



Fernando Ocampo Vázquez^(*)

El **principio de razonabilidad** como límite a la tipificación reglamentaria de los Organismos Reguladores

1. Introducción

La potestad sancionadora de la Administración Pública representa una de las manifestaciones del poder de coerción que el Estado puede ejercer sobre los ciudadanos. Así, bajo determinadas condiciones, el Estado está facultado a restringir el ejercicio de derechos individuales de las personas y organizaciones -entre otros, el de libertad- a efectos de hacer primar un interés que se concibe como superior: el mantenimiento del orden público y, finalmente, la consecución del bienestar social. En tal sentido, el poder punitivo de la Administración Pública resulta imprescindible para garantizar el adecuado funcionamiento estatal.

No obstante, dado el necesario “sacrificio” de derechos fundamentales que sin remedio implica el ejercicio del poder aludido, se hace también imprescindible regular el mismo. Parte de los límites a la potestad sancionadora -que confirma su naturaleza excepcional y de alcance restringido- está reflejada en un cúmulo de criterios, procedimientos y principios que, teniendo como base justamente a los derechos de los administrados, configuran el ámbito de acción de las entidades que ostentan tal potestad.

Entre los varios principios que marcan los parámetros de acción de la intervención sancionadora estatal, se encuentra el principio de legalidad, según el cual -en términos muy generales- el título o fuente habilitante para que la Administración Pública pueda ejercer el poder de coacción debe tener rango de ley, manteniendo así el Poder Legislativo -de modo excluyente- el privilegio de imponer, por la vía de la regulación, limitaciones a los derechos ciudadanos.

Del principio de legalidad en el ámbito sancionador se deriva otro principio o regla que, íntimamente ligada al primero, señala que constituirán conductas sancionables sólo aquellas tipificadas expresamente en la ley (o en la norma con rango de ley) como infracciones. En dicha línea, también serán consideradas sanciones exclusivamente aquellas que hubiera contemplado como tales por el legislador.

(*) Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Profesor en la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas. Gerente de Lima Airport Partners. Miembro de la Asociación Civil IUS ET VERITAS.

El principio de razonabilidad como límite a la tipificación reglamentaria de los Organismos Reguladores

En efecto, ambos principios son imprescindibles para dotar de cierta seguridad al ciudadano frente a la acción punitiva de la Administración Pública; sin embargo, no resultan suficientes: este límite, que se focaliza en aspectos formales más que de contenido, debe ser complementado con restricciones de tipo sustantivo o material.

El principio de razonabilidad aporta parámetros cualitativos que coadyuvan a velar porque toda norma que regule infracciones y sanciones administrativas atienda en lo posible a criterios objetivos, de forma tal que se reduzca el riesgo del llamado “exceso de punición”, acotándose al máximo la discrecionalidad y eventual actuar arbitrario de la Administración Pública. Dichos criterios objetivos deben reflejar (no sólo implícitamente sino de manera clara y demostrada) razonabilidad y proporcionalidad en dos niveles o momentos: tanto en la tipificación legal de las infracciones y sanciones, como en la determinación y aplicación de estas últimas a casos concretos.

La inobservancia de cualquiera de los principios referidos, sea en la emisión de una norma reguladora de infracciones y/o sanciones o en la aplicación de la misma, representaría una trasgresión a los límites a los que debe ceñirse la potestad sancionadora y, consecuentemente, la afectación de los derechos de los administrados. La eventual violación de dichos principios viciaría o invalidaría legalmente la norma en la cual se hubiera establecido las infracciones y/o sanciones administrativas y/o la actuación concreta de la Administración en ejecución de la norma referida.

La hipótesis que se pretende sostener y demostrar mediante el presente trabajo es que las normas específicas mediante las cuales los organismos reguladores sectoriales han reglamentado los alcances de la potestad sancionadora que les ha sido conferida legalmente, requieren -como condición de validez y condición de exigibilidad- respetar el principio de razonabilidad.

De manera adicional a lo exigido para el presente trabajo (el cual concluye formalmente en el acápite 5, hemos considerado interesante realizar un breve y referencial análisis de un caso

concreto de forma tal que se permita apreciar si dicho principio se ve o no reflejado en el reglamento de infracciones y sanciones de un regulador (que en este caso, el elegido ha sido el OSITRAN). Este análisis está contenido en un anexo a este documento.

2. La potestad sancionadora como poder de coacción de la Administración Pública

El tratadista argentino Juan Carlos Cassagne, citando a Garrido Falla, señala que la potestad estatal consiste “(...) en un ‘poder de actuación’ que ejercitándose de acuerdo con el ordenamiento jurídico puede generar situaciones jurídicas que obliguen a otros sujetos”.⁽¹⁾ En efecto, existen –para este autor- diferentes especies de potestades de la Administración Pública, entre las cuales se encuentra la sancionadora.

Siguiendo a Danós, a diferencia de lo que sucede en otros sistemas (como el español), en el caso peruano no existe un reconocimiento constitucional expreso de la facultad sancionadora de la Administración Pública. No obstante, tal omisión no impide la dotación jurídica de poder punitivo a favor de las entidades administrativas, dado que resultaría impensable pretender cautelar el cumplimiento de las normas legales sin gozar de facultades coercitivas. Dicho poder estaría reservado para aquellas contravenciones menores o “ilícitos de bagatela”, siendo que el poder punitivo penal buscaría la protección de bienes jurídicos de mayor trascendencia ético-social; de esta forma -citando a Blanca Lozano- el autor señala que corresponde al derecho administrativo sancionador “el rol de instrumento de control social alternativo al derecho penal”⁽²⁾.

(1) CASSAGNE, Juan Carlos. *Derecho Administrativo*. Tomo I. Séptima Edición actualizada. Buenos Aires, 2002. p. 123.

(2) DANÓS ORDOÑEZ, Jorge. *Notas acerca de la potestad sancionadora de la administración pública*. En: IUS ET VERITAS. Número 10. Lima, 1995. pp. 149 -150.



Fernando Ocampo Vásquez

Es evidente que la no previsión expresa a nivel constitucional de una institución jurídica no significa que la misma sea no resulte válida en determinado ordenamiento. A pesar de lo casi tautológico de dicha afirmación, la misma es útil a efectos de indicar que la potestad sancionadora sí encuentra amparo en la Constitución Política vigente, aunque no de forma expresa.

