

Quien mucho abarca poco aprieta: algunas consideraciones a favor de la utilización de la tipificación indirecta en el derecho administrativo sancionador

(CON UNA BREVE REFERENCIA A LA TIPIFICACIÓN DE INFRACCIONES Y SANCIONES A CARGO DE LOS ORGANISMOS REGULADORES DE SERVICIOS PÚBLICOS) (**)

(***) (****)

Eduardo R. Melgar Córdova(****)

En su relato, *La Biblioteca de Babel*, Jorge Luis Borges imaginó un universo que se reducía a una Biblioteca infinita donde se albergaba la totalidad del conocimiento humano. Los habitantes de ésta, consumían su existencia intentando descifrar el contenido de aquélla. Pero su tarea era inútil desde el inicio, pues si como se ha dicho, la Biblioteca era infinita, el conocimiento albergado en ella compartía su misma naturaleza, de modo que su aprehensión por una sola persona resultaba más que imposible: inhumana.

¿Le parece familiar esta historia? Si la respuesta es afirmativa, intente responder alguna de las siguientes preguntas: ¿Conoce

alguna persona que pueda jactarse de no haber cometido alguna infracción en su vida? ¿Conoce alguien que pueda asegurar un conocimiento absoluto del repertorio total de infracciones? ¿Conoce usted algún sector de la Administración Pública que pueda garantizar la represión de todas las conductas susceptibles de afectar su gestión? Nosotros tampoco.

El presente artículo intentará dar respuesta a alguna de las mencionadas preguntas a partir de un análisis del denominado “Principio de Tipicidad” y de la aplicación de aquél en los procedimientos administrativos sancionadores a cargo de las entidades de la Administración Pública.

⁽¹⁾ La abundancia me hizo pobre.

⁽²⁾ A mi madre, naturalmente.

⁽³⁾ El presente artículo es una versión corregida y aumentada de la Ponencia que, con el mismo título fue presentada al “Segundo Congreso Nacional de Derecho Administrativo – El Derecho como instrumento para mejorar la calidad de vida”, llevado a cabo en la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP) los días 27, 28 y 29 de abril de 2006.

⁽⁴⁾ Agradezco a Dalia Alegría, Sheilla Castro, Ángela Arrescurrenaga, María Arellano, Pabel Camero y Humberto Sheput por sus sugerencias y comentarios al presente artículo.

⁽⁵⁾ Bachiller en Derecho por la PUCP. Ex Miembro del Comité Directivo del . Circulo de Derecho Administrativo (CDA)

Se buscará arribar a una propuesta que sea capaz de conciliar dos ideales aparentemente contrarios: la perfecta predeterminación de los comportamientos prohibidos, por parte de la Administración; y, el pleno conocimiento del repertorio total de infracciones administrativas, por parte de los administrados.

1. ESTADO DE LA CUESTIÓN: TERQUEDAD DE UNA PRÁCTICA OBSOLETA EN EL DERECHO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR.

A veces pareciera que la Administración Pública se esforzara en hacer precisamente lo contrario de lo que se supone debiera. Entonces en lugar de reducir aquellas barreras que limitan la eficiencia de su actuación y convertirse en un instrumento para mejorar la calidad de vida de los administrados, se obstina en aparecer a los ojos de éstos de un modo diametralmente opuesto; apoyándose en explicaciones teóricas que en muy poco o nada colaboran a hacer más expeditiva y eficiente su gestión, en aras de asegurar la satisfacción del interés público con el que justifica sus actuaciones.

Una muestra de ello, se viene dando de un tiempo a esta parte en el ámbito de nuestro Derecho Administrativo Sancionador, dentro del cual, bajo el pretendido argumento de la seguridad jurídica, se pretende extender el alcance de la tipificación de infracciones y sanciones administrativas hasta el punto de situar a la Administración Pública frente a dos alternativas: o se pone bajo la espalda la tarea imposible de predeterminar, de manera anticipada, la totalidad de conductas sobre las que resulta posible aplicar una sanción; o, se ubica cómodamente de manera implícita del lado

del infractor, limitándose a reprimir sólo aquellas conductas que se encuentren tipificadas de manera taxativa en una norma sancionadora, con el consecuente resultado de dejar sin respuesta una gran proporción de comportamientos no deseados socialmente, los que, por no encontrarse tipificados expresamente, continuarán desarrollándose sin que sus consecuencias perjudiciales puedan ser enervadas por la acción administrativa.

Bajo la influencia de consideraciones dogmáticas, nuestra Administración Pública, se desliza entre una y otra alternativa, descuidando el papel que le corresponde en la defensa de los intereses colectivos, ubicándose mayoritariamente del lado del infractor, a quien considera desprotegido frente al aparato estatal, rodeándolo de garantías que, en ocasiones, lo hacen inmune a su brazo represivo. Como consecuencia de ello, la Administración Pública es colocada en una situación de indefensión frente a los intereses de infractores poderosos, que afectan el mercado, introducen productos perjudiciales, contaminan el medio ambiente, incumplen sus obligaciones pactadas y ocasionan toda clase de perjuicios, sin que se derive de ello ninguna consecuencia por sus actos.

Lo expresado líneas arriba, ha sido evidenciado desde hace varios años atrás por Alejandro Nieto¹, quien al referirse a los intereses que subyacen al Derecho Administrativo Sancionador español (aplicable perfectamente a nuestro ordenamiento nacional) señala que "(...) *basta asomarse a la bibliografía existente, [para notar que] salvo excepciones rarísimas, se defiende al autor y no al*

¹ NIETO GARCÍA, Alejandro. Derecho Administrativo Sancionador. Cuarta edición totalmente reformada. Editorial Tecno. Madrid, 2005. P. 41.

sancionador. Los autores, por vocación y por profesión (de abogados), se colocan indefectiblemente del lado del infractor (que es el cliente) y desamparan a la Administración (...) los infractores poderosos no sólo tienen abogados que los defienden, sino también autores que magnifican su posición de víctimas; mientras que la colectividad anónima e indigente apenas encuentra quien la defienda o escriba en atención a intereses generales que les afectan”.

De lo expresado, se desprende que el estado actual del Derecho Administrativo Sancionador en sede nacional no resulta muy alentador en lo que se refiere al objeto del presente estudio. Nuestra Administración Pública permanece atada a una práctica obsoleta, entercada en un discurso dogmático que es incapaz de responder a consideraciones prácticas que posibiliten la plena satisfacción de los intereses de los administrados, que son a quienes finalmente sirve.

2. CONSIDERACIONES PREVIAS SOBRE LA POTESTAD SANCIONADORA DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA.

Desde una perspectiva dogmática, se puede encontrar en la configuración de las relaciones jurídicas que surgen entre administrados y Administración Pública, situaciones jurídicas subjetivas de ventaja o activas y situaciones jurídicas subjetivas de desventaja o pasivas, según la posición que cada uno ocupe; de modo tal que, cualquiera de ellos pueda resultar siendo titular de potestades, derechos subjetivos e intereses; o contrariamente, de sujeciones,

deberes u obligaciones, ya sea de manera individual o alternativa, debido a que la posición jurídica de ambos varía en intensidad según la particular manera en que relacionan sus esferas jurídicas. Lo esencial de esta clasificación, es que cada situación jurídica que surja en el mundo del Derecho, lleva aparejada la existencia de otra correlativa. Ninguna de ellas tiene existencia por sí misma. Toda situación de ventaja lleva aparejada una consiguiente situación de desventaja.

La potestad, forma parte de las situaciones jurídicas subjetivas activas o de ventaja. Su contraparte es la sujeción. De acuerdo con lo señalado por García de Enterría y Tomás-Ramón Fernández² la potestad es una especie del género común de los poderes jurídicos al que también pertenecen los derechos subjetivos, que define, por oposición a éstos, como una manifestación de la personalidad consistente en un poder efectivo, atribuido directamente por el ordenamiento jurídico, independiente de toda relación jurídica concreta, y susceptible, por esa razón de desplegarse y actuar frente a círculos genéricos de personas que, respecto del titular de dicho poder, se encuentran en una situación de sujeción, concepto que ha de entenderse no como una idea de subordinación o sometimiento, sino simplemente, en el sentido de la eventualidad de soportar las consecuencias- (que pueden ser normalmente desventajosas, aunque puedan también no serlo) del ejercicio de dicha potestad. En ese mismo sentido, el magistrado español García Manzano³ señala que “(...) la potestad es un atributo

² GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y TOMÁS-RAMÓN FERNÁNDEZ. Curso de Derecho Administrativo. Tomo II. Novena Edición, reimpresión de 2005. Civitas Ediciones, S.L. Madrid, 2005. P. 29-30.

³ GARCÍA MANZANO, Pablo. De la Potestad Sancionadora. En: Comentario Sistemático a la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y de Procedimiento Administrativo Común (Ley 30/1992 de 26 de noviembre). Edición compilada por Juan Alfonso Santamaría Pastor. Editorial Carperi, S.L. Madrid. P. 502.

que el ordenamiento otorga de modo directo, en este caso a la Administración, que tiene carácter genérico y consiste en la posibilidad abstracta de producir efectos jurídicos sobre otros sujetos que padecen el correlativo deber jurídico de soportarlos”.

De acuerdo a lo reseñado, encontramos que frente a las potestades asignadas a la Administración Pública, el administrado se encuentra frente la eventualidad de tener que soportar los efectos de aquélla en su esfera jurídica, no obstante lo cual, una vez ejercitada ésta última da paso a otras situaciones pasivas tales como deberes, obligaciones, cuya naturaleza resulta distinta a la sujeción.

El concepto de potestad señalado, resulta perfectamente aplicable para un primer acercamiento a la denominada potestad sancionadora a cargo de la Administración Pública. De acuerdo a ello, la Administración contará con dicha potestad cuando ésta sea atribuida directamente por el ordenamiento jurídico, lo cual la facultará para crear infracciones y sanciones, así como para imponer las mismas a las personas naturales o jurídicas que se encuentren sometidas a aquélla.

Resulta interesante que en este punto nos detengamos un instante, puesto que, de lo señalado se deriva una conclusión que parecería indiscutible: no existe potestad si ésta no es atribuida previamente por el ordenamiento jurídico. La lógica consecuencia frente a esta afirmación sería, para el caso que nos ocupa, el desconocimiento de la potestad sancionadora en la

Administración Pública si ésta no ha sido atribuida previamente a través de la máxima norma del ordenamiento jurídico nacional, esto es la Constitución. Y de esta manera nos encontramos inmersos en el antiguo debate referido a sí para la existencia de una potestad sancionadora a cargo de la Administración Pública, resulta necesario su reconocimiento Constitucional.

En el ordenamiento jurídico español, a partir del reconocimiento expreso de la potestad sancionadora de la Administración Pública en la Constitución de 1978, el tema se encuentra zanjado; a diferencia de lo que ocurre en nuestro país, donde la Constitución de 1993 no contiene una referencia expresa desde la cual se pueda derivar un reconocimiento de dicha potestad. En el Perú, muchos han sido los intentos de encontrar, sino una referencia precisa, al menos una derivada o aproximativa⁴ que permita justificar la existencia de tal potestad en la Administración.

En su intento por encontrar una justificación dogmática y extraer de ésta como consecuencia, la existencia de un reconocimiento de la potestad sancionadora de la Administración Pública en nuestro país, algunos autores no han prestado atención al hecho que en España, cuyo ordenamiento administrativo constituye un referente obligado de los preceptos contenidos en el nuestro, el ejercicio de un poder jurídico a cargo de la Administración Pública, que le permitía determinar sus infracciones y sanciones al

⁴ Encontrar en la Constitución de 1993 alguna referencia lejana que lleve a concluir la existencia de un reconocimiento, al menos derivado o aproximativo de dicha potestad, ha sido materia de algunos interesantes trabajos, entre los cuales destaca el de Roberto Pereira Chumbe (PEREIRA CHUMBE, Roberto. La potestad Sancionadora de la Administración y el Procedimiento Administrativo Sancionador en la Ley N° 27444. En: Comentarios a la Ley de Procedimiento Administrativo General. Tomo I. Ara Editores. Lima, 2001 P. 282-284).

mismo tiempo que imponerlas, existía con anterioridad a su reconocimiento Constitucional, sobre la base de una infinidad de leyes, en las que, como señala Ramón Parada⁵, a trancas y barrancas, la Administración ejercía en la práctica determinados poderes que confirmaban de manera implícita dicha potestad.

Como se aprecia, la Constitución española tantas veces citada por nuestros administrativistas nacionales, no hizo más que reconocer⁶ la existencia de una situación fáctica, mediante la cual la Administración Pública ejercía en la práctica determinados poderes que le daban la posibilidad de afectar la esfera jurídica de los particulares. La existencia de dicho poder, trajo consigo su convalidación como potestad, no viceversa.

Para el caso peruano, es claro que no existe un reconocimiento expreso de la potestad sancionadora de la Administración en la Constitución de 1993; lo cual, sin embargo, no ha sido óbice para que diversas voces⁷, entre las que destaca la del profesor

Jorge Danós⁸, entiendan ésta como “(...) *un poder natural o corolario de las competencias otorgadas a la administración en determinadas materias (...)*” cuyo ejercicio “(...) *se justifica principalmente en razones pragmáticas, puesto que es menester reconocer a la administración facultades coercitivas en orden a cautelar el cumplimiento de las normas legales*”. A lo señalado, Willy Pedreschi⁹ agrega, citando a Martín Retortillo que “(...) *es posible sostener que, a efectos de garantizar la eficacia de todo sistema normativo, resulta necesario que la Administración Pública ostente suficientes facultades coercitivas para garantizar su cumplimiento*”.

Los recientes pronunciamientos del Tribunal Constitucional peruano son una muestra de lo que se viene planteando. En nuestro ordenamiento jurídico, de acuerdo al inciso 1) del artículo 202º de la Constitución y a la Primera Disposición General de su Ley Orgánica, Ley Nº 26435, el Tribunal Constitucional es el supremo intérprete de la Constitución. En efecto, en

⁵ PARADA, Juan Ramón. Derecho Administrativo. Tomo I. Marcial Pons. Madrid, 1995. P. 351.

