

¿Cómo se controlan mejor las manifestaciones de corrupción dentro de la Administración? ¿Puede y conviene que una entidad fiscalizadora tenga, por ejemplo, atribuciones sancionadoras? Y si es así, ¿bajo qué parámetros?

How is better to control corruption inside of the Administration? Is it possible and convenient that an audit body have, for example, sanctioning attributions? And if so, under which parameters?

Eloy Espinosa-Saldaña Barrera* **
Pontificia Universidad Católica del Perú

Resumen:

En el presente artículo, el autor hace un análisis de la potestad sancionadora de los organismos de las entidades fiscalizadoras en el Perú, así como los parámetros de constitucionalidad que estos tienen. Así, se determina que, aun cuando la lucha contra la corrupción sea el fin legítimo para otorgar potestad sancionadora a determinados órganos, siempre se debe tener en cuenta el parámetro constitucional y el respeto al derecho de los administrados.

Abstract:

In this paper, the author analyzes the sanctioning power of audit bodies in Peru, and so the constitutionality parameters that they have. In that line is determined that, even when fight against corruption is a legitimate aim for giving sanctioning power to some administrative bodies, the constitutional parameters and the respect for rights of the governed should always be considered.

Palabras clave:

Potestad sancionadora – Derecho administrativo sancionador – Organismos fiscalizadores – Parámetros constitucionales

Keywords:

Sanctioning power – Administrative sanctioning law – Auditing bodies – Constitutional parameters

* Magistrado y ex vicepresidente del Tribunal Constitucional del Perú. Doctor en Derecho con mención sobresaliente *summa cum laude* en Madrid (España). Profesor visitante o conferencista invitado en universidades y entidades como el Instituto Max Planck, el Tribunal Constitucional Federal alemán y el ministerio de Relaciones Exteriores y la sede principal de la fundación Konrad Adenauer de Alemania; las universidades de Bolonia, La Sapienza, Pisa y la Corte Constitucional de Italia; las universidades París Sorbonne y Nancy (Francia), o el Parlamento Europeo, entre otras entidades de similares características en Suiza, Rusia, Polonia, Brasil, México, Argentina, Chile, Bolivia, Uruguay, Paraguay, Colombia, Venezuela, Panamá, Costa Rica, Honduras, Guatemala, República Dominicana, Puerto Rico, Qatar, Corea del Sur y Marruecos. Integrante de las mesas directivas del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal Constitucional, las asociaciones peruanas de Derecho Administrativo, Derecho Procesal y la red peruana de Docentes de Derecho Constitucional. Catedrático en diversas universidades peruano. Miembro de IFIDA, IIDA, AIDA, la Asociación Mundial y el Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, entre otras instituciones. Perito por la Comisión Interamericana ante la Corte de San José, entre otras tareas. Fundador y primer Director General de "Derecho y Sociedad", y ahora Editor General de la revista del mismo nombre.

** Debo advertir que, en este trabajo, por razones obvias, se recogen muchos criterios expresados como juez constitucional cuando se nos preguntó por si era constitucional la potestad sancionadora otorgada a la Contraloría peruana

Sumario:

1. Anotaciones preliminares – 2. El fenómeno de la corrupción: la dificultad de determinar sus diferentes alcances, y la complejidad existente para afrontar los problemas que genera. ¿Cualquier alternativa vale hacerle frente? – 3. El escenario de lo previsto hoy a nivel de la potestad sancionadora de la Administración en el Perú. Luces y sombras sobre el particular – 4. Anotaciones sobre la materia discutida previas a la sentencia emitida por el Tribunal Constitucional – 5. Nuestra perspectiva sobre lo resuelto por el Tribunal Constitucional peruano frente a la otorgada potestad sancionadora a la Contraloría General de la República del Perú – 6. Cuando lo avanzado en un tema tiende a diluirse gracias a aclaraciones que, lejos de aclarar, confunden y desvirtúan lo alcanzado – 7. Algunas reflexiones a modo de conclusión del presente texto – 8. Bibliografía

1. Anotaciones preliminares

El lamentable fenómeno de la corrupción y sus diversas manifestaciones, compele a actuar a las diferentes reparticiones de la Administración, pero también a importantes sectores de la sociedad civil. En ese contexto, puede generarse la tentación de que entidades –como la Contraloría General de la República peruana– no solamente busquen constreñirse a actividades de supervisión, sino también reclamen contar con efectivas atribuciones de control y sanción.

Resulta conveniente, entonces, preguntarse si es técnicamente factible, o, por lo menos oportuno, que quien supervisa tenga a la vez la capacidad de sancionar. Es más, debe discutirse si es constitucionalmente posible entregarle a una entidad fiscalizadora actividades sancionadoras como las que se confiaron a la Contraloría peruana mediante la Ley 29622. Luego, y aun admitiendo que esta potestad sancionadora se encuentra dentro de lo constitucionalmente posible, siempre debe tenerse presente que el desarrollo del *ius puniendi* del Estado no puede ni debe ejercerse de cualquier manera, sino con un estricto respeto de exámenes de proporcionalidad, legalidad (y su subtipo de tipicidad) y taxabilidad. La buena intención de tener entidades fuertes para hacerle frente a la corrupción no puede ni debe –por lo menos en un Estado Constitucional– ejercerse de cualquier manera, pues el remedio a emplear puede ser peor que la enfermedad a enfrentar.

Sobre estos textos, ya ha pasado un tiempo desde que en el Perú se tuvieron enfervorizados debates al respecto, dentro de los cuales, lamentablemente algunos(as), lejos de buscar resolver los problemas surgidos, intentaron propiciar enfrentamientos institucionales y hasta personales entre los titulares de las diferentes entidades involucradas, o entre aquellos(as) a quienes constitucionalmente les corresponde tomar las decisiones relacionadas con esta materia. Y es que, desafortunadamente, nada ni nadie perjudica más a un país que quien no intenta procesar las eventuales e inevitables diferencias de perspectivas que puedan surgir, y en esa lógica, creer que si alguien opina distinto es un enemigo al cual hay que descalificar. Ahora, ya con algunos meses transcurridos, y aparentemente derrotadas aquellas prácticas destinadas a favorecer sus propios intereses (o los de sus grupos cercanos), y no los del país, cabe abordar este tema con mayor tranquilidad y desapasionamiento, pero no por ello con menos sinceridad y firmeza. Pasaré entonces a plantear unas ideas de inmediato sobre el particular.

2. El fenómeno de la corrupción: la dificultad de determinar sus diferentes alcances, y la complejidad existente para afrontar los problemas que genera. ¿Cualquier alternativa vale hacerle frente?

Como ya se ha señalado en más de una ocasión, la potestad sancionadora de la Administración es, como hoy se reconoce abiertamente, un elemento central dentro de las competencias de las diferentes Administraciones públicas. Ahora bien, aquello no quiere decir que toda repartición pública tenga dicha potestad. Es más, y dentro de contextos como el del derecho a una buena administración, lúcidamente trabajado por autores como Jaime Rodríguez Arana¹, entre otros; y lo señalado en contextos como los de “constitucionalización del Derecho” (en las expresiones directas de las cuales hablaba Favoreu², y muy especialmente cuando se refiere a los efectos de la denominada “constitucionalización transformación”³), constitucionalización de la política y convencionalización del Derecho, no basta con encontrarse habilitado para ejercer potestad sancionadora, sino que dicha potestad debe ejercerse dentro de ciertos parámetros (destacando entre ellos el ya mencionado principio de legalidad (juricidad), y elementos vitales como los

1 Jaime Rodríguez-Arana, “Sobre el derecho fundamental a la buena administración y la posición jurídica del ciudadano”, *A&C Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Año 2, N° 10 (2002).

2 Louis Favoreu, “La Constitucionalización del Derecho”, *Revista de Derecho*, volumen XII (1982).

3 Allí Favoreu hace referencia a que las diferentes disciplinas jurídicas (como, por ejemplo, el Derecho Administrativo), y las instituciones que son regulados por estas disciplinas (las Administraciones Públicas, por citar un caso) deben ser comprendidas de acuerdo con parámetros, principios, valores y demás disposiciones que contiene un texto constitucional.

de tipicidad, taxatividad y proporcionalidad. Además de ello, resulta indispensable la debida motivación de lo decidido, el cumplimiento de pautas de procedimiento y competencia, por solamente mencionar ciertos aspectos. Lo otro es abrir la puerta al abuso y a la barbarie.

Ahora bien, lamentablemente es necesario anotar como en el Perú el inicial tratamiento dado a la potestad sancionadora de la Administración fue diverso y disperso. Es recién la Ley 27444 Ley del Procedimiento Administrativo General, un primer esfuerzo por establecer pautas comunes al respecto, aplicables al grueso de situaciones en las cuales puede ejercerse esta potestad, aunque no se descartaba la posibilidad de que existan regulaciones especiales al respecto. En aquellos supuestos especiales, las pautas de la Ley 27444 se aplicarían de manera supletoria.

Justo es resaltar que el tratamiento de esta materia en el primer texto de la Ley 27444 no estuvo exento de algunos problemas e imprecisiones, muchas de ellas al parecer resueltas con las modificaciones introducidas a la Ley 27444 en diciembre de 2016. Sin embargo, desafortunadamente, en esa época también podía apreciarse que ciertas entidades públicas, en vez de buscar un tratamiento unificado sobre la materia, consiguieron desde los Gobiernos y Congresos de turno que se les habilite el desarrollo de potestades sancionadoras propias, siendo por lo menos discutible que cuenten con coyuntura constitucional específica para ello. Y como si lo expuesto no fuese suficiente, muchas reparticiones públicas no entendían que le era aplicable el procedimiento general, o no contaban con aquellas potestades sancionatorias que deberían guiar el ejercicio de esta potestad. En ese contexto se intentará hacer entender lo sucedido al respecto, y podrá apreciarse cómo el Tribunal Constitucional peruano, desafortunadamente, perdió recientemente una oportunidad de darle racionalidad a esta materia.

Pasaré entonces a consignar la gravedad de lo recogido en el caso peruano para luego emitir una opinión, y luego anotar cómo se trata de hacer lo planteado y lo que busca hacerse plantar a nivel de la Contraloría General de la República en particular, entidad cuyo actual presidente y principales cuadros técnicos me merecen el mayor respeto, pues constato en ellos una sincera preocupación por hacer frente a casos de corrupción con las mejores y más eficaces cartas posibles, salvo mejor parecer.

3. El escenario de lo previsto hoy a nivel de la potestad sancionadora de la Administración en el Perú. Luces y sombras sobre el particular

Debemos partir por señalar que la Ley de Procedimiento Administrativo General ("LPAG"), ya desde su texto original del año 2001, establecía dos procedimientos especiales, los cuales eran a saber los siguientes:

- a. *El procedimiento administrativo trilateral*: Este se encontraba regulado entre los artículos 219 al 228 de dicha ley, y es definido por la norma como el procedimiento administrativo contencioso seguido entre dos o más administrados ante las entidades de la Administración frente a la actuación de aquellas personas jurídicas bajo el régimen privado que prestan servicios públicos o ejercen función administrativa, en virtud de concesión, delegación o autorización del Estado, conforme a la normativa de la materia.
- b. *El procedimiento administrativo sancionador*: Este se encontraba regulado entre los artículos 229 al 237 de dicha ley, los cuales buscaban establecer pautas sobre la facultad que se atribuye a cualquiera de las entidades administrativas para establecer infracciones administrativas y las consecuentes sanciones a los administrados.

Ahora bien, es posible identificar que la regulación del procedimiento administrativo sancionador en la Ley 27444 aborda hasta hoy dos subcapítulos: i) La potestad sancionadora; y, ii) El ordenamiento del procedimiento sancionador.

Al respecto, debo inicialmente enfocar mi análisis en el primero de estos subcapítulos, en el cual se establecía, en primer lugar, una serie de principios que deben ser aplicados por las entidades administrativas en todo procedimiento administrativo sancionador, los cuales se encontraban recogidos en el artículo 230 de la norma antes mencionada.

Asimismo, podía verificarse, en su artículo 231, una serie de pautas para la determinación del órgano competente, estableciéndose que el ejercicio de la potestad sancionadora corresponde a las autoridades administrativas a quienes les hayan sido expresamente atribuidas por disposición legal o reglamentaria, sin que pueda asumirla o delegarse en órgano distinto.

Por otro lado, en el artículo 232 se regulaban las características de la determinación de responsabilidad, donde debe tomarse en cuenta que las sanciones administrativas que se impongan al administrado son

compatibles con la exigencia de la reposición de la situación alterada por el mismo a su estado anterior, así como con la indemnización por los daños y perjuicios ocasionados, siendo estos últimos determinados en el proceso judicial correspondiente.

Finalmente, el artículo 233 de la Ley 27444 regulaba lo relacionado a la prescripción de la potestad sancionadora de las entidades de la Administración Pública.

3.1 Análisis de lo previsto en el texto original de la Ley 27444

Una revisión de lo previsto en el texto original de la Ley 27444 permitía comprobar la intención de crear una regulación sistemática del procedimiento sancionador. Con dicha regulación se buscaba contar con un instrumento para introducir correcciones en el desarrollo de la actividad administrativa, y a la vez, proporcionar a quienes se considerasen como infractores la posibilidad de ejercer su derecho de defensa y controlar la labor de la Administración Pública en este tipo de tareas. Sin embargo, un análisis de la norma permite verificar algunas críticas que desarrollaré a continuación.

En primer lugar, es necesario entender que estas pautas eran también aplicables, por lo menos supletoriamente, a procedimientos recogidos en otras normas, como, por citar un caso, las de carácter tributario. Sin embargo, ello no se expresaba de forma clara dentro de la anterior regulación, lo cual en los hechos abrió un espacio para la libre actuación de entidades que buscaban aplicar una regulación contraria a lo establecido por la LPAG.