Si bien la doctrina especializada se encarga de aportar una explicación detallada de esta afirmación⁽³⁾, para efectos del presente trabajo bastará con indicar que la constitucionalidad de la potestad sancionadora puede inferirse del artículo 44 de nuestra Constitución, al señalar que es deber esencial del Estado la protección de los derechos humanos, la seguridad de la población y la promoción del bienestar general, entendiéndose que sin dicha potestad la Administración no podría cumplir con su finalidad de satisfacer las necesidades de los ciudadanos (reflejadas en los conceptos de interés público y bienestar común).

César Ochoa (haciendo referencia a un pronunciamiento del Tribunal Europeo de Derechos Humanos) indica que la potestad sancionadora de la Administración Pública no es aceptada pacíficamente por la doctrina ni por la jurisprudencia, en tanto que la posibilidad de ejercer coacción sobre los particulares debería ser, en principio, un monopolio del Poder Judicial. Es exclusivamente por consideraciones de orden pragmático que los ordenamientos consideran pertinente atribuir la facultad de reprimir los ilícitos de menor relevancia a la Administración Pública⁽⁴⁾.

Es así que, de forma consustancial al régimen de separación de poderes, se deriva el hecho de que, en principio, corresponde exclusivamente al Poder Judicial el ejercicio de la coerción como mecanismo de protección y verificación del cumplimiento del marco jurídico. Bajo dicha óptica, atribuir al Poder Ejecutivo con un poder autónomo sancionatorio lo convertiría, en palabras de Cobo del Rosal y Vives Antón, en “juez y parte”⁽⁵⁾.

De lo anterior se infiere que la potestad sancionadora de la Administración Pública no es originaria sino adquirida⁽⁶⁾.

En el Perú, la potestad sancionadora de la Administración Pública se encuentra recogida en la Ley del Procedimiento Administrativo General (en adelante, LPAG), concretamente en el Capítulo II (Procedimiento Sancionador) del Título IV (De los Procedimientos Especiales). No obstante, si bien a partir de esta norma de rango legal se confirma la incorporación expresa de dicha potestad a nuestro ordenamiento positivo, ella constituye tan sólo un reconocimiento formal o marco general a partir del cual se debe desarrollar, caso por caso (entidad por entidad), la forma concreta a través de la cual se ejercerá el poder punitivo en el ámbito de la Administración Pública.

Esto implica que las regulaciones de la LPAG no bastan para concluir que todas las entidades administrativas gozan efectivamente de potestad sancionadora, sino tan sólo para aclarar que toda la Administración Pública está en condición o aptitud legal de ser dotada de dicho poder. En aplicación del principio de legalidad -el que más adelante es comentado- la atribución de tipificar conductas y sanciones y de aplicar estas últimas sobre los administrados dependerá, en última instancia, de la existencia de una ley (o disposición de igual jerarquía normativa) habilitante que confiera tal potestad a una entidad en particular.

Así, uno de los elementos centrales de nuestro ordenamiento constitucional en relación con

-
- (3) Véase, por ejemplo: PEREIRA CHUMBE, Roberto. *La potestad sancionadora de la administración y el procedimiento administrativo sancionador en la Ley 27444*. En: *Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General*. Tomo I. Lima: Ara Editores, 2001. p. 279.
- (4) OCHOA CARDICH, César. *Límites de la potestad sancionadora del INDECOPI y las garantías del administrado en los procedimientos administrativos del Derecho de la Competencia*. En: IUS ET VERITAS. Número 13. Lima, 1996. p. 185.
- (5) Citado por PEREIRA CHUMBE, Roberto. *Op. cit.*: p. 285.
- (6) En el sentido de que depende de la atribución específica que al efecto pudiera preverse en el ordenamiento legal.

El principio de razonabilidad como límite a la tipificación reglamentaria de los Organismos Reguladores

la potestad sancionadora es “la exigencia de una norma con rango de ley que establezca y regule con precisión el núcleo esencial de la tipificación de las conductas que constituyen infracciones administrativas, las sanciones a ser impuestas como consecuencia de las mismas, y los criterios para su aplicación”⁽⁷⁾. La LPAG deja expresamente abierta la posibilidad de que por la vía de la reglamentación se pueda especificar conductas o graduar sanciones.

Por otro lado, como sucede en general en el ejercicio de los poderes públicos -y como será tratado más adelante-, es claro que dicho ejercicio no puede darse irrestrictamente sino que está sujeto, además de a los límites y principios derivados del principio de separación de poderes y del principio de legalidad citados, al respeto de los derechos individuales de las personas. La verificación de dichos límites es, finalmente, una tarea del Poder Judicial en su calidad de administrador de justicia.

Resumiendo lo expuesto hasta este punto, podemos indicar con García-Pablos de Molina, que “el poder sancionatorio de la Administración es una potestad no autónoma, esencialmente limitada, y sometida al control jurisdiccional”⁽⁸⁾.

Un aspecto relevante a considerar adicionalmente es el relativo a las diversas formas o vías a través de las cuales la Administración Pública puede ejercer este poder de coerción que le otorga de manera expresa la ley.

Si bien en virtud del citado precepto político de la división de poderes se desprende que mientras que el Poder Ejecutivo es el titular de la función administrativa, el Legislativo lo es de la función legislativa y el Judicial de la jurisdiccional, ello no obsta para que cada uno asuma de forma entremezclada parte de las funciones de los otros. Así, el Poder Ejecutivo goza también de funciones legislativas y jurisdiccionales, además de la administrativa⁽⁹⁾.

En tanto el ejercicio de las facultades administrativa y jurisdiccional se traduce en la emisión de actos administrativos,

el ejercicio de la facultad legislativa lo hace en la formulación de reglamentos. Una diferencia fundamental entre los primeros y estos últimos radica su alcance: mientras que los actos administrativos atienden situaciones específicas, los reglamentos son de carácter general y objetivo.

Por lo expuesto, la potestad sancionadora de la Administración Pública, como poder de actuación estatal con efectos frente a los administrados, se ejerce tanto en (i) la tipificación de conductas y sanciones -atendiendo a los límites aplicables en virtud del principio de reserva de ley-; como en (ii) la evaluación y calificación como “ilícitos” de situaciones de hecho concretas y en la imposición de las sanciones que correspondan. En el primer caso, se verifica a través de la preparación y puesta en vigencia de reglamentos (aplicables a una generalidad de sujetos), mientras que en el segundo caso lo hace a través de la emisión de actos administrativos (atendiendo a situaciones específicas, aplicando por lo general lo dispuesto a nivel reglamentario).

