011-2013-PI/TC FJ 9, 11 y 36, STC 06130-2014-PA/TC FJ 4, STC 00278-2014-AA/TC FJ 5)
- d.23) La libre competencia (STC 04972-2006-PA/TC FJ 14)
- d.24) La prohibición de confiscatoriedad tributaria (STC 04972-2006-PA/TC FJ 14, STC 00291-2007-PA/TC FJ 8 y 10)
- d.25) El derecho al debido proceso y a la tutela jurisdiccional (STC 04972-2006-PA/TC FJ 14, STC 03959-2007-PA/TC FJ 2 y 5, STC 0055-2008-PA/TC FJ 1, STC 2124-2008-PA/TC FJ 3 y 4, STC 03130-2009-PA/TC FJ 4, STC 00278-2014-AA/TC FJ 8)
- e) No Titularidad de todos los derechos fundamentales de las personas naturales (ser humano) hacia las personas jurídicas de derecho privado, porque son inherentes y exclusivos a las primeras:
 - e.1) Derecho libertad de transito y derecho a la libertad individual no derecho de las personas jurídicas –implícitamente tanto derecho privado como publico (STC 0311-2002-HC/TC FJ 2, STC 00888-2008-HC/TC FJ 5 y 6, STC 01881-2008-PA/TC FJ 4 y 5, STC 0605-2008-PA/TC FJ 4 y 5, STC 01171-2014-AA/TC FJ 6).
 - e.2) Derecho a la tranquilidad no derecho de las personas jurídicas- implícitamente tanto derecho privado como publico -(STC 04072-2009-PA/TC FJ 18, 19,20 y 28).
 - e.2) Derecho a la educacion no derecho de las personas jurídicas (STC 0017-2008-PI/TC FJ 2, STC 0011-2013-AI/TC FJ 72)

- f) Titularidad muy restringida de derechos fundamentales de las personas jurídicas de derecho publico (STC 04972-2006-PA/TC FJ 12, STC 04072-2009-PA/TC FJ 12, STC 01407-2007-PA/TC FJ 5 y 9, STC 01150-2004-AA/TC FJ 1, STC 02939-2004-AA/TC FJ 5).
- g) Titularidad muy restringida de algunos derechos fundamentales de las personas jurídicas de derecho publico cuando actúan como si fueran particulares basicamente, dentro de los cuales podemos ver derecho al debido proceso, libertad de contratación, derecho de propiedad:
- g.1) El derecho al debido proceso y a la tutela jurisdiccional derechos fundamentales de las personas jurídicas de derecho publico (STC 01407-2007-PA/TC FJ 5,9, 10 y 13, STC 04164-2016-PA/TC FJ 6, STC 01150-2004-AA/TC FJ 1, 6 y 10, STC 02939-2004-AA/TC FJ 5 y 6, STC 04972-2006-PA/TC FJ 12, STC 04072-2009-PA/TC FJ 12, STC 02939-2004-AA/TC FJ 5-7).
- g.2) Libertad de Contratacion derecho fundamental de la person jurídica de derecho público (STC 05157-2014-PA/TC 49 y 63-Caso Banco de la Nación)
- g.3) Derecho de Propiedad derecho fundamental de la person jurídica de derecho público (STC 03631-2015-PA/TC 24,27,30,35 y 63-Caso Municipalidad Distrital de Villa el Salvador)
- h) No Titularidad de todos los derechos fundamentales de las personas jurídicas de derecho privado hacia las personas jurídicas de derecho publico, tales como:
- h.1) Derecho a la igualdad no derecho fundamental de las personas jurídicas de derecho público (STC 04164-2016-PA/TC FJ 5 que luego entra en contradicción con la STC 03631-2015-PA/TC)

h.2) Derecho al acceso a la información pública no derecho fundamental de las personas jurídicas de derecho público (STC 04164-2016-PA/TC FJ 5).

h.3) Libertades económicas no derechos fundamentales de las personas jurídicas de derecho público (STC 0011-2013-PI/TC FJ 8).

h.4) Libertad de asociación no derecho fundamental de las personas jurídicas de derecho público (STC 0011-2013-PI/TC FJ 8).

2.3.5 Teoría de Derechos Fundamentales

La Constitución, y los derechos fundamentales contenidos en ellas, se erigen como límite del ejercicio del poder o un sistema de valores fundamentales, tal como dice Pozolo (2017):

El modelo constitucional contemporáneo pretende someter a los derechos fundamentales todas las funciones del poder – desde el legislador hasta el juez y el gobierno–, si esto puede ser leído como una mera pretensión, una meta a alcanzar, al mismo tiempo representa también un trato genético del modelo mismo. (p. 214).

Sobre la base de lo desarrollado en los párrafos precedentes, la Constitución, no sería el *elemento material* de legitimación de los derechos contenidos en ella, sino solo un *elemento formal*, armonizador y sistémico de reconocimiento de dichos derechos; en el caso de los derechos fundamentales, por lo que consideramos que los mismos tienen su fundamento en la dignidad del ser humano (límite material), que en un primer momento, como dice Noguera (2003) “debería quedar en lo sustancial al margen de la acción estatal (teoría liberal según Bockenforde)” (p.167), y que sustenta el efecto de irradiación de los derechos fundamentales, sin embargo nos

podríamos ir a un grado de indeterminación respecto al entendimiento de dichos derechos, por lo cual consideramos necesario basarnos, en la teoría jurídica general de los derechos fundamentales, siendo que en el presente caso, nos apoyaremos en la teoría estructural-analítica de Alexy (2007), que dice:

El camino hacia una teoría integradora adecuada pasa por una teoría estructural de los derechos fundamentales. Una teoría estructural-en cuando parte de una teoría integradora-es una teoría primariamente analítica. Es una teoría primaria y no una teoría analítica pura, porque investiga estructuras tales como la de los derechos fundamentales, siempre considerando las tareas prácticas de una teoría integradora. (.....) Se orienta por la pregunta acerca de la decisión correcta y la fundamentación racional desde el punto de vista de los derechos fundamentales. En esta medida, tiene un carácter analítico-normativo.

(...)

En ese sentido, la teoría estructural que aquí se pretende desarrollar, se sabe deudora de la gran tradición analítica de la jurisprudencia de conceptos. (p. 22-23 y 29).

Por lo que, al asumir la teoría jurídica general de los derechos fundamentales de Robert Alexy, los derechos fundamentales deberán ser entendidos como principios.

2.3.6 Estructura de Derechos Fundamentales

La propuesta de Alexy (2007) de la “teoría jurídica general de los derechos fundamentales (teoría estructural de derechos fundamentales)”, se enfoca en la

estructura de los derechos fundamentales (entendidos como principios), en ese sentido dicho autor propone la siguiente estructura: “disposiciones, las normas y las posiciones de derechos fundamental” (p.155), siendo que dicha estructura es reconocida por nuestro Tribunal Constitucional, que los recoge y establece los derechos fundamentales en sentido estricto (posiciones de derecho fundamental), tal como se indica en la STC 01417-2005-AA/TC-FJ 24 y 25 (Caso Manuel Anicama):

“24. Las disposiciones de derecho fundamental son los enunciados lingüísticos de la Constitución que reconocen los derechos fundamentales de la persona. Las normas de derecho fundamental son los sentidos interpretativos atribuibles a esas disposiciones. Mientras que las posiciones de derecho fundamental, son las exigencias concretas que al amparo de un determinado sentido interpretativo válidamente atribuible a una disposición de derecho fundamental, se buscan hacer valer frente a una determinada persona o entidad.

(....)

25. (...) Por ello, cabe afirmar que las posiciones de derecho fundamental, son los derechos fundamentales en sentido estricto, pues son los concretos atributos que la persona humana ostenta al amparo de las normas (sentidos interpretativos) válidas derivadas directamente de las disposiciones contenidas en la Constitución que reconocen derechos.”

2.3.7 Derechos Fundamentales en el Derecho Sancionador

2.3.7.1 Debido Proceso

El derecho fundamental al Debido Proceso, es un derecho continente, pues contiene varias manifestaciones, tales como los señalados por Landa (2002) “que puede comprender el derecho a la presunción de inocencia, derecho de defensa, derecho de información, derecho a libertad probatoria, derecho a declarar libremente, derecho a la certeza, el derecho a la cosa juzgada, entre otros.” (p. 4-5), siendo que en el ámbito administrativo se denomina “debido procedimiento administrativo⁴⁴”.

⁴⁴ Conforme a la línea jurisprudencial establecida por el Tribunal Constitucional considera que el derecho al debido proceso aplicable al proceso judicial también era aplicable al procedimiento administrativo, que se evidencia en: STC 02659-2003-AA/TC (FJ 3), STC 03741-2004-AA/TC (FJ 19), STC 03778-2004-AA/TC (FJ 20),

2.3.7.2 Derecho de Defensa

El derecho fundamental al derecho de defensa, permite ejercer la defensa que no solo es aplicable en el ámbito judicial sino administrativo (y de vital importancia en el procedimiento administrativo sancionador)⁴⁵, el mismo que se encuentra reconocido expresamente en el inciso 14 del artículo 139° de la Constitución Política del Perú que dice:

“Artículo 139°. - Son principios y derechos de la función jurisdiccional:

(.....)

14. El principio de no ser privado del derecho de defensa en ningún estado del proceso. Toda persona será informada inmediatamente y por escrito de la causa o las razones de su detención. Tiene derecho a comunicarse personalmente con un defensor de su elección y a ser asesorada por éste desde que es citada o detenida por cualquier autoridad.”

2.3.7.3 Principio de Presunción de Inocencia

La potestad sancionadora del estado en sus diversas manifestaciones, es una facultad del Estado, que esta sujeta a limitaciones siendo uno de los Pilares más comunes del Derecho Penal, siendo reconocido expresamente en el literal e) del numeral 24) del artículo 2° de la Constitución Política del Perú que dice:

“24. A la libertad y a la seguridad personales. En consecuencia:

STC N° 04289-2004-AA/TC (FJ 2 y 3), STC N° 00023-2005-PI/TC (FJ 43 y 48), STC N° 08105-2005-AA/TC (FJ 8), STC N° 05085-2006-AA/TC (FJ 4), STC N° 08957-2006-AA/TC (FJ 8), STC N° 08865-2006-AA/TC (FJ 5), STC N° 06389-2015-PA/TC (FJ 4), entre otras; asimismo lo denomina “derecho al debido procedimiento administrativo” en la STC 02939-2004-AA/TC (FJ 6), STC 00091-2005-AA (FJ 9), STC 00294-2005-AA (FJ 4), STC 05514-2005-AA (FJ 5 y 7), STC N° 08605-2005-AA/TC (FJ 13), STC 03121-2012-AA (FJ 2.3.3) siendo que esta última dice:

*“2.3.3 Importa señalar que este Tribunal ha precisado que el derecho al debido proceso comprende, a su vez, un conjunto de derechos constitucionales (...). Así, en el presente caso, especial relevancia adquiere confirmar si se ha respetado el derecho a la motivación, como parte integrante del **derecho al debido procedimiento administrativo**. (subrayado y negrilla nuestro)”.*

⁴⁵ Conforme a la línea jurisprudencial establecida por el Tribunal Constitucional considera que el derecho de defensa no solo es aplicable en el ámbito judicial sino en el ámbito administrativo que se evidencia en STC 03741-2004-AA/TC (FJ 25), STC 06785-2006-AA/TC (FJ 3), tal como dice en la STC 05514-2005-AA/TC (FJ 4) que dice:

*“4. 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 concluye, por tanto, dicho derecho cuando los titulares de derechos e intereses legítimos se ven imposibilitados de ejercer los medios legales suficientes para su defensa. (subrayado y negrilla nuestro).”*

e. *Toda persona es considerada inocente mientras no se haya declarado judicialmente su responsabilidad.*”

Tal com lo indica el Tribunal Constitucional en el fundamento 45 de su STC 0156-2012-HC/TC:

“(....) Por dicha razón, en la STC 08811-2005-PHC/TC el Tribunal estableció que el derecho a la presunción de inocencia reconocido en el artículo 2º, inciso 24, literal e) de la Constitución, obliga “al órgano jurisdiccional a realizar una actividad probatoria suficiente que permita desvirtuar el estado de inocente del que goza todo imputado, pues este no puede ser condenado solo sobre la base de simples presunciones”.

2.3.7.4 Principio de Legalidad

El principio de legalidad⁴⁶ es uno de los principios básicos del derecho sancinador, tal como lo recogio nuestro tribunal constitucional en la STC N° 02050-2002-AA/TC (FJ 8):

*“Sobre el particular, es necesario precisar 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** (subrayado y negrilla nuestro).”*

Por lo que dicho principio, constituye uno de los limites del ejercicio del Ius Puniendi del Estado, específicamente de la Administracion Pública, asi como garantia de la separación de poderes (poder ejecutivo y legislativo), tal como se reconoce en la STC 00197-2010-AA/TC (FJ 3):

“3. El principio de legalidad en materia sancionadora impide que se pueda atribuir la comisión de una falta si ésta no está previamente determinada en la ley, y también prohíbe que se pueda aplicar una sanción si ésta no está determinada por la ley. Como lo ha expresado este Tribunal (Cfr. Expediente N.º 010-2002-AI/TC), este principio impone tres

⁴⁶ En el marco de libertad y seguridad personal, se consagra las manifestaciones del principio de legalidad, es decir el principio de reserva de ley y sub principio de tipicidad, tal como se encuentra en los literales d) y e) del numeral 24 de su artículo 2º que dice:

“Artículo 2º. - Toda persona tiene derecho:

(....)

24. A la libertad y a la seguridad personales. En consecuencia:

(...)

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. e. Toda persona es considerada inocente mientras no se haya declarado judicialmente su responsabilidad.”

exigencias: la existencia de una ley (lex scripta), que la ley sea anterior al hecho sancionado (lex praevia), y que la ley describa un supuesto de hecho estrictamente determinado (lex certa).”

Sin embargo, nuestro propio Tribunal Constitucional, ha establecido las diferencias entre el principio de legalidad (que debería ser sub principio de reserva de ley) y el subprincipio de tipicidad o taxatividad, en la STC N° 02194-2004-AA/TC (FJ 5):

*“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. **(subrayado y negrilla nuestro).**”*

Siendo complementado, en la STC N° 00020-2015-PI/TC (FJ 41):

*“41. En consecuencia, se vulnera el principio de legalidad en sentido estricto si una persona es condenada o sancionada por un delito o infracción no prevista expresamente en una norma con rango de ley. Por otro lado, se vulnera el **subprincipio de tipicidad o taxatividad** cuando, pese a que la infracción o delito está prevista en una norma con rango de ley, la descripción de la conducta punible **no cumple con estándares mínimos de precisión. (subrayado y negrilla nuestro).**”*

2.3.7.5 Principio de Culpabilidad

El Principio de Culpabilidad es reconocido como contenido implícito al establecido en el literal e) del numeral 24) del artículo 2º de la Constitución Política del Perú.

Tal como lo indica el Tribunal Constitucional en el fundamento 26 de su STC 00014-2006-AI/TC:

“25. El principio de la culpabilidad es uno de los pilares sobre los que descansa el derecho penal. Concretamente, constituye la justificación de la imposición de penas dentro del modelo de represión que da sentido a nuestra legislación en materia penal y, consecuentemente, a la política de persecución criminal, en el marco del Estado constitucional. El principio de culpabilidad brinda la justificación de la imposición de penas cuando la realización de delitos sea reprochable a quien los cometió. La reprobabilidad del delito es un requisito para poder atribuir a alguien la responsabilidad penal de las consecuencias que el delito o la conducta dañosa ha generado.

26. El principio de culpabilidad se materializa cuando concurren una serie de elementos; así: “[e]n términos generales puede decirse (...) que de acuerdo con el principio de culpabilidad se requiere que la aplicación de una pena esté condicionada por la existencia de dolo o culpa, de conciencia de la antijuridicidad o de la punibilidad, de capacidad de comportarse de acuerdo con las exigencias del Derecho (imputabilidad), de una situación

normal para la motivación del autor (exigibilidad). Asimismo, en el momento de la individualización de la pena, el principio de culpabilidad exige que la sanción sea proporcionada al hecho cometido.”

Asimismo, el Principio de Culpabilidad fundamenta la pena a través de tres principios básicos:⁴⁷

- a. El Principio de Personalidad de las Penas: La pena no puede trascender la personalidad del delincuente.
- b. El Principio de Responsabilidad por el Hecho Propio: Toda vez que sólo pueden castigarse aquellas conductas que han puesto en peligro o lesionan determinados bienes jurídicos protegidos por el derecho penal y cuya punibilidad depende de un principio de ejecución.
- c. El Principio de Responsabilidad Subjetiva: a través del cual se legitima la aplicación de la pena siempre que el resultado o suceso exterior se corresponda con la intención o el propósito perseguido por el agente o en el caso de los delitos imprudentes (por culpa), según la infracción del deber objetivo de cuidado.

En ese sentido, considero la aplicación del *Principio de Responsabilidad Subjetiva* es la problemática constitucional de la presente investigación, pues si se reconoce que el Principio de Culpabilidad tiene naturaleza de derecho humanos, fundamental o constitucional (implícito), uno de los contenidos es el Principio (o SubPrincipio) de Responsabilidad Subjetiva, podría formar parte del contenido constitucionalmente protegido, se basa en el dolo o culpa, que a su vez deriva de la voluntad del ser

⁴⁷ Trabajo de Investigación Doctoral: “Principios Limitadores de las reformas penales en tiempo de inseguridad” a cargo del Dr. Jose Antonio Caro John. Lima (2010). Pág. 24.

humano, es decir su libre albedrío, que es aplicable normativamente en la actualidad a las manifestación del Derecho Sancionador, es decir al Derecho Penal⁴⁸ y Derecho Administrativo Sancionador⁴⁹.

2.4 Ponderación

2.4.1 Conceptos Preliminares

2.4.1.1 Conflicto entre Reglas

Sobre la base de la teoría de los principios de Robert Alexy antes desarrollada, las reglas son “mandatos definitivos”⁵⁰, ya que contienen, “determinaciones” en el ámbito de lo fáctica o jurídicamente posible (se deben cumplir o no)” (Alexy 2007, 42), por dicho motivo sobre como dice Portocarrero (2016) “la base de la tesis de la derrotabilidad de las normas, las mismas pueden ser derrotadas con la introducción en ellas de argumentos (excepciones) que la contradigan” (p. 64).

En ese sentido, para Alexy (2007) los “conflictos entre reglas” tienen lugar en la dimensión de la validez (p. 70-71), que declara la validez de una o pueden ser derrotables mediante otra “regla de excepción”, por lo que el método propio de

⁴⁸ De conformidad al **Artículo VII del Título Preliminar del Código Penal**, que dice textualmente:

“TÍTULO PRELIMINAR

PRINCIPIOS GENERALES

Artículo VII.- Responsabilidad Penal La pena requiere de la responsabilidad penal del autor. Queda proscrita toda forma de responsabilidad objetiva.”

⁴⁹ De conformidad al **numeral 10 del artículo 246 del T.U.O de la Ley N° 27444-Ley del Procedimiento Administrativo General**, que dice textualmente:

“Artículo 246.- Principios de la potestadsancionadora administrativa

La potestad sancionadora de todas las entidadesestará regida adicionalmente por los siguientes principios especiales:

(.....)

10. Culpabilidad. -

La responsabilidad administrativaes subjetiva, salvo los casos en que por ley o decretolegislativo se disponga la responsabilidad administrativa objetiva.”

⁵⁰ Entrevista de fecha 05 de enero de 2018 para la presente tesis doctoral.

interpretación de las reglas es la subsunción (Portocarrero, 2016, 77-78), tal como resume Alexy (2007) “Un conflicto entre reglas solo puede solucionarse mediante la introducción en una de las reglas de una clausula de excepción que elimine el conflicto o mediante la declaración de que por lo menos una de las reglas es invalida.” (p. 69).

2.4.1.2 Colision entre Principios

Por otro, lado en el caso de principios, al ser “mandatos a ser optimizados”⁵¹, son normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, como dice Alexy (2007) “dentro de los posibilidades jurídicas y reales (facticas) existentes” (p. 42), y el referido mandato a ser optimizados hace que los principios (a diferencia de las reglas) puedan cumplirse en diferente grados, siendo que el grado de cumplimiento va estar circunscrito a las posibilidades fácticas y jurídicas (Alexy, 2007, 42), siendo que la ponderación será el método propio en el caso de colision entre principios (Portocarrero 2016, 77-78), y la base del termino de “colision” en lugar de “conflictos” entre principios, esta función de la prioridad condicionada (a diferencia de la prioridad incondicionada de las reglas), señalada por Portocarrero (2016):

De otro lado, las colisiones entre principios presuponen una relación de prioridad condicionada para su solución.

Bajo determinadas circunstancias un principio puede desplazar a otro, aunque bajo otras circunstancias puede ocurrir lo contrario. La relación de

⁵¹ Entrevista de fecha 05 de enero de 2018 para la presente tesis doctoral.

prioridad condicionada también está vinculada intrínsecamente con el carácter prima facie de los principios. Los principios no contienen un mandato definitivo, sino solo un de tipo prima facie. (p. 107)

2.4.1.3 Derechos Fundamentales como Principios y sus Límites

La teoría jurídica general de los derechos fundamentales de Alexy, asume que los derechos fundamentales deberán ser entendidos como principios, tal como dice Portocarrero (2016) “El juicio de ponderación, como estructura metodológica para la aplicación de derechos fundamentales entendidos como principios, es parte del llamado principio de proporcionalidad en sentido amplio.” (p.75).

Por otro lado, como se mencionó, al ser nuestro modelo de Estado Social y Democrático de Derecho, implica el reconocimiento de que los derechos fundamentales no son ilimitados, pudiendo ser sujetos a restricciones, tal como dice Bernal (2005):

También es reveladora sobre este aspecto la sentencia T-269 de 2002, en la cual la Corte Constitucional estableció: “Por no ser de carácter absoluto, los derechos fundamentales también pueden verse sujetos a restricciones en caso de encontrarse en colisión con el ejercicio de otros derechos fundamentales o la garantía de otros fines constitucionales. Sin embargo, estas limitaciones, para ser válidas, deben ser proporcionadas. (p. 85).

Dicha posición también es asumida por Pietro (2007), cuando habla de que los derechos fundamentales son limitados:

La afirmación de que los derechos fundamentales son limitados representa casi una cláusula de estilo en la jurisprudencia constitucional “no existen derechos ilimitados. Todo derecho tiene límites que (...) en relación a los derechos fundamentales, establece la Constitución por sí misma en algunas ocasiones, mientras en otras el límite deriva de una manera mediata o indirecta de tal norma, en cuanto ha de justificarse por la necesidad de proteger o preservar no solo otros derechos constitucionales, sino también otros bienes constitucionales protegidos. (p. 45).

Todo esto genera que los métodos de aplicación del derecho, como la subsunción queden superados para su interpretación o solución de detalle, debiendo generarse nuevos mecanismos tales como la ponderación, tal como dice Bernal (2007):

Pues bien, a las reglas y a la subsunción, en la moderna teoría del derecho, y sobre todo a partir de las investigaciones de Dworkin en el mundo anglosajón y el de Alexy en el germánico, se suman los principios y la ponderación.

(.....)

La ponderación es entonces la actividad consistente en sopesar dos principios que entran en colisión en un caso concreto para determinar cuál de ellos tiene un peso mayor en las circunstancias específicas y, por tanto, cuál de ellos determina una solución para el caso. (p. 96-97).

2.4.1.4 Principio de Proporcionalidad

El Principio de Proporcionalidad, según Bernal (2005) “que si bien no ha sido reconocido expresamente en ninguna constitución, es un principio implícito al Estado Social y Democrático de Derecho” (p. 80), que si bien a veces puede utilizarse como sinónimo de principio de razonabilidad no es lo mismo tal como dice Gonzales (2003):

En primer lugar, cabe destacar que en bastantes ocasiones el Tribunal Constitucional (Español) utilizó el principio de proporcionalidad sin apenas diferenciarlo de otros principios. Uno de los casos seguramente más evidente en este sentido es el principio de razonabilidad. (p. 35).

Dicho Principio se configura como un límite al poder del estado, tal como dice Bernal(2005):

En este sentido, debe tomarse en consideración lo sostenido por la Corte Constitucional en la sentencia T-417 de 2000. De acuerdo con esta sentencia, el principio de proporcionalidad establece que toda medida del Estado Social de Derecho debe ser en última instancia adecuada y asimilable por el afectado, pues de ese modo reconoce a todo individuo su dignidad individual (.....)

También en esta sentencia explica la Corte que la justificación de esta enunciación del principio de proporcionalidad como límite general a las actuaciones del Estado implica que la tesis según la cual el interés general prima sobre el interés particular ya no puede aplicarse sin matices ni consideraciones particulares. (p. 80).

El principio de proporcional tiene su origen en el derecho constitucional alemán y se basa en tres subprincipios tal como dice Bernal (2005):

Desde sus orígenes en el derecho constitucional alemán, así como en su recepción en otros ordenamientos, el principio de proporcionalidad se compone de tres reglas que toda intervención estatal en los derechos fundamentales debe observar para ser considerada como una intervención constitucionalmente legítima. Estas reglas son los subprincipios de idoneidad (o adecuación), necesidad y proporcionalidad en sentido estricto.

Dichos subprincipios pueden ser enunciados de la siguiente manera:

Toda intervención en los derechos fundamentales que no observe las exigencias de estos subprincipios es ilegítima y, por tanto, debe ser declarada inconstitucional. (p. 80).

En el Caso Peruano, nuestro Tribunal Constitucional considera que el Principio de Proporcionalidad es implícito del Estado Social y Democrático de Derecho (artículo 3º y 43º) y que expresamente está reconocido en el último párrafo del artículo 200 para toda limitación a los derechos fundamentales de la persona (no solo en estado de excepción)⁵², en ese sentido dicho principio constituye límite de los poderes públicos al limitar a un derecho fundamental⁵³, tanto como límite de la libertad de configuración legislativa sancionadora⁵⁴, así como la libertad de configuración

⁵² Conforme a los fundamentos 195 y 197 de la STC 00010-2002-AI/TC, los fundamentos 15 y 22 de la STC 02192-2004-AA/TC, fundamento 26 de la STC 04677-2004-AA/TC y el fundamento 55 de la STC 1209-2006/TC.

⁵³ Conforme al fundamento 26 de la STC 04677-2004-AA/TC, fundamentos 31 y 32 de la STC 00012-2006-AI/TC y fundamento 24 de la STC 00579-2008-AA/TC

⁵⁴ Conforme a los fundamentos 198 al 205 de la STC 00010-2002-AI/TC, fundamento 26 de la STC 04677-2004-AA/TC y los fundamentos 32 y 33 de la STC 00012-2006-AI/TC.

reglamentaria y sancionadora de la Administracion Publica⁵⁵, siendo que señala que el mismo se encuentra compuesto por tres sub principios el de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en estricto sentido⁵⁶ siendo que la metodología utilizada se denomina como “Test de Proporcionalidad⁵⁷”, asimismo se distingue entre el principio de proporcionalidad con el de razonabilidad ya que el primero lleva como presupuesto al principio de razonabilidad⁵⁸, por ultimo se indica que la ponderación es parte del principio de proporcionalidad, es decir el denominado subprincipio de *proporcionalidad en sentido estricto*.⁵⁹

En ese sentido, el principio de proporcionalidad se diferencia del de razonabilidad y la ponderación, por un lado, la distincion entre razonabilidad y proporcionalidad esta a nivel de objeto, tal como dice Bernal (2005):

La distincion entre razonabilidad y proporcionalidad radica en que su objeto es diferente. Mientras el objeto de la razonabilidad es la finalidad de la diferenciación, la proporcionalidad se refiere a las consecuencias jurídicas de dicha diferenciación. (p. 75).

Por otro lado, la diferencia entre el principio de proporcionalidad y ponderación, es que este último es conocido como el “*subprincipio de proporcionalidad en sentido*

⁵⁵ Conforme a los fundamentos 16 y 17 de la STC 02192-2004-AA/TC, fundamento 26 de la STC 04677-2004-AA/TC, fundamento 13 de la STC 01182-2005-AA/TC, el fundamento 4 de la STC 07685-2006-AA/TC y el fundamento 26 y 58 de la STC 00007-2006-AI/TC.

⁵⁶ Conforme al fundamento 15 y 18 de la STC 02194-2004-AA y el fundamento 32 de la STC 00012-2006-AI.

⁵⁷ Conforme al fundamento 2 de la STC 00030-2004-AI/TC, fundamentos 27-28 de la STC 04677-2004-AA/TC y los fundamentos 25 al 34 de la STC 00579-2008-AA/TC.

⁵⁸ Conforme a los fundamentos 29 y 30 de la STC 00045-2004-AI/TC.

⁵⁹ Conforme a los fundamentos 30 y 40 de la STC 00045-2004-AI/TC y al fundamento 30 STC 00579-2008-AA/TC.

escrito”, y es el que permite la compatibilización entre los derechos en conflicto, tal como dice Martínez (2007):

4.1.3. El subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto

Una vez que se ha considerado que la decisión cumple con las exigencias de idoneidad y necesidad, el siguiente paso consiste en analizar su proporcionalidad en sentido estricto, esto es, si el grado de satisfacción del derecho o bien constitucional prevalece compensa la lesión o menoscabo del otro bien o derecho. Esta tercera fase se ajustaría propiamente a lo que se ha denominado como “ley de ponderación”, y descansa en definitiva sobre la regla de racionalidad según la cual la decisión es correcta o está justificada si los beneficios obtenidos superan los costes que esta conlleva.