⁶ Los fundamentos de dicho reconocimiento, han sido mencionados en infinidad de pronunciamientos del Tribunal Constitucional español. Una muestra de ellos es la Sentencia 77 / 1983, de 3 de octubre, en la cual se exponen algunas consideraciones que justifican la existencia (y el reconocimiento) de esta potestad en poder de la Administración Pública: “*No cabe duda que en un sistema que rigiera de manera estricta y sin fisuras la división de poderes del Estado, la potestad sancionadora debería constituir un monopolio judicial y no podría estar nunca en manos de la administración, pero un sistema semejante no ha funcionado nunca históricamente y es lícito dudar que fuera incluso viable, por razones que no es ahora momento de exponer con detalle, entre las que se pueden citar la conveniencia de no recargar con exceso las actividades de la Administración de Justicia como consecuencia de ilícitos de gravedad menor, la conveniencia de dotar de una mayor eficacia al aparato represivo en relación con este tipo de ilícitos y la conveniencia de una mayor intermediación de la autoridad sancionadora respecto de los hechos sancionados*”.

⁷ Existen también voces contrarias, que pretenden una explicación alternativa para el reconocimiento de dicha potestad: “*La constitucionalidad de la potestad sancionadora de la administración no puede resolverse a través de la falacia naturalista y derivarse de su mera existencia, sino que ello debe ser el resultado de un esfuerzo de interpretación conforme a la carta fundamental. Sobre todo si se trata del ejercicio del poder del Estado, que incide en la vigencia de los derechos ciudadanos*” (PEREIRA CHUMBE, Roberto. Ob. Cit. P. 282-284).

⁸ DANÓS ORDÓÑEZ, Jorge. Notas acerca de la potestad sancionadora de la administración pública. En: *Ius Et Veritas*, revista editada por estudiantes de la Facultad de Derecho de la PUCP. Año V, Nº 10. P 150.

⁹ PEDRESCHI GARCÉS, Willy. Análisis sobre la Potestad Sancionadora de la Administración Pública y el Procedimiento Administrativo Sancionador en el marco de la Ley Nº 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General. En: *Comentarios a la Ley de Procedimiento Administrativo General*. Tomo I. Ara Editores. Lima, 2001 P. 505.

su fundamento 2º, de la Sentencia de fecha 8 de mayo de 2003 (Exp. Nº 0978-2003-AA/TC) el Tribunal Constitucional ha señalado de manera *expresa que*:

“La aplicación de una sanción administrativa constituye la manifestación del ejercicio de la potestad sancionadora de la Administración”.

Dicha afirmación, repetida en infinidad de pronunciamientos¹⁰ es una muestra de la tesis que venimos sosteniendo y que el mismo Tribunal Constitucional asume como propia, pues, lejos de buscar algún reconocimiento expreso de la potestad sancionadora de la Administración Pública en el ordenamiento jurídico nacional, asume su existencia como tal, toda vez que deriva de aquél la eficacia del sistema normativo, cuyo cumplimiento se encuentra a cargo de la Administración Pública y en última instancia del Poder Judicial.

Lo expresado hasta ahora no implica un reconocimiento de potestades omnímodas a cargo de la Administración Pública. Al respecto, algún sector de la doctrina ha señalado que *“La Administración no ejerce sus potestades en interés propio, sino como poder-deber, insito en la gestión del bien común, del interés y el orden público, extremo que es de especial utilidad para entender que al ejercer sus prerrogativas no atiende a su interés, sino al de aquellos que son sus representados o ‘administrados’”*¹¹. No obstante ello, considerar que los límites del ejercicio de la potestad sancionadora de la Administra-

ción Pública están referidos a la gestión del bien común, del interés y del orden público, no resulta de fácil aplicación en la práctica debido a dos razones fundamentales: (i) la multiplicidad de definiciones existentes con relación a términos polisémicos como “bien común” y “orden público”; y, (ii) la imposibilidad de identificar un verdadero “interés” a cargo de la Administración Pública, toda vez que las decisiones de aquélla no son consecuencia de la voluntad de la misma, sino de los funcionarios públicos a quienes les ha sido encomendado la gestión de sus intereses, tal y como ha sido denunciado por la denominada teoría de la elección pública o *public choice*.

En consecuencia, tal y como ha sido señalado por Garberí Llobregat¹², los límites a la actuación de la potestad sancionadora de la Administración Pública, deben buscarse en la Constitución pues *“En el Estado de Derecho tan solo se justifica aquella potestad Administrativa Sancionadora que se muestre acorde con los principios y garantías que el propio Texto Fundamental proclama”*. En ese mismo sentido se ha pronunciado el Tribunal Constitucional en el fundamento 2º de su Sentencia del 8 de mayo de 2003 (Exp. 0978-2003-AA/TC), donde declara que:

“(...) la manifestación del ejercicio de la potestad sancionadora de la Administración (...) Como toda potestad (...) en el contexto de un Estado de Derecho, está condicionada, en cuanto a su propia validez, al respeto de la Constitución, los principios constitu-

¹⁰ Fundamento 1º de la Sentencia del Tribunal Constitucional de fecha 5 de diciembre de 2002 (Exp. Nº 0882-2002-AA/TC), fundamento 1º de la Sentencia del Tribunal Constitucional de fecha 16 de noviembre de 2004 (Exp. Nº 1529-2004-AA/TC), fundamento 14º de la Sentencia del Tribunal Constitucional de fecha 20 de junio de 2005, voto del Magistrado Landa Arroyo (Exp. Nº 2820-2003-AA/TC), entre otras.

¹¹ GARCÍA MANZANO, Pablo. Ob. Cit. P. 502-503.

¹² GARBERÍ LLOBREGAT, José. El Procedimiento Administrativo. Tercera Edición, 1998. P. 62.

cionales y, en particular, a la observancia de los derechos fundamentales”.

3. EL DENOMINADO “IUS PUNIENDI” ESTATAL Y LA PRETENDIDA ASIMILACIÓN DE ILÍCITOS PENALES E INFRACCIONES ADMINISTRATIVAS.

Se han llenado cantidades de páginas conteniendo diferentes posturas que plantean la asimilación de los ilícitos penales con las infracciones administrativas, su distinción e incluso posiciones eclécticas, de modo que la discusión termina moviéndose de uno a otro extremo¹³. La relevancia de la postura que se escoja, tiene relación con el traslado de principios, garantías y técnicas provenientes de las canteras del Derecho Penal al Derecho Administrativo Sancionador.

Siguiendo a Suay Rincón¹⁴, podemos reseñar de manera breve la existencia de dos posiciones:

I. Por un lado, la opinión de un sector minoritario, señala la existencia de una naturaleza distinta entre las sanciones penales y administrativas. Una importante Sentencia del Tribunal Supremo Español del 13 de marzo de 1985 (posterior a la Constitución española de 1978, la cual -se suponía- zanjaba de manera definitiva la discusión sobre el reconocimiento del ius puniendi estatal), señala a las siguientes consideraciones como determinantes de la diferenciación cualitativa entre las sanciones penales y administrativas: 1) en razón al distinto ordenamiento

infringido; 2) en razón al interés lesionado, la infracción se manifiesta o contiene una lesión a un interés, cuyo cuidado se atribuye y compete a la Administración; en tanto que en la infracción penal se lesionan los derechos subjetivos del individuo, de la colectividad, del Estado e incluso puede afectar a intereses administrativos del propio Estado; 3) en razón a al sujeto finalmente imputable, en las infracciones penales únicamente resultan imputables las personas físicas, en tanto que en las administrativas pueden resultar siéndolo las personas físicas y las jurídicas.

La tesis descrita, parte de considerar que las sanciones administrativas tienen como finalidad la realización del interés público. De este dato se infiere que la potestad sancionadora de la Administración es una más entre las distintas potestades de que ésta dispone para protegerse y defenderse a sí misma (esto es, sin necesidad de recurrir al auxilio del Poder Judicial); lo cual refuerza la posición que la Administración ocupa en calidad de protectora del interés público; derivando en consecuencia, como una manifestación más de la autotutela administrativa. Para esta corriente doctrinal, la potestad administrativa sancionadora será administrativa en su doble vertiente, formal y material, motivo por el cual es distinta de aquella relacionada al Derecho Penal.

II. Por otro lado, la posición de un sector mayoritario apuesta decididamente por ajustar el Derecho Administrativo

¹³ En sede nacional se puede encontrar un breve resumen de estas tesis en: GOMEZ TOMILLO, Manuel. Derecho Administrativo Sancionador y Penal. Análisis del Derecho Positivo Peruano. Especial Consideración de los Principios de Legalidad, Culpabilidad y Oportunidad. En: Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Piura. Volumen 4, 2003. P 29-41.

¹⁴ SUAY RINCÓN, José. El Derecho Administrativo Sancionador: Perspectivas de Reforma. En: Revista de Administración Pública (RAP). Número 109. Enero - abril, 1986. P. 204-208.

Sancionador a los esquemas que son propios del Derecho Penal, lo que equivale a establecer que entre la sanción administrativa y la penal no hay diferencias de orden sustancial u ontológico (lo cual no incluye a aquellas de orden formal que puedan existir sobre la base de la política legislativa del órgano que las impone); más aún, que ambas sanciones son especies de un mismo "genus": la sanción punitiva. Lo anterior significa, a su vez, trasladando la afirmación al plano del objeto (la sanción) al del sujeto, que la potestad de la Administración en materia sancionadora es especie y expresión (junto con la potestad de los jueces penales) de la más amplia potestad punitiva del Estado o *ius puniendi* estatal.

Según esta tesis, la potestad sancionadora de la Administración Pública no es una potestad administrativa más y por ende, no participa de las características de las demás potestades administrativas, como es la defensa de un interés público específico. Para esta última posición cuando la Administración impone una sanción a una persona por la infracción de una regla del ordenamiento jurídico no actúan en interés público¹⁵ alguno, simplemente aplica el Derecho positivo con la

finalidad de restablecer la paz jurídica quebrantada previamente por el infractor, es decir, actúa para salvaguardar la puntual efectividad del ordenamiento jurídico. Así la Potestad Sancionadora de la Administración forma parte del *ius puniendi* estatal o potestad punitiva del Estado, calificada como excepcional, dada la existencia del principio de división de poderes.

De esta tesis precisamente se deriva aquella que señala la existencia de una diferenciación entre ilícitos penales e infracciones administrativas sobre la base de la autoridad que las impone, tal y como han señalado Luciano Parejo, Antonio Jiménez-Blanco y Luis Ortega¹⁶; García de Enterría y Tomás-Ramón Fernández¹⁷ y García Manzano¹⁸, entre otros.

Desde una posición distinta a las anteriores, Garberí Llobregat se inclina por desechar cualquier criterio de distinción en base a razones ontológicas, toda vez que la diferenciación sustancial se ha ido abandonando para dar paso a posturas cuantitativas relacionadas con el grado de afectación de las sanciones impuestas sobre la esfera jurídica de los administrados. No obstante ello, reconoce que esta posición tampoco se encuentra exenta de críticas, debido a que su principal punto de apoyo,

¹⁵ Léase lo señalado en el capítulo 1 con relación a la teoría de la elección pública o *public choice*, por lo cual se suscribe plenamente lo señalado en este párrafo.

¹⁶ "No existe una diferencia de naturaleza entre pena judicial y sanción administrativa; ambas son, por igual, manifestación del poder punitivo estatal. La elección entre una u otra es cuestión de política legislativa (en el marco constitucional), alusiva a la opción por el instrumento de tutela (preventivo-represiva) más pertinente al bien jurídico de que se trata en el caso concreto". (PAREJO, Luciano; JIMÉNEZ-BLANCO, Antonio; y, ORTEGA ÁLVAREZ, Luis. Manual de Derecho Administrativo. Segunda Edición. Editorial Ariel S.A. Barcelona, 1992. P. 307)

¹⁷ "El dato formal (no ontológico) que distingue penas y delitos, esta dado por la autoridad que las impone: aquéllas, la Administración; éstas, los Tribunales penales". (GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y TOMÁS-RAMÓN FERNÁNDEZ. Ob. Cit. P. 163).

¹⁸ "(...) corresponde al legislador decidir si la custodia de un determinado bien jurídico, atendiendo a las necesidades sociales e incluso a la situación jurídica y posición relativa del eventual infractor, ha de situarse en el campo del Derecho penal o del derecho Administrativo sancionador". (GARCÍA MANZANO, Pablo. Ob. Cit. P. 513).

la “gravedad de la ofensa o de la sanción”, es lo suficientemente ambiguo como para no conllevar la necesaria dosis de certeza que debe presidir la aplicación del Derecho Administrativo Sancionador.

En cualquier caso, lo que sí denota el criterio al que se viene haciendo referencia, al pasar de una categoría represiva a otra en función de la magnitud de la ofensa, es “(...) *la inequívoca unidad funcional* [no ontológica] *del fenómeno sancionatorio y la ausencia de discriminación estructural entre ambos tipos de ilícito*”¹⁹, (subrayado agregado) criterio que resulta más adecuado para efectos de la determinación de infracciones administrativas e ilícitos penales y que obvia la explicación acerca de la asimilación entre ambas, como dos ramas provenientes de un mismo tronco.

De esta manera será un criterio funcional, determinado por la política represiva, la gestión administrativa, los bienes jurídicos y el grado de afectación de las sanciones sobre la esfera jurídica de los particulares, el que determinará que frente a determinados casos clasifiquemos una conducta como infracción administrativa o como ilícito penal. Dicha posición, tiene la ventaja de ser más flexible antes los cambios sociales, lo cual genera mayor claridad y permite un mejor manejo de la política represiva debido a que aleja cualquier riesgo de confusión que posiciones como las expresadas generan en los productores de normas, los operadores jurídicos y los administrados. “Una definición del Derecho es útil (...) si asegura contra riesgos de confusión más serios que los que la definición en sí misma

contiene”²⁰, ha señalado con gran acierto Félix Cohen. No resulta vital, por tanto, comprobar la existencia de una asimilación entre ilícitos penales e infracciones administrativas que sea una derivación necesaria de un genérico ius puniendi estatal para el caso que nos ocupa; sino más bien, destacar la coexistencia de una convivencia pacífica y mudable entre ambos que, responda de manera funcional frente a los fines de la gestión administrativa y a la protección de los derechos de los administrados.