No obstante, como hemos señalado, este poder se encuentra limitado por una serie de principios que sirven como garantías de protección de los derechos de los administrados, tal y como a continuación se indica.

3. La reserva de ley como límite a la potestad sancionadora

Como instrumento de control a manos del Estado, el poder coercitivo o punitivo, sea de orden penal o administrativo, implica la

(7) PEDRESCHI GARCÉS, Willy. *Análisis sobre la potestad sancionadora de la administración pública y el procedimiento administrativo sancionador en el marco de la Ley 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General*. En: *Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General*. Tomo II. Lima: Ara Editores, 2001. p. 523.

(8) Citado por PEREIRA CHUMBE, Roberto. Loc. cit.

(9) CASSAGNE, Juan Carlos. Loc. cit.



Fernando Ocampo Vásquez

posibilidad de restringir los derechos de los particulares, inherentes a un Estado de Derecho.

Podemos sostener, en general y simplificando, que esta restricción de derechos se produce a través de las penas (ámbito penal) o de las sanciones (ámbito administrativo)⁽¹⁰⁾. En relación con las últimas, García de Enterría señala que: “la sanción es un mal infringido por la administración a un administrado como consecuencia de una conducta ilegal”⁽¹¹⁾.

En general, el efecto de las sanciones frente al administrado se verifica en dos momentos distintos: *ex ante*, desincentivando la comisión de ilícitos y ejerciendo una función disuasiva o de amenaza a los ciudadanos en caso actúen contra la ley; y *ex post*, mediante la interposición efectiva del castigo, ejecutando el acto de punición frente a la conducta punible. En ambos casos el efecto es el objetivo es el mismo: recortar (sea a través de la prevención o de la mitigación) los derechos de los ciudadanos o administrados en pos de satisfacer un bien jurídico que se concibe como superior a los derechos o intereses particulares: el bien público.

En virtud de lo anterior, se concibe unánimemente que no sólo la imposición de la sanción sino, en general, el ejercicio de la potestad sancionadora en toda su magnitud y posibilidades -es decir, a través de la emisión de reglamentos generales o de actos administrativos concretos- deben ser limitados, y que su aplicación debe tener naturaleza excepcional.

Esta necesidad de control sobre la potestad sancionadora puede ser analizada también desde una óptica económica. Al respecto, la corriente del análisis económico del Derecho ensaya una justificación bastante razonable de los límites que debe enfrentar la actuación de la Administración Pública y del Estado en general, a través de la denominada teoría del *public choice*.

En términos tan sencillos como ilustrativos, Guzmán Napurí resume esta idea de la forma siguiente: “(...) la Administración Pública, al gozar de atribuciones derivadas del poder del Estado (denominadas genéricamente *ius imperium*), puede al actuar afectar el interés del particular, el cual debería gozar de mecanismos adecuados para protegerse. La justificación la encontramos en el hecho ineludible de que si bien es cierto (que) el Derecho Administrativo implica la obligación de la administración de actuar bajo consideraciones de interés público, también es cierto que quien toma las decisiones, llámese funcionario público, es un ser humano como cualquier otro, que decide no necesariamente en términos de interés público sino más bien, como todo ser racional, buscando maximizar el beneficio de su cargo”⁽¹²⁾.

Como ha sido indicado, nuestra legislación a la par de recoger expresamente la posibilidad de dotar de potestad sancionadora a la Administración Pública, señala los criterios y principios básicos a los cuales el ejercicio del tal poder está sometido. Dicha regulación está prevista en la LPAG.

De acuerdo con lo previsto en el Artículo II de su Título Preliminar, la LPAG “(...) regula las actuaciones de la función administrativa del Estado y el procedimiento administrativo común desarrollados en las entidades”, teniendo por finalidad, de acuerdo con lo señalado en el Artículo III, “(...) establecer el régimen jurídico aplicable para que la

(10) Como es obvio, las sanciones administrativas no son el único mecanismo mediante el cual la Administración Pública está facultada a restringir derechos de los particulares. A pesar de la licencia tomada en cuanto a la simplificación citaremos a Cassagne quien, al respecto, señala que en relación con “la categoría de los actos de gravamen o desfavorables” emitidos por la Administración Pública estos son aquellos que “... inciden negativamente en la posición de las personas y que van desde la limitación de los derechos y la delimitación de sus contenidos hasta las llamadas potestades ablatorias (v.gr. expropiación) pasando por las prestaciones forzosas, la imposición de deberes y las sanciones”. Véase: CASSAGNE, Juan Carlos. *Op. cit.*; p. 325.

(11) Citado por DANÓS ORDOÑEZ, Jorge. *Op. cit.*; p. 156.

(12) GUZMÁN NAPURÍ, Christian. *La llamada teoría del Public Choice y una introducción a su aplicación al control de los actos estatales*. En: IUS ET VERITAS. Número 24. Lima, 2002. pp. 121-122.

El principio de razonabilidad como límite a la tipificación reglamentaria de los Organismos Reguladores

actuación de la Administración Pública sirva a la protección del interés general, garantizando los derechos e intereses de los administrados y con sujeción al ordenamiento constitucional y jurídico en general”.

Resulta interesante detenernos un momento en lo anterior a efectos de hacer notar que si bien la LPAG declara abiertamente su vocación a la protección del interés público o general, en paralelo acota que dicho objetivo sólo podrá alcanzado si a la par se garantizan los intereses individuales de los administrados y el respeto del marco jurídico⁽¹³⁾.

Desarrollando el corolario recogido en dicho artículo, existe una serie de principios recogida en la LPAG que, puntualmente (aunque no en forma taxativa), limitan la actuación de la Administración Pública en los procedimientos administrativos. Tales principios están plasmados en el Artículo IV del Título Preliminar de la norma citada.

En relación en concreto con los límites al poder sancionador de la Administración Pública, la LPAG recoge y desarrolla diversos principios a través del artículo 230. Dichos principios son: el de legalidad, el del debido procedimiento, el de razonabilidad, el de tipicidad, el de irretroactividad, el de concurso de infracciones, el de continuación de infracciones, el de causalidad, el de presunción de licitud y el de *non bis in idem*⁽¹⁴⁾.