(p. 244-245)

Siendo que Martínez, indica que la PONDERACION se desarrolla en tres fases:

El examen de proporcionalidad en sentido estricto se desarrollaría en tres fases consecutivas a) la determinación del grado de la lesión o menoscabo que la decisión provoca en uno de los elementos en conflicto; b) la determinación del grado o la importancia de la satisfacción del otro elemento del conflicto, y c) la comparación de las magnitudes anteriores en orden a comprobar si la importancia de la satisfacción del elemento prevalente justifica la lesión o afectación del otro elemento. (p. 244-245).

Finalmente, como se menciona el principio de proporcionalidad esta formado por tres (03) subprincipios como el “subprincipio de idoneidad”, “subprincipio de necesidad” y el “subprincipio de proporcionalidad en estricto”.

El subprincipio de idoneidad o de adecuación, para Bernal (2014) indica “que toda intervención o limitación de los derechos fundamentales, este sustentada en un fin constitucionalmente legítimo y la idoneidad de la misma para su obtención, respecto al fin constitucional, se presume el mismo salvo que exista una prohibición expresa o o implícita de la Constitución, la cual se deriva de la presunción de constitucionalidad de las Leyes.” (p. 881-882).

El subprincipio de necesidad, indica Bernal:

que toda intervención o limitación de los derechos fundamentales, debe ser la menos restrictiva y de igual grado de idoneidad con respecto a otras medidas, para lo cual los el analisis de las medidas deberá hacerse desde perspectivas de la eficacia, la temporalidad, la realización del fin y la probabilidad. (p. 941) .

El subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto o ponderación, analiza el grado de satisfacción (mayor grado) y grado de afectación (menor grado) de los principios contrapuestos, pues como hemos indicado una medida legislativa u otro tipo de intervención, esta fundamentada en un fin constitucionalmente, es decir la realización de un derecho fundamental, tal como dice Portocarrero (2016):

El tercer subprincipio del principio de proporcionalidad, implica una relación de interacción entre la intensidad de afectación de uno de los derechos fundamentales y el grado de importancia de satisfacción del otro derecho fundamental contrapuesto. A esto se le conoce como principio de proporcionalidad en sentido estricto o test de ponderación. (p. 76).

2.4.2 Estructura de la Ponderación

2.4.2.1 Ley de Ponderación

La ley de ponderación está relacionada a los grados de afectación de un derecho (principio) en comparación del grado de satisfacción de otro derecho fundamental (principio), tal como dice Alexy (2007) “de acuerdo con la ley de ponderación, la medida permitida de falta de importancia de la satisfacción de uno de los principios depende del grado de importancia de la satisfacción del otro”. (p. 138).

Siendo que los grados de afectación o realización son el objeto de esta ley de ponderación, las mismas están expresadas en función de una escala triádica: leve, moderada y grave, tal como dice Portocarrero (2016): “la combinación de la progresión geométrica y la escala discreta dan lugar a las siguientes representaciones matemáticas: leve 2^0 , moderado 2^1 , grave 2^2 , es decir 1, 2 y 4”. (p. 84).

2.4.2.2 Fórmula del Peso

La fórmula del peso, tal como dice Portocarrero (2016), “es como sintetización o cociente matemático de la ley de ponderación” (p. 84), es una fórmula que vincula la relación que debe existir entre la afectación en concreto, peso abstracto y la seguridad de las premisas empíricas relativas a su afectación, tal como se detalla:

$$GP_{i,jC} = \frac{IP_{iC} \cdot GP_{iA} \cdot SP_{iC}}{WP_{jC} \cdot GP_{jA} \cdot SP_{jC}}$$

En ese sentido, respecto a la afectación en concreto nos debemos remitir a la escala tríadica, sin embargo en el caso del peso abstracto de derechos fundamentales (principios) podemos decir *prima facie* que va depender del tipo de Estado, en el caso de un Estado Social y Democrático de Derecho al no existir derechos preferentes, el peso de los mismos son iguales y se anulan mutuamente, salvo en el caso del principio dignidad peso mayor, tal como dice Bernal (2005) ,cuando desarrolla la vinculación de los pesos abstractos de igual índole y su anulación, que “Naturalmente, la variable del peso abstracto pierde toda su importancia cuando los principios enfrentados en la ponderación son de la misma índole. Los pesos abstractos se anulan (...)” (p. 107).

En esa misma línea es Portocarrero (2016), cuando analiza el tema en el marco de un Estado Democrático, y dice “El peso abstracto y la certeza de las premisas epistémicas no tienen rol alguno, debido a que ambos principios, en el marco de un Estado democrático de derecho, poseen el mismo peso abstracto (...)” (p.101).

Inclusive Atienza (2012), cuando indica que los pesos abstractos se anulan o no son tomados en cuenta porque según la Constitución Ecuatoriana todos los principios y derechos son de igual jerarquía, y dice:

Pero para eso empleo un número elevadísimo de páginas en las que se explicaba con todo detalle la teoría de Alexy y su fórmula de la ponderación,

se señalaba que el elemento del “peso abstracto” no podía hacerse jugar, pues según la Constitución ecuatoriana todos los principios y derechos son de igual jerarquía (...) (p. 23).

Por último, Portocarrero (2016), dice que “la variable “S” sobre la certeza de las premisas, se puede expresar en una escala tríadica: seguro (2^0), plausible (2^{-1}) y no evidentemente falso (2^{-2}), sin embargo, la seguridad de las premisas no solo debe estar en función de las premisas empíricas sino comprender a las premisas normativas”. (p. 86).

2.4.2.3 Cargas Argumentativas

Finalmente, las cargas de argumentación son aplicables cuando existe empate entre los resultados de las fórmulas del peso, podemos decir *prima facie* que se preferiría la discrecionalidad del legislador (presunción de constitucionalidad) o de la decisión, salvo que exista argumentos sólidos para su cambio, tal como dice Portocarrero (2016), cuando analiza los aspectos dinámico y estático:

Con ello la carga de argumentación muestra un aspecto dinámico y otro estático. El aspecto dinámico está referido a la posibilidad de intervenir en el ámbito protegido de los principios jurídicos o a través de argumentos suficientes y que no impliquen desproporción. El aspecto estático está referido a la formación de una fuerza estabilizadora de las decisiones jurídicas, ya que ellas deberán mantenerse inalteradas en casos futuros que sean idénticos o análogos en tanto y cuanto no existan argumentos que justifiquen su cambio. (p.108).

2.4.3 Limites de la Ponderacion

2.4.3.1 Criticas Preliminares

Las críticas que existen a la teoría que distingue entre principios y reglas, también inciden en la ponderación, aunque claro estas van a cuestionar al método en si.

Por un lado, se cuestiona que recién sea un método explícito de interpretación constitucional tal como dice Aleinikoff (2010):

La ponderación ni se le acerca en antigüedad a la Constitución. Como método explícito de interpretación constitucional apareció primera en las opiniones mayoritarias de finales de la década de 1930 y a comienzos de la década de 1940. (p.31).

Tambien se critica que se simplifica a ser una forma de analisis costos beneficio y la inconmensurabilidad, tal como dice Zucca (2011):

La ponderación aproximada es meramente otro nombre para el análisis económico, coste-beneficio del derecho. El profeta de este tipo de ponderación es el juez Richard Posner.”

(...)

La crítica principal proviene de la noción de inconmensurabilidad. Cuando dos valores inconmensurables se encuentran ínsitos en los derechos en conflicto ¿Cómo es posible forzarlos a una medición de su peso o importancia?. (p. 22-23).

Finalmente, la crítica principal esta en función de ser un método irracional y arbitrario, siendo que la critica más débil estaria en considerarlo más discrecional y

por ello ser como método de interpretación de última ratio, tal como dice Atienza(2012):

La ponderación no es un procedimiento arbitrario, pero supone una dosis de discrecionalidad, de libertad, mayores que la subsunción y eso justifica que la ponderación de los tribunales tenga que ser mucho mas limitada que la del legislador (este ultimo solo tiene el limite de la Constitucion). (p. 31).

2.4.3.2 Limites Materiales

Sobre la base de las críticas antes señaladas, es necesario indicar que la ponderación tiene límites de tipo material y de tipo epistémico.

Respecto a los límites materiales están vinculados a la justificación externa de las premisas, tal como dice Portocarrero (2016) “(...) los limites materiales de la ponderación se encuentran fuera de su estructura interna y están referidos más bien a la justificación externa de las premisas a ser incorporadas en la ponderación.” (p. 109).

2.4.3.3 Limites Epistemicos

Respecto a los límites epistémicos de la ponderación, según Portocarrero (2016) “se deducen a partir de los límites del conocimiento humano (inseguridad) y de la posibilidad de emitir juicios racionales sobre lo que puede estar mandado, prohibido o permitido” (p.141), siendo que los mismos no solo se basan en un nivel de “premisas empiricas”, sino a nivel de “premisas normativas” que subyacen a los principios a ser ponderados. (Portocarrero, 2016, p.144).

2.4.3.4 Principios Formales y su Rol en las Decisiones Autoritativas

Es necesario indicar para poder finalizar lo vinculado a la ponderación, que los principios pueden ser de dos tipos principios materiales y principios formales, respecto a estos últimos al no tener un contenido concreto, pues los mismos solo indican que las decisiones autoritativas sean cumplidas en la mayor medida posible, tal como dice Portocarrero (2016) y que señala alguno de ellos:

Dichos principios, a diferencia de los principios materiales, no cuentan con un contenido concreto; ellos son más bien mandatos de validez que exigen que las decisiones autoritativas sean respetadas en la mayor medida posible, independientemente del grado de corrección interna o moral de las mismas. De esta manera, los principios formales se muestran como un concepto estrechamente relacionado con conceptos tales como el de competencia, el del ámbito discrecionalidad legislativa para la toma de decisiones, así como la facultad jurisdiccional de realizar ponderaciones. En forma de principios formales, se pueden reconstruir conceptos tales como el principio de seguridad jurídica, el principio de democracia, el principio de igualdad y el principio de división de poderes. (p. 28).

Por lo que se dice que los principios formales, son razones a favor del respecto de las decisiones autoritativas y por ende de la discrecionalidad del legislador u otra autoridad, que solo deben ser tenidos en cuenta cuando exista inseguridad epistémica, tal como dice el mismo autor cuando incorpora en la fórmula de Alexy (2007) la variable “Sⁿ” (grado de seguridad respecto a premisas normativas):

Los principios formales deben ser tenidos en cuenta en la ponderación de principios materiales cuando exista una incertidumbre o inseguridad epistémica (incertidumbre respecto de las premisas empíricas o normativas en que se basa la decisión autoritativa). En tales casos los principios formales constituyen razones a favor del respeto de un ámbito de discrecionalidad epistémico en favor del legislador. Este tipo de ámbito de discrecionalidad debe ser diferenciado del ámbito de discrecionalidad estructural del legislador. Los principios formales juegan un rol solo en caso de que en la ponderación se produzca un caso de empate epistémico, ellos no tienen un rol alguno en caso de empates de tipo estructural. (p.36).

CAPITULO III. DERECHO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR

3.1 Determinación del Derecho Administrativo Sancionador como Disciplina Jurídica Autónoma

3.1.1 Definición de Derecho Administrativo Sancionador

El Derecho Sancionador, tal como dice Villavicencio (2006) “es una rama que tiene como objeto la potestad sancionadora del estado, que implica calificar como punibles ciertas conductas y establecer la sanción correspondiente” (p.87).

El Derecho Administrativo Sancionador, tiene como objeto establecer las conductas jurídicamente reprochables y sancionables, con sanciones diferentes a penas privativas de la libertad, como multas u otras análogas; siendo su objeto de estudio las “infracciones administrativas”, por lo que al tener como objeto “sanción administrativa” es necesario conocer sus rasgos característicos, pues no toda medida gravosa es sanción, ni mucho menos reposición de la legalidad, tal como dice Moron (2017):

- a. Es un acto de gravamen. Determina un menoscabo o privación, total o parcial, temporal o definitiva, de derechos o intereses, tales como: la suspensión, clausura o interdicción de ejercer determinadas actividades, el comiso de bienes, la caducidad de derechos, la amonestación o apercibimiento, la multa, entre otras.
- b. Es un acto reaccional frente a una conducta ilícita. Su finalidad es una consecuencia de la conducta sancionable, eminentemente con carácter represivo y disuasivo.

c. Es un acto con finalidad solo represiva, por lo que su existencia misma no guarda relación con el volumen o magnitud del daño.

Por tanto, no pueden considerarse como sanciones: las medidas de reposición de las cosas a la situación legal correcta-el cierre de un local sin licencia, el cese de una publicidad engañosa-. Las medidas resarcitorias-devolver importe de ejecución subsidiaria-, ni las medidas de forzamiento de ejecución administrativa-multas coercitivas o compulsión sobre las personas-. (p.385).

3.1.2 Relación con otras disciplinadas

3.1.2.1 Relación con el Derecho Civil

El Derecho Civil, al momento de establecer la responsabilidad, establece para la responsabilidad extracontractual un tipo de responsabilidad objetiva, siendo utilizado para las actividades de riesgo, fundamentándose en el causalismo, por lo que dicho principio ha sido utilizado como base para fundamentar la responsabilidad objetiva en el derecho administrativo sancionador.

3.1.2.2 Relación con el Derecho Penal

La más intensa vinculación que resulta insoslayable negar, es la que se da entre el Derecho Penal y el Derecho Administrativo Sancionador, para graficar dicha situación considero útil mencionar la diferencia metodológica establecida por Rojas(2015) sobre las teorías que existen sobre dichas ramas:

- a) Tesis Unitaria (Identidad ontológica entre Derecho Penal y Derecho Administrativo Sancionador-diferencia cuantitativa de grado).
- b) Tesis Diferenciadora (Diferencia ontológica entre Derecho Penal y Derecho Administrativo Sancionador-diferencia cualitativa).

c) Tesis Eclectica (Diferencia mixta-diferencia cualitativa-cuantitativa).

Estas teorías que analizan las relaciones que podrían existir o no, entre Derecho Penal y Derecho Administrativo Sancionador, considero que deben ser complementadas con el desarrollo de la evolución histórica que se propondrá. (p. 8).

La primera etapa, dice Nieto (2012) la vinculada al modelo de Estado absoluto, que esta vinculado al Derecho Penal de Policía, "(...) la evolución histórica de este Derecho en Alemania, distingue tres fases perfectamente diferenciadas: la del Derecho Penal de Policía característico del Estado absoluto y que penetra cumplidamente en el siglo XIX." (p. 139).

La segunda etapa, según Nieto:

vinculada al modelo de Estado Liberal, que esta vinculado al denominado Derecho Penal Administrativo cuya denominación se atribuye a James GOLDSCHMIDT, tanto para el Derecho Español como para el Derecho Alemán "(...) la del Derecho Penal Administrativo, característico del Estado liberal y que, bajo la autoridad de James GOLDSCHMIDT, se mantiene hasta la Ley de contravenciones de 1968 (...) (p.139).

La tercera etapa, según Nieto "vinculada al modelo de Estado Social y Democrático de Derecho, que estaría vinculada al denominado Derecho Administrativo Sancionador, que estaría caracterizado por la creación de un concepto superior o supraconcepto denominado "Derecho Sancionador," "Derecho Punitivo", "Ius Puniendi del Estado" o "Potestad Sancionadora del Estado" (p.124), en ese sentido

se propugna la aplicación de algunos principios del Derecho Penal (amplitud) y matices de los principios aplicados (intensidad), como cuando dice “(...) nos encontramos entonces ante dos cuestiones esenciales que van a ser desarrolladas inmediatamente: en primer lugar, cuales van a ser concretamente los principios penales aplicables al Derecho Administrativo Sancionador y, en segundo lugar, cuál va ser el alcance de tal aplicación extensiva.” (Nieto, 2012, p.132).

En ese sentido, siendo principistas, si asumimos una “Unidad del Derecho Sancionador⁶⁰”, podría darse una doble dirección de principios, tanto el Derecho Penal como el Derecho Administrativo Sancionador pueden trasladar principios de un lado a otro lado, porque asumir lo contrario implicaría que no existe tal unidad y que los principios aplicables al Derecho Administrativo solo podrían derivar del Derecho Penal o supeditados al mismo⁶¹.

Finalmente, evidenciamos que las relaciones entre el Derecho Penal y Derecho Administrativo Sancionador, han generado que en la actualidad se vaya desvincular poco a poco el segundo del primero, llevándonos a propugnar la Autonomía

⁶⁰ Se parte del concepto de la Unidad del Derecho Sancionador, ya que se indica que dichos principios que se utilizan en el derecho administrativo sancionador y en el derecho penal y provienen del “derecho sancionador”, tal como se dice en la STC N° 02050-2002-AA/TC (FJ 8):

“8. (...) Sobre el particular, es necesario precisar que los principios de culpabilidad, legalidad, tipicidad, entre otros, constituyen principios básicos del derecho sancionador, que no solo se aplican en el ámbito del derecho penal, sino también en el derecho administrativo sancionador, (...) (subrayado es nuestro).”

⁶¹ Cuando se afirma que los principios generales del derecho penal son de recibo con matices en el derecho administrativo sancionador (en lugar de principios generales del derecho sancionador), contradice la unidad del derecho sancionador y más bien reforzaría que los principios son importados del derecho penal y que existe supeditación al mismo reforzando la idea del derecho penal administrativo que existía antes, tal como se dice en la STC N° 01873-2009-AA/TC (FJ 12):

“12. No obstante la existencia de estas diferencias, existen puntos en común, pero tal vez el más importante sea el de que los principios generales del derecho penal son de recibo, con ciertos matices, en el derecho administrativo sancionador. (...) (subrayado es nuestro).”

Científica y Dogmática del Derecho Penal, pero dicha autonomía no implica el uso de la arbitrariedad, sino que la misma autonomía se debe enmarcar con el uso de garantías constitucionales que se desarrollara en el siguiente ítem.

3.1.3 Autonomía del Derecho Administrativo Sancionador

El planteamiento de aplicación del Principio de Culpabilidad (tal como está conceptualizado) tanto para el Derecho Penal y Derecho Administrativo Sancionador, genera inconsistencias en el Derecho Administrativo Sancionador, donde obliga a que se aplique para todo tipo de infracciones la responsabilidad subjetiva y no se permita la responsabilidad objetiva; y esta inconsistencia considero sucede sobre la base de la tesis de una identidad ontológica entre el Derecho Administrativo Sancionador con el Derecho Penal, por lo que a fin de tener coherencia sistémica, se debería partir de la autonomía del Derecho Administrativo Sancionador pero dentro de la Unidad del Derecho Sancionador, pues solo en esta medida es posible sostener que el sistema de responsabilidad subjetiva y objetiva coexistan, sino iremos en contradicción de no dotar a la Administración de las herramientas para proteger bienes jurídicos, pues de lo contrario seguiremos sin enfrentar de manera frontal el problema, lo cual permitiría seguir creando ficciones de que figuras que nos llevan a establecer culpas presuntas que en la práctica es disfrazar la responsabilidad objetiva; o por otro lado dicha autonomía permitiría reconceptualizemos el principio de culpabilidad y se permita su compatibilidad con la responsabilidad objetiva y rompamos el dogma de la proscripción de la responsabilidad objetiva, porque el objetivo principal no es proscribir la responsabilidad objetiva sino la arbitrariedad.

En ese sentido, es necesario contextualizar que la proscripción de la responsabilidad objetiva ha sido la obsesión del derecho penal clásico, pero la Sociedad de Riesgos que trae nuevas realidades a fin de que dicho postulado sea puesto a prueba, tales como el Delitos de Peligro Abstracto, la responsabilidad a la Persona Jurídica, Delitos de Omisión, entre otros, poniendo en duda la vigencia del Principio de Culpabilidad tal como ha sido conceptualizado.

La nueva realidad sociológica denominada “Sociedad de Riesgo”, implica tal como dice Diez-Ripolles (2005) “flexibilizar determinadas garantías en el Derecho Penal, cuando nos hablan de la flexibilización en la precisión de la descripción de los comportamientos típicos, lesividad potencial, requisitos de causalidad o de culpabilidad” (p.05); en la misma línea Silva Sanchez (como se cito en Rojas, 2015):

es valido tipificar conductas lesivas concreta o abstractamente peligrosas, protección de bienes jurídicos colectivos, adelantamiento penal al tipificar indicios (peligros presuntos o formales), influencia del riesgo al proteger bienes jurídicos de peligro concreto o abstracto; finalmente se considera que en algunos casos no se requiere que ponga en peligro abstracto algún bien jurídico como el caso del delito de obstaculización de la labor ambiental (previsto en el artículo 305 numeral 2 del Código Penal). (p. 40-41).

En ese sentido, lo que para el derecho penal de encontrar una justificación para el establecimiento de sus delitos o flexibilización de sus garantías (incluye el principio de culpabilidad), que ha sido ordinario y normal ser aplicado al derecho administrativo sancionador, por lo que considero que la sociedad de riesgos legitima

aun más esa flexibilización propuesta y aun la aplicación de la responsabilidad objetiva.

Sin embargo, es necesario reconocer que el Derecho Administrativo Sancionador, ha manejado su propia dinámica gozando de una mayor flexibilidad doctrinaria de la cual no goza el derecho penal, pues se han desarrollado sin problemas conceptos como Responsabilidad a la Persona Jurídica, Responsabilidad Subsidiaria, Responsabilidad Solidaria e inclusive la más problemática “**RESPONSABILIDAD OBJETIVA**”, pues se parte sobre el Causalismo, vigente en el Derecho Civil, específicamente propio de la Responsabilidad Extracontractual, y no se discutió la incorporación del Principio de Culpabilidad.

Sin embargo, cuando se trata de limitar el Ius Puniendi del estado y por sus excesos, se comienza abordar la problemática del Principio de Culpabilidad, estableciendo para ello una base dogmática de una identidad ontológica con el Derecho Penal, siendo que vía jurisprudencial se ha desarrollado que sus principios son aplicables al Derecho Administrativo Sancionador, para luego hacer la acotación de que los mismos serían aplicados con matices, y en los casos de infracciones de mera actividad se trataba de no reconocer el establecimiento de la responsabilidad objetiva, llevando a límites el concepto de la “culpa” o llegando a conceptos de dolo normativo, asimismo el principio de culpabilidad no ha sido discutido en el derecho civil, lo cual resulta interesante pues por el efecto de irradiación de los derechos fundamentales no solo sería aplicables en ámbitos estatales sino que podrían ser establecidas a relaciones privadas.

La Autonomía Científica y Dogmática del Derecho Administrativo Sancionador en el marco de la Unidad del Derecho Sancionador, se sustentaría en los siguientes motivos:

a) El Derecho Administrativo Sancionador se centra en el riesgo frente al Derecho Penal que tiene más incidencia en el daño o lesión, lo cual ha sido relativizado por la nueva realidad sociológica denominada “Sociedad de Riesgos”.

b) En el Derecho Administrativo Sancionador la regla general es que las infracciones son culposas y excepcionalmente son dolosas, mientras que en el Derecho Penal la regla general es que los delitos son dolosos y excepcionalmente son culposos.

c) El Derecho Administrativo Sancionador se rige bajo la regla del “Principio de Colaboración Reglamentaria”, mientras que el Derecho Penal se rige por la regla general del “Principio de Reserva de Ley”.

d) En el Derecho Administrativo Sancionador se sanciona con normalidad a la Persona Jurídica, mientras que en el Derecho Penal no se sanciona con normalidad a la Persona Jurídica.

e) En el Derecho Administrativo Sancionador se ha desarrollado con la responsabilidad objetiva y solidaria por excepción, mientras que en el Derecho Penal existe una proscripción frente a la responsabilidad objetiva y la responsabilidad solidaria.

Por dicho motivo, considero que la propuesta de una autonomía científica y dogmática del Derecho Administrativo Sancionador podría generar los siguientes supuestos:

- a) Autonomia Cientifica y Dogmatica del Derecho Administrativo Sancionador, con sus propios principios, pero con aplicación de garantías que deriven de la Constitución.
- b) Autonomia Cientifica y Dogmatica del Derecho Administrativo Sancionador, con la aplicación de principios del Derecho Sancionador, que permita inaplicar algunos principios del Derecho Penal, en otros casos matizar la aplicación de los principios aplicables y por último desarrollar sus propios principios.
- c) Autonomia Cientifica y Dogmatica del Derecho Administrativo Sancionador, con la aplicación de principios del Derecho Sancionador, que permita una doble dirección entre el Derecho Penal como el Derecho Administrativo Sancionador intercambien principios.

3.2 Responsabilidad en el marco del Derecho Administrativo Sancionador

3.2.1 Tipos de Responsabilidad Administrativa

3.2.2 Responsabilidad Solidaria

La responsabilidad solidaria es aquella que deriva por norma con rango de ley donde una colectividad se le atribuye la responsabilidad.

En el Derecho Comparado, podemos observar que en el caso Español el Tribunal Constitucional ha admitido como constitucional la responsabilidad solidaria⁶² en el derecho administrativo sancionador tal como dice Nieto (2012) “El Tribunal Constitucional en sus sentencia 76/1990, de 26 de abril, a propósito del artículo 38.1 de la Ley General Tributaria- después de declarar, como antes se ha visto, que la responsabilidad solidaria no es incompatible, en principio, con la Constitución-

⁶² Conforme a la línea jurisprudencia del Tribunal Constitucional Español que se evidencia en la STC 76/1990 (FJ 4), STC 254/1988 (FJ 5), STC 219/1988 (FJ 3), STC 36/2000 (FJ 5), STC 125/2001 (FJ 6), STC 85/2006 (FJ 7), STC 60/2010 (FJ 4), STC 181/2014 (FJ 6), entre otras.

deduce” (p. 387); sin embargo el Nieto, nos señala que el criterio de los Tribunales Administrativos, es hacia la excepcionalidad de dicha responsabilidad, al indicar que:

la misma deba ser determinada de forma explícita y clara por una norma con rango de ley y que por ende no puede aceptarse de ninguna manera que la responsabilidad solidaria por infracciones administrativas pueda establecerse por normas puramente reglamentarias, por ser ello contrario al principio de legalidad. (p.379-380).

En esa misma línea, en el caso Colombiano la Corte Constitucional ha admitido la constitucionalidad de la excepcionalidad de la responsabilidad solidaria en el derecho administrativo sancionador, tal como se evidencia en su línea jurisprudencial⁶³.

En ese sentido, podemos evidenciar que nuestro Tribunal Constitucional, ha seguido en la mayoría⁶⁴ de casos la misma línea argumentativa de establecer como constitucional la excepcionalidad de la responsabilidad solidaria en el derecho administrativo sancionador, tal como se evidencia en su línea jurisprudencial⁶⁵.

⁶³ Se evidencia en sus C-699-15, C-089-11, C-980-10, C-530-03, entre otras.

⁶⁴ Se evidencia que en el fundamento 11 de la STC 03748-2012-PA/TC que podría estar en contra del establecimiento mediante ordenanza municipal de responsabilidad solidaria en un procedimiento administrativo sancionador a cargo de una Municipalidad.

⁶⁵ Se evidencia en sus STC 2226-2007-PA/TC, STC 05503-2007-PA/TC, STC 00002-2006-AI, STC 3825-2006-PA/TC, STC 1492-2003-AA/TC, entre otras.

Finalmente, vemos que ha sido positivizado no solo en leyes especiales, sino en la norma común la “responsabilidad solidaria” tal como se contempla en el numeral 249.2 del artículo 249 del TUO de la Ley N° 27444-Ley del Procedimiento Administrativo General (LPAG), sin perjuicio de reconocer el Principio de Causalidad (no lo denomina Personalidad de las Sanciones) en numeral 8 del artículo 246 del referido cuerpo normativo.

3.2.3 Responsabilidad en el caso de Personas Jurídicas

La responsabilidad en el caso de las personas jurídicas ha sido admitida sin ningún problema o conflicto en el derecho administrativo sancionador, inclusive a personas jurídicas de derecho público, a pesar de no haber sido debatido a nivel de nuestro máximo órgano constitucional a profundidad⁶⁶, siendo que el problema de imputar la responsabilidad administrativa a la persona jurídica ha sido un problema importado del derecho penal, sin embargo al aplicarse el principio de culpabilidad en su faceta de responsabilidad subjetiva en la LPAG y vía jurisprudencial por el Tribunal Constitucional, traslada el mismo problema al derecho administrativo sancionador.

Teniendo en cuenta, que para Nieto (2012) “si las personas jurídicas tienen capacidad de cumplimiento tendrán también capacidad de incumplimiento, mas aun siendo entes de ficción” (p. 394), que va en consonancia con lo manifestado por Parada (2010) “respecto a la capacidad de infracción de la persona jurídica” (p.495-496), o como dice Durand (2013) cuando dice “partiendo algunos de trasladar la

⁶⁶ Conforme se puede ver en las STC 0939-2004-PA/TC (fj 6-9), STC 03426-2006-PA/TC (fj 10), STC 02198-2014-PA/TC (fj 18).

responsabilidad del titular del órgano a la persona jurídica, bajo la teoría del órgano de la persona jurídica” (p. 500-501).

Sin embargo, ¿Podrían las personas jurídicas ser responsables de cometer infracciones administrativas?, esta interrogante es coherente según Gomez (2017) “si asumimos la identidad ontológica entre delito e infracción administrativa” (p. 291), los problemas de la imputación de responsabilidad del derecho penal serían trasladables al derecho administrativo sancionador, opinión compartida en la doctrina nacional tales como ROJAS⁶⁷; aunque claro la matización de su regulación atiendo sus particularidades, debiendo llegar como propone Gomez (2017) “a categorías propias de acción y culpabilidad” (p. 292), por eso es que las mismas soluciones elaboradas en el derecho penal han sido trasladadas al derecho administrativo sancionador, llegando al estado de la cuestión (si solo asumimos como válida la responsabilidad subjetiva) es que para que una persona jurídica pueda ser responsable administrativamente, según el referido autor “debe existir un defecto de organización y que el programa de cumplimiento sería un eximente o atenuante de responsabilidad (dependiendo de su grado de efectividad)” (p. 43-45); siendo acogido este criterio en la doctrina nacional, como cuando Rojas (2018) considera que “las personas jurídica debería ser sancionada por el defecto de organización, caso contrario no debería ser sancionada (p.131-132); pero va depender si se considera a la responsabilidad subjetiva como única forma de responsabilidad válida, ya que voces minoritarias de la doctrina nacional como la de

⁶⁷ Opinión que se puede evidenciar en ROJAS RODRIGUEZ, Hector Fidel. “Fundamentos del Derecho Administrativo Sancionador”. Pacifico Editores S.A.C. Lima (2015). Pag 87-88.