Asimismo, podía verificarse la necesidad de efectuar algunos ajustes en lo previsto en algunos principios de la potestad administrativa sancionadora. Así, por ejemplo, parecía conveniente, si de debido procedimiento se hablaba, precisar también que se violaba dicho debido procedimiento en los casos en los cuales, cuando se regulaba el ejercicio de la potestad sancionadora, no se encontraba presente una necesaria separación entre su fase instructora y su fase sancionadora, las cuales debían ser asignadas a autoridades diferentes.

Por otra parte, era relativamente fácil comprobar la necesidad de mejorar los criterios utilizados para graduar sanciones, pues en el caso del principio de razonabilidad, es posible sostener la conveniencia de referirse a un beneficio ilícito resultante por la comisión de infracción, y no quedarse un más genérico “beneficio ilegalmente obtenido”.

En lo vinculado a tipicidad, y al igual que se debatía en el Derecho comparado, podía plantearse mejor la discusión sobre la necesidad de tipificar o no infracciones y establecer sanciones por vía reglamentaria, siempre y cuando esta posibilidad no sea empleada para establecer obligaciones sin un respaldo legal o reglamentario previo. Asimismo, debía anotarse que, a tal caso, tampoco cabía acogerse a esta posibilidad si la misma lleva a incurrir en una vulneración del *non bis in idem* con una nueva tipificación de infracciones con idéntico supuesto de hechos o idéntico fundamento a las de aquellos delitos o faltas ya establecidas en las leyes penales o ya previstas en las infracciones tipificadas en otras normas administrativas sancionadoras. Todo ello, como bien puede comprobarse, no se encontraba señalado expresamente en la norma que estamos analizando.

Y es que era precisamente en el tratamiento del *non bis in idem* en la LPAG donde probablemente más se ameritaba introducir algunas importantes correcciones, señalando, con claridad, por ejemplo, cuándo existe identidad de fundamento. Así, podía haberse aclarado que hay identidad de fundamento cuando la infracción penal o administrativa mediante la cual se castigó con la pena o sanción correspondiente tutela el mismo bien jurídico frente al mismo riesgo que el de la infracción que se está considerando. También hay identidad de fundamento si, encontrándose diferencias entre los bienes jurídicos protegidos o los riesgos contemplados, esas diferencias no se refieren a aspectos con entidad para justificar una doble punición.

Por último, mención especial merece el tratamiento que se había dado al principio de culpabilidad. Y es que, para optarse por una responsabilidad administrativa subjetiva, o por una objetiva, era necesario reconocerle al principio de culpabilidad un tratamiento propio, independientemente de lo previsto en el ámbito penal, con todo lo que ello involucraba. Las imprecisiones expuestas favorecieron a la existencia de una regulación diversa de la potestad sancionadoras en diversas entidades públicas, incluso cuando ello en rigor tenía una necesidad muy discutible, tal como se apreciará a continuación.

3.2 La Potestad Sancionadora en diversas Instituciones Públicas peruanas

Debo iniciar esta sección anotando que el Estado peruano cuenta con diversos tipos de instituciones. En ese sentido, resulta también necesario tener en cuenta que en nuestro medio existen, sobre todo si estamos ante el ejercicio de un servicio público, una importante cantidad de actividades reguladas o supervisadas

por diversos organismos públicos, todos ellos adscritos a diferentes entidades ubicadas dentro de, fundamentalmente, el Gobierno nacional o Poder Ejecutivo nacional.

Al respecto, la Ley 29158, Ley Orgánica del Poder Ejecutivo, presenta dos tipos distintos de Organismos Públicos Especializados:

- a. Organismos Reguladores
- b. Organismos Técnicos Especializados

Los Organismos Reguladores se crean para actuar en ámbitos especializados de regulación de mercados, asegurando cobertura de atención en todo el territorio nacional. Asimismo, definen sus lineamientos técnicos, objetivos y estrategias bajo la política general del gobierno de turno, encontrándose adscritos a la Presidencia de Consejo de Ministros.

En esa misma línea de pensamiento, debe tenerse presente que la Ley 27332 – Ley Marco de los Organismos Reguladores de la Inversión Privada en los Servicios Públicos, desarrolla la estructura y funcionamiento de diversas instituciones públicas que supervisan, regulan, norman y resuelven controversias y reclamos en materia de telecomunicaciones, energía, transporte público y servicios de saneamiento. Todas ellas se encuentran adscritas a la Presidencia del Consejo de Ministros.

En el caso peruano, hoy encontramos los siguientes organismos reguladores:

Actividad	Organismo	Adscrito
Promueve el desarrollo de más y mejores servicios públicos de telecomunicaciones, integrando al país en un marco de inclusión, libre competencia y protección de los derechos de los usuarios. Asimismo, establece el marco normativo y regulatorio que deben seguir las empresas operadoras y provee los mecanismos adecuados para la solución de controversias entre empresas y reclamos de los usuarios.	OSIPTEL - Organismo Supervisor de la Inversión Privada en Telecomunicaciones	Presidencia del Consejo de Ministros
Regula el comportamiento de los mercados y supervisa las condiciones de prestación del servicio de infraestructura de transporte de uso público, en beneficio de los usuarios, los inversionistas y del Estado en el ámbito de su competencia.	OSITRAN - Organismo Supervisor de la Inversión en Infraestructura de Transporte de Uso Público	Presidencia del Consejo de Ministros
Contribuye a la prestación de servicios de agua potable y saneamiento, garantizando al usuario que los servicios se den en las mejores condiciones de calidad. Asimismo, establece las condiciones generales de la prestación del servicio promoviendo la conservación y el uso racional del recurso hídrico y del medio ambiente en las 50 empresas Prestadoras de Servicios de Saneamiento (EPS), a las cuales se encarga de fiscalizar.	SUNASS - Superintendencia Nacional de Servicios de Saneamiento	Presidencia del Consejo de Ministros
Es la institución pública encargada de regular y supervisar que las empresas del sector eléctrico, hidrocarburos y minero cumplan las disposiciones legales de las actividades que desarrollan.	OSINERGMIN - Organismo Supervisor de la Inversión en Energía y Minería	Presidencia del Consejo de Ministros

Por otro lado, Los Organismos Técnicos Especializados, en cambio, se crean por excepción, cuando se necesita planificar y supervisar, o ejecutar y controlar, políticas de Estado de largo plazo que requieren un alto grado de independencia funcional. En muchos casos, estas entidades se encuentran adscritas a ministerios distintos a la Presidencia del Consejo de Ministros. Dentro de esta categoría encontramos las siguientes entidades:

Actividad	Organismo	Adscrito
Promueve el cumplimiento de la normativa de contrataciones del Estado peruano, mejora las prácticas en los procesos de contratación de bienes, servicios y obras por parte de este, contribuyendo a mejorar el acceso al mercado estatal y a elevar la calidad del gasto público. Asimismo, se encarga de operar y administrar el Registro Nacional de Proveedores (RNP) y el Sistema Electrónico de Contrataciones del Estado (SEACE).	OSCE - Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado	Ministerio de Economía y Finanzas

Actividad	Organismo	Adscrito
Promueve y regulariza que las actividades económicas en el Perú se desarrollen en equilibrio con el derecho de las personas a gozar de un ambiente sano. Para ello, se encarga de la evaluación, supervisión, fiscalización y sanción en materia ambiental, así como de la aplicación de los incentivos en los sectores de minería, energía, pesquería e industria.	OEFA - Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental	Ministerio del Ambiente

Por otra parte, conviene tener presente que, en el caso peruano, al igual que en otros países, existen actividades que se encuentran regidas por organismos públicos denominados “superintendencias”, y todas ellas (como los reguladores y los organismos técnicos) se encuentran adscritas a distintas instancias del Poder Ejecutivo o Gobierno.

Esas superintendencias, como los casos anteriormente reseñados, son órganos formalmente adscritos al Poder Ejecutivo o Gobierno, pero se encuentran dotados de autonomía, funcional, económica, presupuestal y administrativa. En el Perú, tienen carácter de superintendencia las siguientes:

Actividad	Superintendencia	Adscrito
Se encarga de administrar, aplicar, fiscalizar y recaudar los aranceles y tributos del Gobierno Central que fije la legislación aduanera, Tratados y Convenios Internacionales y demás normas que rigen la materia, y otros tributos cuya recaudación se le encomienda; así como la represión de la de la defraudación de Rentas de Aduana y del contrabando, la evasión de tributos aduaneros y el tráfico ilícito de bienes.	SUNAT - Superintendencia Nacional de Aduanas y de Administración Tributaria	Ministerio de Economía y Finanzas
Se encarga de planificar, organizar, normar, dirigir, coordinar y supervisar la inscripción y publicidad de los actos y contratos en los Registros Públicos que integran el Sistema Nacional de los Registros Públicos.	SUNARP - Superintendencia Nacional de los Registros Públicos	Ministerio de Justicia y de Derechos Humanos
Se encarga de dictar y supervisar y promover las normas legales que regulan las materias de mercados de valores, mercados de productos y sistemas de fondos colectivos. Asimismo, supervisa el cumplimiento de las normas internacionales de auditoría por parte de las sociedades auditoras habilitadas por un colegio de contadores públicos del Perú, para lo cual puede impartir disposiciones de carácter general concordantes con las referidas normas internacionales de auditoría y requerirles cualquier información o documentación para verificar tal cumplimiento.	SMV - Superintendencia del Mercado de Valores	Ministerio de Economía y Finanzas
Se encarga de registrar, autorizar, supervisar y regular a las instituciones administradoras de fondos de aseguramiento e salud así como supervisar a las instituciones prestadoras de servicios de salud en el ámbito de su competencia. Asimismo, supervisa que el valor de las prestaciones y contraprestaciones de los servicios proteja los intereses de los asegurados.	SUSALUD - Superintendencia Nacional de salud	Ministerio de Salud
Controlar, administrar, supervisar, fiscalizar, normar y sancionar las actividades en el ámbito de los servicios de seguridad privada, fabricación y comercio de armas, municiones y conexos, explosivos y productos pirotécnicos de uso civil. Ello de conformidad con la Constitución Política del Perú, los tratados internacionales y la legislación nacional vigente. En esta materia, comprende también la facultad de autorizar el uso de dichas armas.	SUCAMEC - Superintendencia Nacional de control de Servicios de seguridad, Armas, Municiones y Explosivos de Uso Civil	Ministerio del Interior

Actividad	Superintendencia	Adscrito
Se encarga de administrar, coordinar, controlar, supervisar y fiscalizar los actos de disposición de la propiedad estatal. También está habilitada para celebrar convenios con entidades del sector Público o del Sector Privado nacionales con el propósito de desarrollar proyectos de mejora relacionados con los bienes de propiedad estatal.	SBN - Superintendencia Nacional de Bienes Estatales	Ministerio de Vivienda, construcción y Saneamiento
Se encarga de promover y vigilar las normas laborales. También es competente para aprobar las políticas institucionales en materia de inspección del trabajo, en concordancia con las políticas nacionales y sectoriales de su competencia.	SUNAFIL - Superintendencia Nacional de Fiscalización Laboral	Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo
Administra, supervisa y fiscaliza el control migratorio; controla la emisión de documentos de viaje a ciudadanos nacionales y extranjeros, y el otorgamiento de la nacionalidad que contribuye a la seguridad y el desarrollo del país.	Superintendencia Nacional de Migraciones	Ministerio del Interior
Se encarga de aprobar o denegar las solicitudes de licenciamiento de las universidades. Supervisa en el ámbito de su competencia la calidad de la prestación del servicio educativo. Determina sanciones e infracciones.	SUNEDU - Superintendencia Nacional de Educación Superior Universitaria	Ministerio de Educación

La mención a todas estas instituciones deviene en relevante para nuestro tema, pues debe tomarse en cuenta que dichas entidades han reclamado e incluso vienen ejerciendo poseer potestad sancionadora, por lo que muchas de ellas presentan una regulación propia y específica en relación con dicha potestad, la cual, en cierto caso, se alega que se encuentra fuera de lo establecido por la Ley 27444.

Ahora bien, corresponde, luego de haber analizado la naturaleza de las instituciones mencionadas *supra*, plantear las siguientes interrogantes: ¿la potestad sancionadora de dichas instituciones públicas (organismos constitucionalmente autónomos o reparticiones del gobierno de turno) cuenta con cobertura constitucional o convencional? Luego de ello, y en caso exista cobertura constitucional para ejercer dicha potestad, ¿esta atribución se encuentra plasmada con estricto respeto a parámetros constitucionales?

Para lograr esbozar respuestas sobre el particular, corresponde analizar la regulación específica de algunas instituciones públicas, análisis que pasamos a desarrollar a continuación.

3.2.1 Contraloría General de la República

De acuerdo con el artículo 82 de la Constitución peruana de 1993, la Contraloría General de la República es una entidad descentralizada de Derecho Público que goza de autonomía conforme a su ley orgánica. Asimismo, dicho artículo señala que es el órgano superior del Sistema Nacional de Control, el cual supervisa la legalidad de la ejecución del Presupuesto del Estado, de las operaciones de la deuda pública y de los actos de las instituciones sujetas a control.

En el caso de la Contraloría, es posible identificar una regulación propia del procedimiento administrativo sancionador con relación a: i) la potestad sancionadora por infracciones al ejercicio de control; y, ii) la potestad sancionadora por responsabilidad administrativa funcional.

a) Potestad sancionadora por infracciones al ejercicio de labores de control

El 21 de marzo de 2015 se publicó en el Diario Oficial El Peruano el Reglamento de Infracciones y Sanciones, Resolución de Contraloría 134-2015-CG, el cual regulaba el procedimiento administrativo sancionador respecto de las infracciones al ejercicio de control.