Entre los principios señalados queremos resaltar tanto el de legalidad o de reserva de ley como el de tipicidad, en forma previa a referirnos al principio de razonabilidad o proporcionalidad.

Al igual que en la mayoría de ordenamientos jurídicos, en el Perú el principio de legalidad tiene base constitucional: inciso d

del numeral 24 del artículo 2 de la Constitución Política del Perú⁽¹⁵⁾.

En el ámbito del derecho administrativo sancionador, el principio de legalidad encuentra en cambio expreso tratamiento. Así, se encuentra recogido en el artículo 230.1 de la LPAG, indicando que “sólo por norma con rango de ley cabe atribuir a las entidades la potestad sancionadora y la consiguiente previsión de las consecuencias administrativas que a título de sanción son posibles de aplicar a un administrado, las que en ningún caso habilitarán a disponer la privación de libertad”.

De acuerdo con lo expresado por Morón, el principio de legalidad implica “una regla de competencia para dos aspectos de la potestad sancionadora: para la atribución de la competencia sancionadora a una entidad pública y para la identificación de las sanciones aplicables a los administrados por incurrir en ilícitos administrativos”. Así, mientras que “Por la primera reserva legal mencionada, ninguna autoridad (...) podrá atribuirse competencia sancionadora sobre los administrados sin que deba obtener una norma expresa con rango de ley que así se lo habilite”, “Por la segunda reserva legal (...) queda reservada solo a normas con rango de ley el señalamiento de las consecuencias jurídicas represivas a los administrados en caso de la comisión de ilícitos administrativos”⁽¹⁶⁾.

(13) En el contexto de la potestad sancionadora, dicho artículo bastaría para concluir que la misma sólo puede ser ejercida en la medida en que respete al máximo posible los derechos fundamentales de las personas o, en otras palabras, debiendo procurar la menor afectación concebible de los administrados.

(14) Además de estos principios, podemos citar también como limitante a la facultad de coercitiva administrativa el denominado “principio de congruencia” recogido en el artículo 237.1 de la LPAG, del que se deriva el denominado *non reformatio in peius* (o prohibición de reforma en peor) previsto en artículo 237.3.

(15) Que a la letra señala: “Nadie será procesado ni condenado por acto u omisión que al tiempo de someterse no esté previamente calificado por la ley, de manera expresa e inequívoca, como infracción punible, ni sancionado con pena no prevista en la ley”.

(16) MORÓN URBINA, Juan Carlos. *Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General. Ley 27444*. Sexta Edición. Lima: Gaceta Jurídica, 2007. p. 640.



Fernando Ocampo Vásquez

De manera complementaria, la LPAG regula el denominado principio de tipicidad, el mismo que es concebido como una manifestación del principio de reserva de ley (y, por ende, como un precepto íntimamente ligado al principio de legalidad⁽¹⁷⁾).

El artículo 230.4 de la LPAG señala: “Sólo constituyen conductas sancionables administrativamente las infracciones previstas expresamente en normas con rango de ley mediante su tipificación como tales, sin admitir interpretación extensiva o analogía (...)”.

Asumiendo el riesgo de la simplificación, podemos señalar que para la LPAG tanto el principio de legalidad como el de tipicidad serían las dos caras distintas de una misma moneda: mientras que por este último principio se consagra la reserva legal para la tipificación de las conductas sancionables (infracciones), por el principio de legalidad se exige la reserva legal para la determinación de las sanciones mismas. Si bien en el ámbito legal ambos principios son concebidos como distintos entre sí, parte de la doctrina los considera como uno solo, siendo la tipicidad un aspecto del principio de legalidad⁽¹⁸⁾.

En cualquier caso, es importante notar que la reserva de ley “no solo implica que una norma con rango de ley cumpla con enunciar qué pena será aplicable (por ejemplo: multa, suspensión o inhabilitación de derechos), sino que debe fijar con la mayor precisión posible sus márgenes de aplicación, su cantidad, su duración, etc., en particular, el extremo máximo de agravio posible a los derechos ciudadanos”.

Sin perjuicio de lo indicado, debe notarse que la segunda parte del artículo 230.4 de la LPAG señala que “Las disposiciones reglamentarias de desarrollo pueden especificar o graduar aquellas dirigidas a identificar las conductas o determinar sanciones, sin constituir nuevas conductas sancionables a las previstas legalmente, salvo los casos en que la ley permita tipificar por vía reglamentaria”.

A efectos de permitir que las entidades administrativas -individualmente y atendiendo al carácter especializados de los aspectos y materias que se encuentra bajo sus respectivas competencias-, nuestra legislación ha reconocido expresamente la tipificación reglamentaria de sanciones.

En principio la Administración Pública está impedida de tipificar infracciones o crear sanciones por la vía reglamentaria, siendo que esta última queda restringida para especificar o graduar sanciones. En palabras de Pedreschi, “la intervención reglamentaria sólo puede limitarse a constituir un complemento necesario e indispensable de lo establecido por la norma con rango de ley, cuya competencia sólo puede entenderse extendida al desarrollo de las disposiciones previstas en ésta, sin excepción alguna”⁽¹⁹⁾.

Al respecto, en la Exposición de Motivos de la Propuesta de Modificación de la LPAG⁽²⁰⁾ respecto a la potestad reglamentaria se señala que “respecto a la potestad reglamentaria, la norma propuesta limita la operatividad del Reglamento a la especificación o graduación del cuadro infractor y sancionador establecido por la Ley, sin que ningún caso quepa la innovación de dicho cuadro o la alteración de su naturaleza y límites por la vía reglamentaria, y siempre que ello contribuya a la más correcta identificación de las conductas o a la más precisa determinación de las sanciones correspondientes”.

En tal contexto, en la Exposición de Motivos se concluye que “resulta evidente que en una

(17) Ello en línea con lo interpretado por el Tribunal Constitucional peruano, el que a través del Fundamento Jurídico N° 5 de la Sentencia recaída en el Expediente N° 2192-2004-AA/TC diferencia el principio de legalidad del de tipicidad (calificando a éste como un “subprincipio”, “taxatividad” o “una de las manifestaciones o concreciones” del primero). Consulta del 15 de marzo de 2010. Véase: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2005/02192-2004-AA.html>

(18) DANÓS ORDÓÑEZ, Jorge. *Op. cit.*; p. 153.

(19) MORÓN URBINA, Juan Carlos. *Op. cit.*; p. 629.