Napuri (2018), y no sin falta de razón por sus implicancias, “niengan la responsabilidad subjetiva como elemento para determinar la responsabilidad de las personas jurídicas” (p.766-767).

Finalmente, es necesario mencionar que en el ámbito penal (respetando la autonomía científica que se propone al derecho administrativo sancionador), las “Consecuencias Accesorias” eran la forma de atribuir responsabilidad a la persona jurídica en un proceso penal, sin que se llegue admitir propiamente responsabilidad penal hacia las personas jurídicas⁶⁸ (a pesar de que otros si las consideran como sanciones penales especiales no siendo penas accesorias⁶⁹), sin embargo para atribuir este tipo de responsabilidad igual se exigía del defecto de organización⁷⁰, y por ende conforme a lo propuesto doctrinariamente, podría ser desvirtuado mediante la implementación de modelos de prevención.

Pero, con la dación de la Ley N° 30424, se regulo por primera vez una denominada forma de “responsabilidad administrativa” que se da en el marco de un proceso penal”, derivado del delito de cohecho activo transnacional (Ley N° 30424), siendo ampliado a los delitos de Lavado de Activos, Minería ilegal, Crimen Organizado y Terrorismo, pero que sin llegar a asumir si es una responsabilidad penal o administrativa; o sui generis como las consecuencias accesorias, asume que para imputar responsabilidad a la persona jurídica debe existir el “defecto de organización” y eximente o atenuante van a ir vinculados al programa de

⁶⁸ Conforme Casacion N° 134-2015 UCAYALI (considerando octavo, decimotercero).

⁶⁹ Conforme Acuerdo Plenario N° 07-2009/CJ-116 (considerando decimoprimer, decimosegundo)

⁷⁰ Conforme Casacion N° 864-2017 NACIONAL (considerando noveno).

cumplimiento, proponiendo otras innovaciones como el criterio propio de persona jurídica (diferencia del concepto de persona jurídica que se utiliza para el ámbito civil), así como una autonomía de responsabilidades entre la persona natural y la persona jurídica, lo cual evidencia que se ha recogido el sustento doctrinario antes señalado, sin embargo lo antes mencionado no nos permite concluir categóricamente si para los procedimientos administrativos sancionadores donde exista la responsabilidad subjetiva también se va seguir el mismo criterio en los procedimientos especiales, porque aun no se ha definido si su naturaleza es de una verdadera responsabilidad administrativa.

3.3 Neurociencia y su implicancia en el Derecho Administrativo Sancionador

La neurociencia ha cuestionado la base del derecho sancionador, primero en el ámbito penal, porque cuestiona las bases mismas del principio de culpabilidad, al cuestionar la libertad del ser humano, siendo que dicho problema va también ser trasladable al ámbito administrativo sancionador, por lo que es necesario analizar sus implicancias.

3.3.1 Determinismo e Indeterminismo

Se plantea sobre si el hombre es libre al momento que toma sus decisiones o dicha libertad es una mera ilusión y están predeterminadas, eso se traduce en el debate entre determinismo o indeterminismo, que si se extrapolan podrían llevarnos a situaciones límites como cuestionar la legitimidad del Derecho Penal, tal como nos dice Feijo (2013):

el debate cosmológico entre determinismo (todo fenómeno se puede reconducir a una explicación basada en condiciones previas) e

indeterminismo psicológico (la mente humana queda al margen de las leyes del mundo físico o natural) en la literatura jurídico-penal no ha sido mas que una trinchera desde la cual evitar la disolución o deslegitimación del Derecho Penal por falta de una fundamentación ultima para la culpabilidad. (p. 273).

Finalmente, se puede pensar en una visión de neurociencia moderada, nos puede resultar una herramienta útil para limitar la responsabilidad, tal como dice Villamarin (2014):

Pues bien, la neurociencia no se queda atrás. (...) primero, para una mejor determinación de la responsabilidad criminal en el caso de que esta pueda verse limitada por la posible existencia de problemas o disfunciones cerebrales; segundo, mediante la aplicación de las nuevas técnicas neurológicas como métodos auxiliares en la detección del engaño en los procesos, en especial en el ámbito criminal. (p. 81).

3.3.2 Axioma de Libertad y su influencia en el Derecho Sancionador

El principio de Culpabilidad se basa sobre un supuesto que el ser humano tiene libertad, este supuesto de libertad no se basa sobre un hecho científicamente comprobado, por lo que en este caso existe lo que se denominaría como dice el **LUZON-PEÑA** en un axioma jurídico⁷¹, desarrollada por Luzon Peña (2013) cuando nos habla de la vinculación entre culpabilidad y libertad:

⁷¹ En el “XI Curso Internacional de Derecho Penal Dogmática Penal: Hacia un nuevo discurso, organizado por la Universidad de San Martín de Porres” de fecha 04,05 y 06 de octubre de 2016, cuando se le pregunto sobre

Según la concepción tradicional y mayoritaria la culpabilidad como posibilidad de reprochar el hecho al sujeto se basa en la libertad de voluntad, en la libertad de decisión y actuación de ese sujeto en ese hecho concreto, o, según lo formula la doctrina alemana mayoritaria, en “el poder actuar de otro modo” (das anders-Handeln-Können) del sujeto, en haber cometido un injusto pese a poder haber cumplido, respetado la norma, o, como fórmula de significado equivalente en alemán, el ‘poder para ello o poder al respecto, el “poder evitarlo y responsabilidad por ello. (p. 360-361).

El problema, se da cuando dicho axioma entra en cuestionamiento, por ejemplo, la observación de Tarufo (2013):

El problema se complica notablemente si se trata de establecer si una lesión cerebral-de cualquier naturaleza- determinado ha determinado el comportamiento de un sujeto (...). Las dificultades nacen, sin embargo, cuando el problema no consiste en determinar si un comportamiento físico es el resultado de una lesión cerebral, sino si la lesión incide sobre la voluntad del sujeto y, por tanto, sobre los comportamientos que dependen de tal voluntad. (p. 17).

la naturaleza jurídica de la libertad del ser humano, indico que esta era una verdad que no necesita ser demostrada es decir un axioma jurídico.

3.3.3 Neurociencia y su influencia en el Derecho Sancionador a través del axioma de Libertad

La Neurociencia ha traído nuevos retos al Derecho en general, principalmente en lo que respecta al principio de culpabilidad aplicable al derecho sancionador, como se ha dicho antes el derecho sancionador a fin de determinar la culpabilidad de una persona, específicamente el principio de responsabilidad subjetiva, se basaría en la libertad del ser humano como un axioma jurídico, sin embargo la neurociencia ha establecido que el ser humano no toma decisiones por su consciencia, es decir sus decisiones no son tomadas por su yo conciente, por lo que al no basarse sus decisiones en su consciencia, el axioma jurídico de presunción de libertad queda desvirtuado, tal como indica Luzon-Peña (2013):

Y eso mismo sostienen actualmente científicos experimentales como representantes de las neurociencias (neurobiología etc.), que sostienen que las investigaciones empíricas sobre la estructura y conexiones neuronales entre partes del cerebro indican que no hay decisión libre y consciente en la actuación humana, pues ésta viene ya prefijada por procesos neuronales. (p. 362-363).

3.3.4 Presuncion de Libertad como respuesta del Derecho Administrativo Sancionador a la Neurociencia

Siendo que el Derecho Penal se basa en el principio de Culpabilidad, y este basarse en la voluntad del ser humano, frente a los avances de la neurociencia como se ha desarrollado en líneas precedentes, se ha generado la crisis de la culpabilidad, ha obligado a proponer diferentes salidas, que se desarrollaran líneas seguidas.

Por un lado, Jakobs (2012), para romper la crítica de la neurociencia, respecto de que la culpabilidad partiría de la libertad de voluntad (o libre albedío); propone a la “libertad de actuación”, para sustentar dicho concepto nos habla de que la “sociedad estructurada normativamente no vincula a seres individuales sino mas bien a personas, criticando que la neurociencia investiga a individuos pero no a la sociedad” (p. 196) ; en esa misma línea tenemos a Weibern (2013), que para romper la crítica de la neurociencia, respecto de que la culpabilidad partiría la capacidad de autocontrol o libre voluntad del ser humano; propone “partir de una atribución normativa de responsabilidad por las acciones ilícitas que deriva de un consenso social” (p. 165); finalmente, tenemos a Feijo (2013), que partiendo de la clásica teoría del reconocimiento, propone que “la responsabilidad parte de la “capacidad de autodeterminación” entendida como reconocimiento social o intersubjetivo” (p.271).

Sin embargo, considero que dicha crisis se basa en fundar el Principio de Culpabilidad en el “axioma de libertad”, partiendo de eso la libertad se consideraría una verdad que no necesita ser demostrada, siendo este el flanco que generaría a la neurociencia al cuestionar al Derecho Penal basado en la culpabilidad, por lo que considero que a fin de salir de dicho entrapamiento cambiar del “axioma de libertad” hacia una “presunción de libertad”, que podría tener acogida en el derecho administrativo sancionador, donde la aplicación del principio de culpabilidad podría tener matices, o se aplicable en todas las manifestaciones del derecho sancionador, es decir el derecho penal y derecho administrativo sancionador, aun cuando se

podría considerar que esta presunción de libertad podría vulnerar el principio de presunción de inocencia, ante lo cual dicha presunción debería ser *iuris tantum*, siendo que la carga de la prueba para desvirtuar la presunción de su libertad recaería en el imputado, sin perjuicio de la carga dinámica de la prueba en los casos que amerite.

3.4 Análisis Económico del Derecho Administrativo Sancionador

3.4.1 Mercado en el Derecho Administrativo Sancionador

3.4.1.1 Mercado Perfecto

El mercado (como regla general) a través de un precio eficiente, según Mankiw (2012) “se ha convertido en el mejor asignador de recursos” (p.10), siendo la asignación de los recursos el centro de la economía clásica, pues se parte de que estos son escasos, ya que se parte de que las necesidades del hombre son ilimitadas.

En ese sentido, Mankiw indica que “normalmente la competencia, es decir la existencia de libre competencia será la solución más eficiente” (p. 11), donde el precio será libre y la asignación de los recursos será la más eficiente, parte de la situación hipotética porque hay gran cantidad de ofertantes, demandantes, información oportuna y simétrica, entre otros aspectos.

3.4.1.2 Fallas de Mercado

Si bien el mercado es el mejor asignador de recursos, esto solo es posible en un mercado perfecto, sin embargo, dicho concepto es un ideal, porque no siempre se

da una gran cantidad de ofertantes, hay inestabilidad de los ciclos económicos, externalidades, entre otros, genera que ese modelo hipotético de mercado no se cumpla, y genere la existencia de fallas de mercado.

3.4.1.3 Externalidades

En ese sentido, una de las fallas de mercado más comunes son las denominadas externalidades, pues la actividad económica si bien internaliza ciertos costos, hay costos no asumidos por la misma (externalidad negativa) o beneficios no recibidos por la misma (externalidad positiva), ambas considero al no ser incorporados dentro de la estructura de costos de la empresa traen una distorsión en los precios, generando que los recursos no sean asignados eficientemente.

El problema, es que normalmente la externalidad es poco comprendida o cuantificada, ya que dependiendo de la complejidad del sector es la magnitud de la asimetría informativa, todo esto si bien no se evidencia con tanta facilidad, al momento de realizar las transacciones se manifiestan en los denominados costos de transacción.

3.4.1.4 Corrección de Fallas de Mercado a través del Derecho Administrativo Sancionador

En el caso de que existan las fallas de mercado están deberán ser corregidas, en el caso de las externalidades negativas específicamente, deberán ser internalizadas, pues caso contrario generan un aumento en los costos de transacción para el individuo o la sociedad en su conjunto, en esa línea las formas de internaliza, dichas externalidades son variadas tal como dice Mankiw (2012)

“desde la prohibición de la actividad, la aplicación de impuestos pigouvianos, aplicación de soluciones legales (teorema de coase)” (p. 210), respecto a este último es importante, hemos determinado que en estos casos los costos de transacción son mayores a cero.

En ese sentido, se vuelve necesario la intervención de un tercero, más aun cuando no se puede establecer individualmente al que soporta la externalidad, sino cuando la sociedad en su conjunto es la que soporta la externalidad, para eso se pueden utilizar, como dice Mankiw (2012) de “Políticas de Orden y Control (Command and control)” (p. 203) regulando directamente el comportamiento de los agentes económicos de una actividad, como es el caso de imponer Límites Máximos Permisibles (LMP), en el cual no se prohíbe la actividad sino que se establece un riesgo permitido; pero una vez establecida la obligación, debe existir una consecuencia frente a su incumplimiento, para lo cual el estado en uso de su *ius puniendi* utiliza al Derecho Sancionador, tanto a través del Derecho Penal o Derecho Administrativo Sancionador.

Por dicho motivo, considero que el Derecho Sancionador se convierte en el mecanismo indirecto a través del cual se internaliza las externalidades⁷², la eficacia

⁷² Es necesario indicar que hasta la fecha de los principales representantes del Análisis Económico del Derecho (AED) no han realizado el referido análisis específicamente para el derecho administrativo, sino para el derecho penal y derecho civil; sin embargo ha implantación de dichas figuras al derecho administrativo sancionador en casos tales como **“Fórmula de cálculo de sanciones penales”** (Becker, Polinsky Shavell y Cohen), **“Incumplimiento (contractual) eficiente”** (Posner), **“Sistemas de imputación de responsabilidad extracontractual”** (Calabresi y Coase), **“Reglas de responsabilidad”** (Posner), **“Regla de responsabilidad civil por negligencia”** (Hand), por lo que esta investigación pretende ser el inicio aplicar el AED al derecho administrativo sancionador, por lo que considero adecuado considerar que “el derecho sancionador (dentro del cual está el derecho administrativo sancionador), es un mecanismo indirecto a través del cual se

de la internalización de dichas externalizades va estar en funcion del sistema de imputación de responsabilidad, es decir de establecer la responsabilidad objetiva y/o subjetiva, pero es necesario indicar que es necesario hallar un Optimo, en el establecimiento del sistema de responsabilidad, a fin de que no por internalizar las externalidades, se generen nuevas externalidades.

3.4.2 Rankings Económicos y Derecho Administrativo Sancionador

En consonancia con lo desarrollo anteriormente, para poder delimitar un Optimo de Pareto en el sistema de responsabilidad del Derecho Administrativo Sancionador, es necesario utilizar la informacion de los rankings económicos respecto a nuestro pais, para poder contextualizarlo a nuestra realidad.

El Ranking Doing Bussiness mide el clima de negocios el cual esta formado por diez pilares⁷³, siendo que nuestro país en el último ranking (DB 2020) ocupa el puesto 76 de 190 paises, siendo el septimo en la region⁷⁴, sin embargo para la presente investigación no existe data relacionada a sistemas de imputación de responsabilidad o justicia administrativa, sin perjuicio de ello se tratara de utilizar las indicadores que sean relevantes para la presente investigación.

internalizan externalidades a favor de la sociedad pues las multas no van al afectado, pero si generan incentivos que reducen externalidades en contra el afectado, pues a través de la implementación de medidas de seguridad o seguros.

⁷³ <http://espanol.doingbusiness.org/es/data/exploreconomies/peru>

⁷⁴ <http://espanol.doingbusiness.org/es/data/exploreconomies/peru>

a) Respecto al indicador “Proteccion de los inversionistas minoritarios”, en dicho indicador estamos en el puesto 45⁷⁵ y muestras que en la normativa sustantiva (obligaciones) tenemos un adecuado nivel de regulación en materia de conflicto de interes y gobernanzas corporativa la cual incluye al mercado de valores en comparación de la OCDE (nuestro benchmarking), sin embargo no se mide la efectividad de la misma.

b) Respecto al indicador de “Cumplimiento de Contratos” que si bien estamos en el puesto 83, el tiempo de cumplimiento es de 478 dias estamos mejor que el promedio del OCDE, sin embargo el costo para hacerlo cumplir es mayor 41,2% versus el 21.5% de la OCDE, por ultimo en la calidad de procesos judiciales es mucho menor DE 9,5 versus 11,7 % del OCDE el cual nos da una lectura de la arbitrariedad o predictibilidad de nuestro sistema judicial de justicia, y por ende de nuestro sistema administrativo de justicia.

c) Respecto al indicador de “Resolucion de Insolvencia”, tenemos una tarea pendiente pues estamos en el puesto 88, la tasa de recuperación es significamente bajo pues tenemos como tasa 29.8% mientras que el OCDE es de 70.5%, asimismo el tiempo en años es mucho mayor 3.1 años versus el 1.7 año del OCDE

d) Respecto al indicador de “Pago de Impuestos”, es un indicador bajo que tiene correlacion con el grado de cumplimiento de multas, pues estamos en el puesto 121, pues el tiempo de pago es de 260 dias mientas que el OCDE es de 158.8 dias.

e) Respecto al indicador de “Apertura de un Negocio”, es nuestro indicador mas bajo que tiene correlacion con nuestro alto grado de informalidad, pues estamos en el

⁷⁵ <http://espanol.doingbusiness.org/es/data/exploreconomies/peru>

puesto 133, pues el tiempo es de 26 días mientras que el OCDE es de 9.2 días, asimismo el costo es más alto de 9.4% mientras que el OCDE es de 3.0%.

Por otro lado el Ranking Competitividad Mundial (Global Competitive Index 4.0) mide el grado de competitividad de los países y está formado por doce pilares, en el cual nuestro país ocupa el puesto 65 de 140 países (2019)⁷⁶, a pesar de que a nivel región Latinoamérica estamos en el puesto 6 pero que el primer lugar tiene una gran diferencia como es Chile que se ubica en el puesto 33 a nivel mundial, sin embargo para la presente investigación no existe data relacionada a sistemas de imputación de responsabilidad o justicia administrativa, sin perjuicio de ello se tratará de utilizar los indicadores que sean relevantes para la presente investigación.

⁷⁶ <http://www.cdi.org.pe/InformeGlobaldeCompetitividad/>

i	Índice de competitividad global 4.0 0-100	-	61,7 ↑	sesenta y cinco	Singapur
i	Ambiente apto 0-100	-	64,2 ↑	70	Singapur
i	1er pilar: instituciones 0-100	-	48,9 ↓	94	Finlandia ↓
i	2do pilar: Infraestructura 0-100	-	62,3 ↓	88	Singapur ↓
i	3er pilar: adopción de las TIC 0-100	-	45,7 ↑	98	Corea, Rep. ↓
i	4to pilar: estabilidad macroeconómica 0-100	-	100,0 =	1	Múltiple (33) ↓
i	Capital humano 0-100	-	77,4 ↑	44	Suiza
i	5to pilar: salud 0-100	-	94,6 ↑	19	Múltiple (4) ↓
i	Sexto pilar: habilidades 0-100	-	60,2 ↑	81	Suiza ↓
i	Mercados 0-100	-	59,9 ↓	51	Estados Unidos
i	Séptimo pilar: mercado de productos 0-100	-	57,1 ↓	56	RAE de Hong Kong ↓
i	8º pilar: mercado laboral 0-100	-	59,0 ↑	77	Singapur ↓
i	Noveno pilar: sistema financiero 0-100	-	61,4 ↑	67	RAE de Hong Kong ↓
i	Décimo pilar: tamaño del mercado 0-100	-	62,2 ↑	49	China ↓
i	Ecosistema de innovación 0-100	-	44,3 ↑	94	Estados Unidos
i	11 º pilar: dinamismo empresarial 0-100	-	55,8 ↑	97	Estados Unidos ↓
i	12 º pilar: capacidad de innovación 0-100	-	32,7 ↑	90	Alemania ↓

a) Respecto al Pilar I, vinculado a “Instituciones”

Respecto al “Índice Cheques y saldos (1C)”, se puede destacar que respecto al sub-índice independencia del poder judicial (1.07) estamos en el puesto 122⁷⁷ lo cual demuestra que el sistema judicial es no es independiente de las influencias del

⁷⁷

http://reports.weforum.org/global-competitiveness-report-2019/competitiveness-rankings/?doing_wp_cron=1590884569.8613328933715820312500#series=EOSQ144

gobierno, los individuos o empresas que indirectamente va estar relacionado con el grado de arbitrariedad antes señalado.

Respecto al Índice “Desempeño del Sector Público (1D)”, podemos ver que respecto al sub-índice eficiencia de la regulación sobre disputas (1.11), estamos en peores condiciones al estar en el puesto 134⁷⁸ lo cual nos indica que nuestro sistema legal y judicial para la solución de controversias de empresas es ineficiente; por último si quisiéramos acercarnos al grado de eficiencia del ámbito administrativo podemos ver que en el sub índice de carga de la regulación gubernamental (1.10) estamos en el puesto 128⁷⁹, lo cual indica los altos costos de transacción de nuestro sistema administrativo.

Respecto al Índice de “Gobierno Corporativo (1.C)”, podemos ver que si bien en el sub-índice de regulación de conflicto de intereses (1.18) nos arroja que estamos en el puesto 27⁸⁰, sin embargo en el sub sub índice de gobernanza de los accionistas (1.19) estamos en los puestos 75⁸¹.

⁷⁸ http://reports.weforum.org/global-competitiveness-report-2019/competitiveness-rankings/?doing_wp_cron=1590884569.8613328933715820312500#series=EOSQ040

⁷⁹ http://reports.weforum.org/global-competitiveness-report-2019/competitiveness-rankings/?doing_wp_cron=1590884569.8613328933715820312500#series=EOSQ048

⁸⁰ http://reports.weforum.org/global-competitiveness-report-2019/competitiveness-rankings/?doing_wp_cron=1590884569.8613328933715820312500#series=CONFINTREG

⁸¹ http://reports.weforum.org/global-competitiveness-report-2019/competitiveness-rankings/?doing_wp_cron=1590884569.8613328933715820312500#series=SHRHOLDGOV

b) Respecto al Pilar VII, vinculado a “Eficiencia de Mercado de Productos”, (estamos en el puesto 56⁸², se ve que en el Índice de la Competencia Local (7.A) estamos en el puesto 100⁸³ que puede estar explicado en su sub- índice de poder de mercado que estamos en el puesto 104⁸⁴; siendo que este ultimo esta relacionado a nuestra variable de probabilidad de falla de mercado.

Finalmente, es necesario indicar que si bien en la parte relacionada a “Administracion de Justicia” e “Instituciones” estamos muy bajos respecto al objeto de la materia investigación, asimismo podemos evidenciar que si existe un alto grado de arbitrariedad y bajo el grado de imparcialidad en el ámbito judicial, podría llevarnos a concluir preliminarmente que en la mayoría de casos en el ámbito administrativo esa arbitrariedad es alta y bajo el grado de imparcialidad, por otro el grado de cumplimiento por parte de los administrados es bajo, de manera indiciaria que arroja el cumplimiento del contrato y cumplimiento de pago de impuestos.

⁸² http://reports.weforum.org/global-competitiveness-report-2019/competitiveness-rankings/?doing_wp_cron=1590884569.8613328933715820312500#series=GCI4.C.07

⁸³ http://reports.weforum.org/global-competitiveness-report-2019/competitiveness-rankings/?doing_wp_cron=1590884569.8613328933715820312500#series=GCI4.C.07.01

⁸⁴ http://reports.weforum.org/global-competitiveness-report-2019/competitiveness-rankings/?doing_wp_cron=1590884569.8613328933715820312500#series=EOSQ105

CAPITULO IV PRINCIPIO DE CULPABILIDAD EN EL DERECHO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR

4.1 Conceptos Preliminares

4.1.1 Alcances del Principio de Culpabilidad

El Principio de Culpabilidad es un limite al “ius puniendi” del Estado tanto para el establecimiento de la responsabilidad como de la sanción, constituyendo una garantía para el administrado, generando que de el se deduzcan manifestaciones de limitaciones al ius puniendi, tal como dice Nieto (2010) que “bajo la expresión “principio de culpabilidad” pueden incluirse diferentes limites del ius puniendi” (p. 323).

En ese sentido, el principio de culpabilidad (asi como el principio de legalidad), es un principio complejo tal como dice Gomez (2010) “que contiene cuatro (04) principios o subprincipios” (p.374), los cuales son:

- a) El Sub Principio o Principio de Responsabilidad por el Hecho, como manifestación del Principio de Culpabilidad, implica la responsabilidad por el Derecho Penal del Hecho.
- b) El Sub Principio o Principio de Personalidad de las Penas, como manifestación del Principio de Culpabilidad, implica según Baca (2019) “que la pena implica que únicamente pueden ser sancionados quienes hubieran realizado la conducta infractora” (p. 319-320).
- c) El Sub Principio o Principio de Imputacion o Responsabilidad Subjetiva, como manifestación del Principio de Culpabilidad, implica la exigencia del dolo o culpa para imputar responsabilidad.

- d) El Sub Principio o Principio de Imputación Personal, Reprochabilidad Subjetiva o Culpabilidad en sentido estricto, como manifestación del Principio de Culpabilidad, implica, según Baca (2019), “que solo podría ser sancionado un sujeto que esté en condiciones de recibir un castigo” (p. 330).

Al respecto, el sub principio o principio de imputación o responsabilidad subjetiva, se pondrá mayor énfasis en la presente investigación, sin perjuicio de que el sub principio de personalidad de las sanciones va ser relevante cuando se analice la responsabilidad solidaria.

4.2 Principio de Culpabilidad en el marco de la Filosofía del Derecho

4.2.1 Principio de Culpabilidad y Responsabilidad Subjetiva en el marco de las Teorías de Justicia

El Principio de Culpabilidad, de manera específica la responsabilidad subjetiva (dolo o culpa) para determinar la infracción administrativa, y por ende su sanción, si bien sostiene su validez y legitimidad en función a la norma (Constitución o Ley), la misma corresponde a una concepción de justicia, la responsabilidad subjetiva considera lo justo esta en función a la voluntad de la persona (o de la presunción de libertad frente al reto de la neurociencia), se apoyaría en la concepción de “justicia conmutativa”, que considera justa la norma jurídica cuando la misma tiene su base en la convención o pacto es decir la voluntad, siendo que el parámetro de justicia se sustenta en la libertad.

4.2.2 Responsabilidad Objetiva en el marco de las Teorías de Justicia

La concepción de “justicia distributiva” considera justa la norma jurídica cuando la misma tiende a una asignación proporcional de los beneficios y cargas entre los

miembros de una sociedad, siendo que el parámetro de justicia se sustenta en la igualdad, en ese sentido la responsabilidad objetiva, se apoyaría en la concepción de “justicia distributiva”, que considera justa la norma jurídica cuando la misma tiende a una asignación proporcional de los beneficios y cargas entre los miembros de una sociedad, siendo que el parámetro de justicia se sustenta en la igualdad.

4.3 Principio de Culpabilidad y Responsabilidad Subjetiva en la Teoría General del Derecho

4.3.1 Culpabilidad como Regla o Principio

El Principio de Culpabilidad, podría ser un “Principio” en la concepción de Alexy, para lo cual debería establecerse el mandato de optimización, lo cual no implicaría necesariamente que la responsabilidad subjetiva vaya tener dicho carácter, de no existir un mandato de optimización sería una “Regla”, por lo que vamos a analizar específicamente su manifestación “responsabilidad subjetiva”.

4.3.2 Responsabilidad Subjetiva como Regla o Principio

La responsabilidad subjetiva, no podría ser un principio, ya que la misma no tiene un mandato de optimización, pues cuando establece que la sanción solo podría darse por dolo o culpa, establece un mandato de todo o nada, no hay manera de grados de cumplimiento, ya que las matizaciones que se pretendería dar siempre va estar dentro del dolo o culpa, si quisiéramos ser coherentes académicamente.

4.3.3 Posición personal

En síntesis a lo planteado en las líneas precedentes, considero que en el marco de la teoría general del derecho, la “Culpabilidad”, sería un “Principio” para lo cual el mandato de optimización tendría que ser *“la sanción es aplicable cuando sea*

proporcional”, mientras tanto la “Responsabilidad Subjetiva” no sería un principio sino una “Regla” ya que la misma establece el dolo o culpa para su aplicación, siendo la misma derrotable a través de excepciones, que sería la responsabilidad objetiva, sin embargo como estamos en el marco del Principio de Culpabilidad, la misma deberá tener límites materiales y formales, que den cumplimiento al mandato de optimización, hecho que no solo bastaría con la “reserva de ley”.

4.4 Principio de Culpabilidad y Responsabilidad Subjetiva en la Jerarquía Normativa y Tipos de Derechos: Importancia de Determinar si es un Derecho Humano, Fundamental, Constitucional o Legal

El debate sobre las diferencias entre derecho humano, derecho fundamental o derecho constitucional, en consonancia con lo desarrollado con el Capítulo II, debemos reiterar la posición de que tanto los derechos humanos y los derechos fundamentales son derechos constitucionales, ya que si bien existen una lista taxativa de derechos fundamentales (capítulo I, II III, entre otros de la Constitución Política del Perú), sin embargo la propia constitución habilitaría a la existencia de más derechos, cuando establece como límite material de los derechos fundamentales, a la dignidad humana (artículo 1 del referido cuerpo normativo), mas aun cuando existe una cláusula de derechos no enumerados (artículo 3) y que en el caso de que los Tratados de Derechos Humanos estos permiten que los derechos reconocidos en la constitución se interpreten en función a dichos tratados (IV Disposición Transitoria del referido cuerpo normativo).