El artículo 1 señalaba que la finalidad de dicho Reglamento se encuentra en la regulación del procesamiento, criterios y requisitos para la aplicación de la potestad para sancionar por infracciones al ejercicio del control gubernamental. Por otro lado, su artículo 2 establecía los sujetos a los que alcanza dicha norma, mientras que su artículo 3 definía a la infracción como todo acto u omisión que se encuentre tipificado en el artículo 42° de la Ley N° 27785 – Ley Orgánica del Sistema Nacional de Control y de la Contraloría General de la República, y especificado en el presente Reglamento, así como en otras normas legales cuyo

incumplimiento corresponda sancionar a la Contraloría, distintas a las que se encuentran en el ámbito de la potestad sancionadora en materia de responsabilidad administrativa funcional.

Posteriormente, a partir del Título II se regulaba cómo se entendía la materialización la competencia para el ejercicio de la potestad sancionadora, así como las funciones de la Autoridad Instructora y la Autoridad Sancionadora, lo cual permitiría identificar la división dentro del procedimiento administrativo sancionador que establece la LPAG. Por otro lado, a partir del Título III es posible encontrar la regulación sobre las fases del procedimiento, así como lo relacionado al desarrollo mismo de dicho procedimiento administrativo sancionador.

b) Potestad sancionadora por responsabilidad administrativa funcional

El 5 de abril de 2018 se publicó en el diario oficial *El Peruano* el Reglamento de infracciones y sanciones para la determinación de la responsabilidad administrativa funcional derivada de los informes emitidos por los órganos del Sistema Nacional de Control, Resolución de Contraloría 100-2018-CG, la cual regulaba el procedimiento administrativo sancionador respecto de la responsabilidad administrativa funcional.

En el artículo 1 se señalaba cuál es el objeto de dicho Reglamento, mientras que en el artículo 2 anotaba el ámbito objetivo y subjetivo de aplicación de la potestad sancionadora de la Contraloría en materia de responsabilidad funcional. Debe tomarse en cuenta que el artículo 5 establecía que la potestad sancionadora de la Contraloría constituye un régimen especial que prevalece frente a otras competencias concurrentes en el ámbito administrativo, de modo que dicha prevalencia determina un impedimento para que las entidades inicien procedimientos para el deslinde de responsabilidad, por los mismos hechos y respecto de los mismos sujetos comprendidos en el procedimiento sancionador a cargo de la Contraloría, cualquiera sea la naturaleza y el fundamento de aquellos.

Por otro lado, debe tomarse en cuenta que los artículos 6, 7, 8, y 9 de dicha Resolución tipificaban las diversas infracciones que dan lugar al procedimiento administrativo sancionador. En el artículo 10, 11 y 12 se recogían las posibles sanciones que puede determinar la Contraloría.

c) Análisis sobre la potestad sancionadora atribuida a la Contraloría General de la República del Perú

c.1 Consideraciones generales

En nuestro país, tal como se ha podido desarrollar *supra*, la función de control del ejercicio de las competencias asignadas a las distintas entidades de la Administración requiere de una cierta especialización cuando el control tiene como objetivo concreto la supervisión del buen manejo económico y financiero de los recursos del Estado, así como la correcta ejecución del presupuesto público. Dicha actividad resulta de vital importancia en un Estado Constitucional, pues el control de la correcta ejecución del presupuesto supone verificar que los recursos públicos se encuentren destinados satisfacer las necesidades de las personas, de la manera más eficiente posible.

En el Perú, esta necesidad es cubierta a través del denominado “Sistema Nacional de Control”, el cual se encuentra integrado tanto por la Contraloría General de la República, como por las unidades orgánicas responsables de la función de control gubernamental de cada entidad, y, en algunos casos, también por las sociedades de auditoría externa independiente.

En concreto, la Contraloría General de la República es un organismo constitucionalmente autónomo, al cual la Constitución, en el artículo 82, ha designado como la entidad rectora del Sistema Nacional de Control. En esa misma línea de pensamiento, la Ley 27785 reconoce a la Contraloría General de la República como el ente técnico rector del sistema de control en el país. En ese sentido, se le reconoce como una autoridad técnico-normativa a nivel nacional que dicta las normas y establece los procedimientos relacionados con el ámbito de control económico y financiero del Estado, coordina su operación técnica y es responsable de su correcto funcionamiento en el marco de las normas aplicables. Dicho de otra forma, la Contraloría General de la República constituiría lo que a nivel internacional se denomina una Entidad Fiscalizadora Superior, es decir, el órgano que detenta la más importante función de fiscalización o de auditoría económica-financiera del Estado.

En ese sentido, la Contraloría General de la República cuenta con las competencias típicas de toda Entidad Fiscalizadora Superior, tal como puede verificarse de la revisión del artículo 22 de la Ley 27785, entre las cuales se encuentran: acceder en cualquier momento y sin limitación a los registros, documentos e información de las distintas entidades de la administración; ordenar que los órganos del Sistema Nacional de Control realicen las acciones de control que considere pertinentes; supervisar y garantizar el cumplimiento

de las recomendaciones que se deriven de los informes de control; ejercer el control de desempeño de la ejecución presupuestal; entre otras.

Dichas competencias se enmarcan en aquellas que han sido reconocidas como las tradicionales que detenta una Entidad Fiscalizadora Superior, tal como reconoce la Declaración de Lima sobre las líneas básicas de fiscalización: a) facultades de investigación, b) facultad de Ejecución de las verificaciones de control, y c) facultad de actividad pericial.⁴ En ese sentido, las competencias reconocidas a la Contraloría General de la República pueden enmarcarse en cualquiera de esas tres, además de aquellas competencias que se encuentran referidas a la gestión de la propia entidad.

Con ello queda en evidencia que el ámbito de competencias de la Contraloría se encuentra referido, principalmente, a la fiscalización y a las acciones de control que estime necesarias para vigilar que los recursos del Estado sean empleados de la forma más eficiente posible y dentro del marco jurídico vigente, asegurando una correcta ejecución del presupuesto público que permita el cumplimiento de los fines del Estado, entre los cuales se encuentra, sin duda, la satisfacción de las necesidades de la población, y, por tanto, la efectiva vigencia de sus derechos fundamentales.

Sin embargo, esta tradicional asignación de competencias con las que cuenta una Entidad Fiscalizadora Superior no evitó que, en atención a en ese entonces alegadas exigencias de la realidad, se considere pertinente atribuirle alguna otra competencia inicialmente no prevista, la cual se decía que contribuiría al fortalecimiento de su rol de control especializado. Ese es el caso de la potestad sancionadora que se le ha encomendado a la Contraloría, a través de la Ley 29622.

Con el otorgamiento de dicha competencia, se le reconoció a la Contraloría General de la República la facultad de iniciar procedimientos administrativos sancionadores e imponer sanciones a aquellos funcionarios y servidores públicos que hubieran incurrido en responsabilidad administrativa de carácter funcional. Esta opción por otorgar potestad sancionadora funcional a entidades como la Contraloría General de la República, no es exclusiva de nuestro país, la misma ha sido acogida en otros países de la región como Chile o Ecuador, por citar algunos ejemplos, pero que, justo es, responder a diseños constitucionales diferentes al peruano y al de la mayoría de nuestros países.

Al respecto, debe entenderse a que la función preponderante y más bien propia que ejerce la Contraloría General de la República es la función contralora, a través de las llamadas acciones de control. Mediante dichas acciones se pueden identificar actos de corrupción o inconductas funcionales que inciden directamente en la correcta ejecución del presupuesto público y con el erario nacional. Sin embargo, la función de control no se agota necesariamente en la identificación de un hecho que resulte contrario al ordenamiento jurídico vigente en materia económico-presupuestaria, sino que también implica la posibilidad de adoptar medidas represivas de dichos hechos que desincentiven la comisión de estos y que aseguren la eficacia de las normas, no solo las de carácter general, sino también de aquellas de carácter técnico emitidas por la propia entidad contralora. Es por ello por lo que para muchos no resulta ilegítimo que la Contraloría General de la República cuente con la posibilidad de imponer sanciones, pues ello, en principio, puede fortalecer la eficacia de la función de control que le ha sido encomendada.

Más aún si se tiene en cuenta que, dada la alta especialización que requieren las labores encargadas a la Contraloría General de la República, para muchos resulta conveniente que la misma sea la encargada de adoptar las medidas de sanción en relación con las irregularidades que hubiera detectado, pues se trata de la entidad administrativa más calificada para evaluar la gravedad de los actos que identificados y de adoptar las medidas sancionadoras adecuadas con relación a la infracción cometida. Sin embargo, cabe preguntarse si es técnicamente constitucional (o, por lo menos, conveniente y oportuna esa mezcla de funciones. Por ende, no debería perderse de vista una comprensión convencionalizada del tema, en función a las responsabilidades asumidas, mediante tratados y su interpretación vinculante por el Estado peruano en lo referido a la lucha contra el fenómeno de la corrupción.

En este escenario también se hace necesario tener presente que debemos definir los alcances de la potestad sancionadora de carácter funcional o disciplinaria, la cual se refiere a aquella potestad sancionadora ejercida con la finalidad de proteger la organización y funcionamiento de la administración, así como garantizar la probidad de los funcionarios de la administración.⁵

4 Declaración de Lima sobre las líneas básicas de fiscalización (1977). Apartado IV: Facultades de las Entidades Fiscalizadoras Superiores.

5 Eduardo García de Enterría y Tomás Ramón Fernández, *Curso de derecho administrativo*, Tomo II (Lima, Palestra, 2011), 1070-1071.

Ahora bien, conviene también tener presente que, en el marco de la aplicación del principio de legalidad, el cual, en la medida en que nos encontramos en un Estado Constitucional, debe ser entendido también como principio de actuación conforme a la constitucionalidad, en tanto la administración se encuentra sujeta a la Constitución y a las leyes, las potestades de la administración deben encontrarse, en principio, expresamente previstas por la ley, o, en todo caso, desprenderse de ellas como competencias implícitas.

En ese sentido, a través de la Ley 29622 se ha dotado a la Contraloría General de la República de la potestad para sancionar a aquellos servidores y funcionarios públicos que incurran en responsabilidad administrativa funcional. Dicho tipo de responsabilidad es definida por la Novena disposición Final de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Control, la cual define la responsabilidad administrativa funcional en los siguientes términos:

“Es aquella en la que incurren los servidores y funcionarios por haber contravenido el ordenamiento jurídico administrativo y las normas internas de la entidad a la que pertenecen, se encuentre vigente o extinguido el vínculo laboral o contractual al momento de su identificación durante el desarrollo de la acción de control.

Incurren también en responsabilidad administrativa funcional los servidores y funcionarios públicos que, en el ejercicio de sus funciones, desarrollaron una gestión deficiente, para cuya configuración se requiere la existencia, previa a la asunción de la función pública que corresponda o durante el desempeño de la misma, de mecanismos objetivos o indicadores de medición de eficiencia”.

En otras palabras, la responsabilidad administrativa funcional se encontraría íntimamente vinculada al ejercicio de la función administrativa encomendada a cada servidor o funcionario público. De este modo, se incurriría en responsabilidad cuando, a propósito del ejercicio del cargo se vulnera el marco normativo, o, cuando pese a actuar dentro de lo prescrito por el ordenamiento jurídico, el funcionario o servidor público desarrolla sus funciones de manera deficiente⁶.

Ahora bien, para muchos el reconocimiento de que los funcionarios y servidores públicos pueden incurrir en esta responsabilidad particular encuentra en el Perú su fundamento normativo en la propia Constitución peruana vigente. Así, en su artículo 39 se prescribe que “Todos los funcionarios y trabajadores públicos se encuentran al servicio de la Nación”, con lo cual se determina que su actuar debe encontrarse encaminado a la consecución del interés público. Asimismo, sus artículos 40 y 41 encomiendan al legislador regular el régimen de responsabilidad de los servidores y funcionarios públicos. Para otros, el sustento es convencional, en mérito a tratados suscritos por el Estado peruano.

De otro lado, si bien es cierto que la potestad administrativa sancionadora, respecto a la responsabilidad administrativa de carácter funcional, también es tratada por otras normas que regulan la actividad de los servidores y funcionarios públicos, tales como el Decreto Legislativo 276, la Ley 30057, o el Texto Único Ordenado de la Ley 27444, por solamente señalar algunos ejemplos. Sin embargo, en este caso en específico, y en razón a la labor especializada que ejerce la Contraloría General de la República, cobra relevancia que esta entidad cuente también con un régimen sancionador propio que fortalezca su rol como Entidad Fiscalizadora Superior.

De este modo, y a través de la Ley 29662, se reconocía a la Contraloría General de la República una doble función: De un lado una función preventiva, pues busca disuadir a los funcionarios y servidores públicos de incurrir en alguna causa de responsabilidad administrativa. Y de otro lado, una función punitiva, pues se dispondrá una sanción efectiva por haber incurrido en alguno de los supuestos de responsabilidad. Para muchos, que una Entidad Fiscalizadora Superior cuente con dicha competencia, no implica necesariamente una desnaturalización de sus funciones, sino que responde a que, en tanto cuenta con una función de control especializada, puede advertir determinadas irregularidades que otras entidades no podrían. Por tanto, cuenta con los conocimientos técnicos adecuados para determinar si la irregularidad advertida amerita una sanción y de qué índole. Finalmente, probablemente sólo de esta manera se puedan atender las obligaciones internacionales asumidas por el Estado peruano ante temas como el de la lucha contra la corrupción, o el combate al crimen organizado. Aun asumiendo la existencia de un sustento convencional para esa potestad, no dejan de ser problemas centrales los de la legalidad (y tipicidad) de las sanciones a imponerse, así como su taxatividad y proporcionalidad.