(20) La misma que sustentó el Decreto Legislativo 1029 publicado el 24 junio de 2008 y que se encuentra publicada en: http://www.minjus.gob.pe/Proyectos/Exposici%C3%B3nCT_27444.pdf. Consulta: 07 de marzo de 2010.

El principio de razonabilidad como límite a la tipificación reglamentaria de los Organismos Reguladores

disposición reglamentaria no puede procederse a constituir *ex novo* la antijuridicidad, tipicidad o punibilidad de una concreta conducta, ni tampoco a través de la misma norma infralegal es admisible la ampliación del ámbito material de una ley sancionadora”.

4. El principio de razonabilidad y proporcionalidad

El llamado principio de razonabilidad está recogido en el artículo 230.3 de la LPAG⁽²¹⁾. Este principio busca limitar la discrecionalidad de la Administración en el ejercicio de la potestad sancionadora.

De acuerdo con Juan Carlos Morón, el llamado “exceso de punición” resulta uno de los vicios más comunes en los que se incurre en dicho ejercicio, y está vinculado a la elección de la sanción aplicable a los administrados. Al efecto, el autor explica que lo determinante del vicio es “... la necesidad de una adecuada proporcionalidad o razonabilidad entre la medida elegida para sancionar y el reproche que objetivamente amerita la conducta incurrida”⁽²²⁾.

Cassagne, en una línea similar, explica que la proporcionalidad se aprecia “entre la pena (sanción) prevista en la norma y la conducta del agente, sobre la base de la regla de la razonabilidad cuya valoración debe responder a la realización del bien jurídico tutelado y significado social.”⁽²³⁾. Para Morón resultan cuestionables los casos en los que “la norma señala la sanción de multa pero prevé márgenes extremos para su aplicación”⁽²⁴⁾.

Como hemos mencionado, la potestad sancionadora se verifica en un doble nivel: (i) a través del ejercicio de la facultad reglamentaria de la Administración (emisión de reglamentos); y, (ii) a través de la función administrativa o jurisdiccional (emisión de actos administrativos). Esto es, tanto cuando se fijan normativamente las infracciones y las sanciones, como cuando las mismas son calificadas (infracciones) y aplicadas (sanciones) en un caso concreto. Al efecto, Comadira señala que el exceso de punición se produce cuando “en la norma o el acto disciplinario se contienen sanciones aplicables o aplicadas que, en relación con las tésis orientadoras pertinentes, resultan desproporcionadas con las conductas sancionables o sancionadas, respectivamente”⁽²⁵⁾.

En tal sentido, el exceso de punición puede presentarse en cualquiera de dichas manifestaciones de este poder de coerción (reglamentos o actos administrativos) siendo, por lo tanto, necesario que en cualquiera de dichos casos se respete el principio de razonabilidad.

La finalidad de reducir en lo posible la discrecionalidad de la Administración Pública a través del requisito de la razonabilidad,

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

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

(22) MORÓN URBINA, Juan Carlos. *Op. cit.*; p. 646.

(23) CASSAGNE, Juan Carlos. *Op. cit.*; p. 454.

(24) MORÓN URBINA, Juan Carlos. *Op. cit.*; p. 641.

(25) Citado por MORÓN URBINA, Juan Carlos. *Loc. cit.*



Fernando Ocampo Vásquez

se traduce en la evaluación y ponderación de una serie de criterios, de forma tal de mantener “una relación de correspondencia entre el daño al interés público o al bien jurídico protegido, y la consecuencia gravosa por tal hecho” en contra de los administrados⁽²⁶⁾.

El Tribunal Constitucional (en adelante, TC) ha desarrollado una “prueba” o test que toda decisión de naturaleza legislativa debe estar en condiciones de “pasar” a fin de comprobar que la misma no contravenga la Constitución. En el ámbito del Poder Ejecutivo, las decisiones de la Administración Pública que tuvieran carácter legislativo o reglamentario en los términos explicados líneas atrás, se encuentran sometidas también a los criterios y análisis propuestos por nuestro máximo intérprete constitucional.

Para el TC, el test citado importa “un estudio de proporcionalidad que está directamente vinculado con el valor superior justicia,

constituyendo un parámetro indispensable de constitucionalidad para determinar la actuación de los poderes públicos, sobre todo cuando ésta parece afectar el ejercicio de los derechos fundamentales, como se refiere en el caso de autos. De esta forma, para que la aplicación del test sea conveniente, corresponde utilizar los tres principios que lo integran: idoneidad, necesidad y proporcionalidad”⁽²⁷⁾.

Hemos tomado algunas líneas del presente trabajo para reflejar con cierto detalle los criterios utilizados por el TC para evaluar el principio de razonabilidad o proporcionalidad que debe regir la función legislativa (sea ésta ejercida por cualquiera de los Poderes del Estado). La consecuencia práctica de que una norma falle o “repruebe” el test planteado

(26) Idea recogida de la Exposición de Motivos de Propuesta de Modificación de la LPAG, proyecto que finalmente se plasmó en el Decreto Legislativo N° 1029 que fuera publicado el 24 junio de 2008. Publicada en: http://www.minjus.gob.pe/Proyectos/Exposici%C3%B3nCT_27444.pdf. Consulta: 06 de abril de 2010.