Por otro lado, la importancia de diferenciar, si estamos ante un “derecho constitucional” (entendido como derecho humano o fundamental) o ante un “derecho

legal” son las limitaciones que generaría el mismo, pues si se determina que es un derecho legal quedaría a discrecionalidad del legislador establecer o no la responsabilidad subjetiva u objetiva, mientras que si se considera un derecho constitucional(entendido como derecho humano o fundamental), el legislador dependiendo el caso va estar obligado a establecer la responsabilidad subjetiva y limitado o prohibido de establecer la responsabilidad objetiva.

En ese sentido, considero que si bien el principio de culpabilidad en los términos antes indicados (“*la sanción es aplicable cuando sea proporcional*”) sería un derecho constitucional, sin embargo la responsabilidad subjetiva (al haberse considerado como regla) sería un derecho legal⁸⁵, cuestión que no sería extraña pues en el caso del “derecho de propiedad” (rango constitucional) el Tribunal Constitucional ha considerado que si bien la posesión es un atributo de la propiedad no sería exigible constitucionalmente, tal como se indica en la STC 03050-2011-PAC(FJ5) que dice:

“5. Que en este orden de ideas cabe señalar que el Tribunal Constitucional viene subrayando en su jurisprudencia que “(...) si bien el **derecho de propiedad** tiene **reconocimiento y protección constitucional** de conformidad con lo establecido en nuestra Constitución Política del Estado, **no todos los aspectos de dicho atributo fundamental pueden considerarse de relevancia constitucional**. Es esto último lo que sucede precisamente con la **posesión** que, no obstante configurarse como uno de los **elementos que integra la propiedad, no pertenece al núcleo duro o contenido esencial de la misma, careciendo por tanto de protección en sede constitucional**, limitándose su reconocimiento y eventual tutela a los supuestos y mecanismos [legales que la ley establece] a través de los procesos ordinarios (...)” [Cfr. STC N.º 3773-2004-AA/TC y RTC 03100-2006-PA/TC, RTC 5578-2006-PA/TC, RTC 03336-2008-PA/TC y RTC 02101-2009-PA/TC, entre otras]. **(subrayado y negrilla nuestro).**”

⁸⁵ Considero que aun en el supuesto de considerar la responsabilidad subjetiva como un derecho constitucional, si sería factible constitucionalmente la responsabilidad objetiva de manera excepcional vía ponderación siempre y cuando exista un derecho constitucional en conflicto.

4.5 Analisis Economico de la responsabilidad subjetiva y objetiva administrativa
 4.5.1 Análisis de Variables Económicas a los tipos de responsabilidad administrativa

En ese necesario partir de que la sanción no siempre va ser la solución más eficiente frente al incumplimiento de obligaciones (incumplimiento eficiente), sin embargo cuando llegamos a la conclusión de que la sanción es la solución más eficiente frente al incumplimiento de las obligaciones (incumplimiento ineficiente), el siguiente paso seria analizar que factores hacen “*eficiente una sanción*”, para lo cual considero necesario utilizar el analisis economico del derecho, al ser un método útil para determinar la eficiencia de las normas o las regulaciones a aplicar, teniendo en cuenta que el “*derecho administrativo sancionador*” se convierte en el mecanismo indirecto a través del cual se internalizaria las externalidades.

Sobre lo antes referido, la eficiencia de la sanción la vamos a medir en funcion de la prevención de la misma, con los siguientes factores:

ITEM	FACTOR	DESCRIPCION
1	COSTO DE LA SANCIÓN	A mayor costo de la sanción aumenta el incentivo de la prevención y por ende un mayor incentivo de cumplimiento; por el contrario si menor es el costo de la sanción disminuye el incentivo de la prevención generando menos incentivos de cumplimiento.

2	PROBABILIDAD DE LA DETECCIÓN DE LA INFRACCIÓN	A mayor probabilidad de detección de la infracción aumenta el incentivo de la prevención y por ende un mayor incentivo de cumplimiento; por el contrario si menor es la probabilidad de detección disminuye el incentivo de la prevención generando menos incentivos de cumplimiento.
3	PROBABILIDAD DE LA IMPOSICIÓN DE LA SANCIÓN	A mayor probabilidad de imposición de la sanción aumenta el incentivo de la prevención y por ende un mayor incentivo de cumplimiento; por el contrario si menor la probabilidad de imposición de la sanción disminuye el incentivo de la prevención generando menos incentivos de cumplimiento.
4	PROBABILIDAD DE LA EJECUCIÓN DE LA SANCIÓN	A mayor probabilidad de ejecución de la sanción aumenta el incentivo de la prevención y por ende un mayor incentivo de cumplimiento; por el contrario si menor la probabilidad de ejecución de la sanción disminuye el incentivo de la prevención generando menos incentivos de cumplimiento.

5	COSTO DEL ESTADO EN IMPONER SANCIONES	A menor costo del estado en la imposición de la sanción aumenta el incentivo de la prevención de los particulares y por ende un incentivo mayor cumplimiento; por el contrario si mayor es el costo del estado en la imposición de la sanción disminuye el incentivo de la prevención generando incentivos a un menor cumplimiento.
6	COSTO DEL ESTADO EN EJECUTAR SANCIONES	A menor costo del estado en la ejecutar la sanción aumenta el incentivo de la prevención de los particulares y por ende un incentivo mayor cumplimiento; por el contrario si mayor es el costo del estado en la ejecución de la sanción disminuye el incentivo de la prevención generando incentivos a un menor cumplimiento.

Recordando que el Derecho Sancionador se convierte en el mecanismo indirecto a través del cual se internaliza las externalidades, la eficacia de la internalización de dichas externalizadas va estar en función del sistema de imputación de responsabilidad, es decir de establecer la responsabilidad objetiva y/o subjetiva, pero es necesario indicar que es necesario hallar un Optimo en el establecimiento del sistema de responsabilidad, a fin de que no por internalizar las externalidades, se generen nuevas externalidades (o que las mismas sean excesivas), considero

que la eficiencia sistema de imputación de la responsabilidad esta explicada por los siguientes factores: (i) Probabilidad de imposición de la sancion y (ii) el Costo del Estado en imponer sanciones, para dicho fin se analizaran dichos factores tanto en la responsabilidad objetiva y la responsabilidad subjetiva.

En el caso de la responsabilidad objetiva, se puede evidenciar que respecto al:

- a) Probabilidad de imposición de la sanción, cuando existe responsabilidad objetiva se da mayor probabilidad de que se pueda imponer una sanción, y por ende mayores incentivos de cumplimiento, internalizandose mas las externalidades, siendo muy útil en actividades riesgosas, sin embargo es necesario indicar que también podría generar nuevas externalidades (o que las mismas sean excesivas), a la actividad del presunto infractor, aumentando los costos de dicha actividad siendo útil elementos, como el del riesgo permitido que se da en el marco de la Sociedad de Riesgo.
- b) Costo del Estado en imponer sanciones, cuando existe responsabilidad objetiva es menor el costo del estado en la imposición de la sanción, aumenta el incentivo de la prevención y por ende un mayor incentivo de cumplimiento, al respecto considero que el costo no solo puede verse de lo que el estado gasta en imponer una sanción sino el gasto en defender la validez de la sanción, siendo menor la probabilidad de nulidad de la sanción administrativa o judicial en un sistema de responsabilidad objetiva, sin embargo es necesario indicar que también podría generar nuevas externalidades (o que las mismas sean excesivas), a la actividad del presunto infractor porque

podría darse mayor incentivos de arbitrariedad por parte de la Administración, siendo eficientes en infracciones de mera actividad y de poca significancia.

En el caso de la responsabilidad subjetiva, se puede evidenciar que respecto al:

- a) Probabilidad de imposición de la sanción, cuando existe responsabilidad subjetiva se da menor probabilidad de que se pueda imponer una sanción, y por ende menores incentivos de cumplimiento, internalizándose menos las externalidades, reduciéndose aun mas en actividades riesgosas, sin embargo es necesario indicar que también podría aumentar las externalidades de la presunta víctima o la Sociedad, aumentando los costos de reparación de la víctima o la Sociedad siendo útil elementos como el del riesgo permitido que seda en el marco de la Sociedad de Riesgo o el uso de la formula de Hand (estandarización de los casos de negligencia)
- b) Costo del Estado en imponer sanciones, cuando existe responsabilidad subjetiva es mayor el costo del estado en la imposición de la sanción, reduciendo el incentivo de la prevención y por ende un menor incentivo de cumplimiento, sobre este punto el costo no solo puede verse de lo que el estado gasta en imponer una sanción sino el gasto en defender la validez de la sanción, siendo mayor la probabilidad de nulidad de la sanción administrativa o judicial en un sistema de responsabilidad subjetiva, sin embargo es necesario indicar que también podría reducir la posibilidad de nuevas externalidades a la actividad del presunto infractor porque podría darse menores incentivos de arbitrariedad por parte de la Administración, por lo que considero que son ineficientes en infracciones de mera actividad y de

poca significancia, que podría compensar con el uso de la formula de Hand (estandarización de los casos de negligencia).

Por lo que se puede concluir preliminarmente, que tanto la responsabilidad objetiva como la responsabilidad subjetiva serán eficientes para determinar la sancion, en determinados supuestos.

4.5.2 Teoria de los Juegos aplicada a los tipos de responsabilidad administrativa

La Teoria de los Juegos, nos permite observar como actuaría un individuo respecto a incentivos, para lo cual se la va aplicar por cada sistema de responsabilidad administrativa.

En el caso de un sistema de responsabilidad objetiva, se puede observar que la administración tiene una posición dominante, resultándole indiferente que el administrado admita su responsabilidad, porque solo basta la constacion del hecho y la acreditación del nexo causal para determinar la responsabilidad del administrado, asimismo si existiesen elementos de graduación de la sancion tales como el reconocimiento de la responsabilidad y subsanación voluntaria, incentiva mas a que el administrado admita su responsabilidad.

Mientras que en un sistema de responsabilidad subjetiva el administrado tiene una posición dominante, pues al ser la administración la que tiene que demostrar la culpa o dolo, el administrado obtendria mayor ventaja sino declara su responsabilidad, asimismo si existiesen elementos de graduación de la sancion

tales como el reconocimiento de la responsabilidad y subsanación voluntaria, considero que no serian incentivos suficientes para que el administrado admita su responsabilidad.

4.5.3 Optimo de Pareto respecto a los tipos de responsabilidad administrativa

En el presente caso se ha podido analizar la eficiencia tanto de la responsabilidad objetiva como la subjetiva, por lo que considero que en el derecho administrativo sancionador lo optimo seria que la regla general sea la responsabilidad subjetiva y que por excepción bajo determinados supuestos sea establecida la responsabilidad objetiva desde un punto del análisis económico del derecho, para establecer un punto intermedio entre la sociedad y los administrados.

Seria eficiente para el derecho administrativo sancionador establecer como la regla general de la responsabilidad subjetiva y la excepción de la responsabilidad objetiva, pues establece un "Optimo de Pareto" entre las externalidades producidas por el administrado (regla general resp. Subjetiva) y producidas hacia el administrado (excepcion de responsabilidad objetiva), mas aun con la nueva realidad sociológica que es "Sociedad de Riesgos" se encontraría justificada la responsabilidad objetiva en el derecho administrativo (donde se enfoca mas a tutelar el riesgo que al daño).

4.6 Evolucion Historica del Principio de Culpabilidad y responsabilidad administrativa en el derecho administrativo sancionador peruano

Es necesario realizar un análisis de la evolución histórica del principio de culpabilidad y de manera específica de la responsabilidad administrativa en el derecho administrativo sancionador peruano, tanto de responsabilidad subjetiva como objetiva, partiendo desde el “Reglamento de Normas Generales de Procedimientos Administrativos (D.S N° 006-67-SC del año 1967)” hasta la modificación más importante de la Ley del Procedimiento Administrativo General (realizada mediante Decreto Legislativo N° 1272 del año 2016).

4.6.1 Decreto Supremo N° 006-67-SC (1967)

El Decreto Supremo N° 006-67-SC, en el año 1967 se aprobó el “Reglamento de Normas Generales de Procedimientos Administrativos⁸⁶”, sin embargo no regula ninguna de las manifestaciones o subprincipios del Principio de Culpabilidad para el procedimiento administrativo sancionador, ni tampoco la posibilidad de responsabilidad objetiva.

4.6.2 Decreto Ley N° 26111(1992)

El Decreto Ley N° 26111, en el año 1992 se aprobó la Ley de Normas Generales de Procedimientos Administrativos, donde entre otros puntos el cambio de denominación del “Reglamento de Normas Generales de Procedimientos Administrativos” aprobado por Decreto Supremo N° 006-97-SC a “Ley de Normas Generales de Procedimientos Administrativos”, sin embargo no regula ninguna de

⁸⁶ Es necesario indicar que mediante **Decreto Ley N° 18060**, en el año 1969 se crea una **Sala de la Corte Suprema** que podía ver materias contenciosas-administrativas, tal como dice su artículo 4°:

“Artículo 4°.- La Corte Suprema se compondrá (.....) Las Salas se ocuparán de las materias (.....) y de los asuntos contencioso-administrativos, laborales y de Derecho Público en general, la tercera. (negrilla y subrayado es nuestro).”

las manifestaciones o subprincipios del Principio de Culpabilidad para el procedimiento administrativo sancionador, ni tampoco la posibilidad de responsabilidad objetiva.

4.6.3 Decreto Supremo N°002-94-JUS (1994)

El Decreto Supremo N° 002-94-JUS, en el año 1994 se aprobó el Texto Unico Ordenando de la Ley de Normas Generales de Procedimientos Administrativos, sin embargo, no regula ninguna de las manifestaciones o subprincipios del Principio de Culpabilidad para el procedimiento administrativo sancionador, ni tampoco la responsabilidad objetiva.

4.6.4 Ley N° 27444 (2001)

La Ley N° 27444, en el año 2001 se aprobo la Ley del Procedimiento Administrativo General (LPAG), que trajo como innovación sistematizar la normativa en el derecho administrativo peruano con norma con rango de Ley del Congreso asi como especificar principios de la potestad sancionadora administrativa, que sin reconocer expresamente la responsabilidad objetiva si reconocio el subprincipio de personalidad de las sanciones como criterio de imputación de responsabilidad en el derecho administrativo sancionador a través de la denominación del Principio de Causalidad (muy probablemente por la importación de figuras del Derecho Civil) en su inciso 8 del artículo 230⁸⁷:

“Artículo 230. Principios de la potestad sancionadora administrativa

La potestad sancionadora de todas las entidades está regida adicionalmente por los siguientes principios especiales:

(.....)

8. Causalidad.- La responsabilidad debe recaer en quien realiza la conducta omisiva o activa constitutiva de infracción sancionable (negrilla y subrayado es nuestro).

⁸⁷De conformidad a T.U.O de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, aprobado mediante D.S. N° 004-2019-JUS, corresponde al inciso 10 del articulo 248.

4.6.5 Decreto Legislativo N° 1029 (2008)

El Decreto Legislativo N° 1029, en el año 2008 modifico entre otros la Ley del Procedimiento Administrativo General (LPAG), trajo como innovación reconocer expresamente el subprincipio de responsabilidad subjetiva (solo en su expresión del dolo) como criterio de graduación de la sanción en el derecho administrativo sancionador dentro de los criterios del Principio de Razonabilidad en su literal f) del inciso 3 del artículo 230:

“Artículo 230. Principios de la potestad sancionadora administrativa

La potestad sancionadora de todas las entidades está regida adicionalmente por los siguientes principios especiales:

(.....)

3. Razonabilidad. - *Las autoridades deben prever que la comisión de la conducta sancionable no resulte mas 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:*

(.....)

f) La existencia o no de intencionalidad en la conducta del infractor. (**negrilla y subrayado es nuestro**).

4.6.6 Decreto Legislativo N° 1272 (2016)

El Decreto Legislativo N° 1272, en el año 2016 modifico entre otros la Ley del Procedimiento Administrativo General (LPAG), trajo como innovación reconocer expresamente el subprincipio de responsabilidad subjetiva (como regla general y sin proscribir la responsabilidad objetiva) como criterio de imputación de responsabilidad (ya existía como criterio de imputación en el D.L N° 1029) en el derecho administrativo sancionador a través de la denominación del Principio de Culpabilidad en su inciso 10 del artículo 230⁸⁸:

“Artículo 230. Principios de la potestad sancionadora administrativa

La potestad sancionadora de todas las entidades está regida adicionalmente por los siguientes principios especiales:

(.....)

10. Culpabilidad. - *La responsabilidad administrativa es subjetiva, salvo los casos en que por ley o decreto legislativo se disponga la responsabilidad administrativa objetiva (**negrilla y subrayado es nuestro**).*

⁸⁸De conformidad a T.U.O de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, aprobado mediante D.S. N° 004-2019-JUS, corresponde al inciso 10 del artículo 248, no siendo modificado con sus actuales modificaciones.

4.7 Doctrina y Jurisprudencia Nacional: Principio de Culpabilidad y responsabilidad administrativa

4.7.1 Doctrina Nacional sobre la aplicación del Principio de Culpabilidad y Responsabilidad Administrativa-actualizar

El Sub Principio de Responsabilidad Subjetiva (como manifestación del Principio de Culpabilidad) es aplicable al derecho administrativo sancionador, al haberse postivizado su aplicación pero como regla general y sin proscripción de la responsabilidad objetiva en la Ley N° 27444-Ley del Procedimiento Administrativo General (LPAG), sin embargo surge la duda de cual es el rango que le atribuye nuestra **DOCTRINA NACIONAL**, es decir si es considerado como derecho constitucional o derecho legal, ya que la posición de la doctrina va influenciar en la legitimidad de la responsabilidad subjetiva; y va traer como corolario establecer o no la “proscripcion de la responsabilidad objetiva”, llevándonos a cuestionar la constitucional de la excepcionalidad de la responsabilidad objetiva por ley o decreto legislativo establecido en su inciso 10 del articulo 248° del T.U.O de la referida ley. En ese sentido, se evidencian dos posiciones en la doctrina nacional, una **POSICIÓN CUESTIONA LA CONSTITUCIONALIDAD**, tales como BACA ⁸⁹,

⁸⁹Es el que más cuestiona la constitucionalidad de la responsabilidad objetiva, tal como se puede observar en BACA ONETO, Víctor Sebastián. “El principio de culpabilidad en el derecho administrativo sancionador, con especial mirada al caso peruano” en Revista Digital de Derecho Administrativo N° 21, Primer Semestre/2019. Universidad Externado de Colombia (2019). Pág. 326.

BOYER CARREAS⁹⁰, HUAPAYA TAPIA⁹¹, MORON URBINA⁹², ROJAS MONTES⁹³ y SANTY CABRERA⁹⁴, se han adherido a considerar el principio de culpabilidad de rango de derecho fundamental, derecho humano o derecho constitucional, y por ende la responsabilidad subjetiva como única forma constitucional válida en el derecho administrativo sancionador con la consecuente proscripción de la responsabilidad objetiva, cuestionando la constitucionalidad de la excepcionalidad de la responsabilidad objetiva establecida en la Ley N° 27444-Ley del Procedimiento Administrativo General.

⁹⁰ Conforme a lo expresado en el Congreso Internacional de Derecho Administrativo el 05 de septiembre de 2019, cuando la Dra. BOYER CARRERAS, Janeyri, manifestó su oposición a la responsabilidad objetiva en el derecho administrativo sancionador.

⁹¹ Se evidencia su posición sobre la inconstitucionalidad de la responsabilidad objetiva en HUAPAYA TAPIA, Ramon y otros, que se puede evidenciar en “El eximente de responsabilidad por subsanación voluntaria en la Ley del Procedimiento Administrativo General.” en El Derecho Administrativo como instrumento al servicio del ciudadano (Memoria del VIII Congreso de Derecho Administrativo). Palestra Editores. Lima (2018). Pág. 589.

⁹² Conforme a una entrevista de fecha 13 de abril de 2017, donde el Dr. MORON URBINA, Juan Carlos indica que las normas que establecen responsabilidad objetiva son de dudosa constitucionalidad
“4. ¿El principio de culpabilidad, respecto a las exigencias de dolo o culpa, puede aceptar matices en el derecho administrativo sancionador, como la aplicación de la responsabilidad objetiva? ¿O el establecimiento de la responsabilidad objetiva es una forma de no aplicar el principio de culpabilidad?
RPTA: En mi opinión es su antítesis. Hay normas que lo dicen, pero en mi opinión tienen dudosa constitucionalidad”

⁹³ Conforme se evidencia su posición de cuestionar la constitucionalidad de la responsabilidad objetiva, por parte de la Dra. ROJAS MONTES, Verónica que se puede evidenciar en “La responsabilidad administrativa subjetiva de las personas jurídicas” en Revista de Direito Econômico e Socioambiental Vol N° 08, N° 02/2017. Programa de Postgrado en Derecho de PUCPR (2017). Pág. 5.

⁹⁴ Conforme a los diversos artículos del Dr. SANTY CABRERA, donde compartiría la posición del Tribunal Constitucional que reconoce el principio de culpabilidad de rango constitucional.

Por otro lado, la **POSICIÓN NO CUESTIONA LA CONSTITUCIONALIDAD**, tales como DANOS ORDOÑEZ⁹⁵, CAIRAMPOMA ARROYO⁹⁶, NAPURI GUZMAN⁹⁷, ROJAS LEO⁹⁸, TIRADO BARRERA⁹⁹ y SHIMABUKURU MAKIKADO¹⁰⁰, consideran que el principio de culpabilidad es de rango legal, y por ende tanto la responsabilidad subjetiva como la objetiva son formas constitucionalmente validas en el derecho administrativo sancionador, considerando por ende constitucional la excepcionalidad de la responsabilidad objetiva establecida en la Ley N° 27444-Ley del Procedimiento Administrativo General.

⁹⁵ Conforme a lo expresado en el Congreso Internacional de Derecho Administrativo Sancionador el 07 de septiembre de 2019, cuando se le consulto sobre la constitucionalidad de la responsabilidad objetiva por ley, el Dr. DANOS ORDOÑEZ, Jorge Elias. pareciera dudar de la constitucionalidad de la responsabilidad objetiva, al indicar que conforme al Tribunal Constitucional Peruano y la posición mayoritaria de la Comision la responsabilidad es subjetiva sin embargo para poder uniformizar la responsabilidad y se aplique la LPAG se establecio la responsabilidad objetiva, ya que el mismo reconoce que el Tribunal Constitucional en la STC 00020-2015-PI/TC(FJ 42-46), habría cuestionado la constitucionalidad por violación al sub principio de taxatividad, respecto a la delegación por ley al reglamento para establecer infracciones conforme se indica en el literal 4 del articulo 248 del T.U.O de la LPAG, lo cual genera que se vea con otros parámetros el derecho administrativo sancionador.

⁹⁶ Conforme a una entrevista en el VIII Congreso Nacional de Derecho Administrativo (Agosto-2018), al Dr. CAIRAMPOMA ARROYO, donde no se cuestiona la constitucionalidad de la responsabilidad objetiva.

⁹⁷ Conforme se puede apreciar, el Dr. NAPURI GUZMAN, Christian es el único autor nacional que cuestiona la existencia del principio de culpabilidad en el ámbito administrativo sancionador por errores del Tribunal Constitucional al momento de aplicarlo en algunas sentencias, y por ende apoya la constitucionalidad de la responsabilidad objetiva, que se evidencia en el “Manual del Procedimiento Administrativo General”. Instituto Pacifico (2018). Pág. 758-759.

⁹⁸ Conforme a una entrevista en el VIII Congreso Nacional de Derecho Administrativo (Agosto-2018), al Dr. ROJAS LEO, donde no se cuestiona la constitucionalidad de la responsabilidad objetiva.

⁹⁹ Conforme a una entrevista en el VIII Congreso Nacional de Derecho Administrativo (Agosto-2018), al Dr. TIRADO BARRERA, donde no se cuestiona la constitucionalidad de la responsabilidad objetiva.

¹⁰⁰ Conforme se puede apreciar el Dr. SHIMABUKURO MAKIKADO, Roberto Carlos, apoya la constitucionalidad de la responsabilidad objetiva, que se evidencia en “Reflexiones sobre el principio de culpabilidad y responsabilidad administrativa objetiva en el Derecho Administrativo Sancionador en Derecho Administrativo en el Siglo XXI”. Editorial Adrus. Lima (2013). Pág. 735-736.

Sin embargo, considero que ninguna de las posiciones analiza si el principio de culpabilidad es regla o principio desde la perspectiva de la teoría general del derecho señalada en los capítulos anteriores, por otro lado si se asume que el principio de culpabilidad es un principio de rango constitucional no se explica porque la responsabilidad subjetiva formaría parte de su contenido constitucionalmente protegido (es una manifestación pero no automáticamente formaría parte del contenido constitucionalmente protegido); tampoco se observa que se proponga o se utilice la ponderación frente a la tensión entre dos derechos de rango constitucional enfrentados; todo esto es de vital importancia pues este problema se evidencia en el derecho español del cual pareciera que hemos importado sus soluciones pero también sus problemas, pues el Tribunal Constitucional Español considera por un lado que la responsabilidad solidaria (vinculado a la personalidad de las sanciones) es constitucional pero inconstitucional la responsabilidad objetiva (vinculado a la responsabilidad subjetiva), a pesar de que ambas son contrarias o excepciones a dos manifestaciones del principio de culpabilidad.

4.7.2 Jurisprudencia Nacional sobre el Principio de Culpabilidad y responsabilidad administrativa

El **Tribunal Constitucional Peruano**, desarrolla en su línea jurisprudencial el **Principio de Culpabilidad en el ámbito penal**, al considerarlo como una *exigencia de la cláusula del Estado de Derecho* y que se deriva como un *principio constitucional implícito del límite de la Potestad Punitiva del Estado*¹⁰¹, que si bien no tiene un reconocimiento constitucional expreso puede ser derivado del *principio de proporcionalidad de las penas y de legalidad penal*¹⁰².