6 Erika García Cobián, “Análisis de constitucionalidad de la facultad de la Contraloría General de la República para sancionar por responsabilidad administrativa funcional y su relación con el principio del *ne bis in idem*” (Tesis para optar el grado académico de Magister en Derecho Constitucional. Pontificia Universidad Católica del Perú, Escuela de Posgrado. Lima, 2014), 28 y 42. http://tesis.pucp.edu.pe/repositorio/bitstream/handle/123456789/5509/GARCIA_COBIAN_CASTRO_ERIKA_ANALISIS_CONSTITUCIONALIDAD.pdf?sequence=1&isAllowed=y

c.2 Legalidad y tipicidad de las sanciones administrativas

Ahora bien, el reconocer que una entidad de la administración cuenta con competencias para ejercer la potestad sancionadora, no implica que esta pueda hacerlo de cualquier manera. Tal como se ha señalado, en un Estado Constitucional, el ejercicio de las competencias asignadas a toda entidad de la administración debe sujetarse a lo previsto por la Constitución y el ordenamiento jurídico en su conjunto. En concreto, la potestad administrativa sancionadora, en tanto y en cuanto supone una posible incidencia negativa en la situación jurídica de un individuo, debe ejercerse de manera legítima, con respeto de los derechos fundamentales y de los principios que informan el Derecho administrativo sancionador reconocidos por nuestro ordenamiento jurídico.

Así, debe atenderse a que las medidas sancionatorias que pueda imponer la Contraloría General a cualquier funcionario o servidor público debe ser el resultado de un procedimiento administrativo sancionador dentro del cual se respete el debido procedimiento, tal como ha reconocido este Tribunal Constitucional (STC 4289-2004-AA/TC, f.j. 2 y 3; STC 0023-2005-AI/TC, f.j. 4), y a nivel Interamericano, la Corte IDH, de acuerdo al caso Ricardo Baena y otros v. Panamá.

Asimismo, la potestad otorgada a la Contraloría General de la República para imponer sanciones a los servidores y funcionarios públicos no puede desconocer que, entre otros, debe respetar los principios de legalidad y tipicidad. Así, el artículo 2, inciso 24, literal d) de la Constitución establece que "Nadie será procesado ni condenado por acto u omisión que al tiempo de cometerse no esté previamente calificado en la ley, de manera expresa e inequívoca, como infracción punible; ni sancionado con pena no prevista en la ley". Si bien dicha disposición, inicialmente puede entenderse como referida al ámbito penal, debe ser interpretada en la medida en que se refiere a la potestad sancionadora del Estado en general, lo que incluye también la potestad para imponer sanciones ante faltas o inconductas de carácter administrativo.

A mayor abundamiento, el inciso 1 del artículo 246 del Texto Único Ordenado de la Ley 27444, establece que el principio de legalidad es un principio de la potestad administrativa sancionadora. Asimismo, el artículo 9, literal f) de la Ley 27785, establece que las competencias de control por parte de Contraloría se rigen por el principio de legalidad. Del mismo modo, el artículo 51 de la Ley 29662 dispone que el procedimiento para imponer sanciones por responsabilidad administrativa funcional se encuentra sujeto a los principios de legalidad y debido proceso.

Conviene entonces tener presente que el principio de legalidad en el marco de la potestad administrativa sancionadora se haya referido a que debe observarse la reserva de ley: es decir, que la potestad para imponer sanciones por parte de una entidad de la Administración determinada debe encontrarse prevista por una norma con rango de ley. En ese sentido, la ley (en sentido material), debe establecer cuál es la autoridad competente para imponer la sanción, así como la determinación de qué sanción es aplicable a quien incurre en ciertos ilícitos administrativos.⁷ Esta determinación debe incluir precisiones sobre sus márgenes de aplicación, cantidad, duración, etcétera.

Del mismo modo, el principio de legalidad supone una prohibición: las infracciones y sanciones no pueden ser establecidas a través de reglamentos. Ahora bien, ello no impide que, a través de un reglamento se pueda especificar o graduar las sanciones, siempre que, a través de estos reglamentos no se creen las sanciones⁸.

En este punto, debe distinguirse entre el principio de legalidad y el de tipicidad o el de taxatividad. La tipicidad se encuentra recogida en el inciso 4 del artículo 246 del Texto Único Ordenado de la Ley 27444 como un principio de la potestad sancionadora de la administración. Este ha sido entendido como un subprincipio contenido en el principio de legalidad, el cual se encuentra referido de manera específica a que las infracciones deben encontrarse claramente determinadas por la ley, de tal forma que se pueda conocer de manera previa la conducta que acarree una sanción administrativa (STC 02192-2004-AA/TC f.j. 5, segundo párrafo; STC 00197-2010-PA, f.j. 6; STC 00156-2012-PHC, f.j. 9; STC 00206 2013-PA/TC, f.j. 17).

Así las cosas, para un cabal respeto al principio de tipicidad, debe, excepcionalmente, y siguiendo ciertos recaudos, atenderse al concepto de tipificación exhaustiva, lo cual implica observar lo siguiente:

- a) Reserva de ley para la descripción de las conductas pasibles de sanción por la administración,

⁷ Miriam Ivanega, "Consideraciones acerca de las potestades administrativas en general y de la potestad sancionadora", *Revista de Derecho Administrativo* N° 4 (2008), 116 y 117.

⁸ Richard Martin, "Nuevos rumbos del procedimiento administrativo sancionador: la reforma del procedimiento sancionador del OEFA a la luz de la Ley N° 30011", *Revista de Derecho Administrativo* N° 14 (2014): 503; Jorge Danós, "Notas acerca de la potestad sancionadora de la administración pública", *Ius et Veritas* N° 10 (1995), 153.

- b) certeza en la descripción de conductas sancionables (lo que se aprecia caso a caso),
- c) interdicción de interpretación extensiva o análoga de la conducta infractora⁹.

Ahora bien, y en línea con lo ya señalado, si bien será la ley la encargada de describir la conducta infractora, lo cual supone la proscripción de las llamadas “leyes sancionadoras en blanco”, se admite que estas puedan ser precisadas por vía reglamentaria. Así, corresponderá a la ley establecer los elementos básicos de la conducta infractora, pudiendo incluso emplear conceptos jurídicos indeterminados, siempre que los alcances de estos gocen de una cierta claridad, y puede remitir a un reglamento, la regulación de los detalles relativos a la conducta¹⁰.

En ese sentido, no se cumplirá con el principio de tipicidad si a través de la ley se remite al reglamento la descripción de la conducta, limitándose a señalar solamente, de manera genérica, que constituirá infracción cualquier contravención a los mandatos establecidos por el ordenamiento jurídico¹¹. Así, el Tribunal Constitucional ha señalado lo siguiente:

“Este principio exige la precisa definición de la conducta que la ley o norma con rango de ley considera como delito o falta, es decir, que la vaguedad en la definición de los elementos de la conducta incriminada termina vulnerando este principio. [...]” (00156-2012-PHC/TC, f. j. 9, segundo párrafo).

En las normas mencionadas anteriormente, puede verificarse que a nivel normativo se ha buscado cumplir con los principios antes señalados, correspondiendo ahora analizar si se ha velado por el respeto del principio de proporcionalidad en el caso específico de la potestad sancionadora de la Contraloría.

c.3. Principio de proporcionalidad en la potestad sancionadora

Un sector de la doctrina ha entendido que el principio de proporcionalidad se remite al principio de razonabilidad en el marco del derecho administrativo¹², principio que ha sido recogido tanto por numeral 1.4. del artículo IV del Título Preliminar de la LPAG, así como en el numeral 3 del artículo 230 de la misma norma, siendo esta última aplicable específicamente al procedimiento sancionador. Ella señala que las sanciones a ser aplicadas deberán ser proporcionales al incumplimiento calificado como infracción, debiendo observarse una serie de criterios a efectos de su graduación.

Si bien dicha norma se refiere a la obligación de las entidades administrativas de establecer sanciones proporcionales en la evaluación a su cargo en cada caso concreto, debe tomarse en cuenta que la aplicación del principio de proporcionalidad puede darse también en el plano normativo, lo cual genera que se requieran distintos grados o intensidades en la utilización de los criterios que componen el juicio de proporcionalidad, de acuerdo con el ámbito específico en que deba ser aplicado¹³. En esa línea, la doctrina nacional ha señalado que:

“(...) el principio opera en dos planos: en el normativo, de tal manera que las disposiciones generales han de cuidarse de que las sanciones que asignen a las infracciones sean proporcionales a éstas; y en el de la aplicación, de tal manera que las sanciones singulares que se impongan sean igualmente proporcionales a las infracciones concretas imputadas”¹⁴.

La doctrina colombiana ha desarrollado el juicio de proporcionalidad que debe realizar el legislador al redactar la infracción administrativa y establecer la sanción correspondiente en el marco del derecho administrativo sancionador. En relación a la tipificación de la conducta, el legislador“(...) tendrá que realizar un juicio de proporcionalidad, gozando para ello de una libertad para determinar la conducta típica que más se adecúe a las necesidades de la sociedad y que, a su mejor entender, contrarreste las actuaciones u omisiones que lesionen, o puedan lesionar, los intereses protegidos por la infracción administrativa”¹⁵.

9 Juan Carlos Morón, “Los Principios Delimitadores De La Potestad Sancionadora De La Administración Pública En La Ley Peruana”, *Advocatus* N° 13 (2005): 6-12.

10 María Gallardo, “Los principios de la potestad sancionadora. Teoría y práctica” (Madrid: Editorial IUSTEL, 2008), 45; Juan Carlos Cassagne, *Derecho Administrativo*, Tomo II. Séptima edición (Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2002), 448.

11 Danós, “Notas acerca de la potestad sancionadora...”, 153.

12 Miguel Ángel León, “El principio de proporcionalidad en el procedimiento sancionador. Metodología para la determinación de la sanción administrativa”, *Ius et Veritas* N° 38 (2009): 296.

13 José Antonio Tirado, “Principio de proporcionalidad y sanciones administrativas en la jurisprudencia constitucional”, *Revista de Derecho PUCP* N° 67 (2011), 458.

14 Ídem.

15 María Lourdes Ramírez Torrado, “Reflexiones acerca del principio de proporcionalidad en el ámbito del derecho administrativo sancionador colombiano”, *Estudios Socio-Jurídicos* N° 12 (2012): 161.

En esa línea agrega que en cuanto a la redacción de la sanción administrativa, el legislador “tendrá que tener en cuenta tanto la gravedad de la medida contemplada, los costos de aplicación que implica la sanción y otras consecuencias negativas que podrían derivarse de la misma”¹⁶, así como también deberá contemplar una clasificación de las infracciones de acuerdo con su nivel de gravedad, y paralelamente a ello, un cuadro para las sanciones de acuerdo con su gravedad, lo cual permite graduar la actuación sancionadora¹⁷.

Al respecto, la Corte Constitucional de Colombia ha señalado lo siguiente:

“(...) en cuanto al principio de proporcionalidad en materia sancionatoria administrativa, éste exige que tanto la falta descrita como la sanción correspondiente a la misma resulten adecuadas a los fines de la norma, esto es, a la realización de los principios que gobiernan la función pública. Respecto de la sanción administrativa, la proporcionalidad implica también que ella no resulte excesiva en rigidez frente a la gravedad de la conducta, ni tampoco carente de importancia frente a esa misma gravedad”¹⁸.

Por otro lado, el Tribunal Constitucional de Chile ha considerado de vital importancia la aplicación del principio de proporcionalidad en la determinación de las sanciones administrativas, el cual ha servido para establecer la prohibición de una sanción de pena privativa de la libertad ante la comisión de una falta administrativa¹⁹. Ello ha llevado a que la doctrina chilena considere que el principio de proporcionalidad en el derecho administrativo sancionador representa un “(...) límite al acotado margen de discrecionalidad que debe tener la autoridad administrativa al momento de determinar la sanción aplicable por la comisión de un ilícito administrativo”²⁰.

En el caso peruano, el Tribunal Constitucional ha señalado en su jurisprudencia que “(...) la proporcionalidad es una modalidad más de la razonabilidad (razonabilidad instrumental)”²¹, la cual “(...) exige la existencia indubitable de una conexión directa, indirecta y relacional entre causa y efecto; vale decir, que la consecuencia jurídica establecida sea unívocamente previsible y justificable a partir del hecho ocasionante del acto estatal. En consecuencia, la proporcionalidad lo será cuando la razón del efecto sea deducible de su causa, o previsible a partir de ella”²². Finalmente, el mismo Tribunal Constitucional ha señalado que “(...) supone proporción entre los medios utilizados y la finalidad perseguida. Debe existir una correlación entre la infracción cometida y la sanción a aplicar.”²³

En ese sentido, consideramos que el respeto de este principio tanto a nivel normativo como a nivel de su aplicación al caso concreto deberá ser respetado en la búsqueda de un procedimiento administrativo sancionador enmarcado dentro de los parámetros propios de un Estado Constitucional.

3.2.2 Osinergmin

El 18 de marzo de 2017 se publicó en el Diario oficial El Peruano el nuevo Reglamento de Supervisión, Fiscalización y Sanción de las Actividades Energéticas y Mineras a cargo del Organismo Supervisor de la Inversión en Energía y Minería del Perú (Osinergmin), el cual se encuentra adecuado a las disposiciones de la Ley 27444, modificada por el Decreto Legislativo N° 1272, que analizaremos más adelante. Este Reglamento se encuentra contenido en la Resolución de Consejo Directivo 040-2017-OS-CD, la cual modificó la regulación anterior contenida en las Resoluciones de Consejo Directivo N° 171-2013-OS/CD y N° 272-2012-OS/CD.

El artículo 18 de dicha regulación establece que de advertirse la existencia de indicios que hagan presumir la comisión de una infracción, el órgano instructor de Osinergmin da inicio al procedimiento administrativo sancionador, donde es necesario notificar de forma detallada los cargos que se imputan al agente supervisado.

Por otro lado, el artículo 19 de la resolución de Consejo Directivo 040-2017-OS-CD asegura el respeto del derecho de defensa y a la prueba del agente supervisado, quien puede realizar desde el inicio del procedimiento administrativo sancionador sus descargos y ofrecer los medios probatorios que considere

16 Ramírez Torrado, “Reflexiones acerca del principio de proporcionalidad...”, 162.

17 Ramírez Torrado, “Reflexiones acerca del principio de proporcionalidad...”, 164.

18 CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. C-125/2003.

19 TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE CHILE. considerandos 20° de las sentencias roles Nos. 787, de 2007; 797, de 2008; 825, de 2008; 829, de 2008 y 1.276, de 2009.