Esta última precisamente parece ser la posición asumida por el Tribunal Constitucional, máximo intérprete de la Constitución, el cual en la fj. 3) de su Sentencia de fecha 10 de agosto de 1999 (Exp. 274-99-AA/TC), a pesar de hacer referencia a un reconocimiento dogmático del ius puniendi estatal, concluye que son *consideraciones de tipo funcional* las que determinan calificar un determinado comportamiento como infracción administrativa o ilícito penal:

“(...) la potestad punitiva del Estado es única (...) no resultan admisibles aquellas posturas que tratan de encontrar diferencias cualitativas, sustanciales o fórmulas eclécticas entre las sanciones administrativas y los de naturaleza penal. Ello en la medida en que son consideraciones político criminales y no de la naturaleza de las cosas las que determinan que un bien jurídico se proteja a través de una de estas manifestaciones de la potestad punitiva del Estado. Por lo demás ello resulta más claro si se advierte que muchas veces algunas conductas dejan

¹⁹ GARBERÍ LLOBREGAT, José. Ob. Cit. P. 75-77.

²⁰ COHEN, Félix. El método funcional en el Derecho. Abeledo-Perrot. Buenos Aires, 1962. P. 93-95.

de ser sancionadas a través del derecho penal para pasar al ámbito del derecho administrativo sancionador y viceversa". (Subrayado agregado).

De esta manera, con independencia del reconocimiento de la existencia de una potestad sancionadora o ius puniendi estatal de la Administración Pública, que no negamos, pero que tampoco consideramos esencial, suscribimos las palabras de García Manzano según el cual "(...) *debería privilegiarse un análisis diverso en la cuestión de distinción entre delitos y contravenciones o faltas, que no repare tanto en la pretensión de hallar una directriz ontológica de diversidad [o de asimilación] y se detenga más en las consecuencias de la opción entre una u otra categoría para la custodia de un bien jurídico o la sanción por parte del legislador*"²¹.

4. LA PRETENDIDA APLICACIÓN INDISCRIMINADA DE PRINCIPIOS Y GARANTÍAS DEL DERECHO PENAL AL DERECHO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR. REFORMULACIÓN.

El Derecho es una herramienta que responde frente a los cambios sociales (aunque en algunos casos –cuando no se construye de manera formalista únicamente– puede ser una herramienta útil para el cambio social). Una evidencia de ello es el reconocimiento de la potestad sancionadora a cargo de la Administración Pública española, y derivada de ésta el traspaso de garantías y principios provenientes del Derecho Penal hacia el Derecho Administrativo Sancionador, situación que ha sido descrita con toda claridad por

Ramón Parada²² y Juan Alfonso Santamaría Pastor²³, y que se resume en los siguientes párrafos:

En España, al igual como en otros, el constitucionalismo se inició con la atribución de la facultad punitiva al Poder Judicial, en concordancia con el criterio dogmático de división de poderes. No obstante en la práctica, dicha negación de poderes represivos en el Gobierno y la Administración se vio obligada a aceptar la existencia de funciones judiciales y administrativas en los Alcaldes y la atribución de facultades de sanción de las conductas contrarias al orden público a las autoridades gubernativas a través de la imposición de multas. No obstante excepciones como las señaladas, durante el siglo XIX la casi totalidad de sanciones en España eran remitidas al Poder Judicial. No resultaba necesario por tanto traspasar garantías y técnicas del Derecho Penal al Derecho Administrativo Sancionador, en tanto la represión de las conductas era realizada judicialmente.

La situación cambió radicalmente una vez iniciado el siglo XX durante la dictadura de Primo de Rivera donde los poderes sancionadores a cargo de la Administración Pública se dispararon. La atribución de facultades sancionadoras a cargo de las autoridades gubernativas se transformó en un arma de represión política que se desarrolló y creció de manera escandalosa en el régimen de Franco, donde se consolidaron las excepciones al sistema judicialista, sobre todo en las sanciones

²¹ GARCÍA MANZANO, Pablo. Ob. Cit. P. 514.

²² PARADA, Juan Ramón. Ob. Cit. P. 337-343.

²³ SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso. Principios de Derecho Administrativo General. Tomo II. Primera Edición. IUSTEL. Madrid, 2004. P. 372-380.

de orden público, utilizadas para reprimir las conductas más variadas (contrarias al régimen) propiciándose un vertiginoso desarrollo de facultades sancionadoras a cargo de las autoridades administrativas sectoriales. Está por demás decir que durante la etapa que se viene comentando, el traslado de técnicas y garantías utilizadas por el Derecho Penal, tampoco se realizaba, pues ello resultaba impensable dado el carácter excesivamente represivo de su ordenamiento jurídico, el cual no necesitaba de dicho traslado.

Como era previsible, la reacción frente a este estado de cosas arribó incluso antes que política mediante vía jurisprudencial con dos importantes sentencias que dejaron sentada una explicación dogmática de dicho fenómeno a través de *“(...) la doctrina de la unidad sustancial de principios existentes entre el Derecho penal y el Derecho administrativo sancionador, reconociendo a ambos como manifestación del único ius puniendi del Estado (...) [lo cual permitió explicar a la vez que facilitó] a la jurisprudencia emprender una traslación lenta, paulatina de las técnicas y principios penales al campo de las sanciones administrativas (...)”*²⁴. Sin embargo no será sino hasta 1978 que la Constitución española reconocerá (reconocimiento no implica creación, sino la constatación formal de una situación preexistente) en su artículo 25.1²⁵ de manera indirecta, la existencia de facultades sancionadoras en la Administración Pública, la cual será

reconocida de manera expresa por el Tribunal Constitucional español.

Lo reseñado no es sino una muestra de lo que se viene señalando en este trabajo: la historia del Derecho Administrativo oscila de un extremo a otro como un péndulo. El criterio de cambio, no responde a intereses dogmáticos, sino a un enfoque funcional de las cosas: frente a un estado extremo o la ausencia de reconocimiento normativo de situaciones fácticas, el Derecho reacciona ubicándose en una orilla u otra. No obstante ello, no ha sido éste precisamente el camino seguido por la doctrina, empeñada en encontrar “naturalezas” en las cosas o atribuir “significados jurídicos” a los fenómenos sociales que anteceden a los cambios. El Derecho reacciona ante la realidad y no viceversa, trasladando garantías y técnicas de un extremo a otro en la medida que ello se encuentre acorde con la función que desempeña.

En nuestro país, desde hace ya bastante tiempo la jurisprudencia ha optado al igual que la tendencia mayoritaria en España, por el reconocimiento dogmático del *ius puniendi estatal* y derivado como consecuencia ineludible, el traslado de técnicas y garantías del Derecho Penal al Derecho Administrativo Sancionador. Así se encuentra expresado en el pronunciamiento contenido en la Sentencia de la Sala Civil de la Corte Suprema de fecha 22 de octubre de 1999 (Expediente N° Av. 86-97) citado por Pedreschi²⁶:

“(...) TERCERO.- Que en primer lugar, es válido concebir que el poder punitivo del Estado se manifiesta a través de dos

²⁴ SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alonso. Ob. Cit. P. 377.

²⁵ Artículo 25.1 de la Constitución española: *“Nadie puede ser condenado o sancionado por acciones que en el momento de producirse no constituyan delito, falta o infracción administrativa, según la legislación vigente en aquél momento”*.

²⁶ PEDRESCHI GARCÉS, Willy. Ob. Cit. P. 518.

potestades sancionadoras, la penal y la administrativa, pues en ellas subyace un elemento común consistente en el mandato imperativo de la ley que recae sobre cierta conducta del sujeto que la infringe, en búsqueda de la sana convivencia social que resulta siendo la aspiración última del Estado; CUARTO.- Que se entiende por carácter fragmentario del derecho penal (...) que se hable de la pena como la 'última ratio', sin embargo (...) el derecho penal no es un medio totalmente independiente de los restantes recursos y procesos que conforman el arsenal del control social estatal (...) pues existe una estrecha relación con las otras ramas del ordenamiento jurídico, lo que implica que los principios del derecho penal pueden servir de fuente de otras ramas del derecho particularmente al Derecho Administrativo Sancionador". (Subrayado agregado).

Sin embargo, lo relevante de la discusión se ha centrado en cuál debe ser el criterio empleado para la realización de ese traslado: ¿debe realizarse un traslado indiscriminado, parcial o funcional de garantías y principios del Derecho Penal al Derecho Administrativo Sancionador? La primera opción, concibe al Derecho Penal como poseedor de las máximas garantías, a efectos de que el espacio de libertad del ciudadano no se vea invadido por los poderes públicos como consecuencia de la represión de sus conductas por el Derecho Administrativo Sancionador. La segunda,

es la opción acogida por el Tribunal Constitucional español: "*Los principios del orden penal son de aplicación, con ciertos matices, al Derecho administrativo sancionador (...)*"²⁷. Finalmente, la tercera, es la opción contenida en el presente trabajo.

Criticar la primera opción no es de suyo complicado por ser inoperante en la práctica y nos lleva a preguntarnos cuál debe ser el contenido de aquellos "matices" a que hace referencia la segunda. En doctrina nacional²⁸, desde una postura dogmática Pedreschi²⁹ ha señalado al respecto, que la traslación de garantías y técnicas del Derecho Penal al Derecho Administrativo Sancionador "*(...) no se trata de una aplicación literal o mecánica, sino que implica una traslación que debe ser realizada con ciertos matices, ya que de lo contrario podría acarrear la rigidez del sistema administrativo sancionador, trayendo como consecuencia su ineficacia en tanto que mecanismo complementario del derecho penal y el consecuente desmedro de la garantía del bienestar colectivo*".

Una apreciación más radical que representa la enorme divergencia que se produce entre teoría y realidad, y que abre la puerta para el análisis de una tercera opción es ofrecida por Alejandro Nieto³⁰, según el cual "*El Derecho Administrativo Sancionador se mueve en dos niveles, uno superior en el que habitan las teorías y principios constitucionales más exquisitos; y otro inferior donde se desarrolla la*

²⁷ SUAY RINCÓN, José. Ob. Cit. P. 212.

²⁸ En la doctrina española, se pueden encontrar muy buenas razones en: QUINTERO OLIVARES, Gonzalo. La Autotutela, los límites al poder sancionador de la Administración Pública y los principios inspiradores del Derecho Penal. En: Revista de Administración Pública (RAP). Nº 126. Setiembre-diciembre de 1991. P. 262-267.

²⁹ PEDRESCHI GRACÉS, Willy. Ob. Cit. P. 516.

³⁰ NIETO GARCÍA, Alejandro. Ob. Cit. P. 206.

práctica cotidiana con sus infinitos matices concretos. A primera vista parecen dos mundos distintos, no sólo separados sino contrapuestos. Porque las teorías y principios del piso superior -para no mancharse- rehuyen al contacto con los sórdidos acontecimientos que tienen lugar en el lugar superior, mientras que las prácticas administrativas sancionadoras operan de espaldas a los puros principios, entendiendo que su aplicación estricta paralizaría su funcionamiento”.

El párrafo transcrito es una muestra clara de útil que resulta una tercera posición. El traslado de garantías y principios del Derecho Penal al Derecho Administrativo Sancionador, más que realizarse sobre la base de una pretendida “naturaleza” común de ambos, debe hacerse en consideración a los diferentes roles y funciones que cada uno de ellos cumple en la ordenación de conductas sociales y actividades de gestión. De esta manera los criterios no son inmutables y pueden ser trasladados de un espacio a otro, teniendo como límite para su aplicación -como no podía ser otro- el pleno respeto a los derechos contenidos en la Constitución. La justificación dependerá de la naturaleza de los bienes que se pretenda proteger en cada caso concreto o de la consecución de las actividades de gestión a cargo de la Administración Pública. No existe una regla única que abarque todos y cada uno de los casos³¹.

Lo señalado no se encuentra reñido con un punto de vista dogmático. Una apreciación interesante puede encontrarse en Cid Moliné³², quien en contra de la tendencia mayoritaria, propone un criterio de clasificación y de traslado de garantías y principios del Derecho Penal al Derecho Administrativo Sancionador que no se basa en una identidad común en ambos, sino más bien en función de la severidad de las sanciones en uno y otro caso, así como en el impacto que cada una de las opciones elegidas ocasiona en la mayor o menor comisión de infracciones. El Derecho Administrativo no ha sido creado para sancionar, sino para no tener que hacerlo.

Lo expresado por Cid Moliné con relación a las sanciones y a la intensidad de las garantías³³ aplicables para cada caso concreto puede reducirse de la siguiente manera:

- I. Únicamente las sanciones que privan de la libertad ambulatoria o de otros bienes que limitan mayor o semejante libertad de actuación, deben imponerse -dada su extraordinaria gravedad- con las máximas garantías, evitándose de tal forma que los daños que ocasionan superen los beneficios derivados de sus efectos preventivos.
- II. La utilización de las sanciones señaladas en el numeral anterior deberán limitarse a los casos en que no exista posibilidad de proteger bienes con sanciones de

³¹ Lo señalado puede resumirse en el siguiente párrafo de Félix Cohen: *“El escritor jurídico realista no enturbiará sus descripciones de la conducta judicial con la expresión de sus deseos personales; si una decisión o una línea de decisiones no son de su agrado, se abstendrá de decir ‘Esto no puede ser el Derecho porque esta reñido con sólidos principios’, y en lugar de ello dirá ‘Este es el Derecho pero a mí no me gusta’, o, más útilmente, ‘Esta regla conduce a los siguientes resultados, que son socialmente indeseables por las siguientes razones (...)’.* (Subrayado agregado) (COHEN, Félix. Ob. Cit. P. 112).

³² CID MOLINÉ, José. Garantías y Sanciones (Argumentos contra la tesis de la identidad de garantías entre las sanciones punitivas). En: Revista de Administración Pública (RAP). N° 140. Mayo-agosto de 1996. P. 141.

³³ De la intensidad de las garantías se puede derivar igualmente la elección de las garantías ser tenidas en cuenta.

menor gravedad.

III. Para que las sanciones de menor gravedad puedan operar como efectivo medio de tutela, será necesario un incremento del grado de certeza de la sanción³⁴, el cual, requerirá, en determinados casos, una moderación de las garantías con las cuales se impongan tales sanciones³⁵.