¹⁰¹ Conforme a lo establecido en el **fundamento 62 de la STC N° 00102-2002-AI /TC**, que dice: ***“62. (...) principio de culpabilidad, que, como exigencia de la cláusula del Estado de Derecho, se deriva como un principio constitucional implícito que limita la potestad punitiva del Estado. (...) (negrilla y subrayado es nuestro).”***

¹⁰² Conforme a lo establecido en el **fundamento 28 de la STC N° 03245-2010-HC /TC** que dice:

Asimismo, asumiría como *contenido constitucional protegido* del principio de culpabilidad al *subprincipio de responsabilidad subjetiva*, cuando reconoce la *proscripción de la responsabilidad objetiva en el ámbito penal*¹⁰³, fundamentando la misma proscripción en que el elemento objetivo resulta atentoria al principio de culpabilidad y como colofón parecería indicar que solo es *constitucional la pena fundada en elemento de dolo o culpa*.¹⁰⁴

En el ámbito administrativo sancionador, el máximo interprete de la constitución, ha considerado que el principio de culpabilidad le es aplicable, asumiendo la tesis de la unidad del derecho sancionador¹⁰⁵, sin embargo luego precisa que la aplicación

*"28. (...) **principio de la culpabilidad**, que a su vez es uno de los pilares sobre los que descansa el derecho penal. Este principio, si bien **no goza de reconocimiento constitucional expreso, puede ser derivado del principio de proporcionalidad de las penas y de legalidad penal** (Cfr. Exp. N° 0014-2006-PI, fundamentos 28-33). (...) (negrilla y subrayado es nuestro)."*

¹⁰³ Conforme a lo establecido en el **fundamento 28 de la STC N° 03245-2010-HC /TC**, que, si bien trata del **sub principio o manifestación de personalidad de las sanciones**, se utiliza expresamente la proscripción de la responsabilidad objetiva (incorrectamente considero por corresponder a otra manifestación del principio de culpabilidad):

*"28. El **principio de responsabilidad personal y la proscripción de responsabilidad por hecho ajeno** constituye una manifestación del principio de la culpabilidad (.....). Así, el **principio de culpabilidad** brinda la justificación de la imposición de penas cuando la realización de **delitos sea reprobable a quien los cometió**. (cfr. Exp. N° 0014-2006-PI, fundamento 25), de este modo queda **proscrita la responsabilidad objetiva**. Al respecto, en el presente caso se alega que se les **imputa a los favorecidos el delito por la sola vinculación familiar y no en atención a una concreta conducta propia** (negrilla y subrayado es nuestro)."*

¹⁰⁴ Con mejor criterio para **no confundir el sub principio de personalidad de las sanciones con la responsabilidad subjetiva** (que se hizo en el FJ 28 de la STC N° 03245-2010-HC /TC), ambas manifestaciones del principio de culpabilidad, el Tribunal Constitucional trata la **proscripción de la responsabilidad objetiva vinculado al sub principio de responsabilidad subjetiva en los fundamentos 62, 63 y 65 de la STC N° 00102-2002-AI /TC**:

*"62. Una interpretación que considere que la **acción bajo comentario tiene la condición de elemento objetivo resulta atentatoria del principio de culpabilidad**, (...). El **principio según el cual "no hay pena sin dolo o culpa"** exige que el actor haya actuado con **voluntad de afectarlos**. Ese criterio está recogido en el artículo 12.º del Código Penal de 1991.*

*63. Sin embargo, tal **omisión de ese elemento subjetivo no es razón suficiente para declarar la inconstitucionalidad** de todo el enunciado del artículo 2º del Decreto Ley N.º 25475, por no preverla o contemplarla. **Únicamente cabría declarar la inconstitucionalidad de la "norma implícita"**, esto es, del **sentido interpretativo que se deriva de la omisión aludida**, (.....)*

*Es decir, es **inconstitucional el sentido interpretativo que excluye del tipo cualquier referencia a la responsabilidad o culpabilidad del sujeto**. Por lo tanto, los jueces no pueden condenar, al amparo de dicho artículo 2º del Decreto Ley N.º 25475, a una persona por el solo hecho de que se haya lesionado o puesto en peligro los bienes jurídicos señalados en la misma disposición legal **sin tomar en cuenta el análisis de su culpabilidad**. (.....)*

*65. Por ello, el Tribunal considera que es **inconstitucional la norma implícita que se deriva de la frase** "El que provoca, crea o mantiene", en la medida en que **no prevé la responsabilidad subjetiva**, esto es, la intención del agente como la susceptible de reprocharse penalmente; por lo que tal frase, extendiendo los alcances del artículo VII del Título Preliminar del Código Penal sobre el artículo 2º del Decreto Ley N.º 25475, **subsistirá con el mismo texto, con el sentido interpretativo** antes anotado: "El que (intencionalmente) provoca, crea o mantiene un estado de zozobra, alarma o temor en la población o en un sector de ella (...). (negrilla y subrayado es nuestro)."*

¹⁰⁵ Considero que el fundamento implícito para aplicar el principio de culpabilidad al derecho administrativo sancionador es adscribirse a la **tesis de la unidad del derecho sancionador donde sus principios son aplicables tanto para el derecho penal como el derecho administrativo sancionador**, por otro lado es necesario indicar que estamos ante un caso de derecho disciplinario y no ante un derecho administrativo sancionador pero que

de diversos principios del derecho penal puede aplicarse con “matices” en el derecho administrativo sancionador¹⁰⁶, dentro de los cuales se menciona de manera referencial al principio de culpabilidad y la proscripción de la responsabilidad objetiva (cuando conceptualmente la confunde con el sub principio de taxatividad)¹⁰⁷, y respecto al mismo solo señala que la dificultad de aplicarla, estaría en función de que en el derecho penal existiría predecibilidad de las sanciones a título de dolo o culpa.

si se pronuncia expresamente para el derecho administrativo sancionador, conforme a lo establecido en el **fundamento 28 de la STC N° 02050-2002-AA /TC :**

*“8. Sobre el particular, es necesario precisar que los **principios de culpabilidad**, legalidad, tipicidad, entre otros constituyen **principios básicos del derecho sancionador**, que no solo se aplican en el ámbito del derecho penal, sino **también en el derecho administrativo sancionador**, el cual incluye, naturalmente, al ejercicio de potestades disciplinarias (.....)(**negrilla y subrayado es nuestro**).”*

¹⁰⁶Es necesario indicar que nuestro máximo interprete de la Constitución, parte de que las **sanciones penales son distintas a las administrativas** pero que derivan del mismo Ius Puniendi del Estado adscribiéndose a la Unidad del Ius Puniendi del Estado, sin embargo en lugar de adscribirse a la tesis de la unidad del derecho sancionador y partir de sus principios, parte de los **principios del derecho penal que pueden ser aplicables con matices al derecho administrativo sancionador** (implícitamente una preminencia del derecho penal sobre el derecho administrativo sancionador), es necesario indicar que estamos ante un caso de derecho disciplinario y no ante un derecho administrativo sancionador pero que si se pronuncia expresamente para el derecho administrativo sancionador conforme a lo establecido en los **fundamentos 11 y 12 de la STC N° 01873-2009-AA /TC :**

*“11. (...) Si bien la **potestad de dictar sanciones administrativas al igual que la potestad de imponer sanciones penales, derivan del ius puniendi del Estado**, no pueden equipararse ambas, dado que **no sólo las sanciones penales son distintas a las administrativas, sino que los fines en cada caso son distintos** (reeducación y reinserción social en el caso de las sanciones penales y represiva en el caso de las administrativas). A ello hay que agregar que en el caso del **derecho administrativo sancionador, la intervención jurisdiccional es posterior**, a través del proceso contencioso administrativo o del proceso de amparo, según corresponda.*

*12. No obstante la existencia de estas diferencias, existen puntos en común, pero tal vez el más importante sea el de que los **principios generales del derecho penal son de recibo, con ciertos matices, en el derecho administrativo sancionador**. (.....)(**negrilla y subrayado es nuestro**).”*

¹⁰⁷ Es necesario indicar que en el **fundamento 12 de la STC N° 01873-2009-PA/TC**, nuestro máximo interprete de la Constitución no fija una posición clara e indubitable si la responsabilidad subjetiva tendría rango constitucional y de la proscripción de la responsabilidad objetiva como lo hace en el ámbito penal, ya que parece **detallar de maneja referencial o enunciativa de dicho principio** como es concebido en el derecho penal, mas aun cuando al final la definición que da **no corresponde a la responsabilidad subjetiva sino al de tipicidad:**

*“12. No obstante la existencia de estas diferencias, existen puntos en común, pero tal vez el más importante sea el de que los principios generales del derecho penal son de recibo, con ciertos matices, en el **derecho administrativo sancionador**. Sin agotar el tema, conviene tener en cuenta cuando menos algunos de los que son de recibo, protección y tutela en sede administrativa:*

(.....)

c. **Principio de culpabilidad**, que establece que la acción sancionable debe ser imputada a título de dolo o culpa, lo que importa la prohibición de la responsabilidad objetiva; esto es, que solo se puede imponer una sanción si es que la conducta prohibida y su consecuencia están previstas legalmente.

En el caso del derecho penal, es **más sencillo apreciar cómo opera este principio**, puesto que además de la tipificación realizada en el Código Penal y de indicarse las **sanciones que se pueden imponer a título de culpa o dolo**, se establecen los parámetros necesarios para que la **sanción no resulte arbitraria o desproporcionada (mínimos y máximos)**. (**negrilla y subrayado es nuestro**).”

Si bien nuestro máximo intérprete se ha pronunciado sobre la proscripción de presunción de culpabilidad en el derecho administrativo, sin embargo cuando desarrolla esta proscripción esta más vinculada a la carga de la prueba, es decir al principio de presunción de inocencia que a la proscripción de responsabilidad objetiva¹⁰⁸, por otro lado en el ámbito disciplinario se habla expresamente de la constitucionalidad de la responsabilidad subjetiva¹⁰⁹ (implicamente la proscripción de la responsabilidad objetiva) pero solo para sanciones penales o disciplinarias, sin embargo cuando se desarrolla lo vincula no con el sub principio de responsabilidad subjetiva sino el de personalidad de las sanciones.

Si bien, siempre se ha sostenido contra el argumento de aplicación, en el derecho administrativo sancionador, de la responsabilidad objetiva por ser inconstitucional, al ser “arbitraria” o “incompatible con el Estado Social y Democrático de Derecho”, sin embargo sobre la base del efecto de irradiación de los derechos fundamentales, si asumiríamos que la responsabilidad subjetiva tiene rango constitucional debería ser aplicada a todos los ámbitos inclusive el ámbito civil, sin embargo nuestro máximo intérprete de la constitución se ha pronunciado a favor de la constitucionalidad de la responsabilidad objetiva en el ámbito civil por

¹⁰⁸ Es necesario indicar que en el **fundamento 5 de la STC N° 00238-2002-PA/TC**, nuestro máximo intérprete de la Constitución desarrolla la **proscripción de presunción de culpabilidad vinculada al principio de presunción de inocencia y no como una proscripción de la responsabilidad objetiva**, tal como lo ha hecho en las **STC N° 00238-2002-PA/TC (FJ 46)**, **STC N° 02191-2004-PA/TC (FJ 13)**, entre otras; siendo importante señalar dicha diferencia pues las críticas a la responsabilidad objetiva consideran que la misma es arbitraria porque presume la responsabilidad del presunto infractor serían erróneas :

*“5. Toda **sanción**, ya sea penal o **administrativa**, debe fundarse en una mínima actividad probatoria de cargo, es decir, la carga de la prueba corresponde al que acusa; éste debe probar el hecho por el que acusa a una determinada persona, **proscribiéndose sanciones que se basen en presunciones de culpabilidad**. Así, la **presunción de inocencia** (Constitución, Art. 2º, 24.e) constituye un **límite al ejercicio de la potestad sancionatoria del Estado**, en sus diversas manifestaciones. (negrilla y subrayado es nuestro).”*

¹⁰⁹ En el **fundamento 21 de la STC 2868-2004-AA/TC** solo habla implícitamente de una **proscripción de la responsabilidad objetiva al solo admitir la responsabilidad subjetiva pero solo al ámbito penal o disciplinario**, asimismo cuando hace el análisis de constitucionalidad sobre la proscripción de la **responsabilidad objetiva** solo hace mención a una de las manifestaciones del principio de culpabilidad que es el de **personalidad de sanciones**, tal como dice textualmente:

*“21. (...) un límite a la potestad sancionatoria del Estado está representado por el **principio de culpabilidad**. Desde este punto de vista, la **sanción, penal o disciplinaria, solo puede sustentarse en la comprobación de responsabilidad subjetiva del agente infractor de un bien jurídico**. En ese sentido, **no es constitucionalmente aceptable que una persona sea sancionada por un acto o una omisión de un deber jurídico que no le sea imputable**. (negrilla y subrayado es nuestro).”*

proteger derechos reconocidos en la Constitución Política del Perú¹¹⁰, con lo cual su aplicación en el ámbito civil demostraría que no es “arbitrario per se” o “incompatible con el Estado Social y Democrático de Derecho”.

Por lo que, considero que nuestro Tribunal Constitucional, no ha sido categórico ni ha podido evaluar la constitucionalidad de la responsabilidad objetiva en el derecho administrativo sancionador¹¹¹, ya que la proscripción de responsabilidad objetiva solo es mencionada de manera referencial al concepto de culpabilidad, a diferencia de que, si es categórico respecto a la inconstitucionalidad de la responsabilidad objetiva en el ámbito penal (STC N° 00102-2002-AI /TC, FJ 62,63 y 65), sin embargo, en contraposición a lo señalado en el ámbito penal, si se ha pronunciado sobre la constitucionalidad de la responsabilidad objetiva en el ámbito civil (STC 00001-2005-AI, FJ 25 y 26), lo cual nos podría llevar a la conclusión preliminar de que la responsabilidad objetiva no sería “arbitraria per se” sino más gravosa.

Complementariamente, la **Corte Suprema** en el ámbito administrativo sancionador, tal como el Tribunal Constitucional, no se ha pronunciado expresamente sobre la constitucionalidad o inconstitucionalidad de la responsabilidad objetiva¹¹², pues en

¹¹⁰ Conforme al **fundamento 25 de la STC 00001-2005-AI**, tal como dice:

*“25. Consecuentemente, el Tribunal Constitucional estima que el artículo 29º de la Ley 27181, que establece que la **responsabilidad civil derivada de los accidentes de tránsito causados por vehículos automotores es objetiva, conforme al Código Civil, no resulta inconstitucional** (....)*

*26. (....) Si algo de **constitucional se encuentra en el artículo 1970º del Código Civil** es, precisamente, la **reparación del daño**, en la medida que con **dicha protección se otorga dispensa a los derechos a la vida e integridad y a la salud, reconocidos por los artículos 2.1º y 7º, respectivamente, de la Norma Fundamental**. De esta forma, sin duda, es posible cumplir con el objetivo primordial de la responsabilidad civil, cual es, **auxiliar o beneficiar a la víctima a través de la reparación del daño que hubiere sufrido (negrilla y subrayado es nuestro)**.”*

¹¹¹ Si bien en el **fundamento 3 de la STC 3101-2003-AA/TC** parece que el Tribunal Constitucional estaría declarando constitucional la responsabilidad objetiva en materia tributaria (que incluso en la CASACION N° 9494-2015-LIMA de la Tercera Sala de Derecho Constitucional y Social Transitoria se habría utilizado para justificar su constitucionalidad en materia tributaria) no se evidencia otra sentencia en su línea jurisprudencial que permita tener claridad de su posición, que dice textualmente:

*“3. (....) Por su parte, el **Código Tributario, norma que contiene los principios y normas que rigen el ordenamiento jurídico tributario, incorpora, en su artículo 165º, el principio de determinación objetiva de la infracción tributaria**, lo que determina que, de **verificarse alguna infracción tipificada en la norma, automáticamente le corresponde la sanción también establecida en la norma, sin que medie alguna otra argumentación que no sea la constatación del supuesto de hecho**. (negrilla y subrayado es nuestro).”*

¹¹² De conformidad a las CASACION N° 9763-2018-LIMA (Tercera Sala de Derecho Constitucional y Social Transitoria), en la CASACION N° 6476-2018-LIMA (Tercera Sala de Derecho Constitucional y Social Transitoria) si bien hace mención al principio de culpabilidad sobre del T.U.O de la LPAG, cuando lo desarrolla se hace mención al non bis ídem; en la CASACION N° 6267-2018-LIMA (Tercera Sala de Derecho Constitucional y Social Transitoria) si bien el recurrente alega vulneración al principio de culpabilidad por aplicarse la responsabilidad

objetiva no se pronuncia por un tema formal en la fundamentación de la casación; en la CASACION N° 14280-2018-LIMA (Tercera Sala de Derecho Constitucional y Social Transitoria) si bien el recurrente alega vulneración al principio de culpabilidad por aplicarse la responsabilidad objetiva no se pronuncia por un tema formal al no haberse alegado en la apleacion inclusive parecería indicar que recién a partir del D.L N° 1272 es exigible el Principio de Culpabilidad en los procedimientos administrativo sancionadores, en la CASACION N° 16644-2016-CUSCO (Tercera Sala de Derecho Constitucional y Social Transitoria) si bien se plantea el tema de la responsabilidad objetiva e inclusive OSINERGMIN considera en su contestación que es objetiva debido a que la Sala Superior vinculo la responsabilidad objetiva a la presunción de inocencia el debate en sede casatoria solo se circunscribió a saber si había motivado adecuadamente y la carga probatoria, en la CASACION N° 23999-2017-LIMA (Tercera Sala de Derecho Constitucional y Social Transitoria) si bien se plantea el tema de la responsabilidad objetiva que establecería el artículo 165 del Código Tributario no existe pronunciamiento en la casación por un tema formal, en la CASACION N° 5257-2017-LIMA (Tercera Sala de Derecho Constitucional y Social Transitoria) pareciese que puede justificar los incumplimientos en los casos de responsabilidad objetiva establecida por OSINERGMIN cuando hablan de que no se desvirtue la imputación objetiva, en la CASACION N° 25404-2017-LA LIBERTAD (Tercera Sala de Derecho Constitucional y Social Transitoria) no se pronuncia sobre la responsabilidad objetiva establecida por OSINERGMIN porque el propio administrado los consiente y solo trata el dolo como elemento de graduación de la sanción, en la CASACION N° 17584-2016-LIMA (Tercera Sala de Derecho Constitucional y Social Transitoria) no se pronuncia sobre la responsabilidad objetiva en materia tributaria haberse declarado la nulidad de la sentencia sin embargo el administrado si propuso la proscripción de la responsabilidad objetiva, en la CASACION N° 17454-2016-LIMA (Tercera Sala de Derecho Constitucional y Social Transitoria) parecería cambiar de criterio (en la CASACION 13233-2014-LIMA consideraba que no existía responsabilidad objetiva en el artículo 165°) e indicar que el artículo 165 del Código Tributario si diría que la responsabilidad es objetiva en materia tributaria, en la CASACION N° 9494-2015-LIMA (Tercera Sala de Derecho Constitucional y Social Transitoria) es una resolución interesante pues sobre la base de la STC 3101-2003-AA/TC se asumiría la posición de la constitucionalidad de la responsabilidad objetiva del artículo 165° del Código Tributario, en la CASACION N° 16127-2018-LIMA (Tercera Sala de Derecho Constitucional y Social Transitoria), es una resolución interesante pues si bien se alega vulneración del principio de culpabilidad pero no se analiza, sin embargo sobre la base de una fusión realiza una flexibilización del sub principio de personalidad de las sanciones cuando utiliza la doctrina de la “extensión de responsabilidad sancionadora administrativa” en sanciones pecuniarias impuestas o en procedimientos en trámite, en la CASACION N° 0163-2017-LIMA (Tercera Sala de Derecho Constitucional y Social Transitoria), es una resolución interesante pues si bien se alega vulneración del principio de culpabilidad pero no se analiza si se recoge un alto grado estándar de diligencia para no reconcer hechos fortuitos para actividad pesqueras, en la CASACION N° 03007-2018-LIMA (Tercera Sala de Derecho Constitucional y Social Transitoria) el demandante plantea la culpabilidad vinculada al principio de presunción de inocencia pero no al subprincipio de responsabilidad subjetiva, en la CASACION N° 04928-2018-LIMA (Tercera Sala de Derecho Constitucional y Social Transitoria) el demandante plantea la culpabilidad vinculada al principio de presunción de inocencia pero no al subprincipio de responsabilidad subjetiva, sin embargo es necesario indicar que se indica que para determinar la infracción en hechos de importancia de la SMV se debe analizar la diligencia del emisor, CASACION N° 21486-2018-LIMA (Sala Civil Permanente) el recurrente plantea que en caso de responsabilidad administrativa debe aplicarse la responsabilidad subjetiva en aplicación del Principio de Culpabilidad en virtud del inciso 10 del artículo 246 del T.U.O de la Ley N° 27444-Ley del Procedimiento Administrativo General sin embargo no se pronuncia sobre su obligatoriedad o su constitucionalidad, en la CASACION N° 8360-2015-LIMA (Tercera Sala de Derecho Constitucional y Social Transitoria) si bien el recurrente alega vulneración al principio de culpabilidad por aplicarse la responsabilidad objetiva sin embargo el cuestionamiento es al sub principio de personalidad de sanciones por aplicarse la responsabilidad solidaria, y en ese punto la Corte Suprema considera que el artículo 39° de la Ley N° 28008-Ley de Delitos Aduaneros establecería responsabilidad objetiva pero en realidad establecería responsabilidad solidaria, sin embargo un punto interesante es que no aplica el principio de razonabilidad específicamente el dolo (intencionalidad) como criterio de graduación de la sanción al considerar estamos ante un caso de responsabilidad objetiva que deriva del artículo 102 del T.U.O de la Ley General de Aduanas (que tiene la misma redacción que el artículo 165 del Código Tributario cuando dice “infracción será determinada de forma objetiva) con lo cual validaría

algunos casos se habría pronunciado sobre la constitucionalidad de la responsabilidad objetiva cuando la ley lo determina, como en la **CASACION 13233-2014-LIMA**¹¹³ en la que se pronuncio en la inconstitucionalidad de la interpretación del artículo 165° del Código Tributario como uno que habilite la responsabilidad objetiva porque el termino “de forma objetiva” no excluía la responsabilidad subjetiva pues la objetividad planteadada no esta en función al régimen de imputación o elemento del tipo infractor, sino por la objetividad de la pruebas o la neutralidad de la administración debe determina la responsabilidad del administrado; mientras que en la **CASACION 17454-2016-LIMA** parecería cambiar de criterio, pues indicaría

implícitamente la constitucionalidad de la responsabilidad objetiva cuando la ley lo establezca y por otro lado el sentido de “de forma objetiva” que es responsabilidad objetiva, en la CASACION N° 16540-2018-LIMA no hubo pronunciamiento sobre la constitucionalidad de la responsabilidad objetiva por un tema formal, si bien el recurrente alega vulneración al principio de culpabilidad por aplicarse la responsabilidad objetiva en realidad lo que estaría cuestionado es el subprincipio o manifestación de personalidad de las sanciones ya que el artículo 36 en concordancia con el literal i) del numeral 51.1 del artículo 51 de la Ley de Contrataciones con el Estado (en ese momento D.L. N° 1017) establece responsabilidad objetiva y responsabilidad solidaria por presentación de información falsa o inexacta de los integrantes de consorcio; en la CASACION N° 19789-2017-LIMA no hubo pronunciamiento sobre la constitucionalidad de la responsabilidad objetiva de manera expresa (pero pareciera que si hubiera de manera implícita) por un tema formal, si bien el recurrente alega vulneración al principio de culpabilidad por aplicarse la responsabilidad objetiva y no la responsabilidad subjetiva, si logro que se pronuncie implícitamente a favor de la responsabilidad objetiva en el caso de superar los Límites Máximo Permisibles (LMP); en la CASACION N° 16022-2016-LORETO se utiliza el termino “culpabilidad” vinculado a presunción de inocencia y carga de la prueba pero no al subprincipio de responsabilidad subjetiva; en la CASACION N° 19955-2018-LIMA si bien se solicita evaluar el principio de culpabilidad en su versión de responsabilidad subjetiva no existe un pronunciamiento por la forma en como estuvo planteada la casación; en la CASACION N° 8313-2018-LIMA se utiliza el termino “presunción de culpabilidad” vinculado a presunción de inocencia y carga de la prueba pero no al subprincipio de responsabilidad subjetiva en materia tributaria; entre otras.

¹¹³ En los **fundamentos 2.4 y 3.2 de la CASACION 13233-2014-LIMA** se establece que la redacción de “forma objetiva” no esta vinculada al régimen de responsabilidad objetiva pero no la proscribire porque solo cuestiona que el subprincipio de tipicidad y taxatividad, tal como dice textualmente:

*“2.4 En concordancia con lo señalado, la norma contenida en el **artículo 165 del Código Tributario**, denunciada por las recurrentes [10] (en el acápite que señala que la infracción tributaria: “**debe determinarse de manera objetiva**”), (...) no correspondiendo a la autoridad administrativa definir o establecer los elementos del tipo infractor, sino a la ley;*

*(...) habiendo **supuestos infractores** que tienen como eje central de las infracciones que causan perjuicio económico, el elemento subjetivo concurrente según cada caso[9], así como **habrá otros que sólo atienden a la responsabilidad objetiva**,*

*3.2. En tal contexto, definida la base fáctica, del análisis de la interpretación normativa realizada por la Sala de mérito, respecto al artículo 178 inciso 2 y la norma pertinente del artículo 165 del Texto Único Ordenado del Código Tributario, esta Sala Suprema advierte (...) correspondiendo por lo tanto, desestimar la tesis de interpretación errónea postulada por las recurrentes, en tanto se basa en una interpretación restringida que construye una infracción **sin considerar todos los elementos de la infracción tributaria que conforman el artículo 178.2**, contraviniendo el artículo VIII del Título Preliminar del Código Tributario y el principio de tipicidad anotados precedentemente, invocando las impugnantes el **artículo 165 del Código Tributario**, como si dicho dispositivo excluyera de las conductas infractoras el elemento subjetivo para determinar la responsabilidad del administrado cuando la norma no está referida a la definición del tipo, sino a la forma objetiva que debe actuar la Administración para determinar la infracción.”*

que el artículo 165 del Código Tributario si establecería la responsabilidad objetiva y mas aun en la **CASACION N° 9494-2015-LIMA** se asumiría la posición de la constitucionalidad de la responsabilidad objetiva del artículo 165° del Código Tributario (sobre la base de la STC 3101-2003-AA/TC), ,por lo que no se encuentra uniformidad ni claridad en la interpretación de que si artículo 165 del Código Tributario establecería responsabilidad objetiva ni mucho menos si es constitucional o no¹¹⁴.

Finalmente, en la Corte Suprema (como tampo lo ha hecho el Tribunal Constitucional) nunca ha cuestionado la constitucionalidad de la responsabilidad objetiva en el ámbito civil¹¹⁵.

¹¹⁴ De conformidad a las CASACION 13233-2014-LIMA se establece que la redacción de “forma objetiva” no esta vinculada al régimen de responsabilidad objetiva pero tampoco la proscribire porque solo cuestiona que el subprincipio de tipicidad y taxatividad, en la CASACION N° 23999-2017-LIMA (Tercera Sala de Derecho Constitucional y Social Transitoria) si bien se plantea el tema de la responsabilidad objetiva que establecería el artículo 165 del Código Tributario no existe pronunciamiento en la casación por un tema formal, en la CASACION N° 17584-2016-LIMA (Tercera Sala de Derecho Constitucional y Social Transitoria) no se pronuncia sobre la responsabilidad objetiva en materia tributaria haberse declarado la nulidad de la sentencia sin embargo el administrado si propuso la proscripción de la responsabilidad objetiva, en la CASACION N° 17454-2016-LIMA (Tercera Sala de Derecho Constitucional y Social Transitoria) parecería cambiar de criterio (CASACION 13233-2014-LIMA no era objetiva el artículo 165°) e indicar que el artículo 165 del Código Tributario si diría que la responsabilidad es objetiva en materia tributaria; CASACION N° 9494-2015-LIMA (Tercera Sala de Derecho Constitucional y Social Transitoria) es una resolución interesante pues sobre la base de la STC 3101-2003-AA/TC se asumiría la posición de la constitucionalidad de la responsabilidad objetiva del artículo 165° del Código Tributario, en la CASACION N° 8360-2015-LIMA (Tercera Sala de Derecho Constitucional y Social Transitoria) si bien el recurrente alega vulneración al principio de culpabilidad por aplicarse la responsabilidad objetiva sin embargo el cuestionamiento es al sub principio de personalidad de sanciones por aplicarse la responsabilidad solidaria, y en ese punto la Corte Suprema considera que el artículo 39° de la Ley N°28008-Ley de Delitos Aduaneros establecería responsabilidad objetiva pero en realidad establecería responsabilidad solidaria, sin embargo un punto interesante es que no aplica el principio de razonabilidad específicamente el dolo (intencionalidad) como criterio de graduación de la sanción al considerar estamos ante un caso de responsabilidad objetiva que deriva del artículo 102 del T.U.O de la Ley General de Aduanas (que tiene la misma redacción que el artículo 165 del Código Tributario cuando dice “infracción será determinada de forma objetiva) con lo cual validaría implícitamente la constitucionalidad de la responsabilidad objetiva cuando la ley lo establezca y por otro lado el sentido de “de forma objetiva” que es responsabilidad objetiva; en la CASACION N° 8313-2018-LIMA se utiliza el termino “presunción de culpabilidad” vinculado a presunción de inocencia y carga de la prueba pero no al subprincipio de responsabilidad subjetiva en materia tributaria; entre otros.

¹¹⁵De conformidad a las CASACION N° 3401-2016-LIMA (Sala Civil Permanente), CASACION N° 4159-2017-LIMA, CASACION N° 4527-2017-ICA(Sala Civil Permanente), CASACION N° 3744-2017-LIMA SUR (Sala Civil Permanente), CASACION N° 10192-2016-LIMA (Tercera Sala de Derecho Constitucional y Social Transitoria), CASACION N° 1439-2018-LIMA (Sala Civil Permanente), CASACION N° 2284-2018-PASCO (Sala Civil Permanente), CASACION LABORAL N° 524-2018-LIMA (Sala Civil Permanente), CASACION LABORAL N° 116-2018-DEL SANTA(Sala Civil Permanente), CASACION N° 14158-2017-CALLAO, CASACION N° 3683-2017-LIMA (Tercera Sala de Derecho Constitucional y Social Transitoria), CASACION N° 14158-2017-CALLAO, CASACION

4.8 Procedimiento Administrativo Especiales: Principio de Culpabilidad y responsabilidad administrativa

4.8.1 Responsabilidad administrativa en procedimientos administrativos sancionadores instaurados por OEFA

En materia de ambiental a cargo de la OEFA, el artículo 18° de la Ley N° 29325-Ley del Sistema Nacional de Evaluación y Fiscalización Ambiental (Ley del SINEFA) establecería la responsabilidad objetiva¹¹⁶, sin embargo la Corte Suprema no ha sido categórica e uniforme en considerar si dicho artículo establece la responsabilidad objetiva y si es constitucional.¹¹⁷

4.8.2 Responsabilidad administrativa en procedimientos administrativos sancionadores instaurados por OSINFOR

En materia de ambiental a cargo del OSINFOR, el artículo 144° de la Ley N° 28611-Ley General del Ambiente, establecería la responsabilidad objetiva¹¹⁸ siendo dicho

N° 2621-2018-LA LIBERTAD, CASACION N° 2112-2017-HUANUCO (Sala Civil Permanente) cuando en el caso de un Leasing el propietario (empresa arrendatario o intermediaria financiera) es responsable civil mediante responsabilidad objetiva solo cuando no hayan previsto que el arrendatario (usa) suscriba contratos de seguros contra daño extracontractual modulando lo establecido tanto en el artículo 6 del D.L N° 299, el artículo 1970 del Código Civil y el artículo 29 de la Ley N° 27181; entre otras, CASACION N° 3977-2016-LIMA NORTE (Tercera Sala de Derecho Constitucional y Social Transitoria), CASACION N° 17-2017-LIMA (Sala Civil Permanente), CASACION N° 1714-2018-LIMA (Sala Civil Transitoria) se inaplica el artículo 1972 del Código Civil al considerar que la imprudencia del menor de edad no es aplicable para eximir de responsabilidad objetiva por actividad riesgosa, entre otros.

¹¹⁶ De conformidad al **artículo 18° de la Ley N° 29325-Ley del Sistema Nacional de Evaluación y Fiscalización Ambiental (Ley del SINEFA)** que dice:

“Artículo 18.- Responsabilidad objetiva

*Los **administrados son responsables objetivamente por el incumplimiento de obligaciones** derivadas de los instrumentos de gestión ambiental, así como de las normas ambientales y de los mandatos o disposiciones emitidas por el OEFA. (subrayado y negrilla nuestro).”*

¹¹⁷ De conformidad a las en la CASACION N° 19789-2017-LIMA no hubo pronunciamiento sobre la constitucionalidad de la responsabilidad objetiva de manera expresa (pero pareciera que si hubiera de manera implícita) por un tema formal, si bien el recurrente alega vulneración al principio de culpabilidad por aplicarse la responsabilidad objetiva y no la responsabilidad subjetiva, si logro que se pronuncie implícitamente a favor de la responsabilidad objetiva en el caso de superar los Límites Máximo Permisibles (LMP); entre otras.