20 CORDERO, Eduardo. *Los principios que rigen la potestad sancionadora de la administración en el derecho chileno*. En: Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso. 2011, p. 425.

21 TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL PERÚ. Expediente 090-2004-AA/TC.

22 Ídem.

23 TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL PERÚ. Expediente 1767-2007-AA/TC. En el mismo sentido, puede verse la sentencia recaída en el expediente 3951-2007-AA/TC.

pertinentes. Sin embargo, la etapa que realmente permite el desarrollo de los argumentos del agente supervisado se encuentra luego de la emisión del informe final realizado por el órgano instructor, el en que se propone al órgano sancionador la imposición de la sanción correspondiente o el archivo del procedimiento administrativo sancionador, y frente al cual el agente supervisado deberá realizar sus descargos. Por tanto, pueden identificarse dos momentos distintos para el ejercicio del derecho de defensa del agente supervisado.

Y es que los artículos 22 y 23 de la norma en comento establecen que será el órgano sancionador quién determine si se ha incurrido o no en la infracción imputada por el órgano instructor, imponiendo la sanción o disponiendo su archivo, donde debe destacarse que se señala expresamente que la responsabilidad se determina de forma objetiva, así como que la responsabilidad administrativa bajo competencia de Osinergmin corresponde ser determinada únicamente respecto del Agente Supervisado, independientemente que la conducta imputada sea realizada por contratistas o subcontratistas.

Asimismo, el artículo 24 de la resolución 040-2017-OS-CD señala que las sanciones administrativas son establecidas por el Consejo Directivo de Osinergmin, pudiendo consistir en multa, comiso de bienes, internamiento temporal de vehículos, cierre o clausura de establecimiento o instalación, suspensión de actividades, paralización de obras, labores o funcionamiento de instalaciones, entre otras. Ello permite verificar un amplio espectro de sanciones que pueden ser impuestas por el Consejo Directivo, las cuales deberán siempre respetar el principio de proporcionalidad que hemos reseñado anteriormente.

El artículo 25 establece ciertos criterios de graduación en caso de que la multa prevista por el Consejo Directivo como sanción tenga rangos o topes de aplicación, entre los cuales podemos identificar la gravedad del daño al interés público o bien jurídico protegido, el perjuicio económico causado, la reincidencia, entre otros. Es importante tomar en cuenta que dicho artículo brinda gran importancia al reconocimiento de la infracción que realice el agente supervisado, el cual debe efectuarse de forma precisa, concisa, clara, expresa e incondicional, y no debe contener expresiones ambiguas, poco claras o contradicciones al reconocimiento mismo.

Además, el artículo 27 señala que el agente supervisado puede interponer recursos administrativos de reconsideración o apelación contra los actos administrativos que imponen una sanción o medidas administrativas, dentro del plazo de quince (15) días hábiles, contados desde el día siguiente de haber sido notificada. Debe anotarse que dicho artículo establece que la interposición de un recurso administrativo contra la resolución que impone una sanción suspende los efectos de ésta en lo que respecta a la sanción impuesta mas no respecto de las medidas administrativas que contenga. Finalmente, debemos destacar que los recursos administrativos destinados a impugnar la resolución que impone una sanción están sujetos a silencio administrativo negativo.

El artículo 28 establece los plazos del órgano instructor y supervisor, donde el primero cuenta con seis meses contados a partir de recibido el Informe de supervisión para dar inicio al procedimiento administrativo sancionador, el cual puede extenderse, excepcionalmente, por un plazo de tres meses adicionales. Por otro lado, el segundo cuenta con nueve meses contados a partir del inicio del procedimiento administrativo sancionador para emitir la resolución que sanciona o archiva el procedimiento, el cual puede extender, excepcionalmente, por un plazo de tres meses adicionales. Asimismo, dicho artículo establece que el plazo se suspende durante el tiempo en que deban realizarse actuaciones por parte de terceros, por mandato judicial, o los casos previstos en la ley.

Finalmente, es interesante como el artículo 33 regula la posibilidad que el agente supervisado pueda solicitar el uso de la palabra al órgano sancionador o al órgano revisor, siendo necesario que la denegatoria a dicha solicitud se encuentre debidamente motivada a fin de no vulnerar el derecho al debido procedimiento.

3.2.3 *Indecopi*

El Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (Indecopi), es un organismo autónomo y especializado que se encuentra adscrito a la Presidencia del Consejo de Ministros. Entre sus principales funciones se encuentran el velar por el respeto y la promoción de la libre competencia, la protección de los derechos de los consumidores y usuarios, y el resguardo de diversos derechos vinculados con la propiedad intelectual (Decreto Legislativo N° 1033).

En el marco de las competencias de esta institución se han establecido diferentes formas de sanción para quienes infrinjan las normas legales cuyo cumplimiento se le ha encargado al Indecopi. Debido a que estas competencias se refieren a cuestiones material y técnicamente muy disímiles entre sí (por ejemplo, no son

equiparables las sanciones que se desprendan de haber vulnerado derechos en el marco de relaciones de consumo, que las que correspondan a infracciones relacionadas con la prohibición de generar barreras burocráticas), vale la pena tratar estas cuestiones, cuando menos lo concerniente a las dos funciones más relevantes o emblemáticas del Indecopi²⁴, por separado.

a. En materia de protección al consumidor

Con relación a las competencias del Indecopi referidas a la protección de los consumidores y usuarios, es la Ley N° 29571, Código de Protección y Defensa del Consumidor, publicada en el Diario oficial El Peruano el 2 de setiembre de 2010, la que regula con detalle el procedimiento sancionador correspondiente.

Entre lo más importante que viene regulado por esta disposición tenemos, por ejemplo, los supuestos en los que cabe iniciar un procedimiento sancionador, el cual puede deberse, como es obvio, a la infracción a las normas de protección al consumidor, pero también a otros supuestos relacionados con el desarrollo adecuado de sus funciones, como por ejemplo, si se le ha entregado información falsa o esta ha sido ocultada o alterada, o si existe una negativa injustificada en atender los requerimientos que se le formulan al administrado, o si se ha incumplido algún mandato impuesto por el Indecopi en el ejercicio de sus funciones.

Asimismo, se establece que los procedimientos sancionadores se inician de oficio, y que esto puede ser por propia iniciativa de la entidad, o también puede ser en atención a alguna denuncia de los consumidores (afectados o que potencialmente pudiera verse afectados), o tal vez por el impulso de una asociación de consumidores.

Dentro de las sanciones que pueden ser impuestas, además, estas son de dos tipos: amonestaciones y multas. Estas últimas, dependiendo del tipo de infracción (leve, media o grave) puede ascender hasta las 450 Unidades Impositivas Tributarias (cada UIT equivale a S/. 4,150 soles, por lo que una multa podría llegar hasta el máximo de los S/. 1'867,500 soles). En el caso de las microempresas y pequeñas empresas las multas no pueden superar las 10 y 20 UIT, respectivamente. Por otra parte, además de las sanciones, el Indecopi puede imponer asimismo "medidas correctivas complementarias", las cuales tienen como propósito reparar o resarcir las consecuencias derivadas de la infracción «a su estado anterior» (en este sentido, por ejemplo, se prevé la posibilidad de reparar o cambiar productos, de ejecutar nuevas prestaciones, de devolver pagos, etc.).

En este ámbito, tal vez lo más relevante vinculado con los límites y la razonabilidad de la potestad sancionatoria se encuentre relacionado con los "criterios de graduación de las potestades sancionadoras", contenidos en el artículo 112 de la Ley. Entre ellos, se han establecido los siguientes criterios:

- El beneficio ilícito esperado u obtenido por la realización de la infracción.
- La probabilidad de detección de la infracción.
- El daño resultante de la infracción.
- Los efectos que la conducta infractora pueda haber generado en el mercado.
- La naturaleza del perjuicio causado o grado de afectación a la vida, salud, integridad o patrimonio
- de los consumidores.
- Otros criterios que, dependiendo del caso particular, se considere adecuado adoptar.

Adicionalmente, se han previsto circunstancias agravantes y atenuantes. Entre las primeras se encuentran, por ejemplo, la reincidencia y el incumplimiento reiterado, así como la conducta indolente del infractor y los efectos de esta; y entre los segundos se tiene, entre varios otros, la voluntad de enmienda y subsanación, el ánimo de conciliar, el ánimo de cambio a través de programas y capacitaciones dirigidos a evitar futuros incumplimientos, o el que se trate de una conducta aislada.

24 En realidad, se encuentran contenidos propios del derecho administrativo sancionador prácticamente en todas las actividades que realiza Indecopi, por ejemplo en lo relacionado con la defensa de la libre competencia y lucha contra la competencia desleal; en materia de propiedad intelectual; en lo concerniente a la lucha contra las barreras burocráticas y contra las barreras comerciales; en el ámbito de los procedimientos concursales; en lo relacionado con la protección de los consumidores y usuarios, e incluso en cuestiones relacionadas a su competencia en materia de firmas y certificados digitales (o más específicamente, respecto a infracciones de prestadores de Servicios de Certificación Digital). Sería imposible abarcar todo ello aquí, por lo cual delimitamos nuestro objeto de análisis.

b. En materia de represión de conductas anticompetitivas

El D. Leg. 1034, Decreto Legislativo que aprueba la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas, publicado en el Diario oficial El Peruano el 25 de junio de 2008 y modificado por el DL 1205 publicado en el Diario Oficial el 23 de setiembre de 2015, prohíbe y sanciona las conductas anticompetitivas con la finalidad de promover la eficiencia económica en los mercados para el bienestar de los consumidores. Este regula, a partir de su artículo 18, el correspondiente procedimiento administrativo sancionador.

Al respecto, entre lo principal, tenemos que esta norma establece que el procedimiento sancionador de investigación y sanción de conductas anticompetitivas se inicia de oficio, y esto se puede dar debido al impulso de la Secretaría Técnica creada para apoyar el mejor tratamiento de esta materia o con ocasión de una denuncia de parte (y en este supuesto, el denunciante hace las veces de colaborador en el procedimiento de investigación).

La ley hace una descripción del procedimiento, sus etapas y garantías. Entre lo principal, tenemos que se encuentra regulada la posibilidad de una “terminación anticipada del procedimiento administrativo sancionador”, lo cual requiere que se presente un compromiso de materializar medidas que contrarrestar los efectos de la infracción en la que se incurrió. Asimismo, se ha previsto la posibilidad de solicitar una “exoneración de sanción”, dirigida a que sea posible detectar y comprobar la existencia de prácticas colusorias, así como a sancionar a los responsables de estas.

Se prevé además amplias competencias para la Secretaría Técnica, con la finalidad de que pueda investigar adecuadamente: “La Secretaría Técnica está facultada, en razón de su competencia, a realizar de oficio cuantas actuaciones probatorias resulten necesarias para el examen de los hechos, recabando los documentos, información u objetos que sean relevantes para determinar, en su caso, la existencia o no de la infracción administrativa que se imputa” (artículo 30 del D. Leg. 1034)

En cuanto a las posibles sanciones que se pueden imponer, éstas se establecen también sobre la base de Unidades Impositivas Tributarias, dependiendo de la gravedad de la infracción, del volumen de ventas o ingresos percibidos por el infractor o su grupo económico, o de la fecha del inicio de actividades. Las multas pueden llegar incluso a las mil UIT (1000); e inclusive, de ser el caso, se puede imponer adicionalmente hasta de cien (100) UIT a los representantes legales y los integrantes de los órganos de dirección o administración, según su responsabilidad en las infracciones que se hallaron.

En cuanto a los criterios para determinar la gravedad de la infracción y la graduación de la multa, se encuentran los siguientes:

- El beneficio ilícito esperado por la realización de la infracción;
- La probabilidad de detección de la infracción;
- La modalidad y el alcance de la restricción de la competencia;
- La dimensión del mercado afectado;
- La cuota de mercado del infractor;
- El efecto de la restricción de la competencia sobre los competidores efectivos o potenciales, sobre otras partes en el proceso económico y sobre los consumidores;
- La duración de la restricción de la competencia;
- La reincidencia de las conductas prohibidas; o,
- La actuación procesal de la parte.

Además de las sanciones pecuniarias, se prevé también en este caso el establecimiento de medidas correctivas dirigidas a que se restablezca el “proceso competitivo” y a revertir los “efectos lesivos, directos e inmediatos, de la conducta infractora”. Entre estas, se encuentran diversas posibilidades, por ejemplo, que se realicen o cesen específicas actividades, el acatamiento de medidas y cláusulas anticompetitivas, e incluso el acceso a asociaciones u órganos de intermediación.

También se prevén eventuales sanciones por el incumplimiento de medidas. Más específicamente, se prevé la imposición de multas coercitivas por incumplimiento de medidas correctivas (que no forman parte de la sanción debido a las infracciones por incurrir en conductas anticompetitivas).

c. Constitucionalidad de la potestad sancionadora del Indecopi

Ahora bien, en relación con ambos tipos de sanciones, y en especial las pecuniarias, se ha discutido bastante, incluso antes de la incorporación de los actuales estándares legales²⁵. Al respecto, el propio Indecopi había caído en cuenta de que, pese al marco regulatorio existente, si dicho marco se desenvuelve sin criterios claros, podía devenir en una aplicación ya no discrecional, sino en una eventualmente arbitraria, debido al amplio margen de acción que brinda la ley²⁶.

Sin embargo, con el tiempo, y a partir de la sistematización y consolidación de estándares jurisprudenciales y técnicos relacionados con la aplicación de un claro marco legal, lo cual desde luego no se refiere solo al respeto del principio de legalidad, sino a la observancia de los estándares vinculados con la razonabilidad y la proporcionalidad de las medidas sancionadoras²⁷, puede afirmarse que en esta institución ha existido un destacado desarrollo de la potestad sancionadora administrativa dentro del marco de los bienes y valores constitucionalmente protegidos²⁸.