Lo que se viene proponiendo no raya con la discrecionalidad absoluta. Existen límites a los cuales la Administración se encuentra sometida. Uno de ellos es la legalidad de sus actuaciones. El otro, está representado por las garantías y principios contenidos en la Constitución. La aplicación de principios del Derecho Penal al Derecho Administrativo Sancionador no se realiza por la existencia necesaria de alguna afinidad ontológica entre ambas, sino porque los principios contenidos en el Derecho Penal son derivados a su vez de principios constitucionales. Es desde ésta última (la

Constitución) y no desde el Derecho Penal de donde se deriva su aplicación³⁶.

Lo mencionado, encuentra respaldo en la Sentencia del Tribunal Constitucional de fecha 7 de junio de 2004, la misma que señala en su fundamento 1º (Exp. 1105-2002-AA/TC) lo siguiente:

“Según lo establecido por este Tribunal Constitucional, cuando un órgano administrativo se encuentra autorizado por la Ley para ejercer potestades sancionatorias, es absolutamente imprescindible que en tal ejercicio de la atribución conferida se tengan que respetar necesariamente los derechos fundamentales de la persona, de tal modo que, en caso de que no se garantice su pleno ejercicio o simplemente se opte por desconocerlos, ello en sí mismo supone que las atribuciones ejercidas tengan que entenderse como viciadas de arbitrariedad y, por tanto, susceptibles de ser reparadas a través del proceso

³⁴ Incrementar el “grado de certeza de la sanción” se encuentra relacionada con lo que en teoría económica se ha denominado “aversión al riesgo”. Aumentar la “aversión al riesgo” tiene un impacto en el cumplimiento de mandatos y obligaciones de los cuales se derivan las infracciones y sanciones. Las personas no suelen ser indiferentes cuando los valores en juego son importantes y una determinada situación arriesga al sujeto a perder su riqueza, sus ingresos o su vida. (Véase al respecto, POLINSKY, Mitchell. Introducción al Análisis Económico del Derecho. Editorial Ariel S.A. P. 90-101).

³⁵ Sin bien el autor al hacer referencia a la “moderación de garantías” se refiere únicamente a las garantías de “ofensividad” (mediante la cual se deberá sancionar únicamente figuras de peligro concreto) y “jurisdiccionalidad” (a través de la cual se propugna la formación de la prueba en régimen de contradictorio y en estricto cumplimiento al derecho de defensa), se puede afirmar que dada la variedad de los intereses que son objeto de protección en cada caso por la Administración y de la protección de las actividades de gestión que ésta desarrolla, la “moderación de garantías” no puede operar de manera única en todos los casos, o solamente para unos en detrimento de otros. La elección dependerá de las diferentes funciones y fines que se puedan presentar en cada caso concreto, sin que ello implique el desconocimiento de los derechos constitucionales de los administrados. Un claro ejemplo de ello es el caso de la doctrinariamente denominadas “relaciones de sujeción especial”, donde dada la intensidad de la relación de los particulares con la Administración, las garantías aplicables en los procedimientos administrativos sancionadores que se originan disminuyen frente a deberes específicos, dirigidos a un grupo limitado de personas con un contenido determinado de normas orientadas a la consecución de las actividades de gestión por parte de ésta última (es el caso de los presidiarios de establecimientos penales, miembros colegios profesionales, militares y estudiantes, tantas veces citados por la doctrina).

³⁶ QUINTERO OLIVARES, Ob. Cit. P. 262: “Cuando se trata de la identidad de garantías en realidad se está haciendo mención a aquéllas que el derecho penal debe someterse para satisfacer los postulados del Estado de Derecho, que son principios derivados de los declarados en la Constitución como fundamentales”.

constitucional del amparo”.

5. CONTENIDO Y MANIFESTACIONES DEL PRINCIPIO DE LEGALIDAD EN EL DERECHO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR. LA COLABORACIÓN REGLAMENTARIA.

Ha sido unánimemente reconocido por la doctrina nacional³⁷ que el contenido del principio de legalidad, reconocido en el artículo 2º, numeral 24, inciso d) de la Constitución de 1993³⁸, se encuentra expresado en los siguientes aspectos: (i) un primer aspecto, denominado formal, mediante el cual dicho principio exige la intervención de normas con rango de ley en el establecimiento de infracciones y sanciones administrativas, sin que ello signifique el desconocimiento del mecanismo de colaboración reglamentaria (carácter relativo de la reserva de ley); y, (ii) un segundo aspecto, denominado material, que implica que la norma con rango de ley debe definir previamente dos elementos: la tipificación de las conductas que se consideran infracciones y la determinación de las sanciones que la Administración puede aplicar.

Lo señalado no es sino una derivación de la jurisprudencia del Tribunal Supremo español, el cual menciona este principio al hacer referencia al artículo 25.1 de su Constitución, tal como se aprecia de la cita que hace Salvo Tambo³⁹ del fundamento 1º de la Sentencia del 28 de enero de 1998 (RJ. 1998, 673): *“El artículo 25.1 de la Constitución establece dos garantías: a) la primera, de orden material*

y alcance absoluto, por lo que se refiere al ámbito penal y a las sanciones administrativas, reflejando el principio de seguridad jurídica en los ámbitos limitativos de la libertad individual y exigiendo la predeterminación normativa de conductas ilícitas y sanciones correspondientes; b) la segunda garantía que establece el artículo 25.1 tiene carácter formal y se refiere al rango necesario de las normas tipificadoras de las conductas, pues el término legislación vigente contenido en el artículo 25.1 de la Constitución, es expresivo de una reserva de ley en materia sancionadora (...) que pone de manifiesto que el principio de legalidad sancionadora constituye un verdadero derecho subjetivo de carácter fundamental, que en el sentido material, supone una concreción del principio de seguridad jurídica y en sentido formal, exigen el rango formal de ley, lo que se aplica en las relaciones de supremacía general y en las relaciones de supremacía especial (...)”.

Dos aspectos merecen resaltarse de la Sentencia transcrita: el primero, referido al aspecto material de este principio, que opera como una manifestación del principio de seguridad jurídica respecto de aquellos escenarios en los que las sanciones administrativas puedan limitar la libertad de los administrados, lo cual será materia de comentario en el siguiente capítulo. El segundo, que a diferencia de lo dispuesto en la Constitución española de 1978, donde su artículo 25 hace una referencia primordial al mandato de tipicidad, de

³⁷ DANÓS ORDÓÑEZ, Jorge. Ob. Cit. P. 153; PEDRESCHI GARCÉS, Willy. Ob. Cit. P. 519, entre otros.

³⁸ Artículo 2º, numeral 24, inciso d) de la Constitución de 1993: *“Nadie será procesado ni condenado por acto u omisión que al tiempo de cometerse no esté previamente calificado por la ley, de manera expresa e inequívoca, como infracción punible, ni sancionado con pena no prevista en la ley”.*

³⁹ SALVO TAMBO, Ignacio. La Potestad Sancionadora y el Principio de Legalidad. En: Comentarios a la Reforma de Procedimiento Administrativo (Análisis de la Ley 4/1999). Edición a cargo de Pascual Sala Sánchez (coordinador). Tirant lo blanch. Valencia, 1999. P 562.

donde se deriva la necesidad de una norma con rango de ley que lo tipifique⁴⁰; la Constitución peruana, hace una referencia primordial al principio de legalidad, debiendo derivarse de éste último el mandato de tipificación como una de sus manifestaciones o subprincipios⁴¹.

De otro lado, con relación a las manifestaciones o corolarios derivados del principio de tipicidad al que se viene haciendo referencia, se debe dejar establecido que éste se encuentra conformado por los siguientes elementos: los mandatos de reserva legal, tipificación (regulación exhaustiva de todos los elementos de la infracción y de la sanción a ser impuesta) y las prohibiciones de *bis in ídem* y de irretroactividad de las normas sancionadoras desfavorables. El contenido de cada uno de estos elementos, salvo el del mandato de tipificación, no será abordado en este estudio por no ser parte del presente artículo. Debe dejarse establecido sin embargo, que aún cuando no se encuentre en nuestra Constitución un reconocimiento expreso del principio de legalidad como tal, sino más bien, la aceptación de alguno de sus corolarios o derivaciones, desde una perspectiva hermenéutica, la aceptación de un corolario deberá a su vez implicar necesariamente la existencia del principio

del cual se deriva. Adicionalmente, se debe señalar que al encontrarse el artículo 2º, numeral 24, inciso d) de la Constitución de 1993, ubicado en Título I, Capítulo I, referido a los derechos fundamentales de la persona, su tutela puede realizarse por vía del amparo constitucional.

No obstante lo señalado líneas arriba, nuestra Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General (LPAG)⁴², siguiendo un esquema similar al de su antecedente español más inmediato, la Ley 30/1992, Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, regula de forma separada los mandatos de legalidad, tipicidad, irretroactividad y non bis in ídem como si se tratara de cuestiones distintas, y no fueran, por el contrario, simples manifestaciones o corolarios derivados del principio de legalidad. Situación que tiene una enorme incidencia práctica, en tanto existen posiciones que no reconocen a éstos como derivaciones del principio de tipicidad, sino como principios independientes, motivo por el cual el reconocimiento de alguno no necesariamente derivaría de los demás.

Como ya se ha señalado al hacer referencia al contenido del principio de tipicidad, la reserva legal de la LPAG no ha incorporado una auténtica y estricta reserva

⁴⁰ COBO OLIVERA, Tomás. Ley 30/1992 de 26 de noviembre de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (Especial referencia a la Administración Local). Editorial de Derecho Financiero, Editoriales de Derecho Reunidas. Madrid. P. 595-601: “Entendemos que el artículo 25 de la CE [véase nota al pie número 25], hace referencia primordialmente al principio de tipicidad, aunque va inherente a él, como algún sector doctrinal ha señalado, la necesidad de norma con rango de ley que los tipifique. (...) De esta manera, el principio de tipicidad señalado en la CE exige como primer requisito que la infracción y la sanción estén específicamente señaladas en una norma. En un segundo escalón, el principio de tipicidad puede requerir que la norma tenga un determinado rango”.

⁴¹ PEDRESCHI GARCÉS, Willy. Ob. Cit. P. 520: “(...) consideramos que si bien no se encuentra previsto de modo expreso en el texto constitucional, la exigencia de tipicidad de las infracciones administrativas también podría considerarse derivada del precepto constitucional citado, en tanto que regla o subprincipio derivado del principio de legalidad”.

⁴² Numerales 1, 4, 5 y 10 del artículo 230º de la Ley N° 27444, Ley de Procedimiento Administrativo General.

de ley (normas con rango de ley), sino el principio de cobertura legal, que permite la colaboración reglamentaria en la creación de infracciones. Esta colaboración, como ya ha sido señalado en múltiples ocasiones implica la posibilidad que se autorice al Ejecutivo -a través de norma con rango de Ley-, la tipificación mediante Reglamento; o del Reglamento (autorizado previamente por una norma con rango de Ley), para que sea éste, quien a su vez, autorice a otros Reglamentos o Directivas la tipificación de conductas que constituyan una infracción administrativa⁴³. Como ha señalado acertadamente Alejandro Nieto⁴⁴, teniendo en consideración la posibilidad de colaboración reglamentaria de la Administración Pública en la tipificación de infracciones y sanciones, el verdadero contenido de la reserva legal: “(...) *no es tanto el deber del Legislador de tipificar las sanciones como el que tenga la posibilidad de hacerlo y decida si va a realizarlo él directamente o va a encomendárselo al Ejecutivo. La reserva legal implica, entonces, una prohibición al reglamento de entrar por su propia iniciativa en el ámbito legislativo acotado; pero no prohíbe al Legislador el autorizar al Ejecutivo para que así lo haga (...)*”.

Para el desarrollo de la colaboración

reglamentaria es necesario tener en consideración dos conceptos expresados de manera clara por Alejandro Nieto⁴⁵: habilitación y remisión. Mediante el primero, la norma con rango de ley permite (habilita) al Ejecutivo para que dicte un Reglamento sobre la misma materia que ella ha regulado, independientemente del contenido de aquél. Mediante la segunda, la norma con rango de ley hace suyo o legitima el contenido de ese Reglamento futuro, que completará (por remisión) el texto de la ley remitente.

En el Derecho puede darse el caso de remisiones normativas que no requieran de habilitaciones expresas, lo cual ocurre en aquellos supuestos de ausencia de reserva legal. Situación distinta a lo que ocurre en el Derecho Administrativo Sancionador, donde en atención al aspecto formal del principio de legalidad (reserva de ley), la habilitación requiere de una remisión suficiente, es decir que la tipificación de infracciones y sanciones por vía reglamentaria vaya acompañada de una regulación mínima en la Ley (que fije el contenido mínimo a efectos que éste pueda servir de instrucción y pauta para el posterior Reglamento, toda vez que lo contrario significaría la autorización de regulaciones independientes, lo cual no esta

⁴³ Para Willy Pedreschi, (Ob. Cit. P. 534-535) “(...) dicha posibilidad no se extiende a la previsión de las medidas a ser adoptadas en calidad de sanción aplicable, salvo que las mismas constituyan un desarrollo, especificación y/o graduación de categorías de sanción previstas en una norma con rango de ley”. En lo particular, consideramos que en atención a que la tipificación comprende la delimitación taxativa de las normas sancionadoras que comprenden las conductas prohibidas así como las consecuencias aplicables frente al incumplimiento de estas conductas, la colaboración reglamentaria resulta pasible de extenderse a ambos aspectos, sin que esto constituya un detrimento de las garantías de los administrados, toda vez que esta reglamentación no constituye un salto al vacío: la norma con rango de ley deberá establecer las pautas o criterios a la que habrá de sujetarse ésta. Lo contrario significaría una deslegalización o incursión por sí mismo al Reglamento que es lo que se encuentra prohibido. “En realidad se trata, por tanto, de un doble mandato -de tipificación de infracciones y de tipificación de sanciones-, aunque con frecuencia se reserva la expresión ‘tipificación’ (entendida en sentido estricto) para las infracciones, dado que en las sanciones la norma no tipifica propiamente sino se limita a ‘atribuir’ una consecuencia determinada”. (NIETO GARCÍA, Alejandro. Ob. Cit. P. 303).

⁴⁴ NIETO GARCÍA, Alejandro. Ob. Cit. P. 260.

⁴⁵ NIETO GARCÍA, Alejandro. Ob. Cit. P. 267-280.

permitido). Es posible –y así sucede en la práctica– que existan habilitaciones implícitas, mas en ningún caso, si se quiere ser estricto con el contenido del principio de tipicidad dispuesto en nuestra LPAG están permitidas las remisiones implícitas (cláusulas de remisión en blanco), es decir las remisiones carentes de un contenido mínimo en la norma con rango de ley que posibilita la existencia del Reglamento.