¹¹⁸ De conformidad al **artículo 144° de la Ley N° 28611-Ley General del Ambiente** que dice:

“Artículo 144.- De la responsabilidad objetiva

*La **responsabilidad derivada del uso o aprovechamiento de un bien ambientalmente riesgoso o peligroso, o del ejercicio de una actividad ambientalmente riesgosa o peligrosa, es objetiva**. Esta responsabilidad obliga a **reparar los daños ocasionados por el bien o actividad riesgosa**, lo que conlleva a asumir los costos contemplados en el artículo 142 precedente, y los que **correspondan a una justa y***

criterio validado mediante Informe N° 007-2018-OSINFOR-ST-TFFS ¹¹⁹ , sin embargo considero que la habilitación del régimen de responsabilidad objetiva esta vinculado solo a la responsabilidad civil, mas no podría aplicarse de manera analógica a la responsabilidad administrativa sancionadora, por ser una medida limitativa de derechos debería establecerse de manera expresa, sino bajo ese argumento el artículo 1970 del Código Civil habilitaría la responsabilidad objetiva en materia sancionadora de actividades riesgosas, como la actividad ambiental, mas aun cuando la OEFA si tendría una norma especial que establecería la responsabilidad objetiva.

4.8.3 Responsabilidad administrativa en procedimientos administrativos sancionadores instaurados en MATERIA TRIBUTARIA

En materia Tributaria, el artículo 165 del Código Tributario establecería que la responsabilidad objetiva¹²⁰, sin embargo la Corte Suprema no ha sido categorica e uniforme en considerar si dicho artículo no establecería la responsabilidad objetiva y si mucho menos es constitucional¹²¹.

equitativa indemnización; los de la recuperación del ambiente afectado, así como los de la ejecución de las medidas necesarias para mitigar los efectos del daño y evitar que éste se vuelva a producir. (subrayado y negrilla nuestro)."

¹¹⁹ De conformidad al Informe N° 007-2018-OSINFOR-ST-TFFS, remitido mediante Oficio N° 172-2018-OSINFOR/04.2 de fecha 12 de julio de 2018, sobre la base de una consulta efectuada, dice:

"(.....)

establece como regla general que la responsabilidad administrativa es subjetiva; sin embargo, dicho concepto no es el único aplicable en el procedimiento administrativo dado que el dispositivo legal antes mencionado establece como excepción a dicha regla, que la responsabilidad administrativa es objetiva siempre que por ley o decreto legislativo así se disponga. Con relación a la excepción a la regla prevista en el mencionado dispositivo legal, debe mencionarse que el artículo 144° de la Ley N° 28611, Ley General del Ambiente (en adelante Ley N° 28611) establece que la responsabilidad por el uso o aprovechamiento de un bien ambientalmente riesgoso o el ejercicio de una actividad ambientalmente riesgosa es de naturaleza objetiva.

De esta manera, y sobre la base de lo antes expuesto, se concluye que la responsabilidad administrativa en materia forestal es de naturaleza objetiva por ser una actividad ambientalmente riesgosa, toda vez que el aprovechamiento no sostenible de los recursos forestales podría generar efectos perjudiciales que ocasionarían un deterioro al patrimonio forestal. (...) (negrilla y subrayado es nuestro)".

¹²⁰ De conformidad al artículo 165 del Código Tributario que dice:

"Artículo 165º.- DETERMINACION DE LA INFRACCION, TIPOS DE SANCIONES Y AGENTES FISCALIZADORES

La infracción será determinada en forma objetiva y sancionada administrativamente con (...). (negrilla y subrayado es nuestro) "

¹²¹ De conformidad a las CASACION 13233-2014-LIMA se establece que la redacción de "forma objetiva" no esta vinculada al régimen de responsabilidad objetiva pero tampoco la proscribire porque solo cuestiona que

4.8.4 Responsabilidad administrativa en procedimientos administrativos sancionadores instaurados por OSINERGMIN

En materia Energetica y Minas a cargo del OSINERGMIN, el artículo 1° de la Ley N° 27699-Ley Complementaria de Fortalecimiento Institucional de Osinergmin en concordancia con el artículo 13° de la Ley N° 28964-Ley que transfiere competencias de supervisión y fiscalización de las actividades mineras al Osinergmin, la responsabilidad seria objetiva ¹²² , siendo dicho criterio en

el subprincipio de tipicidad y taxatividad, en la CASACION N° 23999-2017-LIMA (Tercera Sala de Derecho Constitucional y Social Transitoria) si bien se plantea el tema de la responsabilidad objetiva que establecería el artículo 165 del Código Tributario no existe pronunciamiento en la casación por un tema formal, en la CASACION N° 17584-2016-LIMA (Tercera Sala de Derecho Constitucional y Social Transitoria) no se pronuncia sobre la responsabilidad objetiva en materia tributaria haberse declarado la nulidad de la sentencia sin embargo el administrado si propuso la proscripción de la responsabilidad objetiva, en la CASACION N° 17454-2016-LIMA (Tercera Sala de Derecho Constitucional y Social Transitoria) parecería cambiar de criterio (CASACION 13233-2014-LIMA no era objetiva el artículo 165°) e indicar que el artículo 165 del Código Tributario si diría que la responsabilidad es objetiva en materia tributaria; CASACION N° 9494-2015-LIMA (Tercera Sala de Derecho Constitucional y Social Transitoria) es una resolución interesante pues sobre la base de la STC 3101-2003-AA/TC se asumiría la posición de la constitucionalidad de la responsabilidad objetiva del artículo 165° del Código Tributario, en la CASACION N° 8360-2015-LIMA (Tercera Sala de Derecho Constitucional y Social Transitoria) si bien el recurrente alega vulneración al principio de culpabilidad por aplicarse la responsabilidad objetiva sin embargo el cuestionamiento es al sub principio de personalidad de sanciones por aplicarse la responsabilidad solidaria, y en ese punto la Corte Suprema considera que el artículo 39° de la Ley N° 28008-Ley de Delitos Aduaneros establecería responsabilidad objetiva pero en realidad establecería responsabilidad solidaria, sin embargo un punto interesante es que no aplica el principio de razonabilidad específicamente el dolo (intencionalidad) como criterio de graduación de la sanción al considerar estamos ante un caso de responsabilidad objetiva que deriva del artículo 102 del T.U.O de la Ley General de Aduanas (que tiene la misma redacción que el artículo 165 del Código Tributario cuando dice “infracción será determinada de forma objetiva) con lo cual validaría implícitamente la constitucionalidad de la responsabilidad objetiva cuando la ley lo establezca y por otro lado el sentido de “de forma objetiva” que es responsabilidad objetiva, entre otras.

¹²² De conformidad al **artículo 1° de la Ley N° 27699**, Ley Complementaria de Fortalecimiento Institucional de Osinergmin y posteriormente contemplado en el **artículo 13° de la Ley N° 28964**, Ley que transfiere competencias de supervisión y fiscalización de las actividades mineras al Osinergmin, que dicen:

“Ley N° 27699

Artículo 1°.- Facultad de Tipificación

Toda acción u omisión que implique incumplimiento a las leyes, reglamentos y demás normas bajo el ámbito de competencia del OSINERG constituye infracción sancionable.

(....)

*La infracción será **determinada en forma objetiva** y sancionada administrativamente,*

Ley N° 28964

Artículo 13°.- Facultades del organismo competente

Para efectos de las funciones de supervisión y fiscalización de las actividades mineras, el Consejo Directivo del OSINERGMIN está facultado para tipificar los hechos y omisiones que configuran infracciones administrativas, así como a graduar las sanciones.

concordancia con su línea jurisprudencial el Tribunal Apelaciones de Sanciones en Temas de Energía y Minería del OSINERGMIN¹²³, considera que cuenta con habilitación mediante Ley (tal como lo dispone la LPAG) para la responsabilidad objetiva y validado mediante Oficio N° 861-2018/OS-OAJ¹²⁴, sin embargo tiene la misma redacción que en materia tributaria por lo que no quedaría claro si realmente estamos ante el caso de responsabilidad objetiva.

4.8.5 Responsabilidad administrativa en procedimientos administrativos sancionadores instaurados por datos personales (MINJUS)
En materia de datos personales a cargo del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, el artículo 38 de la Ley N° 29733-Ley de Protección de Datos Personales (modificada mediante Decreto Legislativo N° 1353), la responsabilidad administrativa es objetiva¹²⁵.

La infracción será determinada en forma objetiva y sancionada administrativamente (...)

¹²³ Conforme a las Resoluciones N° 523-2018-OS/TASTEM-S2, en la contestación de OSINERGMIN la CASACION N° 16644-2016-CUSCO (Tercera Sala de Derecho Constitucional y Social Transitoria), en la CASACION N° 5257-2017-LIMA (Tercera Sala de Derecho Constitucional y Social Transitoria) pareciese que puede justificar los incumplimientos en los casos de responsabilidad objetiva establecida por OSINERGMIN cuando hablan de que no se desvirtúa la imputación objetiva, en la CASACION N° 25404-2017-LA LIBERTAD (Tercera Sala de Derecho Constitucional y Social Transitoria) no se pronuncia sobre la responsabilidad objetiva establecida por OSINERGMIN porque el propio administrado los consiente y solo trata el dolo como elemento de graduación de la sanción, entre otras.

¹²⁴ De conformidad al **Oficio N° 861-2018/OS-OAJ de fecha 09 de agosto de 2018**, sobre la base de una consulta efectuada, dice:

“(.....)”

*Es de precisar que el Decreto Legislativo N° 1272, vigente desde el 22 de diciembre de 2016, al incorporar el Principio de Culpabilidad, en el numeral 8 del artículo 230° de la Ley N° 27444 prevé que es aplicable la responsabilidad administrativa subjetiva, **salvo los casos en que por ley o decreto legislativo se disponga la responsabilidad administrativa objetiva**, como es el caso de la **facultad que fue conferida a Osinerqmin mediante el artículo 1° de la mencionada Ley N° 27699.***

*En ese sentido, antes y después de la vigencia del Decreto Legislativo N° 1272, por **disposición expresa de la ley cualquier conducta que implique incumplimiento normativo, en tanto se encuentre tipificado, constituye infracción sancionable a ser determinada de manera objetiva por Osinerqmin, sin que sea necesario que evalúe elementos subjetivos, como la intencionalidad del infractor.** (...) (negrilla y subrayado es nuestro)”.*

¹²⁵ De conformidad al **artículo 38° del Ley N° 29733-Ley de Protección de Datos Personales** (modificada mediante Decreto Legislativo N° 1353), que dice:

4.8.6 Responsabilidad administrativa en procedimientos administrativos sancionadores instaurados por comunicaciones malintencionadas (MTC)
En materia de comunicaciones malintencionadas a cargo del Ministerio de Transportes y Comunicaciones (MTC), el artículo 5 del Decreto Legislativo N° 1277- Decreto Legislativo que sanciona la realización de comunicaciones malintencionadas a las centrales de emergencias, urgencias o información, establecería una “presunción de culpabilidad (presunciones iuris tantum)”¹²⁶ debiendo ser la responsabilidad subjetiva, sin embargo en el artículo 5 del Reglamento del D.L N° 1277 (aprobado mediante Decreto N° 013-2017-MTC) establece que la responsabilidad es objetiva¹²⁷.

4.8.7 Responsabilidad administrativa en procedimientos administrativos sancionadores instaurados por SUNAFIL
En los procedimientos administrativos sancionadores, producto de la modificación efectuada por el Decreto Legislativo N° 1272 a la LPAG, en SUNAFIL la responsabilidad es subjetiva al no contar con la habilitación legal para establecer la responsabilidad objetiva¹²⁸.

*“Artículo 38.- Tipificación de infracciones
(...).*

Los administrados son responsables objetivamente por el incumplimiento de obligaciones derivadas de las normas sobre protección de datos personales. (negrilla y subrayado es nuestro)”.

¹²⁶ De conformidad al artículo 5° del Decreto Legislativo N° 1277, que dice:

“Artículo 5.- Presunciones para definir la responsabilidad del infractor

*Para establecer la **responsabilidad del infractor se deben considerar las siguientes presunciones:***

a) Que el titular del servicio telefónico, sistema de comunicación u otro similar tiene el control sobre el mismo.

b) Que el titular del servicio telefónico, sistema de comunicación u otro similar permite que un tercero efectúe una comunicación malintencionada.

*Ambas **presunciones admiten prueba en contrario. (negrilla y subrayado es nuestro)”.***

¹²⁷ De conformidad al artículo 5° del Reglamento del Decreto Legislativo N° 1277, que dice:

“Artículo 5. - Responsabilidad por la realización de comunicaciones malintencionadas

***La atribución de responsabilidad por la realización de comunicaciones malintencionadas es objetiva** y recae en el titular del servicio, independientemente que sea quien efectúa o permita su realización, sin perjuicio de los supuestos de exclusión que resulten aplicables. (negrilla y subrayado es nuestro)”.*

¹²⁸ De conformidad a la Ley N° 29981, Ley N° 28806 ni otras se ha podido evidenciar que establezcan la responsabilidad objetiva.

4.8.8 Responsabilidad administrativa en procedimientos administrativos sancionadores por responsabilidad funcional instaurados por CGR

En materia de responsabilidad funcional, el artículo 46 de la Ley N° 27785-Ley Organica del Sistema Nacional de Control y de la Contraloria General de la Republica (con la modificación efectuada mediante la Ley N° 30742-Ley de Fortalecimiento de la Contraloria General de la Republica y del Sistema Nacional de Control), deja a criterio del reglamento que se establezca los tipos infractores donde la responsabilidad podria ser objetiva¹²⁹ y validado mediante Oficio N° 0050-2018-CG/OAJ¹³⁰, sin embargo considero que vulnera la excepcionalidad de la responsabilidad objetiva, tal como requiere el numeral 10 del artículo 246 del T.U.O de la LPAG porque no establece criterios para establecerlos, por otro lado tiene la misma redacción que el artículo 165 del Código Tributario que se cuestiona, todo eso me lleva a considerar que es de dudosa constitucionalidad la habilitación de

¹²⁹ De conformidad al artículo 46 de la Ley N° 27785-Ley Organica del Sistema Nacional de Control y de la Contraloria General de la Republica (con la modificación efectuada mediante la Ley N° 30742-Ley de Fortalecimiento de la Contraloria General de la Republica y del Sistema Nacional de Control), que dice:

“Artículo 46.- Conductas infractoras

Constituyen conductas infractoras graves o muy graves en materia de responsabilidad administrativa funcional, sujetas a la potestad sancionadora de la Contraloria General, las siguientes:

[...]

*Mediante reglamento aprobado por resolución del titular, se describen y especifican estas conductas, constitutivas de infracciones graves o muy graves en materia de responsabilidad administrativa funcional sujetas a la potestad sancionadora de la Contraloria General. **Estas infracciones pueden ser determinadas de forma objetiva, en los casos señalados en dicho reglamento.** (negrilla y subrayado es nuestro)”.*

¹³⁰ De conformidad al Anexo del Oficio N° 0050-2018-CG/OAJ de fecha 27 de agosto de 2018, sobre la base de una consulta efectuada, dice:

“(.....)

En relación a los alcances del artículo 46 de la Ley N° 27785, respecto a la reglamentación de los supuestos de responsabilidad, para que sean considerados como responsabilidad objetiva

10. En la consulta formulada, se ha planteado la interrogante si el artículo 46 de la Ley 27785, habría establecido la posibilidad de constituir responsabilidad objetiva en un reglamento. Al respecto, se tiene que dicho artículo establece las conductas infractoras de la responsabilidad administrativa funcional, asimismo señala que es mediante reglamento aprobado por resolución del titular que se describe y especifica las conductas constitutivas de responsabilidad administrativa funcional que se encuentran en el ámbito de la potestad para sancionar de la CGR, las mismas que podrán ser determinadas en forma objetiva, en los casos señalados en dicho Reglamento. (.....)

*13. Por tanto, conforme lo ha señalado la Gerencia de Responsabilidades en el Anexo que adjunta al memorando de referencia c), el artículo 46 de la Ley N° 27785 ha recogido expresamente las dos habilitaciones establecidas en el TUO de la LPAG, para la aplicación modulada del principio de culpabilidad y del principio de tipicidad, por lo que las conductas constitutivas de infracciones establecidas legalmente, **pueden ser desarrolladas y especificadas (tipificadas) mediante reglamento** aprobado por el Contralor General de la Republica, **incluyendo la posibilidad de ser determinadas de manera objetiva.** (negrilla y subrayado es nuestro)”.*

responsabilidad objetiva debiendo ser solo aplicable la responsabilidad subjetiva, mas aun teniendo en cuenta que podria tratarse de responsabilidad disciplinaria (que en el caso de SERVIR es responsabilidad subjetiva¹³¹) y sus tipos infractores por vulneración al sub principio de taxatividad han sido declarados inconstitucionales por el Tribunal Constitucional mediante STC 0020-2015-PI/TC (sin embargo no pudo ser analizada esta modificación).

4.8.9 Responsabilidad administrativa en procedimientos administrativos sancionadores instaurados por INDECOPI

En las materias a cargo del INDECOPI, es necesario indicar que la responsabilidad administrativa es según sus propios organos¹³²:

- a) En materia de libre competencia, se aplicaria la responsabilidad subjetiva.
- b) En materia de competencia desleal, se aplicaria la responsabilidad objetiva.
- c) En materia concursal, se aplicaria la responsabilidad subjetiva.
- d) En materia de derecho del consumidor, se aplicaria la responsabilidad objetiva.
- e) En materia de derecho de autor y derechos conexos, se aplicaria la responsabilidad objetiva.

Sin embargo, el único cuestionamiento considero en que en materia de derecho del consumidor el articulo 104 delCodigo de Proteccion y Defensa del Consumidor, no establece de manera expresa que la responsabilidad es objetiva, pero implícitamente pareciera haber querido establecer la responsabilidad objetiva.

¹³¹ De conformidad a lo establecido en el Informe Tecnico N° 1432-2018-SERVIR/GPGSC (emitido por la Gerencia de Politicas de Gestion del Servicio Civil) remitido mediante Oficio N° 1502-2018-SERVIR/GPGSC de fecha 24 de septiembre de 2018, sobre la base de una consulta efectuada.

¹³² De conformidad a lo establecido en el Informe N° 0010-2018/SPI-INDECOPI (Informe Conjunto de los Secretarios Tecnicos de las Salas Especializada en Proteccion al Consumidor, en Propiedad Intelectual, en Eliminacion de Barreras Burocraticas, en Defensa de la Competencia y Procedimientos Concursales) remitido mediante Oficio N° 062-2018/GEG-INDECOPI de fecha 20 de junio de 2018, sobre la base de una consulta efectuada.

4.8.10 Responsabilidad administrativa en procedimientos administrativos sancionadores instaurados por OSCE

En materia de contrataciones con el estado a cargo de la OSCE, el numeral 50.1 del artículo 50° del T.U.O de la Ley N° 30225-Ley de Contrataciones del Estado (aprobado mediante D.S. N° 082-2019-EF) establecería la responsabilidad objetiva para las infracciones establecidas en los literales c), d), e), f), g), i), j), k), l), m) y o) del numeral 50.1 del artículo 50° de la Ley, sin embargo indica que no se aplica la responsabilidad objetiva cuando se “justifique” y especifica de manera taxativa en las infracciones establecidas en los literales a), b), h), y n) del numeral 50.1 del artículo 50° de la Ley¹³³, sin embargo en dichos supuestos donde contrario sensu debería aplicarse la responsabilidad subjetiva¹³⁴, el Tribunal de Contrataciones no ha sido claro y solo se ha limitado a establecer que la justificación va estar en función de demostrar que se ha dado un hecho fortuito o de fuerza mayor¹³⁵ (mas vinculado

¹³³ De conformidad al numeral 50.3 del artículo 50° del T.U.O de la Ley N° 30225-Ley de Contrataciones del Estado (aprobado mediante D.S. N° 082-2019-EF) que dice:

“Artículo 50. Infracciones y sanciones administrativas

50.1 El Tribunal de Contrataciones del Estado sanciona a los proveedores, participantes, postores, contratistas, subcontratistas y profesionales que se desempeñan como residente o supervisor de obra, cuando corresponda, incluso en los casos a que se refiere el literal a) del artículo 5, cuando incurran en las siguientes infracciones:

(.....)

La responsabilidad derivada de las infracciones previstas en este artículo es objetiva, salvo en aquellos tipos infractores que admitan la posibilidad de justificar la conducta.

(.....)

50.3 La responsabilidad derivada de las infracciones previstas en este artículo es objetiva, salvo en aquellos tipos infractores previsto en los literales a), b), h), y n) del numeral 50.1 del artículo 50. (subrayado y negrilla nuestro).”

¹³⁴ En la actualidad no se evidencia una opinión que se pronuncie sobre dicho punto, sin embargo, mediante **Opinion N° 088-2013/DTN** de fecha 31 de octubre de 2013, la Dirección Técnico Normativa, considero que el término **“injustificadamente”** empleado para infracciones indico expresamente que estaba vinculada a comprobar la **responsabilidad subjetiva (pero no sería al dolo o culpa sino como eximente de responsabilidad)**, tal como dijo expresamente:

“CONCLUSIONES

(.....)

3.2 El término **“injustificadamente”** empleado en el literal a) del numeral 51.1 del artículo 51 de la Ley, implica comprobar la **responsabilidad subjetiva** del postor a efectos de determinar si corresponde o no imponerle la respectiva sanción según el numeral 51.2 del referido artículo; para tal efecto, el Tribunal de Contrataciones del Estado debe evaluar si la omisión de suscribir el contrato se produjo justificadamente o no; es decir, si existió causal eximente de responsabilidad o no. (subrayado y negrilla nuestro).”

¹³⁵ De conformidad a su línea jurisprudencial, tal como considerandos 3 y 8 del análisis en la Resolución N° 1508-2019-TCE-S1 cuando analiza la naturaleza de la infracción respecto al término “injustificadamente” que dice:

a una especie de responsabilidad objetiva relativa) y no a una responsabilidad subjetiva (aun cuando diga que se analiza la diligencia ordinaria) por lo que estaríamos ante tipos infractores de responsabilidad objetiva sin justificación (sin eximentes ¹³⁶) y responsabilidad objetiva con justificación (con eximentes); sin embargo la Corte Suprema no ha sido categorica e uniforme en considerar si dicho articulo que establece la responsabilidad objetiva es constitucional.¹³⁷

4.8.11 Responsabilidad administrativa en procedimientos administrativos sancionadores instaurados por SBS

En materia de ambiental a cargo de la SBS, la Primera Disposicion Complementaria Final del Decreto Legislativo N°1349 estableceria el régimen de responsabilidad administrativa en función a la gravedad de la infraccion asimismo se deja al

“Naturaleza de la infraccion

3. La infraccion tipificada en el literal a) del numeral 50.1 del articulo 50 de la Ley establece que se impondrá sanción administrativa a los postores que incurran en **desistirse o reiterar injustificadamente su propuesta (oferta).**

Sobre el particular, es pertinente precisar que, para la configuración del tipo infractor materia de análisis, tendrá que acreditarse la existencia de dos (2) elementos constitutivos: i) que el postor haya desistido o retirado su oferta, y ii) que dicha conducta sea injustificada,

En tal sentido, es de precisar que la conducta infractora tipificada en el literal a) del numeral 50.1 del articulo 50 de la Ley, se configura en caso no se acredite una causal justificada y ajena a su voluntad que haya incidido directamente en su desistimiento o reito de la oferta. (.....)

*8. Por otra parte, en relación al **segundo elemento constitutivo del tipo infractor**, es decir, que la conducta del postor sea injustificada, es pertinente resaltar que corresponde a este Tribunal determinar si se ha configurado la conducta típica establecida en el literal a) del numeral 50.1 del artículo 50 de la Ley, mientras que corresponde al proveedor emplazado probar fehacientemente que: i) concurrieron circunstancias que le hicieron imposible física o jurídicamente mantener su oferta ante la Entidad, o ii) no obstante haber actuado con la diligencia ordinaria, le fue imposible mantener su oferta respectiva debido a factores ajenos a su voluntad por haber mediado caso fortuito o fuerza mayor.”*

¹³⁶ Esto ha sido relativizado para presentación de información falsa o inexacta, que pareciera utilizar la diligencia como criterio para establecer la responsabilidad, tal como se evidencia en las Resolucion N° 1508-2019-TCE-S1, Resolucion N° 1024-2019-TCE-S2, Resolucion N° 0145-2018-TCE-S3, Resolucion N° 0455-2019-TCE-S2, Resolucion N° 0355-2019-TCE-S3, Resolucion N° 0816-2019-TCE-S3, Resolucion N° 0101-2019-TCE-S3, entre otras.

¹³⁷ De conformidad a las CASACION N° 16540-2018-LIMA no hubo pronunciamiento sobre la constitucionalidad de la responsabilidad objetiva por un tema formal, si bien el recurrente alega vulneración al principio de culpabilidad por aplicarse la responsabilidad objetiva en realidad lo que estaría cuestionado es el subprincipio o manifestación de personalidad de las sanciones ya que el articulo 36 en concordancia con el literal i) del numeral 51.1 del articulo 51 de la Ley de Contrataciones con el Estado (en ese momento D.L. N° 1017) establece responsabilidad objetiva y responsabilidad solidaria por presentación de información falsa o inexacta de los integrantes de consorcio; entre otras.

reglamento que en función a dicho criterio las califique, siendo la responsabilidad objetiva para infracciones graves y muy graves, mientras que la responsabilidad subjetiva sería para infracciones leves¹³⁸ y validado mediante Oficio N° 23663-2018-SBS¹³⁹.

4.8.12 Responsabilidad administrativa en procedimientos administrativos sancionadores instaurados por SUTRAN
En materia de transportes a cargo de la SUTRAN, el numeral 24.8 del artículo 24 de la Ley N° 27181-Ley General de Transporte Terrestre (con la modificación efectuada mediante el D.L N°1406), establecería el régimen de responsabilidad objetiva¹⁴⁰ y validado mediante Carta N° 771-2018-SUTRAN/06.4¹⁴¹, criterio que se ha mantenido con la dación del Decreto de Urgencia N° 019-2020.

¹³⁸De conformidad a la **Primera Disposición Complementaria Final del Decreto Legislativo N°1349** que dice: ***“Primera. - Reglas para los procedimientos administrativos sancionadores iniciados por la Superintendencia de Banca, Seguros y Administradoras Privadas de Fondos de Pensiones***
En los procedimientos administrativos sancionadores iniciados por la Superintendencia de Banca, Seguros y Administradoras Privadas de Fondos de Pensiones se aplican las siguientes reglas:
a) Para ***las infracciones calificadas como leves, la responsabilidad administrativa es subjetiva.***
b) Para ***el caso de las infracciones graves y muy graves, la responsabilidad administrativa es objetiva.***
La Superintendencia reglamenta la debida aplicación de esta responsabilidad y su observancia en los procedimientos sancionadores. (negrilla y subrayado es nuestro)”.

¹³⁹ De conformidad al **Oficio N° 23663-2018-SBS de fecha 06 de julio de 2018**, sobre la base de una consulta efectuada, dice:
“(.....)
*Sobre el particular, en relación al **régimen de responsabilidad administrativa aplicable a los procedimientos administrativo sancionadores (en adelante PAS) iniciados por esta Superintendencia, se informa que, de conformidad con la primera disposición Final del Decreto Legislativo N° 1349, es de aplicación el régimen de responsabilidad subjetiva (principio de culpabilidad) para las infracciones calificadas como leves; y el régimen de responsabilidad objetiva, para aquellas infracciones calificadas como graves y muy graves, de acuerdo al Reglamento de Sanciones vigente (...)(negrilla y subrayado es nuestro)”***

¹⁴⁰De conformidad a la **el numeral 24.8 del artículo 24 de la Ley N° 27181-Ley General de Transporte Terrestre (con la modificación efectuada mediante el D.L N°1406)**, que dice:
“Artículo 24.- De la responsabilidad administrativa por las infracciones
(...)
24.8 La responsabilidad administrativa por incumplimiento de obligaciones es objetiva, siendo aplicable de conformidad con lo señalado en el Reglamento Nacional correspondiente. Una vez verificado el hecho constitutivo de la infracción, el administrado puede eximir o atenuar su responsabilidad si logra acreditar alguna causal establecida en el artículo 255 del Texto Único de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, aprobado por Decreto Supremo N° 006-2017-JUS. (negrilla y subrayado es nuestro)”.

¹⁴¹ De conformidad al **Carta N° 771-2018-SUTRAN/06.4 de fecha 19 de septiembre de 2018**, sobre la base de una consulta efectuada, dice:
“(.....)
Asimismo, cabe indicar que a través del Decreto Legislativo N° 1406, se dispuso entre otros, que “(...) la responsabilidad administrativa por incumplimiento de obligaciones es objetiva, siendo aplicable de conformidad con lo señalado en el Reglamento Nacional correspondiente. (...) (negrilla y subrayado es nuestro)”.

4.8.13 Responsabilidad administrativa en procedimientos administrativos sancionadores instaurados por SUCAMEC

En materia de armas de fuego, seguridad ciudadana y otros a cargo de la SUCAMEC, no existirá norma con rango de ley (ley o decreto legislativo), que establezca la responsabilidad objetiva, sin embargo a criterio de dicha entidad si contarían con la habilitación legal para imponer la responsabilidad objetiva¹⁴², ya que se considera que la misma se encuentra en el artículo 365 del Reglamento de la Ley N° 30299- Ley de armas de fuego, municiones, explosivos, productos pirotécnicos y materiales relacionados de uso civil (aprobada mediante D.S N° 010-2017-IN) siendo dicho criterio validado por la tres Gerencias de la Entidad¹⁴³, sin embargo considero que dicho criterio vulneraría la excepcionalidad de la responsabilidad objetiva pues un reglamento no podría establecer la responsabilidad objetiva, tal como requiere el numeral 10 del artículo 246 del T.U.O de la LPAG.