(27) Fundamento Jurídico N° 2 de la Sentencia del Pleno Jurisdiccional del Tribunal Constitucional del Perú de fecha 2 de diciembre de 2005 recaída en el expediente N°0030-2004-AI/TC. Publicada en: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2006/00030-2004-AI.html>. Consulta del 07 de marzo de 2010. En cuanto a la idoneidad, el TC señala que este principio “(...) implica que toda injerencia en los derechos fundamentales de una persona debe ser adecuada para fomentar un objetivo constitucionalmente legítimo. Por tal motivo, supone la legitimidad constitucional del objetivo y la idoneidad de la medida sub examine para su consecución”. Para ello, continúa el TC, “... debe examinarse si la medida legislativa es objetivamente adecuada, en tanto que, si no lo es, la consecuencia será la declaración de inconstitucionalidad de la misma. El legislador, al momento de ejercer su función de creación de normas, puede elegir entre varias posibilidades para alcanzar sus objetivos, por lo que corresponde al Tribunal Constitucional analizar si los medios elegidos permiten lograr la obtención de dichos objetivos y, en esa medida, si son adecuados de tal manera que faculten una restricción de un derecho fundamental” (Fundamento Jurídico N°3). En relación con el criterio de necesidad, se señala que “(...) para que una injerencia en los derechos fundamentales sea necesaria, no debe existir otra medida igualmente efectiva y adecuada para alcanzar el objetivo deseado y que suponga una menor restricción para el derecho fundamental o una menor carga para el titular. Para ello, deben analizarse todas las medidas que el legislador podría haber utilizado y escoger la más benigna para el ejercicio del derecho fundamental, en tanto que la finalidad que sostiene este principio es la de realizar el mínimo de intervención en el derecho fundamental” (Fundamento Jurídico N° 6). Finalmente, en cuanto al criterio de proporcionalidad se afirma que “... para que una injerencia en los derechos fundamentales sea legítima, el grado de realización del objetivo de ésta debe ser, por lo menos, equivalente o proporcional al grado de afectación del derecho fundamental, comparándose dos intensidades o grados: el de la realización del fin de la medida examinada y el de la afectación del derecho fundamental, al representar una valoración ponderativa de intereses contrapuestos, permitiendo la observación de todas las circunstancias relevantes para el caso” (Fundamento Jurídico N° 9). El TC propone, a través del Fundamento Jurídico N° 9, tres criterios a fin de hacer posible el análisis de proporcionalidad: (i) “que la comparación entre medios y fines debe orientarse a determinar la intensidad de la limitación, para que, cuanto mayor sea la limitación, más importantes deban ser los intereses generales que la regulación proteja”; (ii) “que cuanto mayor sea la importancia o jerarquía de los intereses perseguidos por la regulación, mejor podrán justificar una limitación en los derechos fundamentales”; y, (iii) “que cuanto más afecte una intervención a los derechos fundamentales, deban ser más cuidadosamente tenidas en cuenta las razones utilizadas para la justificación de la medida legislativa restrictiva”.

El principio de razonabilidad como límite a la tipificación reglamentaria de los Organismos Reguladores

es, como veremos más adelante, que la misma deviene en inconstitucional.

En forma complementaria a lo expuesto, es importante notar que en virtud del principio de legalidad, no basta presumir que la Administración Pública ha actuado de forma razonable o proporcional en el ejercicio de su potestad sancionadora; por el contrario, dado el carácter restrictivo y excepcional de este poder⁽²⁸⁾, en nuestra opinión se configura casi naturalmente una carga para las entidades administrativas de demostrar que un reglamento o acto ha sido emitido respetando el principio de razonabilidad. Dicha demostración debe producirse a través de la clara motivación de la norma en cuestión, sea a través del cuerpo mismo de dicha norma o sea a través de su respectiva exposición de motivos.

Al efecto, debe recordarse que el deber de motivación de las decisiones administrativas no sólo se configura como mandato legal –aunque estrictamente en relación con los actos administrativos⁽²⁹⁾ sino que también ha sido expresamente reconocido por el TC⁽³⁰⁾.

En referencia a esta idea, Jaime Ossa señala que: “dentro de la escala evaluativa de sanciones que la ley diseña y el criterio subjetivo que rodea toda decisión punitiva, el operador jurídico tiene que explicar, con razones atendibles y con explicaciones razonadas, cuáles son los elementos de juicio que concurren a formar la determinación final (...) Las providencias administrativas, de todas maneras, deben hacer una explicación satisfactoria que haga de la proporcionalidad un verdadero paradigma de ecuanimidad entre la medida

sancionadora que se acuerda y la esencia perjudicial del comportamiento del infractor. O sea, crear la justa relación entre el castigo y la gravedad del hecho cometido”⁽³¹⁾.

En otras palabras, la norma no sólo debe “ser” razonable (atender al principio de razonabilidad y proporcionalidad) sino también “parecerlo” (ostentar de modo expreso y transparente dicha condición).

5. El poder de coerción de los Organismos Reguladores y la aplicación del principio de razonabilidad

De acuerdo con lo que indica Cassagne en referencia a las potestades de la Administración Pública, “La potestad reglamentaria consiste básicamente en la aptitud del Poder Ejecutivo y, en general, de la Administración Pública que habilita a emitir actos de alcance general que traducen la institución de situaciones generales, objetivas y obligatorias”⁽³²⁾.

Pedreschi, al comentar el artículo 230.4 de la LPAG (principio de tipicidad), señala que “si bien es cierto que las sanciones administrativas previstas para su aplicación a un administrado como consecuencia de

(28) Derivado del hecho de que la Administración sólo puede hacer aquello que expresamente la ley le permite, más aún cuando su actuación afecta derechos de las personas.

(29) Considerándose como requisito de validez del mismo, a la debida motivación (artículos 3.4 y 6 de la LPAG).

(30) Al efecto, el Tribunal Constitucional entiende que “la motivación de las decisiones administrativas no tiene referente constitucional directo. No obstante, se trata de un principio constitucional implícito en la organización del Estado Democrático que se define en los artículos 3 y 43 de la Constitución, como un tipo de Estado contrario a la idea del poder absoluto o arbitrario. En el Estado Constitucional Democrático, el poder público está sometido al Derecho, lo que supone, entre otras cosas, que la actuación de la Administración deberá dar cuenta de esta sujeción a fin de despejar cualquier sospecha de arbitrariedad. Para lograr este objetivo, las decisiones de la Administración deben contener una adecuada motivación, tanto de los hechos como de la interpretación de las normas o el razonamiento realizado por el funcionario o colegiado, de ser el caso”. Fundamento Jurídico N°8 de la STC 2192-2004-AA/TC. Véase: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2005/02192-2004-AA.html>

(31) Citado por PEDRESCHI GARCÉS, Willy. *Op. cit.*; p. 531.

(32) CASSAGNE, Juan Carlos. *Op. cit.*; p. 123.



Fernando Ocampo Vásquez

la comisión de una infracción sólo pueden ser establecidas mediante norma con rango de ley, existe la posibilidad que, mediante reglamento, se establezca una graduación de las mismas para regular los supuestos en los cuales procederá su aplicación (dependiendo del tipo y gravedad de la infracción, principalmente). Sin embargo, a diferencia de lo establecido con relación a las conductas que constituyen infracción, no es posible disponer por la vía reglamentaria la creación de nuevos tipos de sanciones administrativas, debiendo limitarse a lo establecido en la norma con rango de ley⁽³³⁾.