De conformidad con lo señalado, para los efectos de la colaboración reglamentaria que nos ocupa, una norma en blanco no es una norma carente de contenido y no está por sí misma prohibida. Al respecto señala Nieto que *“Una ley en blanco no es un ‘cheque en blanco’ que el Ejecutivo puede llenar a su gusto, sino una ley incompleta (por su contenido) o una ley de remisión por (su función) que, consciente de sus carencias encomienda efectivamente al Reglamento la tarea de completarlas, aunque cuidándose de indicarle cómo (...) el reglamento no supe los olvidos de la ley sino que completa lo que ésta ha dejado de forma deliberada solamente esbozado o acaba lo que se ha dejado sin terminar pero ya comenzado”*⁴⁶.

De lo señalado se tiene que por definición, toda norma que no cumple con describir de manera suficiente su contenido (el tipo) resulta incompleta y en blanco, lo cual no está prohibido puesto que dichos vacíos pueden ser (y son, en la práctica) completados por vía reglamentaria. Existe entonces una habilitación –explícita o implícita– al Reglamento para completar las omisiones de la norma con rango de Ley,

lo cual de ninguna manera puede significar que la norma con rango de Ley carezca de una regulación mínima que sirva de pauta al Reglamento. En palabras de Nieto⁴⁷. *“La ley puede renunciar a describir totalmente el tipo: pero en tal caso ha de dar instrucciones suficientes al Ejecutivo para que complete su labor (...) de no ser así, se produciría una invasión del Ejecutivo en la esfera del legislativo, que ni siquiera éste puede autorizar. Todo lo cual se traduce no en una prohibición de las leyes en blanco sino de las cláusulas de remisión en blanco o incondicionadas y más todavía, en la ausencia de tales cláusulas”*. (Subrayado agregado).

6. CONTENIDO Y GRADO DE PRECISIÓN DEL MANDATO DE TIPIFICACIÓN. LA INUTILIDAD DE LA CODICIADA TIPIFICACIÓN TOTAL

La tipicidad es uno de los corolarios –al igual que la reserva legal y las prohibiciones de *bis in ídem* y de irretroactividad de las normas sancionadoras desfavorables– derivados del principio de legalidad, que consiste en el mandato de regular exhaustivamente todos los elementos de la infracción y de la sanción a ser impuesta.

Sobre los objetivos del mandato de tipicidad, la doctrina⁴⁸ ha sido casi unánime en reconocer que su fundamento radica en la salvaguarda del (i) *principio de libertad*, sobre el cual se organiza todo Estado de Derecho, el cual, al constituir la regla general de comportamiento, exige que cualquier limitación a ésta se encuentre perfectamente delimitada sin ninguna indeterminación y vaya acompañada de las

⁴⁶ *Ibidem*. P. 266.

⁴⁷ *Ibidem*. P. 267.

⁴⁸ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y TOMÁS-RAMÓN FERNÁNDEZ. Ob. Cit. P. 174; SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso. Ob. Cit. P. 389; SALVO TAMBO, Ignacio. Ob. Cit. P. 561; NIETO GARCÍA, Alejandro. Ob. Cit. P. 202 y 297.

máximas garantías; así como el (ii) *principio de seguridad jurídica*, que contiene los objetivos de previsión y certeza de la norma, por medio de los cuales las infracciones y sanciones, además de estar previstas con anterioridad al momento de producirse la conducta materia de reproche (a efectos que los ciudadanos puedan predecir las consecuencias de sus actos), deberán encontrarse precisadas de manera taxativa a fin de descartar cualquier posibilidad de ejercicio de facultades discrecionales en el operador jurídico, que puedan significar en la práctica el arrogamiento de prerrogativas creativas, analógicas o desviadoras del texto de la norma.

Se ha argumentado a favor de una tipificación que cuente con un cierto grado de especificidad (tipificación total) en el sentido que se justifica por la necesidad de calificar la gravedad de las infracciones administrativas. Sin embargo, una afirmación como la anterior, omite prestar atención a la distinción existente entre tipificación de infracciones con la graduación y fijación de sanciones a ser finalmente impuestas a los infractores una vez determinada su responsabilidad por la comisión de una infracción administrativa. La primera, tiene como finalidad la descripción de aquellos comportamientos indeseables que la Administración Pública pretende evitar, su finalidad es principalmente disuasiva⁴⁹ y por ello va de la mano con la tipificación indirecta que se propone en el presente artículo, debido a que hace referencia inmediata a las normas, obligaciones disposiciones y mandatos

contenidos en las normas primarias que le sirven de presupuesto, las mismas que actúan en la práctica como un pre-tipo legal⁵⁰. La segunda en cambio, se encuentra referida a la graduación y aplicación de la sanción administrativa a ser finalmente impuesta, y por ende, opera en un momento distinto, esto es, una vez detectada la comisión de una infracción administrativa por parte de la Administración Pública. Su finalidad buscada es principalmente represiva y busca graduar el *quantum* de la sanción a ser aplicable.

Una muestra de esto último puede encontrarse en la Escala de Multas y Sanciones, contenida en el Reglamento de Infracciones y Sanciones de OSINERG, aprobado mediante Resolución de Consejo Directivo N° 028-2003-OC/CD y sus modificatorias, así como en el Capítulo II del Anexo 5 de las Condiciones de Uso de los Servicios Públicos de Telecomunicaciones, aprobadas mediante Resolución de Consejo Directivo N° 116-2003-CD/OSIPTEL. Como se aprecia, en ambos casos, las normas señaladas no cumplen un papel tipificador reduplicativo, toda vez que la calificación de infracción al incumplimiento de sus obligaciones se deriva de otras normas (en el caso de las Condiciones de Uso de los Servicios Públicos de Telecomunicaciones debería derivar de la aplicación del artículo 42° del Reglamento de Infracciones y Sanciones de OSIPTEL).

Por tanto, la clasificación de las sanciones en muy graves, graves y leves, no debería constituir una técnica tipi-

⁴⁹ De nada sirve la descripción de la sanción a ser finalmente impuesta o de la graduación de la misma, sino queda determinado, claro y preciso, el comportamiento que se pretende evitar. El efecto *disuasivo* es consecuencia también de la sanción administrativa, pero se efectiviza con el conocimiento del administrado sobre aquellos comportamientos que la Administración Pública pretende evitar.

⁵⁰ Véase nota el pie número 65.

ficadora, propiamente dicha, sino estar dirigida al operador jurídico a efectos que sea tomada en cuenta al momento de imponer la correspondiente sanción, una vez verificada la infracción administrativa. Debido a que en la práctica, la tipificación utiliza diversas técnicas de remisión para completar su contenido (remisión indirecta remisiva expresa, remisión indirecta remisiva residual, remisión indirecta implícita), el entendido de que únicamente su inclusión al interior del Reglamento de Infracciones y Sanciones le brinda legitimidad, dejaría sin cobertura legal más de un aspecto regulado en las normas primarias.

En el ordenamiento jurídico nacional, la tipicidad es una exigencia derivada del principio de legalidad que rige en el ordenamiento jurídico penal y que resulta aplicable al Derecho Administrativo –al igual que los demás corolarios del principio de legalidad- en virtud de una aplicación directa del mandato constitucional, situación que ha sido reconocida de modo expreso en sucesivos pronunciamientos del Tribunal Constitucional nacional, tal y como se aprecia en el fundamento 8º de la Sentencia de fecha 16 de abril de 2003 (Exp. N.º 2050-2002-AA/TC), el cual señala:

“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 (...) el principio impone tres exigencias: la existencia de una ley (lex scripta), que la ley sea anterior al hecho sancionado (lex previa), y que la ley describa un supuesto de hecho estrictamente

determinado (lex certa).

Como se ha señalado, «Dicho principio comprende una doble garantía; la primera, de orden material y alcance absoluto, tanto referida al ámbito estrictamente penal como al de las sanciones administrativas, refleja la especial trascendencia del principio de seguridad jurídica en dichos campos limitativos y supone la imperiosa necesidad de predeterminación normativa de las conductas infractoras y de las sanciones correspondientes, es decir, la existencia de preceptos jurídicos (lex previa) que permitan predecir con suficiente grado de certeza (lex certa) aquellas conductas y se sepa a qué atenerse en cuanto a la aneja responsabilidad y a la eventual sanción; la segunda, de carácter formal, relativa a la exigencia y existencia de una norma de adecuado rango y que este Tribunal ha identificado como... 'ley o norma con rango de ley'. (STC de España 61/1990)”. (Subrayado agregado).

Lo señalado, líneas arriba ha llevado a que un sector de la doctrina se pronuncie a favor de un grado de tipificación que cuente con un grado de rigor y literalidad que siendo válido en un inicio, puede llevar a interpretaciones que en más de una ocasión rayen con lo extremo, sin que ello signifique mayores garantías para el administrado. Una muestra de ello se puede apreciar en la siguiente afirmación, asumida como propia por la mayoría de autores, según la cual, en principio “(...) no podría estimarse compatible con el principio de legalidad aquella técnica muy extendida en el derecho administrativo sancionador por la que muchas veces la norma tipificadora de la conducta antijurídica carece de contenido material propio y se estila más bien calificar de manera genérica como

infracción a toda contravención a los mandatos establecidos por una determinada norma"⁵¹.

Como se ha indicado, dicha afirmación podría llevar a interpretaciones extremas donde prevaleciese un Derecho Administrativo Sancionador con aspiración de tipificaciones totalitarias y perfectas, que como la Biblioteca del relato de Borges con la que se inició el presente artículo, pudiera albergar el repertorio absoluto de la totalidad de infracciones y sanciones. Esta aspiración, como se ha señalado anteriormente, no sólo resulta imposible por ser absurda, sino irreal.

Con relación al rigor en la taxatividad, ya Alejandro Nieto ha observado que *"(...) la precisión absoluta es literalmente imposible en parte por la incapacidad técnica del legislador, en parte por la inabarcabilidad de la casuística y, en fin, por la insuficiencia del lenguaje como instrumento de expresión"*⁵². Lo señalado, es lo suficientemente expresivo como para dejar en claro aquello que se viene criticando.

Con relación a la pretendida tipificación total, Santamaría Pastor⁵³ se ha pronunciado a favor del reconocimiento de su irrealidad señalando -con relación al ordenamiento jurídico español, aunque resulta igualmente aplicable al nuestro-, que *"La vigencia del principio de tipicidad, sin embargo, es todo menos pacífica (...) La extrema abundancia de conductas sancionables, de llevarse al extremo la exigencia de predeterminación normativa, convertiría a las leyes en catálogos interminables de infracciones (...)"*.

Agregado a esto, Alejandro Nieto⁵⁴ refiere que entre las razones por las cuales existe en el terreno fáctico una desproporción entre el número de tipificaciones administrativas y penales se pueden considerar las siguientes:

I. Los diferentes papeles asignados al Juez y a la Autoridad administrativa con relación a la norma tipificadora: los primeros son aplicadores de la ley situados fuera de ella, en tanto que a los segundos se les ha encomendado la gestión de intereses generales "desde

⁵¹ DANÓS ORDÓÑES, Jorge. Ob. Cit. P. 153; PEDRESCHI GARCÉS, Willy. Ob. Cit. P. 519.

⁵² Una ejemplificación quizá algo burlesca de lo que se viene afirmando se puede encontrar en una interesante "parábola" que utiliza el autor para demostrar los peligros y contradicciones de una tipificación que aspire a contar con un grado de precisión que raye con la perfección. Se trata de la Parábola del perro y el lobo, la cual se basa en supuestos hechos acaecidos en las cercanías de una línea de ferrocarril donde un campesino se enfrentó en una disputa "jurídica" con un revisor de la línea, el cual pretendió hacer prevalecer frente al primero, una disposición legal según la cual "Se encontraba prohibido transportar perros". Frente a dicha disposición, el campesino ingresó al tren en una multiplicidad de ocasiones acompañado siempre de un animal distinto, negándose a pagar la multa una vez descubierto por el revisor, alegando en cada caso, frente al Juez, que su ocasional acompañante no se encontraba definido dentro del supuesto literal de la norma (la cual era modificada cada vez que era burlada por el campesino, pretendiendo con ello abarcar futuras evasiones). De esta manera, frente a la prohibición de ingresar "con perros", el campesino se presentó ante el revisor acompañado de una perra, lo cual ocasionó una ampliación de la prohibición a "perros y perras". Lo señalado trajo como consecuencia que el campesino se presentara con un lobo, a lo que siguió una modificación normativa mediante la cual se prohibió los "cánidos de ambos sexos". Como respuesta a ello, el campesino se presentó con un oso, que trajo como consecuencia se prohibieran los "animales que supusiesen peligros o molestias a los usuarios o pudieran infundir un temor razonable". Finalmente, el campesino se apareció con una pareja de hurones con el argumento que no originaban un temor razonable ni suponían peligros o molestias para los ocupantes del tren. (En: NIETO GARCÍA, Alejandro. Ob. Cit. P. 307-308).

⁵³ SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso. Ob. Cit. P. 389.