¹⁴²De conformidad a la **el numeral 24.8 del artículo 24 de la Ley N° 27181-Ley General de Transporte Terrestre (con la modificación efectuada mediante el D.L N°1406)**, que dice:

“Artículo 24.- De la responsabilidad administrativa por las infracciones

(...)

24.8 La responsabilidad administrativa por incumplimiento de obligaciones es objetiva, siendo aplicable de conformidad con lo señalado en el Reglamento Nacional correspondiente. Una vez verificado el hecho constitutivo de la infracción, el administrado puede eximir o atenuar su responsabilidad si logra acreditar alguna causal establecida en el artículo 255 del Texto Único de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, aprobado por Decreto Supremo N° 006-2017-JUS. **(negrilla y subrayado es nuestro)”**.

¹⁴³ De conformidad a los Oficio N° 5033-2018-SUCAMEC-GSSP (emitido por la Gerencia de Servicios de Seguridad Privada), Oficio N° 2925-2018-SUCAMEC-GEPP (emitido por la Gerencia de Explosivos y Productos Pirotécnicos de Uso Civil) y el Oficio N° 8331-2018-SUCAMEC-GSSP (emitido por la Gerencia de Armas, Municiones y Artículos Conexos).

4.8.14 Responsabilidad administrativa en procedimientos administrativos sancionadores instaurados por otros reguladores (SUNASS, OSITRAN, OSIPTEL, SUSALUD y SUNEDU)

En los procedimientos administrativos sancionadores, producto de la modificación efectuada por el Decreto Legislativo N° 1272 a la LPAG, en SUNASS ¹⁴⁴, OSITRAN ¹⁴⁵, OSIPTEL ¹⁴⁶, SUSALUD ¹⁴⁷ y SUNEDU ¹⁴⁸ la responsabilidad es subjetiva al no contar con la habilitación legal para establecer la responsabilidad objetiva.

4.8.15 Responsabilidad administrativa en procedimientos administrativos sancionadores instaurados en el marco de la emergencia sanitaria del Covid-19

En los procedimientos administrativos sancionadores, que se han dado en el marco de la emergencia sanitaria del Covid-19¹⁴⁹, a pesar de la emergencia y la urgencia de un régimen administrativo sancionador mucho más eficaz no se ha establecido la responsabilidad objetiva, solo podemos resaltar el Decreto Legislativo N° 1458¹⁵⁰, cuyo objeto fue habilitar la potestad sancionadora del estado frente a los

¹⁴⁴ Conforme a la consulta absuelta mediante Oficio N° 017-2018-SUNASS-060 de fecha 22 de mayo de 2018.

¹⁴⁵ Conforme a la consulta absuelta mediante Nota N° 00049-2018-JFI-GSF-OSITRAN remitida mediante Oficio N° 05315-2018-GSF-OSITRAN de fecha 18 de junio de 2018.

¹⁴⁶ Conforme a la consulta absuelta mediante C. 00223-GAL/2018 de fecha 20 de julio de 2018.

¹⁴⁷ Conforme a la consulta absuelta mediante Informe N° 00642-2019/OGAJ remitida mediante Carta N° 00070-2019-SUSALUD/GG de fecha 29 de octubre de 2019.

¹⁴⁸ Conforme a la consulta absuelta mediante Carta N° 005-2018/SUNEDU-02-14 de fecha 8 de junio de 2018.

¹⁴⁹ Conforme al Decreto Supremo N° 044-2020-PCM, publicado en el diario oficial El Peruano el 15 de marzo de 2020, se declaró por el término de quince días calendario, el Estado de Emergencia Nacional y se dispuso el aislamiento social obligatorio (cuarentena), por las graves circunstancias que afectan la vida de la Nación a consecuencia del brote del COVID-19; disponiéndose la restricción del ejercicio de los derechos constitucionales relativos a la libertad y la seguridad personales, la inviolabilidad del domicilio, y la libertad de reunión y de tránsito en el territorio, estableciendo una serie de medidas para el ejercicio del derecho a la libertad de tránsito durante la vigencia del Estado de Emergencia Nacional, el mismo que fue prorrogado con los Decretos Supremos N° 051-2020-PCM, N° 064-2020-PCM, N° 083-2020-PCM y N° 094-2020-PCM hasta el 30 de junio de 2020.

¹⁵⁰ Conforme al Decreto Legislativo N° 1458- Decreto Legislativo para sancionar el incumplimiento de las disposiciones emitidas durante la emergencia sanitaria a nivel nacional y demás normas emitidas para proteger la vida y la salud de la población por el contagio del covid-19, publicado el 14 de abril de 2020.

incumplimientos de las disposiciones emitidas durante dicha emergencia sanitaria, sin embargo cuando comenzamos a revisar sus alcances no establece la responsabilidad objetiva, por otro lado dicha facultad se la da solo a la Policia Nacional del Peru, lo cual resta eficacia a la fiscalización y sanción de no haberse incluido a las autoridades municipales y sectoriales (art 4) que si existio en otras normas¹⁵¹; por otro lado tendría vicios de inconstitucionalidad la Acta de Infraccion y Sancion (art 9) que establecería una sanción de plano (sin procedimiento administrativo sancionador previo que implica imputación de cargos y luego el derecho de defensa en un plazo razonable) que estaba proscrito por la LPAG y por los pronunciamientos del Tribunal Constitucional, ya que si bien seria constitucionalmente aceptable la imputación de cargos (mediante actas de infraccion) de manera inmediata, no estaba habilitada las acta de sanción sin un procedimiento administrativo previo, pues si bien puede ejercer su derecho de defensa en el recurso de apelación el mismo debe ser garantizado antes de la imposición de sanción¹⁵².

Sin embargo, el hecho mas preocupante y mas relevante es que los incumplimientos de los protocolos actividades económicas permitidas no constituirían infracciones ni podría aplicarse sanciones (art 5); esto es relevante pues asi como es necesario

¹⁵¹ Conforme al Decreto Legislativo N°1476 (Transparencia de Informacion Economica Educacion Basica), que, si establece, aunque sea de manera genérica las obligaciones de transparencia de la información, y reconoce las facultades de las otras entidades como INDECOPI.

¹⁵² Conforme al Decreto Supremo N° 006-2020-IN, Decreto Supremo que aprueba el reglamento del Decreto Legislativo N° 1458, Decreto Legislativo para sancionar el incumplimiento de las disposiciones emitidas durante la Emergencia Sanitaria a nivel nacional y demás normas emitidas para proteger la vida y la salud de la población por el contagio del COVID-19

sancionar actividades no permitidas era necesario sancionar incumplimiento de actividades permitidas en el marco del Covid-19, que se van a dar en el marco de la reanudación de actividades¹⁵³, no existía por un lado la obligación de cumplir con dichos protocolos hasta la emisión del D.L N° 1497 (al no quedar de manera clara e indubitable que dichos protocolos son un requisito para mantener u obtener la Licencia de Funcionamiento¹⁵⁴ o si las autorizaciones sectoriales son títulos habilitantes¹⁵⁵), no constituyen infracciones ni se han establecido sanciones de conformidad al Principio de Legalidad, ni cumplirían los Sub-Principios de Reserva de Ley y Tipicidad, que aunque se quiera suplir mediante Ordenanzas Municipales o Regionales no podrían corregir dichas situaciones.

¹⁵³ Conforme al Decreto Supremo N° 080-2020-PCM, Decreto Supremo que aprueba la reanudación de actividades económicas en forma gradual y progresiva dentro del marco de la declaratoria de Emergencia Sanitaria Nacional por las graves circunstancias que afectan la vida de la Nación a consecuencia del COVID-19, se establecen fases para la reactivación de actividades y el cumplimiento de Protocolos Sanitarios de Operación respectivos, siendo que se han ido emitiendo protocolos mediante resoluciones ministeriales para dicho fin, sin embargo ninguna de dichas normas tiene rango de ley.

¹⁵⁴ Diferencia con las obligaciones establecidas con norma con rango de ley, establecidas en el Decreto Legislativo N° 1458, Decreto Legislativo N°1476 (Transparencia de Información Económica Educación Básica), Decreto Legislativo N° 1495 (Educación Superior Tecnológica), Decreto Legislativo N° 1496 (Educación Superior Universitaria), hecho que habría sido corregido mediante el **Decreto Legislativo N° 1497** en la segunda disposición complementaria final indica de **manera ambigua dipondria su obligatoriedad y la facultad de fiscalización y sanción por parte de las autoridades municipales** tal como dice:

“DISPOSICIONES COMPLEMENTARIAS FINALES

Segunda. - Cumplimiento de condiciones sanitarias

El desarrollo de actividades económicas en un establecimiento determinado, debe cumplir con los protocolos de salud que se emitan, en el marco de la emergencia sanitaria producida por el COVID-19 aprobados por las autoridades competentes. Las municipalidades orientan e informan a los titulares de establecimientos a efectos de que puedan adoptar las medidas sanitarias correspondientes, debiendo privilegiar las acciones de orientación y prevención mediante campañas informativas u otros a su alcance de manera previa a la imposición de sanciones, sin que ello implique una restricción a su función fiscalizadora. (subrayado y negrillo nuestro).”

¹⁵⁵ De conformidad a las normas antes descrita para la reanudación de actividad económica, no se establezca que las autorizaciones sectoriales o registro SICOVID-19, constituirían títulos habilitantes mas aun cuando los mismos no son aprobado mediante normas con rango de ley, ni mucho menos el Decreto Supremo N° 080-2020-PCM crea algún registro, sino solo se limita a indicar las autorizaciones sectoriales, que si hubieran considerado mediante Decreto Supremo hubieran creados los procedimientos administrativos para tal fin.

4.9 Derecho Comparado: Principio de Culpabilidad y responsabilidad administrativa en el derecho administrativo sancionador

4.9.1 DERECHO COMUNITARIO EUROPEO

En el ámbito del *Derecho Comunitario Europeo*, el principio de culpabilidad (sub principio de responsabilidad subjetiva) no ha sido reconocido como un principio del ordenamiento comunitario europeo, ya que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) lo ha negado no solo en el derecho administrativo sancionador, sino inclusive, como dice Bueno (2012) “en el derecho penal permitiendo excepcionalmente como dice un “régimen de responsabilidad penal objetiva” (p.157).

Por otro lado en el *Derecho Europeo* (comunitario y no comunitario) la *Convención Europea de Derechos Humanos*, tampoco ha reconocido de manera expresa el principio de culpabilidad ni mucho menos su subprincipio de responsabilidad subjetiva, pues en el numeral 6.2 del artículo 6 solo reconoce la presunción de inocencia y el termino de “culpabilidad¹⁵⁶” tal como el caso de la Convención América, no es respecto a la responsabilidad subjetiva sino a la carga de la prueba, hecho que ha sido confirmado por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) cuando lo desarrolla en el Caso *Vlieeland Boddy y Marcelo Lanni vs España* (2016)¹⁵⁷.

¹⁵⁶ Conforme a lo contemplado en el numeral 6.2 del artículo 6 de la Convención Americana de Derechos Humanos que dice:

“Artículo 6

Derecho a un proceso equitativo

(...)

2. Toda persona acusada de una infracción se presume inocente hasta que su culpabilidad haya sido legalmente declarada”.

¹⁵⁷ Conforme se evidencia en el fundamento 38 del Caso *Vlieeland Boddy y Marcelo Lanni vs España* (2016) que dice:

Complementariamente, es necesario indicar que en el Caso Engel y otros contra Holanda (1976), por un lado diferencian las sanciones disciplinarias de las penales respecto a mayores garantías que se aplican a las segundas¹⁵⁸, y la calificación relativa de los estados en diferenciar infracciones disciplinarias de penales¹⁵⁹, esto es de vital importancia pues solo si estamos ante sanciones penales (formal o materialmente) se habilita la competencia del TEDH, criterio confirmado en el Caso Ozturk vs Alemania (1984) respecto a la aplicación de primacia de la realidad naturaleza de sanciones penales (materialmente) y que no quede a mera voluntad del Estado excluir de las garantías del artículo 6° de la Convención producto de la despenalización de delitos y reconoce implícitamente el derecho a recurrir a las sanciones administrativas.¹⁶⁰

³⁸. De entrada, el TEDH recuerda que se menosprecia la presunción de inocencia si una decisión judicial que afecta a un procesado refleja la sensación de que éste es culpable, cuando en realidad su culpabilidad no ha sido previamente establecida legalmente (Allen c. Reino Unido [GC], no 25424/09, § 93, CEDH 2013)."

¹⁵⁸ Conforme se evidencia en el fundamento 80 del el Caso Engel y otros contra Holanda (1976) que dice:
"80 Todos los Estados contratantes distinguen desde hace tiempo, si bien con formas y grados diversos, entre procedimientos disciplinarios y procedimientos penales. (...)
Por otra parte, sin embargo, las instancias penales se rodean habitualmente de mayores garantías."

¹⁵⁹ Conforme se evidencia en el fundamento 80 del el Caso Engel y otros contra Holanda (1976) que dice:
"81 El Convenio permite sin ninguna duda a los Estados, en el cumplimiento de su función de guardianes del interés público, mantener o establecer una distinción entre el derecho penal y el derecho disciplinario, así como fijar sus límites, pero solamente bajo ciertas condiciones. Les deja libres para tipificar como infracción penal una acción (...) Tribunal tiene, por tanto, competencia para asegurarse, según el artículo 6., e incluso prescindiendo de la referencia a los artículos 17 y 18, que el procedimiento disciplinario no sustituya indebidamente al penal."

¹⁶⁰ Conforme se evidencia en el fundamento 52 y 53 del el Caso Ozturk contra Alemania (1984) que dice:
"52. (...) Las reformas realizadas en 1968/1975 por lo tanto, por lo que el Gobierno concluido, reflejó una preocupación por "despenalizar" delitos menores a la beneficiarse no solo del individuo, que ya no sería responsable en términos penales por su acto y quién podría incluso evitar todos los procedimientos judiciales, pero también del funcionamiento efectivo de los tribunales, en lo sucesivo relevados en principio de la tarea de tratar con la gran mayoría de tales delitos.
53. Además, sería contrario al objeto y fin del artículo 6 (art. 6), que garantiza todos los acusados de un delito penal" el derecho a un tribunal y a una justicia juicio, si se permitiera al Estado eliminar del alcance de este Artículo (art. 6) toda una categoría de delitos simplemente por considerarlos como pequeño. La República Federal tampoco priva a los presuntos autores de Ordnungswidrigkeiten de este derecho, ya que les otorga la facultad – de que el solicitante hizo uso de sí mismo - de apelar a un tribunal contra la decisión administrativa."

Por lo que considero, que la posición de la TEDH no es establecer una unidad del derecho sancionador o establecer que las garantías del derecho penal son aplicables al derecho administrativo sancionador, sino via una interpretación autónoma de la Convención, que permite relativizar la calificación que pueda dar el estado respecto a que se considera como sanciones penales o administrativas, quedando a interpretación del TEDH que se considera como sanción penal (materialmente) independientemente de la calificación del derecho interno, y por ende con dicha calificación permite la aplicación de las garantías de la convención y la competencia de tribunal.

4.9.2 CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (CIDH)

En el marco del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, evidenciamos que la Convención Americana de Derechos Humanos el artículo 8 titula como “garantías judiciales”, siendo que en el numeral 8.1 consagraría entre otros el “derecho al debido proceso” en sede judicial y en el numeral 8.2 el derecho a la “presunción de inocencia” en materia penal.

Sin embargo la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), ha extendido la garantía del debido proceso no solo a los procesos judiciales, sino a los procedimientos administrativos sancionadores, en un primer momento a través de diversas opiniones consultivas tales como la OC-9/87¹⁶¹ y la OC-11/90¹⁶² y luego en

¹⁶¹ Conforme se evidencia en el fundamento 27 de la OC-9/87.

¹⁶² Conforme se evidencia en el fundamento 28 de la OC-11/90.

el Caso Baena Ricardo vs Panamá (2001)¹⁶³, que ha sido parte de su línea jurisprudencial en diversos casos¹⁶⁴.

En esa línea, la Corte ha extendido la presunción de inocencia a los procedimientos administrativos sancionadores, tal como desarrolla en el Caso Suarez Ordoñez vs Guatemala (2016)¹⁶⁵, y si bien en el ámbito administrativo no se ha pronunciado; en el ámbito penal se pronuncia que el derecho de presunción de inocencia comprende la “demostración fehaciente de culpabilidad” y “carga de la prueba en la parte acusadora”, por lo que en esa línea va contra la convención asumir la “presunción de culpabilidad” y determinar la responsabilidad sobre la base de dicha presunción, sin embargo el término “culpabilidad” no es entendido como criterio de responsabilidad subjetiva, sino vinculado a la carga de la prueba y que la responsabilidad debe estar debidamente probada más allá de toda duda razonable, tal como lo desarrolla en el en el Caso Zegarra Marín vs Perú (2017)¹⁶⁶.

¹⁶³ Conforme se evidencia en los fundamentos 106-107, 115, 123-132 del Caso Baena Ricardo vs Panama (2001).

¹⁶⁴ Conforme se evidencia en los fundamentos 67-71 del Caso Tribunal Constitucional vs Peru (2001), fundamentos 101-110 del Caso Ivcher vs Peru (2001), fundamentos 147-150 del Caso Yatama vs Nicaragua (2005), fundamentos 115-119 del Caso Claude Reyes y otros vs Chile (2006), fundamento 208 del Caso Escher vs Brasil (2009), fundamentos 108 y 145-147 del Caso Velez Loor vs Panama (2010), fundamentos 117-120 del Caso Chocron vs Venezuela (2011), fundamentos 116-119 del Caso Bardani Duarte vs Uruguay (2011), fundamentos 129-132 y 157 del Caso Familia Pacheco vs Bolivia (2013), fundamentos 171 y 184-186 del Caso Tribunal Constitucional vs Ecuador (2013), fundamento 210 del Caso Galindo Cardenas vs Peru (2015); y fundamento 208 del Caso Wong vs Peru (2015).

¹⁶⁵ Conforme se evidencia en los fundamentos 71-75 del Caso Suarez Ordoñez vs Guatemala (2016).

¹⁶⁶ Conforme se evidencia en los fundamentos 121-126, 138-140, 146-148 y 153-156 del Caso Zegarra Marín vs Peru (2017).

Finalmente, respecto a si el establecimiento de la responsabilidad objetiva en el procedimiento administrativo sancionador contravendría de la Convención Americana, la Corte se ha pronunciado en el Caso Leopoldo López vs Venezuela (2011)¹⁶⁷, al desestimar como violación a la presunción de inocencia el haber sido sancionado administrativamente por responsabilidad objetiva y validar el argumento de la Sala Política Administrativa del Tribunal Supremo de Venezuela sobre la constitucionalidad de la responsabilidad objetiva en el derecho administrativo sancionador venezolano.

4.9.3 ESPAÑA

En el derecho español (tal como el caso peruano) pasó de una responsabilidad objetiva a una responsabilidad subjetiva (con la diferencia que en el caso peruano si permite la responsabilidad objetiva), siendo que el ultimo rezago de responsabilidad objetiva se dio cuando con la *Ley 30/1992 (1992)* que establecía en su artículo 130° que las infracciones podían darse “*aun a título de simple inobservancia*”¹⁶⁸ pues existió el debate si esto habilitaba a la responsabilidad objetiva, sin embargo el Tribunal Constitucional Español siempre tuvo en su línea jurisprudencial, que al aplicarse el principio de culpabilidad al derecho administrativo sancionador, era aplicable la responsabilidad subjetiva y la proscripción de la responsabilidad objetiva, por considerar que si bien el principio de culpabilidad no

¹⁶⁷ Conforme se evidencia en los fundamentos 124, 130 y 131 del Caso Leopoldo López vs Venezuela (2011).

¹⁶⁸ De conformidad al **artículo 130 de la Ley 30/1992** que dice:

“Artículo 130. Responsabilidad

1. Solo podrán ser sancionadas por hechos constitutivos de ***infracción administrativa*** las personas físicas y jurídicas que ***resulten responsables de los mismos aun a título de simple inobservancia (negrilla y subrayado es nuestro)***”.

se encontraba en la Constitución Española era aplicable al derecho administrativo sancionador, por derivarse del principio de legalidad establecido en su artículo 25¹⁶⁹, siendo que este debate se cerró con la dación de la Ley 40/2015 (2015), donde positivizó el criterio jurisprudencial antes mencionado, siendo que en su artículo 28° estableció la responsabilidad subjetiva en el procedimiento administrativo sancionador¹⁷⁰.

4.9.4 ALEMANIA

En el derecho alemán, la dependencia del derecho administrativo sancionador al derecho penal por dicho motivo la normativa general se denominada “Ley de Contravenciones (OWIG)”, siendo que en su sección 10 consagra la responsabilidad subjetiva, y aun más establece que la regla general es que sean

¹⁶⁹ De conformidad a **línea jurisprudencial** tal como las siguientes sentencias:

****STC 76/1990(FJ 5)**

“Pero ello no puede llevar a la errónea conclusión de que se haya suprimido en la configuración del ilícito tributario el elemento subjetivo de la culpabilidad para sustituirlo por un sistema de responsabilidad objetiva o sin culpa. En la medida en que la sanción de las infracciones tributarias es una de las manifestaciones del ius puniendi del Estado, tal resultado sería inadmisible en nuestro ordenamiento”.

***STC 150/1991 (FJ 4)**

“Este principio de culpabilidad rige también en materia de infracciones administrativas (...) en la medida en que la sanción de dicha infracción es una de las manifestaciones del ius puniendi del Estado»

***STS 5397/1998 (FJ 6)**

(...) puede hablarse de una decidida línea jurisprudencial que rechaza en el ámbito sancionador de la Administración la responsabilidad objetiva, exigiéndose la concurrencia de dolo o culpa, en línea con la interpretación de la STC 76/1990, de 26 de abril, al señalar que el principio de culpabilidad puede inferirse de los principios de legalidad y prohibición del exceso (artículo 25 CE) o de las exigencias inherentes al Estado de Derecho. Por consiguiente, tampoco en el ilícito administrativo puede prescindirse del elemento subjetivo de la culpabilidad para sustituirlo por un sistema de responsabilidad objetiva o sin culpa».

¹⁷⁰ De conformidad al **artículo 28 de la Ley 40/2015** que dice:

“Artículo 130. Responsabilidad

1. Sólo podrán ser sancionadas por hechos constitutivos de **infracción administrativa** las personas físicas y jurídicas, así como, cuando una Ley les reconozca capacidad de obrar, los grupos de afectados, las uniones y entidades sin personalidad jurídica y los patrimonios independientes o autónomos, que **resulten responsables de los mismos a título de dolo o culpa**. *(negrilla y subrayado es nuestro)”*.

calificadas a título de “dolo” siendo excepcional las infracciones a título de “culpa” cuando la ley lo establezca expresamente¹⁷¹.

4.9.5 COLOMBIA

En el derecho colombiano en su Ley N° 1437 (2011)-Codigo de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (CPACA), no se establece expresamente el tipo de responsabilidad aplicable(subjetiva u objetiva), señalando en el numeral 1 de su artículo 3° que son aplicables los principios de legalidad y presunción de inocencia al procedimiento administrativo sancionador¹⁷², sin embargo la Corte Constitucional de Colombia considero en un primer momento la proscripción de la responsabilidad objetiva¹⁷³, sin embargo en su línea jurisprudencial considero que al aplicarse el principio de culpabilidad al derecho

¹⁷¹ De conformidad a la **sección 10 de la Ley de Contravenciones o Delitos Administrativos (Gesetz über Ordnungswidrigkeiten-OWiG)** que dice:

“Sección 10. Intencion y negligencia

Como **delito administrativo**, solo las acciones **intencionales pueden ser castigadas**, a **menos que la ley amenace expresamente con una multa una acción negligente**. (negrilla y subrayado es nuestro)”.

¹⁷² De conformidad al numeral 1 del artículo 2° de la Ley N° 1437 (2011) que dice:

“Artículo 3. Principios. Todas las autoridades deberán interpretar y aplicar las disposiciones que regulan las actuaciones y procedimientos administrativos a la luz de los principios consagrados en la Constitución Política, en la Parte Primera de este Código y en las leyes especiales.

(....)

1. En virtud del principio del debido proceso, las actuaciones administrativas se adelantarán de conformidad con las normas de procedimiento y competencia establecidas en la Constitución y la ley, con plena garantía de los derechos de representación, defensa y contradicción.

En **materia administrativa sancionatoria**, se observarán adicionalmente los **principios de legalidad de las faltas y de las sanciones, de presunción de inocencia**, de no reformatio in pejus y non bis in idem (negrilla y subrayado es nuestro)”.

¹⁷³De conformidad a la **C-597/96 de la Corte Constitucional Colombiana**, tal como dice:

Sentencia No. C-597/96 (FJ17)

“Responsabilidad objetiva y predeterminación del órgano sancionador.

(....)

La Corte coincide con el actor en que, en Colombia, conforme al principio de dignidad humana y de culpabilidad acogidos por la Carta (CP arts 1º y 29), está **proscrita toda forma de responsabilidad objetiva en materia sancionadora**. (...)

En tal entendido, la Corte considera que el cargo del actor carece de fundamento, pues el artículo acusado debe ser interpretado de conformidad con la Constitución, y es obvio que, en un Estado social de derecho, fundado en la dignidad humana (CP art. 1), no es admisible la responsabilidad objetiva en el campo sancionatorio. Además, el **artículo 29 establece con claridad un derecho sancionador de acto y basado en la culpabilidad de la persona**, pues dice que nadie puede ser juzgado "sino conforme a leyes preexistentes **al acto que se le imputa**" y que toda persona se **presume inocente "mientras no se le haya declarado judicialmente culpable (negrilla y subrayado es nuestro)"**.

administrativo sancionador, era aplicable como regla general la responsabilidad subjetiva y solo de manera excepcional cuando el legislador la estableciera, era aplicable la responsabilidad objetiva (la normativa sectorial establece el tipo de responsabilidad), por considerar que si bien el principio de culpabilidad no se encontraba en la Constitución Política de Colombia, podía derivarse del principio de presunción de inocencia establecido en su artículo 29; sin embargo debía cumplir con los siguientes parámetros¹⁷⁴:

- i) Carezcan de la naturaleza de **sanciones que la doctrina llama 'rescisorias'**, es decir, de sanciones que comprometen de manera específica el ejercicio de derechos y afectan de manera directa o indirecta a terceros.
- ii) Tengan un **carácter meramente monetario**.
- (iii) Sean de **menor entidad en términos absolutos**.

¹⁷⁴ De conformidad a la **línea jurisprudencial de la Corte Constitucional Colombiana**, tal como las siguientes sentencias:

**** Sentencia No. C-690/96 (CONSTITUCIONALIDAD DE LA RESPONSABILIDAD OBJETIVA)**

"Debido proceso administrativo sancionatorio y responsabilidad objetiva.

6- La Corte ha declarado la **constitucionalidad de ciertas formas de responsabilidad objetiva en ciertos campos del derecho administrativo**, como es el régimen de cambios, en donde la Corporación ha considerado que dados los intereses en juego "se admite la no pertinencia de los elementos subjetivos de la conducta tipificada previamente como sancionable, como son la intencionalidad, la culpabilidad e incluso la imputabilidad" (...)

7- Sin embargo, la **posibilidad de la responsabilidad objetiva cuando el Estado ejerce poderes sancionatorios es absolutamente excepcional**,

***Sentencia No. C-616/02 (FJ 3) (EXCEPCIONALIDAD DE LA RESPONSABILIDAD OBJETIVA Y CRITERIOS)**

En cuanto al principio de culpabilidad en materia de sanciones administrativas, se observan dos grupos de países: (a) aquellos regímenes que requieren **siempre de la culpa para la imposición de sanciones administrativas**, y (b) aquellos en los cuales es **permitida excepcionalmente la responsabilidad objetiva**. (.....)

(.....)

La imposición de **sanciones por responsabilidad objetiva es de carácter excepcional en el régimen constitucional colombiano**, tal como fue ya visto en este fallo, y se encuentra por ello sujeta a **estrictos requisitos**. En efecto, las sanciones por responsabilidad objetiva se ajustan a la Carta siempre y cuando (i) carezcan de la naturaleza de **sanciones que la doctrina llama 'rescisorias'**, es decir, de sanciones que comprometen de manera específica el ejercicio de derechos y afectan de manera directa o indirecta a terceros; (ii) tengan un **carácter meramente monetario**; y (iii) sean de **menor entidad en términos absolutos** (tal como sucede en el caso de las sanciones de tránsito) o en términos relativos (tal como sucede en el régimen cambiario donde la sanción corresponde a un porcentaje del monto de la infracción o en el caso del decomiso en el que la afectación se limita exclusivamente a la propiedad sobre el bien cuya permanencia en el territorio es contraria a las normas aduaneras)."

***Sentencia No. C-595/10 (MATICES RESPONSABILIDAD SUBJETIVA Y EXCEPCIONALIDAD RESP. OBJETIVA)**

En el **derecho sancionador de la Administración**, la presunción de inocencia y el elemento de la **culpabilidad resultan aplicables como criterio general**. No obstante, como se verá a continuación, pueden ser objeto de ciertos matices -ámbito de la responsabilidad subjetiva- **y excepcionalmente establecerse la responsabilidad sin culpa -objetiva-**.