3.3 Últimas modificaciones a la Ley 27444

El 9 de octubre de 2016 fue publicada la Ley N° 30506, "Ley que delega en el Poder Ejecutivo la Facultad de legislar en materia de reactivación económica y formalización, seguridad ciudadana, lucha contra la corrupción, agua y saneamiento y reorganización de Petroperú S.A.", mediante la cual el Congreso de la República delegó en el Gobierno o Poder Ejecutivo la facultad de legislar en materia de reactivación económica y formalización, por el término de noventa (90) días calendario.

Se emitieron entonces un total de 112 Decretos Legislativos, dentro de los cuales debemos destacar el DL N° 1272, el cual modificó la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General y derogó la Ley N° 29060, Ley del Silencio Administrativo. Dicho DL justifica la modificación de la Ley N° 27444 en base a la necesidad de:

- i) Optimizar la regulación de los principios del procedimiento administrativos con el fin de tutelar el derecho de los administrados;
- ii) Mejorar el marco sobre notificación electrónica para la simplificación de los procedimientos administrativos; reforzar la facultad de fiscalización posterior;
- iii) Otorgar a la Presidencia del Consejo de Ministros la facultad de estandarizar procedimientos administrativos y de determinar los procedimientos sujetos a aprobación automática;
- iv) Mejorar la regulación sobre el régimen de aprobación de los Textos Únicos de Procedimiento Administrativo;
- v) Optimizar el alcance de la norma concerniente a la documentación prohibida de solicitar a los administrados;
- vi) Mejorar el régimen concerniente a la aprobación de los derechos de tramitación; formular una mejor regulación sobre los silencios administrativos y sus efectos;
 - vii) Optimizar la regulación sobre los procedimientos sancionadores;
 - viii) Crear el marco jurídico para la creación de procedimiento administrativos electrónicos

Al respecto, puede verificarse que una adecuada regulación sobre los procedimientos sancionadores representa uno de los objetivos centrales de este Decreto Legislativo, por lo que a continuación pasaremos a esbozar la actual regulación incluyendo sus últimas modificaciones:

25 Cfr. Hugo Gómez Apac, Susan Isla Rodríguez y Gianfranco Mejía Trujillo, "Apuntes sobre la Graduación de Sanciones por Infracciones a las Normas de Protección al Consumidor", *Derecho & Sociedad* N.º 34, (2010), César Ochoa Cardich, "Límites de la potestad sancionadora del INDECOPÍ y las garantías del administrado en los procedimientos administrativos del Derecho de la Competencia", *Ius et Veritas* N° 13 (1996).

26 INDECOPÍ, *Documento de Trabajo N° 01-2012/GEE. Propuesta metodológica para la determinación de multas en el Indecopi*, Versión actualizada (Lima: Gerencia de Estudios Económicos, abril de 2013).

27 E incluso más allá del uso de los criterios de razonabilidad y proporcionalidad en el ámbito administrativo sancionador, suele estudiarse el uso de estos por parte de Indecopi a efectos de determinar la existencia de barreras burocráticas, de la que se destaca a su grado de avance y la inclusión de elementos relevantes. Cfr. Sofía Ugás Sobarzo y Guilliana Paredes Fiestas, "El análisis de razonabilidad a través de los pronunciamientos del Indecopi: cómo evitar medidas impuestas utilizando el «De tin marin de do pingüe»", *Revista de la competencia y la propiedad intelectual* Vol. 10, N.º 19 (2014); José Enrique Sotomayor Trelles, Enrique, "El test de ponderación como un examen multicriterio: un análisis a partir de tres modelos ponderativos", *Derecho & Sociedad* N° 48 (2017).

28 Karina Montes, Jorge Mori, Tessa Torres y Marcos Yui, "Libro de Reclamaciones". *Serie Estrategias de Enforcement* Año 1 N° 2 (2015).

Artículo 229.- Ámbito de aplicación de este Capítulo	Artículo 229. Ámbito de aplicación de este capítulo
<p>229.1 Las disposiciones del presente Capítulo disciplinan la facultad que se atribuye a cualquiera de las entidades para establecer infracciones administrativas y las consecuentes sanciones a los administrados.</p> <p>229.2 Las disposiciones contenidas en el presente Capítulo se aplican con carácter supletorio a los procedimientos establecidos en leyes especiales, las que deberán observar necesariamente los principios de la potestad sancionadora administrativa a que se refiere el artículo 230, así como la estructura y garantías previstas para el procedimiento administrativo sancionador.</p> <p>Los procedimientos especiales no podrán imponer condiciones menos favorables a los administrados, que las previstas en este Capítulo.</p> <p>229.3 La potestad sancionadora disciplinaria sobre el personal de las entidades se rige por la normativa sobre la materia.</p>	<p>229.1 Las disposiciones del presente Capítulo disciplinan la facultad que se atribuye a cualquiera de las entidades para establecer infracciones administrativas y las consecuentes sanciones a los administrados.</p> <p>229.2 Las disposiciones contenidas en el presente Capítulo se aplican con carácter supletorio a todos los procedimientos establecidos en leyes especiales, incluyendo los tributarios, los que deben observar necesariamente los principios de la potestad sancionadora administrativa a que se refiere el artículo 230, así como la estructura y garantías previstas para el procedimiento administrativo sancionador.</p> <p>Los procedimientos especiales no pueden imponer condiciones menos favorables a los administrados, que las previstas en este Capítulo.</p> <p>229.3 La potestad sancionadora disciplinaria sobre el personal de las entidades se rige por la normativa sobre la materia.</p>

A partir de este cuadro comparativo, es posible identificar los principales cambios que introduce el DL 1272 en materia del procedimiento administrativo sancionador en el Perú, los cuales son los siguientes:

3.3.1 Artículo 229

En primer lugar, se añade al ámbito de aplicación del capítulo sobre potestad sancionadora de la ley, la aplicación de dichas normas con carácter supletorio a todos los procedimientos establecidos en leyes especiales, haciendo énfasis en aquellos tributarios. En esa línea de pensamiento, puede verificarse una corrección en la redacción de dicho artículo, estableciendo expresamente que los procedimientos especiales no pueden imponer condiciones menos favorables a los administrados, que las previstas en dicho capítulo.

Al respecto, puede verificarse una intención por dar fin a las contradicciones que puede presentar la Ley 27444 con las regulaciones del procedimiento administrativo sancionador presentes en leyes especiales, exigiéndose un mínimo que la regulación de estas últimas debe respetar y que consiste en no imponer condiciones menos favorables para los administrados en comparación con lo establecido por la Ley 27444 en esta materia.

3.3.2 Artículo 230

Por otro lado, se han realizado diversas modificaciones al artículo 230, el cual recoge los principios de la potestad sancionadora.

Debe destacarse el cambio en la redacción del contenido del principio de debido procedimiento, haciendo énfasis en la prohibición de establecer sanciones sin que se haya respetado las garantías que contiene dicho principio. Asimismo, es importante tomar en cuenta que se ha agregado la obligación que la regulación de todo procedimiento administrativo sancionador debe contar con la separación entre su fase instructora y su fase sancionadora.

Del mismo modo, se han incluido nuevos criterios respecto al principio de razonabilidad de las sanciones agregándose los siguientes:

- a) El beneficio ilícito resultante por la comisión de la infracción;
- b) La probabilidad de detección de la infracción;

e) La reincidencia, por la comisión de la misma infracción dentro del plazo de un (1) año desde que quedó firme la resolución que sancionó la primera infracción.

De otro lado, los criterios establecidos en los puntos c), e) y f) han sido eliminados de la norma bajo comentario.

En relación con el principio de tipicidad, se incluye que a través de la tipificación de infracciones no es posible imponer a los administrados el cumplimiento de obligaciones que no estén previstas previamente en una norma legal o reglamentaria. Además, se agrega que en la configuración de los regímenes sancionadores debe evitarse la tipificación de infracciones con idéntico supuesto de hecho e idéntico fundamento respecto de los delitos o faltas previstas en las leyes penales o en otras normas administrativas.

Finalmente, respecto al principio de irretroactividad, se agrega que las disposiciones sancionadoras producen efecto retroactivo en cuanto favorecen al presunto infractor o al infractor, tanto en lo referido a la tipificación de la infracción como a la sanción y a sus plazos de prescripción.

3.3.3 Artículo 232

En relación con la determinación de responsabilidad, debemos prestar atención al hecho que se ha agregado al artículo 232 de la ley bajo comentario la posibilidad de dictar medidas correctivas conducentes a ordenar la reposición o la reparación de la situación alterada por la infracción a su estado anterior, incluyendo la de los bienes afectados. Dichas medidas deben cumplir con encontrarse previamente tipificadas, ser razonables y ajustarse a la intensidad, proporcionalidad y necesidades de los bienes jurídicos tutelados que se pretenden garantizar en cada caso concreto.

3.3.4 Artículo 233

Puede verificarse una importante modificación relacionada al cómputo del plazo de prescripción de la facultad para determinar la existencia de infracciones, pues de un régimen único que establecía la anterior redacción del artículo 233, se ha determinado la necesidad de distinguir entre infracciones instantáneas o instantáneas de efectos permanentes, infracciones continuadas e infracciones permanentes en torno a dicho plazo. En el caso de las primeras, el cómputo inicia desde el día que la infracción se hubiera cometido, mientras que, en las segundas, desde el día que se realizó la última acción constitutiva de la infracción. Finalmente, se agrega que el cómputo inicia desde el día que la acción cesó en el caso de infracciones permanentes.

Por otro lado, se ha agregado que es la autoridad quien declara de oficio la prescripción y da por concluido el procedimiento, manteniéndose la posibilidad de que los administrados puedan plantear la prescripción. Ello modifica la regulación anterior, la cual únicamente establecía la posibilidad que sean los administrados los encargados de plantear la prescripción.

Por último, se habilita a la autoridad la posibilidad de iniciar acciones para determinar las causas y responsabilidades de la inacción administrativa, solo cuando se encuentre ante situaciones de negligencia.

3.3.5 Artículo 234

En relación con los caracteres del procedimiento sancionador, puede verse cómo se establece de forma obligatoria la diferenciación entre la autoridad de la fase instructora y la que decide la aplicación de la sanción. Ello se encuentra en consonancia con lo establecido por el artículo 230, pues se elimina la referencia a "cuando la organización de la entidad lo permita", lo cual permite concluir que se trata de una característica que no puede ser pasado por alto en la regulación del procedimiento administrativo sancionador.

Por otro lado, es necesario prestar atención al hecho que ha sido agregado en dicho artículo la facultad de la Administración de revisar de oficio las resoluciones administrativas fundadas en hechos contradictorios con los probados en las resoluciones judiciales con calidad de cosa juzgada, de acuerdo con las normas que regulan los procedimientos de revisión de oficio.

3.3.6 Artículo 235

La modificación de este artículo regula el procedimiento sancionador tomando en cuenta la distinción entre la autoridad instructora y el órgano competente para decidir la aplicación de la sanción. Es importante tomar en cuenta que se agrega la existencia de un informe final formulado por la autoridad instructora donde se concluye si se impone o no una sanción, el cual será entregado al órgano competente para

decidir la aplicación de la sanción para que decida si es necesario o no la realización de actuaciones complementarias. Asimismo, se establece que dicho informe deberá ser notificado al administrado para que formule sus descargos en un plazo no menos de 5 días hábiles.

3.3.7 Artículo 236

En relación con las medidas de carácter provisional, se ha agregado al artículo 236 una prohibición expresa al dictado de medidas provisionales que puedan causar perjuicio de difícil o imposible reparación a los interesados o que impliquen violación de sus derechos. En esa línea de pensamiento, se ha precisado que dichas medidas no pueden extenderse más allá de lo que resulte indispensable para cumplir los objetivos cautelares en el caso concreto, debiendo revocarse dichas medidas cuando ya no sean indispensables para cumplir con estos objetivos.

Además, se agrega que cuando la autoridad constate, de oficio o a instancia de parte, que se ha producido un cambio de la situación que tuvo en cuenta al tomar la decisión de otorgar las medidas provisionales, estas deberán ser modificadas o sustituidas por otras.

Finalmente, dicho artículo incluye con su modificación las causas que pueden motivar la extinción de las medidas de carácter provisional otorgadas, las cuales son las siguientes:

- a) Por la resolución que pone fin al procedimiento en que se hubiesen ordenado. La autoridad competente para resolver el recurso administrativo de que se trate puede, motivadamente, mantener las medidas acordadas o adoptar otras hasta que dicte el acto de resolución del recurso.
- b) Por la caducidad del procedimiento sancionador.

3.3.8 Artículo 236-A

Es importante tomar en cuenta que se han agregado nuevas condiciones eximentes de la responsabilidad por infracciones, las cuales son las siguientes:

- a) El caso fortuito o la fuerza mayor debidamente comprobada.
- b) Obrar en cumplimiento de un deber legal o el ejercicio legítimo del derecho de defensa.
- c) La incapacidad mental debidamente comprobada por la autoridad competente, siempre que esta afecte la aptitud para entender la infracción.
- d) La orden obligatoria de autoridad competente, expedida en ejercicio de sus funciones.

Asimismo, se han agregado nuevas condiciones atenuantes de la responsabilidad por infracciones, como son:

- a) Si iniciado un procedimiento administrativo sancionador el infractor reconoce su responsabilidad de forma expresa y por escrito.

En los casos en que la sanción aplicable sea una multa esta se reduce hasta un monto no menor de la mitad de su importe.

- b) Otros que se establezcan por norma especial.

3.3.9 Artículo 239

Es importante destacar que han sido agregadas al artículo 239 una serie de faltas administrativas que no se encontraban reguladas en la redacción anterior de la Ley 27444.

4. Anotaciones sobre la materia discutida previas a la sentencia emitida por el Tribunal Constitucional

Lo previsto como pautas para regular el ejercicio de la potestad sancionadora en el Perú es una demostración de cuán importante, y a la vez, cuán compleja es esta materia.