En tal contexto, en el mes de julio del año 2000 se publicó la Ley 27332 (Ley Marco de los Organismos Reguladores de la Inversión Privada en los Servicios Públicos), por la que se previó el régimen normativo general de aplicación a los denominados “Organismos Reguladores” (OSIPTEL, OSINERG -actualmente, “OSINERGMIN”-, OSITRAN y SUNASS – “OORR”), como organismos públicos descentralizados adscritos a la Presidencia del Consejo de Ministros, con personería de derecho público interno y con autonomía administrativa, funcional, técnica, económica y financiera.

En línea con lo dispuesto por la LPAG -aunque estrictamente no en aplicación de la misma⁽³⁴⁾- el artículo 3.1.c de la Ley

citada establece que, como parte de sus respectivos ámbitos de competencia, los OORR ejercen, entre otras, la denominada “función normativa”, la misma que comprende “la facultad de tipificar las infracciones por incumplimiento de obligaciones establecidas por normas legales, normas técnicas y aquellas derivadas de los contratos de concesión, bajo su ámbito, así como por el incumplimiento de las disposiciones reguladoras y normativas dictadas por ellos mismos. Asimismo, aprobarán su propia Escala de Sanciones dentro de los límites máximos establecidos mediante decreto supremo refrendado por el Presidente del Consejo de Ministros y el Ministro del Sector a que pertenece el Organismo Regulador”

En ejecución de la facultad aludida, cada uno de los OORR diseñó, aprobó y puso en vigencia sus respectivas normas reglamentarias a fin de regular la potestad sancionadora con la que habían sido investidos mediante la Ley 27332.

OORR	Norma reglamentaria
OSIPTEL	Reglamento General de Infracciones y Sanciones (aprobado por Resolución 002-99-CD/OSIPTEL)
OSINERGMIN	Reglamento del Procedimiento Administrativo Sancionador (aprobado por Resolución del Consejo Directivo 40-2007-OS/CD)
OSITRAN	Reglamento de Infracciones y Sanciones (aprobado por Resolución 23-2003-CD-OSITRAN).
SUNASS	Reglamento General de Supervisión, Fiscalización y Sanción de las Empresas Prestadoras de Servicios de Saneamiento (Resolución de Consejo Directivo 003-2007-SUNASS-CD)

Como ha sido expuesto, estamos en condiciones de concluir que cada uno de los reglamentos citados, además de contribuir a la correcta identificación de las conductas y sanciones⁽³⁵⁾, necesariamente debe, como condición de validez jurídica de los mismos, cumplir con lo siguiente:

- a) Las sanciones, en aplicación del principio de proporcionalidad, deben resultar idóneas, necesarias y proporcionales en los términos establecidos por el TC al desarrollar el *test* de razonabilidad.

(33) PEDRESCHI GARCÉS, Willy. *Op. cit.*; p. 528.

(34) Dado que la LPAG fue publicada en abril de 2001, es decir, de forma posterior a la entrada en vigencia de la Ley 27332.

(35) Aunque limitándose a especificar o graduar las mismas, sin innovar o alterar lo previsto en la ley habilitante (en este caso, la Ley 27332).

El principio de razonabilidad como límite a la tipificación reglamentaria de los Organismos Reguladores

- b) Presentar, de manera transparente y expresa, la motivación que sustenta el cumplimiento de los dos aspectos anteriores. Esto implica contar –en la medida de lo posible⁽³⁶⁾- con una explicación suficientemente detallada de los elementos de juicio que justifican (i) que determinado tipo de conducta sea sancionable; y, (ii) ante determinado tipo de infracciones corresponde aplicar un nivel determinado de sanciones.

Ambas condiciones resumen el contenido del principio de razonabilidad y la forma cómo el mismo debe verificarse, con lo cual se confirma la hipótesis de la cual partimos en la elaboración del presente trabajo.

6. Un caso de estudio: el Reglamento de Infracciones y Sanciones del OSITRAN

Demostrada nuestra hipótesis, resulta útil presentar un caso a fin de contrastar normativa reglamentaria concreta con algunos de los preceptos presentados en los acápites anteriores y comprobar si, efectivamente, el principio de razonabilidad (o las manifestaciones del mismo) se verifica o no. El caso elegido es el del Organismo Supervisor de la Inversión Privada en Infraestructura de Transporte de Uso Público –OSITRAN-.

De acuerdo con lo previsto en el Texto Único Ordenado del Reglamento General de OSITRAN (aprobado por Decreto Supremo 044-2006-PCM), la acción de este organismo se encuentra limitada por una serie de criterios y principios. Entre dichos principios resalta el de transparencia, que se encuentra regulado en el artículo 7 del TUO citado de la forma siguiente: "Toda decisión de cualquier ORGANISMO DEL OSITRAN deberá adoptarse de tal manera que los criterios a utilizarse sean conocidos y predecibles. Las decisiones del

OSITRAN serán debidamente motivadas y las decisiones normativas y/o regulatorias serán publicadas antes de su entrada en vigencia para recibir comentarios y sugerencias de los interesados (...)".

En tal contexto, el artículo 22 define a la función normativa como aquella que: "(...) permite al OSITRAN dictar de manera exclusiva, dentro de su ámbito de competencia, reglamentos autónomos, normas que regulen los procedimientos a su cargo y otras normas de carácter general aplicables a todos los administrados que se encuentren en las mismas condiciones (...) comprendiendo entre otras facultades la de "(...) tipificar las infracciones por incumplimiento de obligaciones establecidas por normas legales, normas técnicas y aquellas derivadas de los Contratos de Concesión, bajo su ámbito, así como por el incumplimiento de las disposiciones reguladoras y normativas dictadas por ellos mismos. Asimismo, aprobar su propia Escala de Sanciones y en su caso hacerlo respetando los límites máximos que pudiera establecerse por decreto supremo refrendado por el Presidente del Consejo de Ministros y el Ministro del Sector a que pertenece el Organismo Regulador (...)".