(...)

La Corte ha avalado de manera **excepcional la constitucionalidad de la responsabilidad objetiva en algunos campos del derecho administrativo sancionador**, evento en el cual ha considerado que al sujeto de esta acción debe rodeársele de todas las garantías procesales constitucionales. Además, ha estimado que debe examinarse con detenimiento cada caso atendiendo las particularidades de las normas legales acusadas.

(....)

Por último, la Corte ha sostenido que la **responsabilidad objetiva** en el derecho administrativo sancionador debe estar consagrada de **manera expresa por el legislador**. (negrilla y subrayado es nuestro)".

4.9.6 ECUADOR

En el derecho ecuatoriano en su Código Orgánico Administrativo (2017), no se establece expresamente el tipo de responsabilidad aplicable (subjetiva u objetiva), señalando en el artículo 29° y el numeral 4 de su artículo 248° que son aplicables los principios de legalidad y presunción de inocencia al procedimiento administrativo sancionador¹⁷⁵, por otro lado la Constitución Ecuatoriana (2008), consagra expresamente el principio de legalidad y presunción de inocencia aplicables a sanciones administrativas y por otro eleva a rango constitucional la responsabilidad objetiva en materia ambiental¹⁷⁶, siendo que en el Código Orgánico del Ambiente establecería en materia administrativa ambiental la responsabilidad objetiva.¹⁷⁷

¹⁷⁵ De conformidad al artículo 29° y el numeral 4 de su artículo 248° del Código Orgánico Administrativo (2017), sin perjuicio que en el artículo 333° pareciera establecer que en el derecho disciplinario se estableciera la responsabilidad subjetiva, que dice:

“Art. 29.- Principio de tipicidad.

Son infracciones administrativas las acciones u omisiones previstas en la ley. A cada infracción administrativa le corresponde una sanción administrativa. **Las normas que prevén infracciones y sanciones no son susceptibles de aplicación analógica, tampoco de interpretación extensiva.**

Art. 248.- Garantías del procedimiento. El ejercicio de la **potestad sancionadora** requiere procedimiento legalmente previsto **y se observará:**

(.....)

4. Toda **persona mantiene su estatus jurídico de inocencia y debe ser tratada como tal**, mientras **no exista un acto administrativo firme que resuelva lo contrario.**

Art. 15- Principio de responsabilidad. El Estado responderá por los daños como consecuencia de la falta o deficiencia en la prestación de los servicios públicos o las acciones u omisiones de sus servidores públicos o los sujetos de derecho privado que actúan en ejercicio de una potestad pública por delegación del Estado y sus dependientes, controlados o contratistas.

El Estado hará efectiva la responsabilidad de la o el **servidor público por actos u omisiones dolosos o culposos.** No hay servidor público exento de responsabilidad. **(negrilla y subrayado es nuestro)**”.

¹⁷⁶ De conformidad a los **numerales 2 y 3 del artículo 76 y el artículo 396 de la Constitución Ecuatoriana (2008)** que dice:

“Art. 76.- En todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden, se asegurará el derecho al debido proceso que incluirá las siguientes garantías básicas:

(.....)

2. Se presumirá la inocencia de toda persona, y será tratada como tal, **mientras no se declare su responsabilidad** mediante **resolución firme** o sentencia ejecutoriada.

3. Nadie podrá ser juzgado ni sancionado por un acto u omisión que, al momento de cometerse, no esté tipificado en la ley como infracción penal, administrativa o de otra naturaleza; ni se le aplicará una sanción no prevista por la Constitución o la ley. Sólo se podrá juzgar a una persona ante un juez o autoridad competente y con observancia del trámite propio de cada procedimiento.

Art. 396.- (...) La **responsabilidad por daños ambientales es objetiva.** Todo daño al ambiente, **además de las sanciones correspondientes,** implicará también la obligación de restaurar integralmente los ecosistemas e indemnizar a las personas y comunidades afectadas. **(negrilla y subrayado es nuestro)**”.

¹⁷⁷ De conformidad al artículo 307 del Código Orgánico del Ambiente (2017), que dice:

4.10 Nuevos Paradigmas de Responsabilidad Administrativa en el Derecho Administrativo Sancionador

4.10.1 Propuesta de reconceptualización del Principio de Culpabilidad y Responsabilidad Subjetiva en el Derecho Administrativo Sancionador: Principio de Responsabilidad en el Derecho Administrativo Sancionador-revisar

Desde el punto de vista de la Filosofía del Derecho, la validez del sistema de responsabilidad va estar en función de la teoría de justicia que se fundamente, ya que hemos determinado que la *responsabilidad subjetiva* tiene como “*teoría de justicia conmutativa*” mientras que la *responsabilidad objetiva* tendría como prisma filosófico la *teoría de justicia distributiva*, por lo que ambos sistemas de responsabilidad administrativa serían válidos.

Desde el punto de vista de la Teoría General del Derecho hemos indicado que los principios tienen mandatos de optimización mientras que las reglas pueden ser derrotadas mediante excepciones, por lo que la “Culpabilidad” sería un “*principio*” (*entendida esta como “la sanción es aplicable cuando sea proporcional”*), mientras que su manifestación “responsabilidad subjetiva” sería una “*regla*” derrotable con la excepción de la responsabilidad objetiva, sin embargo en el marco del principio de culpabilidad, la misma debería tener límites formales y materiales que den cumplimiento al mandato a ser optimizado, situación que no sería suficiente con el sub principio de reserva de ley.

“Art. 307.- **Fuerza Mayor o Caso fortuito.** Cuando el daño ambiental fuere causado por un **evento de fuerza mayor o caso fortuito**, el operador de la actividad, obra o proyecto estará **exonerado únicamente de las sanciones administrativas**, solo si demuestra que dichos daños no pudieron haber sido **prevenidos razonablemente** o que, aun cuando puedan ser previstos, son **inevitables**. (*negrilla y subrayado es nuestro*)”.

Desde el punto de vista del Derecho Constitucional, el principio de culpabilidad en los términos antes indicados (*“la sanción es aplicable cuando sea proporcional”*) sería un derecho constitucional, sin embargo, la responsabilidad subjetiva (al haberse considerado como regla) sería un derecho legal pudiendo mediante ley establecerse la responsabilidad objetiva, sin perjuicio de los límites formales y materiales antes señalados.

Desde el punto de vista del Análisis Económico del Derecho, sería eficiente para el derecho administrativo sancionador establecer como regla general la responsabilidad subjetiva y la excepción de la responsabilidad objetiva, pues establece un “Óptimo de Pareto” entre las externalidades producidas por el administrado (regla general resp. Subjetiva) y producidas hacia el administrado (excepción de responsabilidad objetiva), mas aun con la nueva realidad sociológica que es “Sociedad de Riesgos” se encontraría justificada la responsabilidad objetiva en el derecho administrativo (donde se enfoca mas a tutelar el riesgo que al daño).

En ese sentido, considero que el Principio de Culpabilidad aplicable en el Derecho Penal, en virtud a la autonomía científica y dogmática del Derecho Administrativo Sancionador (sin desconocer la Unidad del Derecho Sancionador) y por los motivos antes desarrollados, debería reconceptualizarse y aplicarse bajo la denominación de **“Principio de Responsabilidad¹⁷⁸”**, ya que la misma es mas acorde a la aplicación

¹⁷⁸ Es necesario indicar que si bien tradicionalmente un contrato entre un proveedor y consumidor, se veía desde el Derecho Civil, aplicando el principio de igualdad de las partes en la contratación, sin embargo, con la autonomía científica del Derecho del Consumidor se parte de la desigualdad de las partes a pesar de ser un contrato.

de la regla general de la responsabilidad subjetiva y la excepcionalidad de la responsabilidad objetiva, que no sería algo extraño ya que mientras que en el Derecho Penal se utiliza el Principio de Personalidad de las Penas en el Derecho Administrativo Sancionador se utiliza el Principio de Causalidad.

El **Principio de Responsabilidad**, tendría su base constitucional en el “Principio de Proporcionalidad”, siendo el mandato a ser optimizado: **“El sistema de imputación de responsabilidad debe ser proporcional en función al derecho protegido”** (implícitamente habría que reconocer un derecho preferente de la libertad personal frente a la propiedad, libertad de empresas o libertad de trabajo entre otros) pues al dotarle de *“grados de cumplimiento”* considero que se tendría recién la categoría de “principio” y el “rango constitucional”; por otro lado en el caso que se asuma que no se podría reconceptualizar el Principio de Culpabilidad y que la responsabilidad subjetiva formaría parte de su contenido constitucionalmente protegido, considero que via ponderación podría admitirse la responsabilidad objetiva para el Derecho Administrativo Sancionador al ningún derecho ser absoluto.

El Principio de Responsabilidad como derecho fundamental (por ende, derecho constitucional), por el efecto de irradiación de los derechos fundamentales, tendrían las siguientes implicancias en los diferentes ambitos:

- a) En el Derecho Penal, al estar en juego la libertad personal, para ser constitucional el sistema de responsabilidad deberá ser aplicada solo la responsabilidad subjetiva.

- b) En el Derecho Disciplinario, al estar ante una relación de sujeción, considero que el servidor o trabajador se encontraría en una posición menos ventajosa que el administrado (en abstracto) por lo que para ser constitucional el sistema de responsabilidad deberá ser aplicada solo la responsabilidad subjetiva.
- c) En el Derecho Administrativo Sancionador, al ser la responsabilidad objetiva una medida muy gravosa (pero no arbitraria ni contraria al Estado Constitucional y Democrático de Derecho) para determinar responsabilidad al administrado y teniendo en cuenta que estamos ante el ejercicio del ius puniendi pero que no está en juego la libertad personal, la regla general para ser constitucional sería que la responsabilidad deba ser subjetiva y excepcionalmente la responsabilidad objetiva, así como también podría aplicarse la responsabilidad solidaria para guardar la coherencia entre las dos manifestaciones (personalidad de las sanciones y responsabilidad subjetiva); siempre y cuando exista un fin constitucionalmente protegido, buscándose el máximo grado de satisfacción y menor grado de intervención entre los derechos.
- d) En el Derecho Civil, al encontrarnos en una relación de derecho privado, considero que existe un mayor margen de discrecionalidad del legislador para establecer el sistema de responsabilidad tanto subjetivo u objetivo, sin embargo, es necesario indicar que para el caso de responsabilidad extracontractual considero que existe un deber del Estado de aplicar el sistema de responsabilidad objetiva.

4.10.2 Criterios para establecer responsabilidad subjetiva

El Principio de Responsabilidad, al haberse propuesto para el derecho administrativo sancionador, conlleva a que como regla general se aplique la responsabilidad subjetiva, por lo que no es necesario justificar la regla general sino la excepción como es el caso de la responsabilidad objetiva.

Sin perjuicio de lo antes señalado, considero que se puede establecer las siguientes modulaciones de manera muy excepcional:

- a) *Inversión de carga de la prueba*, siendo factible establecer presunciones de responsabilidad, ello no vulnera el principio de presunción de inocencia ya que es una presunción iuris tantum (admite prueba en contrario), asimismo lo que se busca que el administrado colabore con la Administración.
- b) *Altos grados de diligencia*, dependiendo el tipo de actividad, considero que según el tipo de actividad se pueden poner altos grados de diligencia, en áreas donde el administrado requiere de un conocimiento especializado o el riesgo de la actividad, pues no es lo mismo obtener una licencia municipal que participar en el mercado de valores, contrataciones con el estado, actividades ambientales, entre otras.

4.10.3 Criterios para establecer responsabilidad objetiva y sus límites formales y materiales

El Principio de Responsabilidad, al haberse propuesto para el derecho administrativo sancionador, conlleva a que se aplique por excepción la responsabilidad objetiva.

Por lo que es necesario establecer de criterios para el establecimiento de la responsabilidad objetiva, a fin de dar las mayores garantías posibles al administrado y proteger a la Sociedad, pudiendo ser los siguientes criterios:

- a) **Actividad de riesgo**, en este caso considero que cuando las modulaciones de la responsabilidad subjetiva (como es el caso de “altos grados de diligencia”) no sean idóneas, recién podríamos pasar a la responsabilidad objetiva ya que no basta indicar que es una actividad de riesgo para aplicar en automático la responsabilidad objetiva.
- b) **Carezcan de la naturaleza de sanciones que la doctrina llama 'rescisorias'**, es decir, de sanciones que comprometen de manera específica el ejercicio de derechos y afectan de manera directa o indirecta a terceros.
- c) **Carácter meramente monetario.**
- d) **Menor entidad en términos absolutos.**
- e) **Es factible usar el caso fortuito o fuerza mayor como eximentes de responsabilidad.**

Complementariamente, considero que además de los criterios antes planteados, a fin de garantizar su constitucionalidad, es necesario establecer sus límites formales y materiales, los cuales podrían ser:

a) Sub Principio de Reserva de Ley (limite formal), solo por ley emitida por el Congreso de la Republica (no Decreto Legislativo ni Decreto de Urgencia) se podría establecer la responsabilidad objetiva, ya que considero que toda medida limitativa de derechos para ser valida y dada su excepcionalidad, debería ser establecida por dicha norma tal como para establecer la actividad empresarial o tributos.

b) Sub Principio de Taxatividad (limite formal), ya que al ser una medida limitativa de derechos y dada su excepcionalidad debería ser establecida de manera “expresa”, sin perjuicio de que en virtud del Principio de Colaboracion Reglamentaria, la norma podría establecer criterios (faltas graves p.e) para que el reglamento complemente o precise los casos de responsabilidad objetiva, pero en nignun caso deje a criterio del reglamento establecer la misma sin parametros que la ley deba establecer.

c) Derecho de motivación (limite material), al ser una medida limitativa de derechos y dada su excepcionalidad debería estar debidamente fundamentada su establecimiento en la norma, pues de esa manera se garantiza que se cuales han sido las razones para su establecimiento, con los criterios antes mencionados.

d) Principio de Proporcionalidad (limite material), al ser una medida limitativa de derechos y dada su excepcionalidad debería cumplir con el principio de proporcionalidad, pues no basta que se exprese las razones que la justifican, sino que debe garantizarse que se haya hecho la ponderación de manera correcta, con los criterios antes mencionados y permitiendo el uso de los eximentes de responsabilidad.

CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

1. La responsabilidad subjetiva tendría como prisma filosófico la teoría de justicia conmutativa (voluntad como elemento legitimador de responsabilidad y sanción) mientras que la responsabilidad objetiva tendría como prisma filosófico la teoría de justicia distributiva.
2. El principio de culpabilidad, y por ende el sub-principio de responsabilidad subjetiva, ya sea por su naturaleza de derecho fundamental o constitucional no tendría carácter absoluto, por lo que no existiría una prohibición absoluta de la responsabilidad objetiva en el derecho administrativo sancionador.
3. El sub-principio responsabilidad subjetiva, si fuera considerado como “regla” es factible de introducir excepciones, por lo que sería válido bajo la teoría general de derecho de derecho aplicar excepcionalmente la responsabilidad objetiva en el derecho administrativo sancionador.
4. El sub-principio responsabilidad subjetiva, si fuera considerado como “principio” puede entrar en colisión con otros principios materiales, por lo que mediante ponderación sería válido bajo la teoría general del derecho aplicar excepcionalmente la responsabilidad objetiva en el derecho administrativo sancionador.
5. El sub-principio de responsabilidad subjetiva, en el caso del derecho administrativo sancionador puede ser aplicado con matices o inaplicado excepcionalmente, pues si bien existe unidad del derecho sancionador, el derecho administrativo sancionador tiene la autonomía científica respecto al derecho penal y al derecho civil. (p.e autonomía del derecho del consumidor frente derecho civil), tal como ha sido aplicada la responsabilidad solidaria tanto a nivel de nuestro Tribunal

Constitucional Peruano y el Tribunal Constitucional Español, a fin de guardar coherencia ya que la responsabilidad solidaria no es un matiz sino una excepción al sub principio de personalidad de las sanciones (manifestación del principio de culpabilidad)

6. La responsabilidad objetiva para ser valida constitucionalmente debe ser dada de manera excepcional, teniendo como limites formales al subprincipio de reserva de ley y subprincipio de taxatividad y como límites materiales al derecho de motivacion y propocionalidad.

7. El modelo de responsabilidad subjetiva como regla general y la excepcion de la responsabilidad objetiva, generaria una eficiencia normativa, al establecer un optimo de pareto entre las externalidades producidas por el administrado (regla general resp. subjetiva) y producidas hacia el administrado (excepcion de responsabilidad objetiva).

8. El sub-principio responsabilidad subjetiva, no debe sostenerse sobre el “axioma de libertad”, sino debe partir de una presuncion o ficcion de libertad para neutralizar los cuestionamientos de la neurociencia que tambien seria aplicables al derecho administrativo sancionador.

9. La responsabilidad objetiva en el derecho administrativo sancionador, se sostiene por el cambio de paradigma de “daño” a “riesgo”, ante la nueva realidad sociologica que es la “sociedad de riesgos” que ha generado cambios en el derecho penal y legitimaria mas aun lo aplicado en el derecho administrativo sancionador.

10. Se considera que en el marco de la autonomía científica y dogmatica del Derecho Administrativo Sancionador en el marco de la Unidad del Derecho Sancionador, que el principio de culpabilidad aplicable en el Derecho Penal, debe

reconceptualizarse y aplicarse bajo la denominación de “Principio de Responsabilidad” que permite la aplicación de la regla general de la responsabilidad subjetiva y la excepcionalidad de la responsabilidad objetiva, que no sería algo extraño ya que mientras que en el Derecho Penal se utiliza el Principio de Personalidad de las Penas en el Derecho Administrativo Sancionador se utiliza el Principio de Causalidad.

11. Se propone una “ley de reforma constitucional” que regule expresamente el “ius puniendi” o “facultad sancionadora” de la administración pública.

12. Se propone una ley de desarrollo constitucional no solo que regule el principio de culpabilidad sino todo el ius puniendi del estado en materia administrativa, a fin de que vincule al resto de la administración pública, no debiendo ser parte de la Ley N° 27444-Ley del Procedimiento Administrativo General, sino que deberá ser establecida en un **“Codigo de Procedimientos Administrativos Sancionadores”** afin de fortalecer y reafirmar la autonomía del Derecho Administrativo Sancionador, tal como ha sucedido con el Código de Protección y Defensa del Consumidor, que ha potenciado el derecho de consumidor.

I. FUENTES DE INFORMACION

Referencias bibliográficas

1. Aleinikoff, T. Alexander. (2010). *El derecho Constitucional en la era de la ponderación*. Lima: Palestra Editores. (Version Traducida al Español 1987).
2. Atienza Rodriguez, Manuel. (2012). *Un debate sobre la ponderación*. Lima: Palestra Editores.
3. Bachof, Otto. (2010). *¿Normas Constitucionales Inconstitucionales?* Lima: Palestra Editores. (Version Traducida al Español 1979).
4. Bernal Pulido, Carlos. (2005). *El Derecho de los Derechos*. Bogota (Colombia): Universidad Externado de Colombia.
5. García Novoa, Cesar. (2011). *Estudios de Derecho Constitucional Tributario*. Lima: Fondo Editorial USMP.
6. García Toma, Víctor. (2007). *Teoría del Estado y Derecho Constitucional*. Lima: Palestra Editores S.A.C.
7. Gonzalez Beilfuss, Markus. (2003). *El Principio de Proporcionalidad en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional*. Navarra(España): Editorial Aranzandi S.A
8. Harberle, Peter. (2004). *Nueve Ensayos Constitucionales y una Lección Jubilar*. Lima: Palestra Editores S.A.C.
9. Kresalja Rosello, Baldo. (2004). *Homenaje a Jorge Avendaño*. Tomo I. Lima: Fondo Editorial de la PUCP.
10. Martinez Zorrilla, David. (2007). *Conflictos constitucionales, Ponderacion e indeterminación normativa*. Barcelona: Marcial Pons.
11. Prieto Sanchis, Luis. (2007). *Derechos fundamentales, neoconstitucionalismo y ponderación judicial*. Lima: Palestra Editores S.A.C.
12. Quispe Correa, Alfredo. (2007). *La Constitución Económica*. Lima: MaxiGraphica Impresiones.
13. Zucca, Lorenzo. (2011). *Dilemas constitucionales Un debate sobre sus aspectos jurídicos y morales*. Barcelona (España): Marcial Pons.

14. Aleinikoff, T. Alexander. (2010). *El derecho Constitucional en la era de la ponderación*. Lima: Palestra Editores. (Versión Traducida al Español 1987).
15. Atienza Rodríguez, Manuel. (2012). Un debate sobre la ponderación. Lima: Palestra Editores.
16. Bachof, Otto. (2010) *¿Normas Constitucionales Inconstitucionales?* Lima: Palestra Editores. (Versión Traducida al español 1979).
17. Bernal Pulido, Carlos. (2005). *El Derecho de los Derechos*. Bogotá (Colombia): Universidad Externado de Colombia.
18. Bernal Pulido, Carlos. (2014). El Principio de Proporcionalidad y los Derechos Fundamentales. Bogotá (Colombia): Universidad Externado de Colombia.
19. Demetrio Crespo, Eduardo y otros (2013). Neurociencias y Derecho Penal, Nuevas perspectivas en el ámbito de la culpabilidad y tratamiento jurídico-penal de la peligrosidad. Argentina: EDISOFER-St. Grafico.
20. Feijo Sanchez, Bernardo. (2012). *Derecho Penal de la Culpabilidad y Neurociencias*. España: Thomson Reuters (Legal Limited).
21. García Novoa, Cesar. (2011). *Estudios de Derecho Constitucional Tributario*. Lima: Fondo Editorial USMP.
22. García Toma, Víctor. (2007). *Teoría del Estado y Derecho Constitucional*. Lima: Palestra Editores S.A.C.
23. González Beilfuss, Markus. (2003). *El Principio de Proporcionalidad en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional*. Navarra(España): Editorial Aranzadi S.A
24. Gonzales Ojeda, Magdiel. El Estado Social y Democrático de Derecho y el Estado Peruano. Revista Derecho & Sociedad Año XV N° 23. Lima (2004).
25. La Harberle, Peter. (2004). *Nueve Ensayos Constitucionales y una Lección Jubilar*. Lima: Palestra Editores S.A.C.
26. Kresalja Roselló, Baldo. (2004). *Homenaje a Jorge Avendaño*. Tomo I. Lima: Fondo Editorial de la PUCP.

27. Martínez Zorrilla, David. (2007). Conflictos constitucionales, Ponderación e indeterminación normativa. Barcelona: Marcial Pons.
28. Prieto Sanchís, Luis. (2007). Derechos fundamentales, neoconstitucionalismo y ponderación judicial. Lima: Palestra Editores S.A.C.
29. Quispe Correa, Alfredo. (2007). *La Constitución Económica*. Lima: Maxi Grafica Impresiones.
30. TARUFO, Michele y otros. (2013). "Neurociencias y proceso judicial". España: Editorial Marcial Pons.
31. Villamarin Lopez, Maria Luisa. (2014). "Neurociencia y detección de la verdad y del engaño en el proceso penal". España: Editorial Marcial Pons.
32. Zucca, Lorenzo. (2011). Dilemas constitucionales Un debate sobre sus aspectos jurídicos y morales. Barcelona (España): Marcial Pons.
33. García Novoa, Cesar. (2011). Estudios de Derecho Constitucional Tributario. Lima: Fondo Editorial USMP.
34. García Toma, Víctor. (2007). Teoría del Estado y Derecho Constitucional. Lima: Palestra Editores S.A.C.
35. La Harberle, Peter. (2004). Nueve Ensayos Constitucionales y una Lección Jubilar. Lima: Palestra Editores S.A.C.
36. Kresalja Roselló, Baldo. (2004). Homenaje a Jorge Avendaño. Tomo I. Lima: Fondo Editorial de la PUCP.
37. Quispe Correa, Alfredo. (2007). *La Constitución Económica*. Lima: Maxi Grafica Impresiones.
38. Dierterlen, Paulette. (1988). "Paternalismo y Estado de Bienestar". Revista Doxa 5.
39. Ariño Ortiz, Gaspar. (1993). "Economía y Estado". Editorial Abeledo-Perrot. España.
40. Friedman, Milton y Rose. (1983). "Libertad de elegir". Ediciones Orbis S.A. Barcelona, España.
41. Schotter, Andrew. (1987). "La Economía de Libre Mercado". Editorial Ariel S.A. Barcelona, España.

42. Roll, Eric. (2000). "Historia de las Doctrinas Economicas". Fondo de Cultura Economica. Mexico.
43. Stigliz, Joseph E. (2010). "Caída Libre el Libre Mercado y el Hundimiento de la Economía Mundial". Santillana Ediciones Generales. Madrid.
44. KRUGMAN, Paul. (2010). "La era de las expectativas limitadas". The Washington Post Company (Traducido por Planeta S.A. Barcelona.
45. DIEZ RIPOLLES, Jose Luis. "De la Seguridad del Riesgo a la Seguridad Ciudadana Un debate desenfocado". Revista Electronica de Ciencia Penal y Criminologia. España (2005).
46. ROJAS RODRIGUEZ, Héctor Fidel. "Fundamentos del Derecho Administrativo Sancionador". Instituto Pacifico. Lima (2015).
47. Trabajo de Investigacion Doctoral: "Principios Limitadores de las reformas penales en tiempo de inseguridad" a cargo del Dr. Jose Antonio Caro John. Lima (2010).
48. PORTOCARREO QUISPE, Jorge Alexander (2016). "La ponderación y la autoridad en el derecho". Madrid: Marcial Pons.
49. MERINO ACUÑA, Roger (2016). "Justicia social y economía en la Teoria del Derecho, Las intersecciones entre el Derecho, la Economia y la Politica". Lima: Palestra Editores.
50. BOBBIO, Norberto (2015). "IusNaturalismo y Positivismo Juridico". Madrid: Editorial Trotta S.A.
51. SOUZA DE ALBUQUERQUE MARANHAO, Juliano (2017). "Positivismo Juridico Logico-Incluyente". Madrid: Marcial Pons.
52. FERRAJOLI, Luigi (2011). "Teoria del Derecho y de la democracia-1. Teoria del Derecho". Madrid: Centro de Estudios Economicos Sociales.
53. FERRAJOLI, Luigi (2001). "Pasado y Futuro del Estado de Derecho". Revista Internacional de Filosofia Politica N° 17. Madrid: Universidad Autonoma Metropolitana.
54. RECIO, Eugenio (2009). "Estructura Ideologica de la Economia Social de Mercado". Buenos Aires: Konrad Adenauer Stiftung.

55. RESICO, Marcelo (2010). "Introducción a la Economía Social de Mercado". Barcelona: Konrad Adenauer Stiftung.
56. RIVERA SOTELO, Aida Sofia. Cuadernos de Economía 30(50), julio-diciembre 2011. Bogotá.
57. KEREN-PAZ, Taschi (2016). "Derecho de Daños, igualdad y justicia distributiva". Madrid: Editorial Trotta S.A.
58. ALEXY, Robert (1989). "Teoría de la Argumentación Jurídica". Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
59. ALEXY, Robert (2007). "Teoría de los derechos fundamentales". Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
60. GUASTINI, Ricardo (2014). "Interpretar y argumentar". Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
61. PASHUKANIS, Evgeny Bronislavovich (1976). "La Teoría General del Derecho y el Marxismo". México: Editorial Grijalbo S.A.
62. GARCIA OBANDO, Pedro Antonio; AGUIRRE ROMAN, Javier Orlando; PABON MANTILLA, Ana Patricia (2013). "Ensayos sobre Argumentación Jurídica". Bucaramanaga, Colombia: Universidad Industrial de Santander.
63. CALSAMIGLIA, Albert (1997). "Racionalidad y Eficiencia del Derecho". México: Distribuciones Fontamara S.A.
64. ATIENZA, Manuel (2013). "Curso de Argumentación Jurídica". Madrid: Editorial Trotta S.A.
65. ATIENZA, Manuel y RUIZ MANERO, Juan. "Sobre Principios y Reglas". Revista Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho N° 10. Madrid (1991).
66. Aarnio, Aulis. "Reglas y Principios en el Razonamiento Jurídico". Anuario de la Facultad de Derecho da Coruña N° 004 (2000).
67. Romero Rodríguez, Sophia. "Recensión a la Teoría de los Principios de Humberto Avila. Revista Ius et Praxis Vol 19 N° 1. (2013).
68. PEREZ RIVAS, Diego Alfredo. "De Derechos: Humanos, naturales, fundamentales y de gentes". eumed . México (2013).

69. VARELA SUANZES, Joaquin. "Algunas reflexiiones sobre la sobreania popular en la constitución española". Revista Española de Derecho Constitucional. Año 12 N° 36 Septiembre-Diciembre. Madrid (1992).
70. NOGUEIRA ALCALA, Humberto. "Teoria y dogmatica de los derechos fundamentales". Universidad Autonoma de Mexico (2003).
71. LANDA ARROUO, Cesar. "El derecho fundamental al debido proceso y a la tutela jurisciccional, en Pensamiento Constitucional. Año VIII N° 8. Lima (2002).
72. VILLAMARIN LOPEZ, Maria Luisa. "Neurociencia y detección de la verdad y del engaño en el porceso penal". Editorial Marcial Pons. Madrid (2014).
73. VILLEY, Michel. "Compendio de Filosofia del Derecho". Ediciones Universidad de Navarra S.A. Navarra (1979).
74. Bueno, A. (2012).El (Imperfecto) Sistema de Garantias del Derecho Administrativo Sancionador de la Union Europea. A propósito de la Potestad Sancionadora del Banco Central Europeo. Revista de Derecho de la Union Europea N° 23 Julio-Septiembre. Madrid, España. pp 157 ubicado en <http://revistas.uned.es/index.php/REDUE/article/view/12605>