Y es que garantizar una buena administración es vital para preservar que en los hechos un Estado Constitucional cumpla sus objetivos. Sin embargo, aquello deviene en imposible si, bajo la invocación de tutelar a un Estado Constitucional, se intenta soslayar la relevancia de elementos centrales dentro de dicho

Estado Constitucional: la limitación del ejercicio del poder (consolidando, principalmente, la proscripción de la arbitrariedad) y, sobre todo, el escrupuloso respeto a los derechos fundamentales de todas las personas.

Ese es el equilibrio dentro del cual debe mantenerse el quehacer de las diferentes Administraciones y del Derecho Administrativo en general, y del ejercicio de la potestad sancionadora de la Administración en particular. Ahora bien, en este escenario, conviene no perder de vista que la esencia misma del Estado Constitucional, la constitucionalización del Derecho en sus diversas expresiones, y la convencionalización de ese mismo Derecho hace necesario dotar de potestad sancionadora a los organismos y órganos administrativos que lo requieran, y que cuenten con cobertura constitucional o convencional para ello.

Sin embargo, esa potestad no puede ejercerse de cualquier manera, y debe, sobre todo, tutelar debidamente los diferentes derechos fundamentales de sus ciudadanos y ciudadanas. Una apreciación de lo previsto hoy en el caso peruano demuestra como con matices, y no exento de algunos riesgos, se va en ese sentido. Un proceso relevante que hay que difundir, apuntalar y apoyar decididamente, salvo mejor parecer. Ahora bien, veamos si lo finalmente resuelto por el Tribunal sobre la potestad sancionadora de la Administración realmente ayuda al respecto.

5. Nuestra perspectiva sobre lo resuelto por el Tribunal Constitucional peruano frente a la otorgada potestad sancionadora a la Contraloría General de la República del Perú

5.1 Un primer acercamiento al tema

Lo que aquí se encontraba en discusión es si la eventual asignación de competencias con las cuales cuenta una entidad fiscalizadora como la Contraloría peruana, le habilita, funcional y constitucionalmente a, en atención a las exigencias de la realidad, contar con una competencia que inicialmente que no tenía, como la potestad sancionadora, tal como en el Perú se lo concedió la Ley 29622. A eso se refería la demanda que luego da lugar al expediente y la sentencia 000020-2015-PI/TC. Sin embargo, el caso también incluía otro extremo de discusión: si el PAS (procedimiento administrativo sancionador) de Contraloría, aun admitiendo que pudiese ejercerlo, cumplía con requisitos como los de reserva de ley, tipicidad, taxatividad y proporcionalidad. Finalmente, los demandantes (el Colegio de Abogados de Arequipa, representado por su Decano), cuestionaba que una entidad administrativa (la Contraloría), pudiese establecer limitaciones al ejercicio de derechos políticos, materia que, de acuerdo con los demandantes, solamente podía ejercerse en sede judicial.

Convengamos que además aquí había otros aspectos importantes a determinar, si la ley 29622 era declarada inconstitucional (asunto complejo en el Perú, pues para declarar fundada una de estas demandas y considerar una ley inconstitucional se necesitan cinco de siete votos posibles en un Tribunal sin suplentes o conjueces(zas), tendría que señalarse que pasa con las sanciones ya puestas por esa ley y cómo quedan los procedimientos sancionatorios en trámite.

Vayamos entonces punto por punto. En primer lugar, considero que resulta poco técnico y hasta inconveniente que quien fiscaliza sea quien a la vez el que sancione. Sin embargo, que algo sea antitécnico y hasta inconveniente no lo hace inconstitucional. Debemos tener claro que, guste o no, partimos de una presunción de constitucionalidad que es derrotada por lo que llamaríamos “constitucionalmente prohibido”, y que busca preservar (incluso vía sentencias interpretativas) lo “constitucionalmente necesario”. Sin embargo, entre uno y otro escenario hay una serie de opciones de actuación que, en principio, están dentro de lo que, independientemente de simpatías o antipatías, se considera “constitucionalmente posible”. Este desafortunadamente es uno de esos temas. Y por si lo expuesto no fuese suficiente, no hay límites convencionales al respecto (es más, las convenciones de lucha anticorrupción instan a los Estados a agotar todos los medios internos para detectar y sancionar a quienes incurran en esos delitos).

Reconocida no sin reparos la constitucionalidad de que la Contraloría pueda ejercer

con parámetros constitucionales. En este caso estamos frente a lo que se conoce como el ejercicio de la potestad sancionadora de carácter funcional o disciplinaria, dirigida en principio a tutelar el buen funcionamiento y organización de la Administración, así como para garantizar la probidad de sus funcionarios²⁹. En ese escenario, las potestades de la Administración en principio deben estar expresamente previstas en la ley, o en la norma correspondiente dictada por la autoridad competente (o, en todo caso, deberá desprenderse de las atribuciones ya prescritas como competencias implícitas). Me estoy refiriendo aquí al denominado principio de legalidad (en rigor, juricidad).

²⁹ Sigo aquí en líneas generales lo señalado por García de Enterría y Fernández, *Curso de Derecho Administrativo*, Tomo II, 2070-2071.

Ahora bien, y en el marco del principio de legalidad, lo potestades de la Administración deben estar claramente señaladas (taxatividad), y si de eventuales sanciones se trata, dichas sanciones deben encontrarse claramente establecidas por norma y autoridad competente para ello (subprincipio de tipicidad). Finalmente, lo previsto como medio para actuar, además de responder a un fin lícito (o al menos no prohibido por el ordenamiento jurídico vigente), debe superar un indispensable test de proporcionalidad (idoneidad, necesidad, proporcionalidad en sentido estricto). Eso es precisamente lo que ahora pasaré a revisar

5.2 Una constitucionalidad difícil de sostener: los alegatos sobre la legalidad, taxatividad, tipicidad y proporcionalidad de la potestad sancionadora de la Contraloría tal como estaba diseñada

El reconocimiento de que una entidad de la Administración cuente con competencias para ejercer competencias para ejercer potestad sancionadora no implica que ésta pueda hacerlo de cualquier manera. Además de lo ya anotado, se da por sobrentendido el respeto a lo previsto en el parámetro constitucional y al comunitario, así como a todo el respeto del ordenamiento jurídico (comprendido obviamente de acuerdo con el parámetro constitucional y convencional). Por ende, la potestad administrativa sancionadora legítimamente ejercida, en tanto supone una posible incidencia negativa, directa, concreta y con justificación razonable en la situación jurídica de una persona, no debe ajustarse a principios como los aquí ya desarrollados, sino muy especialmente al respeto de los derechos fundamentales. Así pues, el respeto a derechos como el debido procedimiento en sus diversas manifestaciones es un aspecto de ineludible cumplimiento, tal como lo ha reconocido la Corte Interamericana de Derechos Humanos en "Baena y otros contra Panamá" y abundante jurisprudencia del Tribunal Constitucional peruano (SSTC 4289-2014-AA/TC y 0023-2005-A17TC, entre otras).

Volviendo al caso concreto en comento, no debe olvidarse que el principio de legalidad en el marco de la potestad sancionadora se encuentra referido a que debe observarse la reserva de ley, contarse con competencias que se sustentan en una norma que debe ser una ley en sentido formal, o por lo menos, material. Ello supone una prohibición, muchas veces peligrosamente incumplida en la práctica concreta: y es que las infracciones y sanciones no pueden ser establecidas por reglamentos (y menos aun, por acuerdo del Consejo Directivo de un organismo regulador). Sin embargo, y no sin cierta controversia, en el Perú se ha admitido como constitucional que a través de un reglamento no se creen sanciones, más si especificarlas o graduarlas (atribuciones en rigor, harto discutibles). De otro lado, cuando hablamos de tipicidad, se hace referencia a que el contenido de las infracciones debe estar debidamente establecido por la ley, para que así, entre aspectos quede clara cuál o cuáles son las posibles sanciones por aplicar. En ese sentido, ya el Tribunal Constitucional peruano emitió las sentencias 02192-2004-AA/TC, 00197-2010-PA/TC, 00156-2912-PHC/TC, 00206-2013-PA/TC, y un largo etcétera.

En ese tenor, para asegurarse un cabal cumplimiento de la tipicidad, debe asumirse la comprensión de tipificación exhaustiva. La cual implica observar lo siguiente:

- Reserva de ley para la descripción de las conductas pasibles de sanción por la administración
- Certeza en la descripción de conductas sancionables (lo cual se aprecia caso a caso)
- Interdicción de interpretación extensiva o análoga de la conducta infractora³⁰.

No hay ni puede haber en el Perú, leyes sancionatorias en blanco. No puede trasladar al reglamento la descripción de la conducta a sancionar, pues es la ley la que establece la conductora infractora. Al reglamento, por lo menos en una discutible postura mayoritaria en el Perú, se le permiten hacer precisiones que rebasen el marco establecido por la ley. Ya el Tribunal Constitucional peruano ha dicho ello en reiteradas ocasiones (STC 00156-2912-PHC/TC, entre otras).

Sin embargo, bastaba con revisar el procedimiento administrativo sancionador en comento para apreciar que las atribuciones otorgadas a la Administración (Contraloría) no estaban debidamente establecidas o especificadas (vulneración de la taxatividad, pues la administración tiene margen de acción reglados, márgenes de acción discrecionales y lo que se infiera razonablemente de ellos, más no una arbitraria capacidad de determinar cuáles son sus competencias). No se pueden plantear infracciones tan genéricamente, pues eso únicamente lleva a tener una ley peligrosamente vacía de contenido que, en el mejor de los casos, transfiere a los reglamentos asumir las tareas que son propias de quien legisla (en sentido formal o material). Y ante una regulación laxa, pero que por lo mismo puede recortar derechos

30 En esa misma línea Morón, "Los Principios Delimitadores De La Potestad Sancionadora...".

fundamentales injustificadamente, no hay forma de superar un juicio de proporcionalidad. Definitivamente este extremo de la demanda es fundada y la norma impugnada claramente inconstitucional.

Esta respuesta genera sin duda muchas interrogantes: ¿qué pasa con quién fue sancionado(a) con un procedimiento inconstitucional cómo éste? ¿Presunción de constitucionalidad de la norma aplicada o posibilidad de nuevo pronunciamiento al respecto? ¿Qué ocurre con quienes procedimientos en trámite: se les acabó el caso o hay otras opciones de procesamiento a explorar? ¿Qué ocurre con quién recibió y cumplió sanción dictada con esta normativa contraria a la Constitución? Frente a estas preguntas, y otras más, era lógico que quien dictó la norma (el Congreso), impulsado por el directo beneficiario de lo que se impugnaba (la Contraloría) presentaran un pedido de aclaración al respecto, solicitud que a ratos parecía más una invitación a revisar y cambiar lo resuelto, lo cual no era dable. El problema mayor, como se verá luego, es que la respuesta dada a ese pedido de aclaración, con todo respeto a quienes lo firmaron, en realidad aclaró poco o nada.

A eso volveré luego, pero ahora, siquiera puntualmente, quisiera referirme al intento, afortunadamente mediatizado, de, a través de esta ley, querer abandonar el principio de reserva de jurisdicción en lo referido a la limitación de derechos políticos, tal como desarrollaré a continuación.

5.3 El intento de abandonar el principio de reserva de jurisdicción en materia delimitación de derechos políticos

La ley impugnada daba la posibilidad de que la Contraloría General de la República peruana pudiese en ciertos supuestos, establecer, sin que medie mandato judicial alguno, inhabilitaciones al derecho de acceso a la función pública en el ejercicio de su potestad sancionadora. Curiosamente, y dicho con todo respeto, la mayor parte de mis colegas reconocieron la constitucionalidad de lo impugnado. Cabe presentarse si se ha declarado inconstitucional la determinación de sanciones e infracciones prevista, la utilidad de este pronunciamiento en los hechos a favor de la Contraloría tiene un efecto bastante relativo. Sin embargo, las cosas no son así de fáciles.

Y es que, como bien señala lo resuelto por la Corte Interamericana (sobre todo en “López Mendoza contra Venezuela”, lo prescrito en el artículo 23.2 de la Convención Americana de Derechos Humanos, y abundante jurisprudencia de nuestro mismo Tribunal Constitucional (SSTC09285-2006-AA/TC; 00009-2012-AI/TC; 00010-2009-AI/TC; 00025-2010-PI/TC), una entidad administrativa, por sí misma, no puede limitar derechos políticos. Y es que el sentido de esta “reserva de Jurisdicción” es muy claro: las autoridades administrativas no pueden restringir estos derechos, pues implica dar patente de corso a decisiones que pueden consagrar el abuso del poder de manera inmediata, en tanto y en cuanto por principio las decisiones administrativas gozan de ejecutividad y ejecutoriedad. Es pues el escenario jurisdiccional, con una dinámica más garantista y de igualdad de armas, el adecuado para analizar si procede o no razonablemente introducir límites al ejercicio de esos derechos fundamentales.

Cosa distinta es, por ejemplo, si se le facilita a la Contraloría la presentación de pedidos de inhabilitación de derechos políticos a la judicatura, e incluso dándosele a estos casos un trámite preferente por la naturaleza de lo abordado. Es bueno impedir que gente sancionada administrativamente por casos de corrupción accedan a tareas de vital relevancia dentro de nuestra sociedad, pero eso definitivamente no puede hacerse de cualquier manera dentro de un Estado Constitucional.

6. Cuando lo avanzado en un tema tiende a diluirse gracias a aclaraciones que, lejos de aclarar, confunden y desvirtúan lo alcanzado

Como fácilmente puede suponerse, la sentencia del Tribunal fue cuestionada por el Contralor de la República, quien, seguramente mal aconsejado, señaló que se había consagrado un terrible retroceso en la lucha contra la corrupción. Con todo respeto, creo que mi buen amigo el Contralor estaba radicalmente equivocado. La corrupción es una práctica inaceptable, máxime si en base a ella se dispone de fondos públicos indispensables para atender requerimientos ciudadanos. Sin embargo, la necesaria persecución de la corrupción, en un Estado Constitucional, no puede hacerse de cualquier manera, ya sea en el ámbito penal o en el administrativo sancionador.