⁵⁴ *Ibidem*. P. 203.

adentro”;

II. La naturaleza de los valores que subyacen a cada ordenamiento jurídico: la selección de desvalores del Código Penal es una selección convencional y breve que se reduce y expande a gusto del legislador, en contra de lo que sucede con las infracciones administrativas, donde su número no depende de aquél que cuenta con la facultad de tipificarlas, sino que se derivan de la gestión administrativa y aumenta o disminuye según la intensidad con la que se lleve a cabo dicha actividad;

III. La estructura normativa es distinta en ambos: en el Derecho Penal tanto la tipificación de la infracción como la atribución de la sanción tiene lugar, salvo excepciones, de forma directa e individualizada, en el Derecho Administrativo Sancionador, en cambio el mecanismo es mucho más complejo, ya que con frecuencia la tipificación no es directa sino por remisión (este aspecto será desarrollado con mayor detalle cuando se haga referencia a la tipificación indirecta) y la atribución de la sanción no es individualizada sino genérica. *“Guste o no guste –ha señalado con gran acierto el profesor Alejandro Nieto-, el hecho es que siempre se ha tenido en conciencia de que la tipificación no podría ser igual en el Derecho Administrativo Sancionador que en el Derecho Penal”.*

Sobre la inutilidad de la codiciada tipificación total, se ha pronunciado el Tribunal Supremo español en su Sentencia de 14 de octubre de 1996, citada por Salvo

Tambo⁵⁵, en la cual declaró que *“(...) hay que distinguir, en esta materia, entre el Derecho Penal y el Derecho administrativo sancionador. Mientras en el Derecho Penal el problema de la tipificación de los delitos y faltas y la atribución de las penas puede, con facilidad, hacerse individualmente, no sucede lo mismo en el campo del Derecho Administrativo sancionador, en que la cuestión que nos ocupa es mucho más compleja; esto explica que, a veces, la individualización de las infracciones administrativas y, sobre todo, la de las sanciones, no sea siempre posible”.*

Ante una realidad como la que se ha mostrado, que sobrevive ajena frente a los dogmatismos de un Derecho Administrativo Sancionador que se niega a dejar de lado sus consabidas aspiraciones totalitarias, la compatibilidad de las técnicas normativas que se empleen –de cara a la pretendida tipificación total-, no puede definirse sobre la base de reglas generales como las que se viene empleando, sino con relación a cada caso concreto, poniendo especial relevancia en un grado razonable de certeza que evite la discrecionalidad de la Administración.

De lo señalado queda expuesta la inutilidad de la codiciada tipificación total, la cual –en contra de los loables intereses de quienes la propugnan- termina convirtiéndose en una reduplicación imposible e inútil: *“Imposible porque no hay forma humana de describir positivamente las innumerables infracciones que se deducen del ordenamiento jurídico; e inútil, porque ninguna garantía añade al ciudadano y únicamente se traduce en una duplicación formal de textos”⁵⁶.*

⁵⁵ SALVO TAMBO, Ignacio. Ob. Cit. P. 567.

⁵⁶ NIETO GARCÍA, Alejandro. Ob. Cit. P. 317.

7. LA TIPIFICACIÓN INDIRECTA COMO GARANTÍA DE LA APLICACIÓN FUNCIONAL DE INFRACCIONES Y SANCIONES. REFORMULACIÓN DE VIEJOS PRINCIPIOS.

“Legislación motorizada”⁵⁷. “Hiperinflación legislativa”⁵⁸. “Masificación de leyes”⁵⁹. ¿Le sugieren algo estos términos? Son todas expresiones utilizadas en trabajos diversos para referirse al fenómeno según el cual el ordenamiento jurídico se va transformando a un ritmo veloz, que por momentos se convierte en asfixiante para los receptores de dichas disposiciones, como consecuencia de la permanente y constante incorporación de nuevas normas.

En concordancia con lo que se ha venido señalando hasta el momento, es decir, desde una perspectiva que atienda a una visión de lo que ocurre en el plano fáctico, Alejandro Nieto⁶⁰ propone un esquema alternativo al clásico mecanismo de tipificación empleado por la doctrina mayoritaria. Este esquema tiene la virtud de encarar el problema de la imposibilidad de tipificar la totalidad de las conductas que la Administración pretende reprimir, de una manera creativa, sin que por ello se pierda la perspectiva dogmática. Para este autor es posible agrupar los distintos mecanismos de tipificación utilizados en la práctica en cuatro grandes grupos:

I. Tipificación reduplicativa. Es la más común. Las normas, obligaciones, disposiciones y mandatos contenidos en Leyes o Reglamentos se repiten de manera sucesiva en posteriores Reglamentos de Infracciones y Sancio-

nes, Resoluciones de Consejo Directivo, Directivas, etc. La norma sancionadora “reproduce” el mandato o prohibición contenido en la norma primaria para advertir de manera expresa que su incumplimiento constituye una infracción y lleva aparejada una sanción.

Una muestra de ello se tiene en el artículo 87º del Texto Único Ordenado de la Ley de Telecomunicaciones, aprobada mediante Decreto Supremo N° 013-93-TCC, según el cual, constituye infracción muy grave “*El incumplimiento de las condiciones esenciales y establecidas en la autorización o concesión*” y el numeral 1 del artículo 136º del Texto Único Ordenado del Reglamento General de la Ley de Telecomunicaciones, aprobado mediante Decreto Supremo N° 027-2004-MTC, el cual dispone como obligación a cargo del concesionario “*Instalar, operar y administrar el servicio de acuerdo a los términos, condiciones [que incluyen las condiciones esenciales de la concesión por ser parte del contrato] y plazos previstos en el contrato de concesión*”. Dichas obligaciones a cargo de la empresa concesionaria, se repiten en el artículo 4º del Reglamento General de Infracciones y Sanciones, aprobado mediante Resolución de Consejo Directivo de OSIPTEL N° 002-99-OS/CD, el mismo que dispone “*La empresa que incumpla con las condiciones esenciales establecidas como tales en el o los respectivos contratos de concesión incurrirá en infracción muy grave*”.

⁵⁷ SCHMITT, Carl. Citado por SUAY RINCÓN, José. Ob. Cit. P. 188.

⁵⁸ RAMOS NÚÑEZ, Carlos. Codificación, Tecnología y Postmodernidad. La muerte del paradigma. Ara Editores. Lima, 1986. P. 38.

⁵⁹ DIEZ-PICAZO, Luis. Derecho y masificación social. Tecnología y Derecho Privado (Dos esbozos). Segunda Edición. Cuadernos Civitas. Madrid, 1979. P. 77.

⁶⁰ NIETO GARCÍA, Alejandro. Ob. Cit. P. 312-314.

Sobre la utilización de esta técnica Alejandro Nieto considera que *“(...) es a todas luces inútil –y hasta aberrante en la práctica- puesto con tan estricta interpretación solo se consigue alargar desmesuradamente la extensión de las normas sin aumento alguno de la garantía jurídica, ya que los ciudadanos pueden conocer sus obligaciones (en la descripción realizada en el pre-tipo) sin necesidad de que se reiteren en el tipo y lo único que necesitan que se les precise son las consecuencias punitivas del incumplimiento”*.

Precisamente, éste último es el caso del Reglamento General de Infracciones y Sanciones de OSIPTEL, cuyo artículo 4º nada agrega respecto de las consecuencias punitivas que recaerían sobre las empresas operadoras que administrados que lo incumplan, en tanto el incumplimiento de las *“condiciones esenciales establecidas como tales en el o los respectivos contratos de concesión”* constituye un tipo demasiado amplio, que no establece criterios adicionales a los prescritos en el TUO de la Ley de Telecomunicaciones, que sirvan al operador jurídico para graduar la sanción a ser finalmente impuesta en aquellos casos en los que ésta resultara finalmente aplicable.

II. Tipificación indirecta remisiva expresa.

Quizá tan utilizada como la anterior por lo necesario de su existencia que de no ser posible, haría inoperativos decenas de prohibiciones y mandatos. Para cumplir con el principio de tipificación legal, la ley o el reglamento que colabora con ésta, enumera de forma individualizada las infracciones; pero, para no alargar inútilmente los textos, prescinde de la

reproducción de los mandatos y prohibiciones, remitiéndose de forma expresa a los preceptos en que aparecen.

Una muestra de ello se encuentra en el inciso p) del artículo 201º del Reglamento de la Ley de Concesiones Eléctricas, aprobado mediante Decreto Supremo Nº 009-1993-EM, el cual señala que se sancionará a los concesionarios y entidades que desarrollen actividades de generación y/o transmisión y/o distribución de energía eléctrica, y/o clientes libres, así como al Comité de Operación Económica del Sistema (COES) *“Por incumplimiento de las normas y disposiciones emitidas por el Ministerio, la Dirección, el OSINERG y la Comisión”*. Asimismo, el Reglamento de Infracciones y Sanciones de OSINERG, se haya repleto de tipificaciones que remiten a su vez a las disposiciones de otros cuerpos normativos específicos, como reglamentos, normas técnicas, directivas, tanto del sub sector eléctrico como de hidrocarburos, debido a la profusión de normas, obligaciones, disposiciones y mandatos que haría inviable una tipificación taxativa.

Un ejemplo de ello lo constituye el numeral 1.6 del Anexo 1 del citado Reglamento, el cual dispone que se considera infracción administrativa *“Cuando los concesionarios no cumplan con lo dispuesto en el Código Nacional de Electricidad y las normas técnicas del Sub Sector Eléctrico”*. Como es posible apreciar, la tipificación aquí realizada, recoge en la práctica aquello que se viene postulando: frente a la imposibilidad material de precisar la variedad de comportamientos considerados como indeseables⁶¹ -lo cual resultaría inútil-,

⁶¹ Solamente en lo que se refiere al Código Nacional de Electricidad aplicable para el Suministro, aprobado mediante Resolución Ministerial Nº 366-2001-EM/VME, existen cuatrocientos cuarenta y seis (446) disposiciones distintas, sin

la norma tipificadora se remite a una norma distinta (norma primaria), la cual le servirá para completar el tipo de la infracción (remisión expresa).

Un ejemplo similar está contenido en el artículo 49º del Reglamento de Infracciones y Sanciones de OSIPTEL citado en el numeral anterior, según el cual *“La empresa que de cualquier manera infrinja las disposiciones contenidas en los procedimientos de reclamos de usuarios de servicios públicos de telecomunicaciones, incurrirá en infracción grave”*. Nótese que esta forma de tipificación, asegura incluso, frente a variaciones de la norma primaria que le sirve de base y que se susciten con posterioridad a la tipificación efectuada⁶².

En todos los casos citados, como bien señala Alejandro Nieto, *“El tipo, (...) no se realiza a través de una descripción directa sino que surge de la conjunción de dos normas: la que manda o prohíbe y la que advierte que el incumplimiento es infracción”*. Adicionalmente a lo expresado, el mismo autor agrega una observación que puede ser plenamente verificada en la práctica: *“El legislador, presionado por la exigencia jurisprudencial de describir positiva y directamente la infracción, a veces así lo hace –o intenta hacerlo–; pero de ordinario se limita a describir algunos tipos y,*

*convencido de la imposibilidad de lograr una lista exhaustiva (so pena de reproducir dos veces todas las órdenes y prohibiciones) termina cerrando su lista con una cláusula general que define como infracciones todos los incumplimientos en general: la única forma de no dejar sin tipificar infracción alguna”*⁶³.

III. Tipificación indirecta remisiva residual. Esta es la función que cumplen las remisiones indirectas al calificar residualmente como leves las infracciones que no tienen otro carácter: de esta manera se reconocen las infracciones y sanciones sin necesidad de describir de nuevo el tipo. Existen pocos ejemplos en la normativa relacionada a las industrias de telecomunicaciones, saneamiento y energía, debido a la creencia que dicha forma de tipificar contraría el mandato de tipificación de la LPAG, según la cual se debería tender a una tipificación taxativa, que comprenda hasta el más mínimo detalle de la conducta infractora.

No obstante lo señalado es posible encontrar una muestra de ello en el Anexo 1 del Reglamento de Infracciones y Sanciones de OSINERG, donde entre otros supuestos, se hace referencia a aquellos que constituirán infracción administrativa por incumplimiento a lo dispuesto en el Reglamento de Seguridad e Higiene Ocupacional (RSHOSSE), aprobado mediante Resolución Ministe-

contar con los numerales y sub numerales.

⁶² Es el caso de las normas aplicables a los procedimientos de atención de reclamos de usuarios de servicios públicos de telecomunicaciones (Directiva de Reclamos), aprobada mediante Resolución de Consejo Directivo N° 015-99-CD/OSIPTEL, que sirve de norma primaria a la tipificación contenida en el artículo 49º del Reglamento de Infracciones y Sanciones de OSIPTEL. Hasta el momento de la elaboración del presente artículo se han realizado las siguientes modificaciones a la Directiva de Reclamos: (i) Resolución de Consejo Directivo N° 015-2002-CD/OSIPTEL; (ii) Resolución de Consejo Directivo N° 044-2002-CD/OSIPTEL; (iii) Resolución de Consejo Directivo N° 096-2003-CD/OSIPTEL; (iv) Resolución de Consejo Directivo N° 030-2004-CD/OSIPTEL; y, (v) Resolución de Consejo Directivo N° 076-2005-CD/OSIPTEL. Como se aprecia, el mecanismo de la *Tipificación Indirecta Remisiva Expresa*, asegura el control del cumplimiento de la normativa primaria por parte de la Administración Pública, sin que por ello se disminuyan las garantías a favor de los administrados.

⁶³ NIETO GARCÍA, Alejandro. Ob. Cit. P. 315.

rial N° 263-2001-EM/VME. Al respecto, el mencionado Anexo 1, en un intento por predeterminar aquellas conductas que constituyen el tipo, describe nueve (9) diferentes conductas cuya realización constituye infracción administrativa. No obstante ello, a renglón seguido, el mismo Reglamento, consciente de la inutilidad de repetir todas y cada una de las prescripciones contenidas en el RSHOSSE, termina incluyendo un décimo supuesto en su numeral 1.46.10, el cual, a fin de asegurar cualquier frente a cualquier omisión de legislador, dispone que constituye, igualmente, infracción administrativa el “(...) *incumplir las disposiciones contenidas en el RSHOSSE*”, con lo que termina cerrando en una cláusula de estilo *residual* todos los supuestos contenidos en el RSHOSSE que no hayan sido contenidos en la tipificación inicial⁶⁴.

IV. Tipificación indirecta implícita. La tipificación es completa aunque implícita, porque debe entenderse que la Ley o el Reglamento, que sirven de norma primaria, de modo alguno, pueden permitir que el incumplimiento de sus mandatos y prohibiciones resulte

impune. La tipificación que aquí se señala no puede pretender ser aplicable a cualquier administrado, toda vez que, si bien las normas jurídicas han sido creadas para ser cumplidas, éste no puede ser el criterio que prime, dada la avalancha de disposiciones que contienen algunos sectores, en los cuales resulta materialmente imposible para el particular tener un conocimiento absoluto de la totalidad de mandatos y deberes.

No obstante ello, existen sectores donde la posibilidad de conocimiento absoluto de los derechos y deberes contenidos en las disposiciones se acerca al ideal. Es éste el caso de aquellos sectores sometidos a una intensa regulación (Vg. de telecomunicaciones, saneamiento, energía, entre otros) en los cuales, dada la especialidad de las empresas públicas y privadas que participan de aquél, no se puede argumentar la fácil excusa de la imposibilidad de acceder al conocimiento total de los mandatos y deberes a los que se encuentran sometidos (a lo que se agrega el hecho que las normas se presumen de conocimiento obligatorio por parte de sus receptores), motivo por el cual, aún ante la ausencia de una

⁶⁴ Las conductas descritas en el Anexo 1 del Reglamento de Infracciones y Sanciones de OSINERG con relación al RSHOSSE son las siguientes:

- 1.46.1 Cuando no se conforme el Sistema de Seguridad e Higiene Ocupacional de acuerdo a lo dispuesto en el RSHOSSE.
- 1.46.2 Cuando en el Sistema de Seguridad e Higiene Ocupacional no cumplan con las competencias otorgadas en el RSHOSSE.
- 1.46.3 Cuando no se elabore los Estudios indicados en el RSHOSSE de acuerdo a los procedimientos establecidos.
- 1.46.4 Cuando no se actualice el Estudio de Riesgos por lo menos una vez al año.
- 1.46.5 Cuando no se desarrollen o ejecuten los planes y programas de seguridad de acuerdo a lo establecido en el RSHOSSE.
- 1.46.6 Por no contar con un Reglamento Interno de Seguridad o el contenido del mismo no cumpla con los requisitos mínimos establecidos en el RSHOSSE y no contemple o sean inadecuados los manuales internos sobre procedimientos específicos en las actividades eléctricas de construcción, operación y mantenimiento que desarrolle la empresa.
- 1.46.7 Por no reportar los accidentes y estadísticas en los plazos establecidos.
- 1.46.8 Cuando se reporte los accidentes y estadísticas sin contar con la información mínima solicitada en los formatos aprobados por OSINERG.
- 1.46.9 Cuando no se empleen los medios de protección de personas, equipos, instalaciones y/o herramientas, según los criterios establecidos en el RSHOSSE.
- 1.46.10 Por incumplir las disposiciones contempladas en el RSHOSSE.

cláusula de tipificación remisiva expresa, cualquier incumplimiento respecto de los deberes a su cargo deberá ser pasible de ser sancionado.

Un claro ejemplo de lo que se viene sosteniendo, lo constituye el numeral 1.10 del Anexo 1 del anteriormente citado Reglamento de Infracciones y Sanciones de OSINERG, el cual señala que será considerada infracción el *“Incumplir la Ley, el Reglamento, las normas, Resoluciones y disposiciones emitidas por el Ministerio, la Dirección u OSINERG, así como las demás normas legales, técnicas y otras vinculadas con el servicio eléctrico”*. Un ejemplo similar, puede encontrarse en el sector de saneamiento de servicios, donde el numeral 12 del Anexo Único del Reglamento de Infracciones y Sanciones y Escala de Multas aplicable a las Empresas Prestadoras de Servicios, aprobado mediante Resolución de Consejo Directivo 036-2004-SUNASS-CD dispone como infracción muy grave *“Incumplir con los mandatos emitidos por la SUNASS”*, sin que se precise cuáles son los mandatos a los que hace referencia. Finalmente, el sector de las telecomunicaciones no es excluyente a este tipo de tipificación. Así se aprecia en el artículo 42° de su Reglamento de Infracciones y Sanciones, el cual dispone a la letra que *“La empresa que cometa infracciones no tipificadas en este Reglamento, constituidas por incumplimiento a lo dispuesto en los mandatos o resoluciones de las instancias competentes de OSIPTEL, incurrirá en infracción leve, grave o muy grave, según lo indique el propio mandato o resolución incumplidos (...)”*. Nótese que

la norma citada, al igual que la predecesoras en éste párrafo, tampoco precisa cuáles son los mandatos o resoluciones a los que hace referencia, limitándose a señalarlos de manera genérica.

Como resulta apreciable en los ejemplos señalados en el párrafo anterior, la norma tipificadora, no señala como en el caso de la *tipificación indirecta remisiva expresa*, una norma primaria predeterminada *expresa* que completará el contenido del tipo. En estos casos, únicamente se limita a reconocer que será considerada como infracción administrativa el incumplimiento de *“las normas, Resoluciones y disposiciones emitidas por el Ministerio, la Dirección u OSINERG, así como las demás normas legales, técnicas y otras vinculadas con el servicio eléctrico”*, o de *“los mandatos o resoluciones de las instancias competentes de OSIPTEL”*, o de *“los mandatos emitidos por la SUNASS”*, sin precisar cuáles son las prescripciones a las que hace referencia, lo cual constituye una técnica jurídica que permite mantener vigente el control de los comportamientos indeseados por la Administración Pública y brinda un mensaje que resulta claro a los destinatarios de aquellas: cualquier incumplimiento de las normas, resoluciones, mandatos y disposiciones referidas al subsector eléctrico, de saneamiento de servicios o de las telecomunicaciones, en tanto se trate de prescripciones normativas o no normativas, constituidas como obligatorias para las empresas que brinden dichos servicios, será considerado como infracción administrativa⁶⁵.

⁶⁵ Lo expresado no implica discrecionalidad por parte de la Administración Pública, toda vez que en estos casos, únicamente podrá iniciarse un procedimiento administrativo sancionador respecto de normas, obligaciones, disposiciones

Para estos supuestos, resulta perfectamente aplicable lo señalado por Alejandro Nieto⁶⁶, según lo cual *“(…) no hay razón para rechazar la tipificación por remisión implícita, dado que no supone disminución de las garantías individuales: el ciudadano más simple ha de suponer que el incumplimiento de una prohibición normativa ha de aparejar consecuencias oficiales desagradables”*.

Lo señalado no es más que una derivación de lo que ocurre en el terreno fáctico con relación a la tipificación de infracciones y sanciones. Pretender negar esto de cara a un cumplimiento “riguroso” del mandato de tipificación, sería como darle la espalda a la realidad. Para tales efectos, resulta aplicable al caso lo señalado por Luciano Parejo⁶⁷ que aún encontrándose referidas a la reserva legal, también pueden ser perfectamente extendidas a la tipificación de infracciones y sanciones: *“Las exigencias propias del Estado de Derecho no pueden ser manejadas de forma tal que su realización efectiva se haga sencillamente impracticable. Y el límite de lo posible se sobrepasa cuando se aspira a la total tipificación (…) en el derecho sancionador administrativo. Las características de tecnificación, complejidad y dinamicidad de la sociedad actual privan de todo soporte, con toda evidencia, a semejante ideal”*.

Para suplir en parte, las consecuencias de la impracticable tipificación total, el operador jurídico se ve obligado a emplear técnicas distintas a las sancionatorias, como es el caso de las medidas correctivas (reguladas en el

numeral 232.1 del artículo 232° de la LPAG), a efectos de exigir el cumplimiento de aquellas obligaciones y mandatos cuya inobservancia no se encuentre tipificada. El incumplimiento de dicha medida correctiva por parte del administrado, traerá como consecuencia la aplicación de una sanción administrativa.

Sobre este aspecto, saltan a la vista dos observaciones: la primera, que al tratarse de una medida correctiva (de naturaleza jurídica distinta a la de una sanción administrativa), cuya finalidad es la reposición de la situación alterada a su estado anterior, su exigencia no deriva de la aplicación de aquella; sino, en la mayoría de los casos, de la amenaza en ciernes del inicio de un futuro Procedimiento Administrativo Sancionador como respuesta a su incumplimiento, con lo que su efectividad se encuentra supeditada al allanamiento del administrado infractor, o en caso contrario, al auxilio del brazo represivo de la Administración Pública. La segunda, que dicha medida no representa en la práctica una alternativa a la tipificación indirecta que se propone en el presente artículo, toda vez que, al tratarse de un mecanismo carente de efectos coercitivos por sí mismo, necesita el auxilio de una sanción administrativa ante su incumplimiento, lo cual nos trae de vuelta al terreno del Procedimiento Administrativo Sancionador, dentro del cual, la infracción sancionable no será, por supuesto, el incumplimiento de la obligación o mandato que la medida correctiva pretendía enfrentar, sino, a lo más, el incumplimiento de la medida correctiva. Como resulta

y mandatos que se encuentren predeterminados en el ordenamiento jurídico, los cuales harán las veces de un pre-tipo legal.

⁶⁶ NIETO GARCÍA, Alejandro. Ob. Cit. P. 314.

⁶⁷ PAREJO, LUCIANO. Ob. Cit. P. 313.

evidente, dicha situación conlleva a que nos encontremos una vez más en los linderos de la incertidumbre, pues el administrado infractor, una vez más encuentra incentivos para ubicarse frente a las normas primarias de manera estratégica, esto es, condicionando el cumplimiento de aquéllas a la imposición de una medida correctiva, donde en el peor de los casos podrá aplicársele una sanción ante la inobservancia de ésta última, pero en ningún caso una sanción por el incumplimiento de la obligación o mandato contenido en la norma primaria, debido a la falta de reduplicación en la tipificación (*tipificación reduplicativa*).

Urge entonces la necesidad de reconstruir lo que se viene entendiendo por mandato de tipificación, toda vez que su exigencia absoluta, llevada al extremo, resulta más que un ideal inalcanzable, una práctica peligrosa para la gestión de los intereses de la Administración y para los administrados. *“Una ley auténticamente tipificadora, sería interminable y, además, habría de ser alterada sin cesar”*, ha señalado con gran acierto Alejandro Nieto⁶⁸.

Toca la tarea de establecer cómo opera la tipificación indirecta desde una perspectiva normativa. En la estructura de las normas sancionadoras administrativas, se debe prestar especial atención al hecho que éstas se nutren de los mandatos y prohibiciones integradas en el ordenamiento jurídico (y por tanto ubicadas - generalmente- en disposiciones distintas a ella) que les sirve de base; pues, es precisamente el incumplimiento a ese mandato o prohibición el que habilita a la

norma sancionadora a conectar a dicha acción una determinada consecuencia que se traduce en una sanción.

Frente a la vorágine de normas administrativas, el repertorio de delitos es cuantitativamente limitado, motivo por el cual los ilícitos tipificados en el Código Penal y las demás leyes penales, son fácilmente cognoscibles por sus destinatarios, a comparación de lo que ocurre con las primeras, donde el repertorio de infracciones administrativas es literalmente indomable y, si pretendiera ser exhaustivo, comprendería -como ha señalado Alejandro Nieto⁶⁹- “bibliotecas enteras” que harían palidecer de envidia a los bibliotecarios imaginados en el relato de Borges. En atención a estas consideraciones, se aprecia que la enumeración de los delitos es de ordinario autónoma en cuanto remite a otras normas. Por ello, como regla básica, no puede haber más delitos que los tipificados directamente: las normas penales no prohíben ni ordenan nada sino que se limitan a advertir que determinadas conductas llevan aparejadas una pena. Contrariamente a ello, *“(…) los tipos sancionadores administrativos, no son autónomos sino que se remiten a otra norma en la que se formula una orden o una prohibición, cuyo incumplimiento supone cabalmente la infracción. Estas normas sustantivas constituyen por ende un pre-tipo [norma primaria] que condiciona y predetermina el tipo de la infracción [norma secundaria]”*. (Subrayado agregado).

De esta manera, el mandato de tipificación se produce mediante una

⁶⁸ Tómesese como una muestra de lo dicho, las sucesivas modificaciones y agregados que en la práctica se producen como una enfermedad necesaria en los Reglamentos de Infracciones y Sanciones de los Organismos Reguladores de Servicios Públicos.

⁶⁹ NIETO GARCÍA, Alejandro. Ob. Cit. P. 312.

remisión⁷⁰ de la norma primaria a la norma secundaria⁷¹, no ya para completar las omisiones de ésta primera (como ocurre en el caso de la colaboración reglamentaria), sino para conformar un solo bloque normativo (una sólo norma) de tal manera que la tipificación resulta de la conjunción entre la norma primaria que establezca el mandato o prohibición concreto y la norma secundaria que declara genéricamente que su violación es una infracción.

En la práctica, se ha generado un error muy corriente que consiste en confundir las “remisiones implícitas” propias de las leyes en blanco o leyes de remisión con la denominada “tipificación indirecta”. El supuesto de hecho de la denominada “norma sancionadora en blanco” o “ley en blanco” ocurre en el caso de las remisiones implícitas, esto es cuando falta un contenido material mínimo en la norma remitente que permite a la remitida tipificar las omisiones de aquella sobre la base de dicho contenido. En la tipificación indirecta en cambio, no existe una remisión implícita, sino explícita (no en el sentido de precisar necesariamente la norma que le sirve de base, sino debido a que en este supuesto la norma remitida ya existe –o existirá al inicio del procedimiento administrativo sancionador⁷²–, conformando un sólido cuerpo normativo con la remitente, sin necesidad de creación normativa adicional).

En lo que corresponde a la sede nacional, pareciera que el Tribunal Constitucional no se encontrara alineado

con las explicaciones hasta aquí contenidas. En un pronunciamiento que deja pasar la oportunidad de dejar sentada la validez de las tipificaciones indirectas, el Tribunal hace suyos los argumentos repetidos hasta la saciedad por un grueso sector de la doctrina. De esta manera, frente a una disposición que utiliza la *tipificación indirecta remisiva expresa* a través de una remisión impropia (a sí misma) para señalar que será motivo de sanción: “El incumplimiento de las normas establecidas en la presente ley y su reglamento”, el fundamento 7º de la Resolución del 11 de octubre de 2004 (Exp. Nº 2192-2004-AA/TC), declara lo siguiente:

“Este Tribunal considera que las dos disposiciones invocadas en la resolución que establece la destitución de los puestos de trabajo de los recurrentes, son cláusulas de remisión que requieren, de parte de la administración municipal, el desarrollo de reglamentos normativos que permitan delimitar el ámbito de actuación de la potestad sancionadora, debido al grado de indeterminación e imprecisión de las mismas; consecuentemente, la sanción impuesta sustentada en estas disposiciones genéricas es inconstitucional”. (Subrayado agregado).

Lo señalado por el Tribunal Constitucional es una clara expresión del poco o escaso entendimiento que se tiene con relación a la perspectiva dogmática y funcional de la tipificación indirecta en el Derecho Administrativo Sancionador,

⁷⁰ La norma remitida puede ser posterior (llamamiento a colaboración reglamentaria), coetánea o anterior (éstas dos últimas son modalidades de la tipificación indirecta) a la remitente.