Y es que la defensa ante graves problemas como el de la corrupción, no pueden pasar a aplicarse estrategias que violen derechos fundamentales. Nadie debería, por ende, por lo menos dentro de un Estado Constitucional, ser sancionado administrativamente o condenado penalmente por algo no es sanción a nivel administrativo o como delito, o, como ocurre en este caso, que su eventual calificación (como sanción administrativa o como delito, según sea el supuesto) ha sido declarada inconstitucional por

una vulneración del principio de legalidad (juricidad), o de elementos como la taxatividad y la tipicidad, o, finalmente, por violación de la proporcionalidad. La corrupción debe ser enfrentada y vencida solamente con un escrupuloso ejercicio de los parámetros propios del Estado Constitucional.

Sin embargo, de todas maneras, el Congreso presentó un pedido de aclaración, innegablemente impulsado por la Contraloría General de la República. Luego de una desafortunada declaración del entonces presidente del Tribunal, Ernesto Blume Fortini, alegando unilateralmente que se suspendían los efectos de la sentencia emitida (posibilidad inexistente en nuestro ordenamiento jurídico y que fue públicamente rechazada por otros magistrados del mismo Tribunal), se comenzó a tramitar la solicitud antes mencionada.

En rigor, los efectos de esta sentencia eran bastante previsibles: tratándose de una sentencia de inconstitucionalidad, lo resuelto tiene efectos desde el momento de la dación de la sentencia correspondiente. De otro lado, la presunción de constitucionalidad de una norma antes de su declaración de inconstitucionalidad no se quiebra en principio en el Perú, donde no ha habido norma que se pronuncie en favor de una comprensión retroactiva favorable al sancionado(a) en estos temas (aunque justo es anotar que un respetable sector de la doctrina peruana busca promover lo contrario, postura que veo con simpatía, pero que no es una pauta que pueda inspirar el quehacer de un juez(a) constitucional). Se habla también de jurisprudencia del Tribunal que podría ayudar, pero en rigor, y luego de revisarla, no es aplicable a este caso.

De otro lado, y en relación con las resoluciones de inicio de procedimientos sancionadores, los informes de control en el marco de auditorías de cumplimiento y las auditorías de cumplimiento y las auditorías de cumplimiento en trámite, lo que debía es tomarse en cuenta que las modificaciones en las normas y actuaciones de carácter procedimental como éstas son de aplicación inmediata. Ergo, lo que estaba en trámite no puede seguir tramitándose, y debe esperarse a un nuevo procedimiento constitucionalmente habilitado, o en su defecto, aplicar supletoriamente la normativa ya existente que pudiese ser aplicable. Lo contrario es seguir informes, auditorías y procedimientos que no son conformes a la Constitución, y luego querer imponer sus actuaciones, y, peor aún, sus conclusiones, con todo lo que ello involucra.

Lo que aquí ameritaba, tal como sucedió en situaciones anteriores, era coordinar con el Congreso para que, a la brevedad, dicte una nueva normativa que sustituya a la declarada inconstitucional; y que, además, dicha nueva normativa tenga previsiones que permitan abordar lo que esté en trámite bajo condiciones y plazos especiales. El Congreso disuelto no demostró mayor interés en este tema. Espero que el nuevo Congreso si asuma esa labor, pues, con todo respeto, la respuesta dada por mis colegas fue la peor. Considerar válidas acciones en trámite, las cuales se hacen de acuerdo con una ley cuya inconstitucionalidad ya se declaró. Sostener la consistencia jurídica de ello es imposible, y pensar que luego no van a surgir problemas con lo aprobado, no sostiene mayor análisis.

Por otra parte, y en lo referido a los procedimientos administrativos o los procesos judiciales en trámite, o las decisiones administrativas que no hayan quedado firmes o causado estado, debe precisarse que los efectos de la sentencia son aquellos que se derivan directa e independientemente de la aplicación del principio de legalidad en el ámbito del Derecho Administrativo, en general, y del Derecho Administrativo Sancionador, en particular. Al respecto, considero que esto no necesita mayor aclaración, sino tan solo una nueva mención de lo que ya es conocido: no puede haber sanción (y, por ende, tampoco un procedimiento o proceso orientado a ello) si no existe una regla previa, expresa, clara o taxativa, y proporcional con la magnitud de la conducta considerada infractora. Aquí tampoco se puede seguir aplicando pautas de una ley ya considerada inconstitucional, tal como se señaló en el párrafo anterior, y debe optarse por las alternativas también en el párrafo precedente.

De otro lado, y en relación a cómo seguir los procesos contenciosos administrativos u otros procesos judiciales respecto de los actos y resoluciones emitidas en los procedimientos administrativos u otros procesos judiciales respecto de los actos y resoluciones emitidos en los procedimientos administrativos sancionadores tramitados al amparo de la norma declarada inconstitucional por la sentencia del Tribunal Constitucional, a la cual ya aquí hice referencia, debo expresar las siguientes consideraciones:

- En primer lugar, considero que la sentencia de inconstitucionalidad de autos no deja sin efectos a sentencia o acto procesal alguno ya emitido en procesos judiciales de cualquier índole en los cuales se hayan cuestionado procedimientos sancionadores en materia de responsabilidad administrativa funcional.
- Por otro lado, y en relación con los procesos judiciales en trámite, creo que en puridad lo que correspondía era el término de todo proceso o procedimiento en trámite, en materia a consideraciones ya explicadas en este mismo texto.

- Por último, y tal como ya puede presumirse de lo que he señalado anteriormente, me encuentro de acuerdo con lo establecido en lo referente a los procesos judiciales concluidos.

Ahora bien, justo es anotar que, durante el debate de la ley 29622 en el Tribunal, se aprobó la ley 30742, modificatoria de la ley 27785, cuyo contenido era para muchos básicamente el de buscar reafirmar el sentido de lo señalado en lo señalado en la ley impugnada. Sin embargo, coincido que, en tanto y en cuanto lo planteado luego básicamente repetía lo que ya estábamos debatiendo, no era en rigor pertinente hacer un pronunciamiento expreso sobre esos puntos. Finalmente, meritorio si fue en la sentencia señalar que administrativamente no pueden plantearse inhabilitaciones a derechos políticos, y no solamente en lo referido al acceso a la función pública.

Como puede verse, estamos ante una aclaración que en algunos puntos más confunde o deje puertas abiertas, las cuales, ante los errores e imprecisiones de lo señalado por el Tribunal, ojalá el nuevo Congreso pueda enmendar. Paso entonces a realizar unas reflexiones que resumen mi opinión al respecto.

7. Algunas reflexiones a modo de conclusión del presente texto

Insisto entonces, a modo de cierre, con lo dicho anteriormente: la corrupción, y sus diversas manifestaciones, son comportamientos inaceptables, máxime en Estados como el nuestro, donde la ciudadanía cuenta con tantos y tan relevantes requerimientos que atender, y en muchos de los cuales se encuentra en juego su propia subsistencia.

Sin embargo, en un Estado Constitucional ni siquiera la lacra lacerante de la corrupción puede ser enfrentada de cualquier manera. Si el Estado Constitucional abandona el respeto por los principios, valores y demás preceptos, o no introduce justificaciones razonables a situaciones extremas que debe enfrentar, deja de estar dentro del parámetro del Estado Constitucional que reclama ser, y lamentablemente puede devenir en un mascarón de proa que justifique la barbarie.

Es por ello que en el Estado Constitucional la tutela de derechos fundamentales, o la sanción de conductas con escrupuloso respeto, de parámetros de legalidad (juridicidad), taxatividad, tipicidad y proporcionalidad no son ni deben ser muestras de buena voluntad, sino pautas que permitan resolver problemas y concretizar lo previsto en el texto constitucional y lo que se infiera de él. Y, finalmente, debe entenderse que el papel de la Administración es vital para hacer frente a la corrupción, pero si dicha labor no va acompañada de recaudos como los aquí ya señalados, y además, por un escrupuloso respeto a lo resuelto por la judicatura ordinaria o la judicatura constitucional sobre el particular (entidades cuyo quehacer en estos temas sin duda alguna tiene que ser más riguroso), nada de lo aquí esbozado tendrá sentido, pues nos moverá la buena intención, o en su defecto, el capricho o la conveniencia, y no los parámetros propios del Estado Constitucional que todos(as) reclamamos potenciar y preservar.

En este escenario, la labor de la administración ya no se responde a solamente hacer efectivo el quehacer estatal, sino fundamentalmente a tutelar los diferentes derechos ciudadanos de todos(as) nosotros(as), básicamente si nos encontramos en situación de administradores(as). Sin ello no puede hablarse en puridad de una buena administración, de tener el derecho a contar con ella, y, finalmente, a vivir dentro de las pautas que buscan identificar a un Estado Constitucional.

La labor de la administración, cuando supervisa, lo hace para cuidar derechos fundamentales. De otro lado, incluso debe sancionarse a quien incumple los parámetros administrativos previamente establecidos, ello no debe soslayar el respeto a la vigencia de ciertos derechos, íntimamente relacionados con principios o subprincipios como legalidad (juridicidad), taxatividad, tipicidad o proporcionalidad.

En el caso peruano, las funciones de la Contraloría General de la República son muy importantes, tal como lo establece la propia Constitución del Perú vigente. Están pensadas en rigor en una dinámica supervisora, pero aun así si se opta por reconocerle con técnica discutible la constitucionalidad de su potestad fiscalizadora, dicha atribución de fiscalizar no puede ejercerse de cualquier manera, y menos aun, sin las pautas que debiera caracterizar a un Estado Constitucional y una buena administración: una cabal tutela de los diferentes derechos fundamentales de todos(as) los(as) involucrados(as).

Por ende, llama poderosamente la atención la postura promovida por el magistrado ponente Sardón de Taboada: se reconoce que las sanciones impuestas no son constitucionales y no pueden seguir imponiéndose, coincidiendo con nosotros en que, si se mantiene esta discutible potestad sancionadora a favor de la Contraloría, el Congreso debería regular a la brevedad este tema mediante ley en sentido formal y material, dejando únicamente cuestiones de detalle a sede reglamentaria.

Sin embargo, y a pesar de reconocer que se ha sancionado a personas con sanciones nulas y seguidos procedimientos bajo parámetros nulos por inconstitucionales, no se anularon procedimientos en trámite. En un Estado Constitucional con una buena administración esto es, por lo menos, contraproducente, sino inaceptable, y que, además, puede lamentablemente generar más problemas que aquellos que se intentaba resolver.

8. Bibliografía

Cassagne, Juan Carlos. *Derecho Administrativo*, Tomo II, Séptima edición. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2002.

Danós, Jorge. "Notas acerca de la potestad sancionadora de la administración pública". *Ius et Veritas* N° 10 (1995).

Favoreu, Louis. "La Constitucionalización del Derecho", *Revista de Derecho*, volumen XII (1982).

Gallardo, María. "Los principios de la potestad sancionadora. Teoría y práctica". Madrid: Editorial IUSTEL, 2008.

García Cobián, Erika. "Análisis de constitucionalidad de la facultad de la Contraloría General de la República para sancionar por responsabilidad administrativa funcional y su relación con el principio del *ne bis in idem*". Tesis para optar el grado académico de Magister en Derecho Constitucional. Pontificia Universidad Católica del Perú, Escuela de Posgrado. Lima, 2014.

García de Enterría, Eduardo y Tomás Ramón Fernández. *Curso de derecho administrativo*, Tomo II. Lima: Palestra, 2011.

Gómez Apac, Hugo, Susan Isla Rodríguez y Gianfranco Mejía Trujillo. "Apuntes sobre la Graduación de Sanciones por Infracciones a las Normas de Protección al Consumidor". *Derecho & Sociedad* N.º 34, (2010).

Ivanega, Miriam. "Consideraciones acerca de las potestades administrativas en general y de la potestad sancionadora". *Revista de Derecho Administrativo* N° 4 (2008).

Martin, Richard. "Nuevos rumbos del procedimiento administrativo sancionador: la reforma del procedimiento sancionador del OEFA a la luz de la Ley N° 30011". *Revista de Derecho Administrativo* N° 14 (2014).

Morón, Juan Carlos. "Los Principios Delimitadores De La Potestad Sancionadora De La Administración Pública En La Ley Peruana". *Advocatus* N° 13 (2005).

Rodríguez-Arana, Jaime. Sobre el derecho fundamental a la buena administración y la posición jurídica del ciudadano". *A&C Revista de Direito Administrativo & Constitucional* Año 2, N° 10 (2002).

Tirado, José Antonio. "Principio de proporcionalidad y sanciones administrativas en la jurisprudencia constitucional". *Revista de Derecho PUCP* N° 67 (2011).

INDECOPI. *Documento de Trabajo N° 01-2012/GEE. Propuesta metodológica para la determinación de multas en el Indecopi*, Versión actualizada. Lima: Gerencia de Estudios Económicos, abril de 2013.

Ochoa Cardich, César. "Límites de la potestad sancionadora del INDECOPI y las garantías del administrado en los procedimientos administrativos del Derecho de la Competencia". *Ius et Veritas* N° 13 (1996).

Ugás Sobarzo, Sofía y Guilliana Paredes Fiestas. "El análisis de razonabilidad a través de los pronunciamientos del Indecopi: cómo evitar medidas impuestas utilizando el «De tin marin de do pingüe»". *Revista de la competencia y la propiedad intelectual* Vol. 10, N.º 19 (2014).

Sotomayor Trelles, José Enrique. "El test de ponderación como un examen multicriterio: un análisis a partir de tres modelos ponderativos". *Derecho & Sociedad* N° 48 (2017).

Montes, Karina, Jorge Mori, Tessa Torres y Marcos Yui, "Libro de Reclamaciones". *Serie Estrategias de Enforcement* Año 1 N° 2 (2015).