⁷¹ La remisión como se ha visto con anterioridad también puede ser impropia es decir *intra norma* que es el supuesto en el cual es la misma norma la que establece los mandatos o prohibiciones, para luego declarar de manera genérica que “constituirá infracción sancionable cualquier incumplimiento a los mandatos establecidos en la presente norma”. Así norma primaria y secundaria se confunden en un solo cuerpo normativo.

⁷² Es el caso de la *tipificación indirecta implícita*. Al respecto confróntese con lo señalado en la nota al pie número 63.

puesto que, desconociendo la existencia de una norma primaria que establece mandatos y obligaciones en la misma norma que contiene la correspondiente atribución de la sanción (la Ley), sugiere la necesidad de “reglamentar dicho aspecto a efectos de delimitar el ámbito de aplicación de la potestad sancionadora” bajo la excusa de “indeterminación e imprecisión de las mismas”, que no es otra cosa que la reduplicación de las conductas ya contenidas en la norma primaria (tipificación reduplicativa). Una evidente oportunidad dejada de lado.

Con lo hasta ahora señalado, es posible arribar a una primera conclusión: que el mecanismo de tipificación indirecta no afecta el *principio de libertad*, toda vez que la exigencia de delimitación de aquellas disposiciones que limiten dicha libertad se produce sin la más mínima indeterminación. La norma sancionadora, consecuencia de la tipificación indirecta, se completa mediante remisiones con la norma primaria, sin dejar ninguna duda sobre su contenido y perfección, la cual constituye garantía para el administrado que desea conocer qué comportamientos negativos son pasibles de limitar su esfera de libertad.

No obstante, con relación al *principio de seguridad jurídica* es necesaria una explicación más detallada. La seguridad jurídica es una consecuencia de la predictibilidad, según la cual los agentes

económicos pueden conocer de antemano cuáles son las reglas de juego vigentes, a la vez que confiar razonablemente que éstas no van a ser modificadas entre el momento de la toma de decisión y el de la ejecución. La predictibilidad guarda especial relevancia cuando se trata de disposiciones que limitan la esfera jurídica de los individuos de manera perjudicial o aflictiva (sanción). Se cree comúnmente que la pretendida (y a la vez codiciada) tipificación total de las infracciones y sanciones que son pasibles de afectar negativamente la esfera jurídica de los administrados, conlleva a un aumento del grado de predictibilidad y en consecuencia a una mayor seguridad jurídica.

Esta afirmación no obstante peca por preferir consideraciones dogmáticas, frente a la presencia de supuestos fácticos que le gritan en el oído lo contrario. “*Una cosa tiene que ser definida según la manera en la cual es reconocida en la práctica, y no según una significación ulterior que suponemos posee*” señala Félix Cohen⁷³ citando a Eddington.

En sede nacional, Luciano Barchi⁷⁴ explica que la seguridad jurídica en un ordenamiento jurídico se nutre de dos aspectos: la corrección estructural⁷⁵ y la corrección funcional (véase gráfico N° 1). La primera, esta referida a la garantía de formulación y creación de normas en el ordenamiento jurídico; en tanto que la

⁷³ COHEN, Félix, Ob. Cit. P. 68.

⁷⁴ BARCHI VELAOCHAGA, Luciano. Función normativa de los organismos reguladores y la crisis de la seguridad jurídica. En: Cátedra. Espíritu del Derecho. Revista de los estudiantes de Derecho de la UNMSM. Año VII, N° 11. Lima, 2004. P. 136-141.

⁷⁵ Para el autor citado, la Corrección Estructural se desglosa en los requisitos de: (i) *Lege promulgata* (promulgación adecuada de la ley), (ii) *Lege manifesta* (tipificación clara que no deje dudas sobre su interpretación y significado), (iii) *Lege plena* (el ordenamiento jurídico se presupone completo, sus vacíos se cubren mediante el empleo de las fuentes del Derecho y los métodos de interpretación e integración), (iv) *Lege stricta* (las normas de rango superior no pueden ser dejadas de lado efectos por aquellas inferiores), (v) *Lege previa* (los efectos jurídicos de los comportamientos deben estar previstos anticipadamente), y *Lege Perpetua* (las normas jurídicas tienen vocación de permanencia en el tiempo, de perpetuidad).

segunda, comporta la garantía del cumplimiento del Derecho por todos sus destinatarios y la regularidad de la actuación de los órganos encargados de su aplicación. “No basta con dictar leyes, sino se debe asegurar que éstas sean cumplidas”, podría resumir este segundo aspecto de la seguridad jurídica.

La pretendida tipificación total, va de la mano con el resquebrajamiento de la corrección estructural. *“La certeza del derecho –ha señalado con gran acierto Barchi citando a Pérez Luño⁷⁶– en cuanto posibilidad real de sus destinatarios de conocer y cumplir sus prescripciones se ha resentido del aluvión normativo y de su continua modificación. El flujo incesante de leyes cuyo exacto conocimiento es imprescindible para el funcionamiento correcto del sistema jurídico, hace materialmente imposible su discernimiento, interpretación y aplicación por los operadores jurídicos. La transparencia del sistema normativo, que es presupuesto básico de la certeza del Derecho, se va suplantando por su creciente opacidad e inescrutabilidad: el derecho positivo deviene, por tanto, inaccesible para los*

proprios especialistas”.

La conclusión de lo señalado por Pérez Luño se puede resumir en lo siguiente: a mayor cantidad, menor seguridad. En consecuencia, la *lege perpetua* no constituye una garantía que signifique un aumento de la seguridad jurídica en sectores como el de telecomunicaciones, saneamiento y en el subsector eléctrico, en los que sus normas primarias y secundarias carecen precisamente de esa vocación de continuidad y perpetuidad, debido al continuo avance tecnológico o como consecuencia del fortalecimiento de sus facultades de supervisión y fiscalización que traen como consecuencia la modificación y creación de nuevos procedimientos que incluyen a su vez nuevas tipificaciones de infracciones y sanciones. Del mismo modo, la *lege manifesta* tampoco resulta una garantía que se traduzca en un aumento de la seguridad jurídica en caso fuera llevada a su aplicación extrema: la predeterminación normativa de todos los comportamientos susceptibles de sanción resulta absurda y no otorga ninguna garantía adicional al administrado, sino por el contrario complica el escenario en el que éste último se desenvuelve (¿qué está

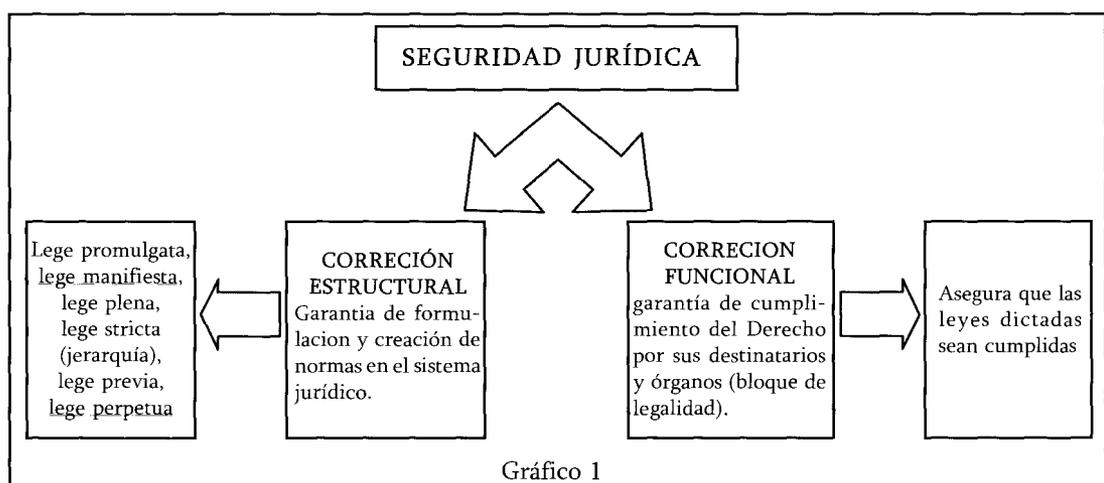


Gráfico 1

⁷⁶ PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. La Seguridad Jurídica. Segunda Edición. Editorial Ariel Derecho. Barcelona, 1994. P.64 (Citado por BARCHI VELAOCHAGA, Luciano. Ob. Cit. P. 139).

permitido, qué no?). La claridad normativa sobre los comportamientos prohibidos propugnada por la *lege manifesta* se consigue también por medio de remisiones que completan cuerpos normativos primarios con la correspondiente atribución de sus consecuencias, sin que ello traiga como consecuencia que se generen dudas sobre su interpretación o significado.

Como es apreciable en la práctica, la búsqueda del mayor grado de precisión en la tipificación de infracciones y sanciones trae como consecuencia un aumento desproporcionado y absurdo del número de normas, complicándose para el administrado el conocimiento y necesario cumplimiento de todas y cada una de ellas. El administrado se ve obligado a jugar una especie de ruleta rusa: a caminar todos el tiempo sobre un campo minado de infracciones y sanciones sin que pueda tener la completa *seguridad* que un mal movimiento (que consideró inicialmente correcto) activará una serie de consecuencias perjudiciales para su esfera jurídica.

Por otro lado, la tipificación total ocasiona también una suerte de incentivos perversos -u olvidos perjudiciales para la totalidad del sistema- de los administrados, en desmedro de la corrección funcional. No basta con dictar Leyes o tipificar reduplicativamente infracciones y sanciones, sino se debe asegurar que éstas sean cumplidas. “*El incumplimiento sistemático de las normas, o sea, la falta de eficacia de un ordenamiento jurídico* –ha señalado Barchi⁷⁷– *conducen a la quiebra de seguridad*”. La reduplicación⁷⁸ de algunos comportamientos ocasiona que el administrado se posicione frente a éstos de manera estratégica, de modo que

únicamente dará cumplimiento a aquéllas prescripciones que se encuentren tipificadas como comportamientos prohibidos, en desmedro de las restantes obligaciones y mandatos que conforman el ordenamiento jurídico, lo que provocará una crisis de *seguridad jurídica*.

A lo señalado se agrega la existencia de sectores sujetos a una profunda regulación (como es el caso de los servicios públicos), donde dado su carácter especializado, y en algunos casos ligados al avance tecnológico (como el sector de telecomunicaciones), la pretendida tipificación absoluta de las infracciones no resultaría más que un intento inútil, frente al escenario cambiante de las normas primarias que sirven de base a dicha tipificación de infracciones y sanciones. El resultado sería una cantidad ingente de Reglamentos de Infracciones y Sanciones asentados sobre el vacío; así como extensos sectores de obligaciones y mandatos que, por estar desconectados de la correspondiente atribución de una sanción a través de la tipificación indirecta, quedan finalmente desprotegidos. Alejandro Nieto representa lo expresado de la siguiente manera: “*La experiencia les coloca un día ante situaciones que consideran inadmisibles pero que no están legalmente previstas como infracción ya que el legislador las desconocía (si se trata de conductas nuevas) o se olvidó de ellas (...) la alternativa es muy dolorosa: tener que tolerar comportamientos socialmente dañosos hasta que el legislador, al cabo de los años, se acuerde de cerrar el hueco que en su imprevisión dejó abierto y con la seguridad de que pronto aparecerán nuevas oportunidades de conductas dañosas*

⁷⁷ BARCHI VELAOCHAGA, Luciano. Ob. Cit. P. 140.

⁷⁸ La reduplicación, al igual que la tipificación total resulta igualmente imposible.

formalmente impunes”⁷⁹.

El funcionalismo, método de análisis que se viene propugnando en el presente artículo, “(...) *representa un ataque a todos los dogmas y métodos que no pueden ser traducidos a términos de experiencia efectiva*”⁸⁰. El ser fiel a lo señalado por este método no implica necesariamente una disminución en la rigurosidad dogmática. Sin perjuicio de ello, frente a supuestos en los cuáles se enfrenten conceptos –o principios– que carecen de significado de cara a la realidad, se debe preferir siempre una interpretación *funcional*, a efectos que dichos conceptos puedan ser definidos en términos de experiencia efectiva. Debe tenerse en cuenta que, para el método funcional, un concepto –un principio, un mandato– no puede ser explicado utilizando para ello otros conceptos, pues esta explicación constituiría un razonamiento jurídico circular y sin sentido. El significado de una concepción se encuentra en sus consecuencias. “*Para verificar el significado de una concepción intelectual se deben considerar qué consecuencias prácticas podrían concebiblemente resultar por necesidad de la verdad de tal concepción; y la suma de estas consecuencias constituirá el significado total de la concepción*”⁸¹. En ese orden de ideas, el contenido y significado del principio o mandato de tipicidad, deberá pasar necesariamente por el tamiz de sus

consecuencias prácticas, las cuales deberán determinar aquellos supuestos en los que resulte inútil pretender una tipificación total en el Derecho Administrativo Sancionador, dando paso a técnicas que resulten más útiles desde una perspectiva funcional, como es el caso de la tipificación indirecta.

8. CONCLUSIONES.

Se ha procurado definir el contenido y los alcances del denominado principio de tipicidad y exponer algunas consideraciones a favor de la utilización de la tipificación indirecta en el Derecho Administrativo Sancionador, partiendo desde una orilla distinta, donde la validez o invalidez de dicho principio o mandato dependa de las consecuencias de su aplicación en el terreno fáctico. Y es precisamente esta aplicación práctica del mandato de tipicidad la que ha arrojado a la luz la necesidad de redefinir la forma en la que éste viene exteriorizándose, inclinándose a favor de la utilización de técnicas normativas como la tipificación indirecta, en sus variadas manifestaciones. Se propone por tanto, un principio o mandato de tipificación cuyo contenido no se deduzca únicamente de consideraciones dogmáticas, sino más aún, y sobre todo, de sus consecuencias prácticas⁸². “*Los dogmatismos no pueden vencer la realidad*”⁸³ ha señalado con gran acierto Alejandro Nieto.

⁷⁹ NIETO GARCÍA, Alejandro. Ob. Cit. P. 296.

⁸⁰ COHEN, Félix. Ob. Cit. P. 53.

⁸¹ *Ibidem*. P. 65.

⁸² “(...) *el significado de una definición se halla en sus consecuencias*” (COHEN, Félix. P. 103)

⁸³ NIETO GARCÍA, Alejandro. Ob. Cit. P. 315.