El artículo 24 señala que: "En ejercicio de la función normativa pueden dictarse Reglamentos y normas de carácter general referidos a los siguientes asuntos: (...) (b) Reglas o lineamientos a que están sujetos los procesos que se sigan ante cualquiera de los

(36) Cabe aclarar que no proponemos que la norma reglamentaria indique con detalle exhaustivo qué conductas constituyen infracciones. Ello no sólo sería imposible -dado el carácter incompleto que presenta toda norma- sino ineficiente y poco práctico, y podría hacer impracticable y vaciar de contenido al sistema punitivo administrativo. Aceptamos que no puede pedírsele al legislador que prevea *ex ante* absolutamente todos los supuestos de eventuales infracciones a fin de que sean tipificados como tales ni tampoco las multas aplicables a dichas conductas. Reconocemos, por lo tanto, que siempre debe quedar cierto margen de discrecionalidad en el ejercicio de la potestad sancionadora; no obstante, dicho margen debe quedar reducido a su máxima expresión. La determinación de qué constituye la "reducción a su máxima expresión" resulta siendo así subjetiva; no obstante, criterios como los recogidos en el *test* de razonabilidad del TC ayudan a hacer esta tarea menos discrecional.



Fernando Ocampo Vásquez

ORGANOS DEL OSITRAN, incluyendo los reglamentos de infracciones y sanciones (...)” y “(...) (m) Cuando corresponda, el régimen de infracciones y sanciones aplicable a los contratos de concesión”.

En tal contexto, en diciembre de 2003 entró en vigencia el Reglamento de Infracciones y Sanciones del OSITRAN (RIS)⁽³⁷⁾, el mismo que, derogando el denominado “Reglamento de Cobro y Aplicación de infracciones, sanciones y tasas”, tuvo por objeto “(...) establecer la tipificación de las infracciones en las que puede incurrir la Entidad Prestadora, la escala de sanciones que le es aplicable y el procedimiento para su aplicación y cobro” (artículo 2).

En cuanto al ejercicio de la potestad sancionadora, el artículo 4 del RIS reconoció el sometimiento expreso de dicho poder a los principios recogidos por el artículo 230 de la LPAG⁽³⁸⁾.

En lo referido a la calificación de las infracciones, el Título II del RIS contempló un listado de conductas que caían bajo tal precepto. Así, atendiendo a un criterio basado en el tipo de obligación exigible a las denominadas “Entidades Prestadoras” (sociedades concesionarias), estableció diez (10) categorías de infracciones⁽³⁹⁾. En cada una de dichas categorías contempló, de forma bastante detallada, muchas y diversas conductas que calificarían como infracciones.

Asimismo, en su artículo 61 el RIS definió la escala de sanciones aplicable a las infracciones referidas de la siguiente forma:

Ingresos Operativos anuales (en UIT)	Multas (enUIT)		
	Leve ^a	Grave	Muy Grave
Ingresos ≤ 20 mil	Hasta 25	Hasta 60	Hasta 140
20 mil < ingresos ≤ 50 mil	Hasta 75	Hasta 180	Hasta 420
Ingreso > 50mil	Hasta 180	Hasta 450 ^o	Hasta 840

(a) Incluye la posibilidad de amonestación pública.

(37) Aprobado por Resolución 023-2003-CD-OSITRAN. Su texto completo se puede encontrar publicado en: <http://www.ositran.gob.pe/RepositorioAPS/0/0/par/R023-2003-CD/R023-2003-CD.pdf>. Consulta del 08 de marzo de 2010.

(38) Señalándose escueta y puntualmente que “OSITRAN deberá aplicar los principios a los que alude el Artículo 230 de la Ley del Procedimiento Administrativo General 27444 y sus modificaciones”.

(39) Relativas a la explotación de la infraestructura, al acceso a la infraestructura, a tarifas, a las normas sobre reclamos de los usuarios y solución de controversias, a la información, a las acciones de supervisión, al incumplimiento de las decisiones de OSITRAN, a las obligaciones en materia de inversión en infraestructura y equipamiento, a aportes y pagos, y a obligaciones para con OSITRAN y el Concedente.

Al efecto, se indicó que en ningún caso la sanción podría ser superior al 3% de los ingresos operativos anuales de la Entidad Prestadora.

Fuera de algunas disposiciones relativas a aspectos procedimentales, en el diseño del RIS no se incluyó explicación alguna que sustente de forma adecuada la determinación de los distintos tipos o categorías de conductas previstas como “infracciones”, ni la forma en la que había sido concebida la escala de sanciones o el porqué se había considerado, para cada nivel de multas -leve, grave o muy grave- un monto determinado de UIT.

En cuanto a la Exposición de Motivos del RIS debemos resaltar que, en el acápite 2.b) de la misma, se hizo referencia expresa al principio de razonabilidad en los términos siguientes: “A efectos de cumplir plenamente con el principio de razonabilidad establecido en el numeral 3 del Artículo 230 de la Ley del Procedimiento Administrativo General, el Capítulo I establece la escala de sanciones aplicable a las Entidades Prestadoras, que tiene en consideración los ingresos anuales de las mismas. A manera de ejemplo, las escalas aplicables para determinar el monto de una sanción grave podrán ser distintas para dos Entidades Prestadoras en función a su nivel de ingresos. Además se ha establecido un tope al monto de las sanciones equivalente al 3% de los ingresos operativos anuales (...)”.

Asimismo, en la Exposición de Motivos citada (acápites 2.b) se señala que la calificación de las

El principio de razonabilidad como límite a la tipificación reglamentaria de los Organismos Reguladores

infracciones en el RIS se da “(...) en función a la importancia de los intereses tutelados por las normas y al grado de afectación a los mismos”. Fuera de dicha mención, no se desarrolló en absoluto este enunciado ni se ensayó una explicación de cuáles son los supuestos “intereses tutelados” aludidos ni cómo se configura el supuesto vínculo que existiría entre los mismos y la asignación de determinadas sanciones.

En el mes de diciembre de 2005, mediante Resolución 077-2005-CD-OSITRAN⁽⁴⁰⁾, se modificó diversos artículos del RIS, entre ellos el artículo 4, considerándose el texto siguiente:

“Artículo 4 Principios de la Potestad Sancionadora
4.1 OSITRAN deberá aplicar los principios a los que alude el Artículo 230 de la Ley del Procedimiento Administrativo General N° 27444.

4.2 Para efectos de determinar la cuantía de la sanción una vez tipificada la infracción, en aplicación con el Principio de Razonabilidad contemplado en el numeral 3 del Artículo 230 de la Ley del Procedimiento Administrativo General N° 27444 OSITRAN empleará los siguientes criterios:

- Intencionalidad
 - Perjuicio causado
 - Circunstancias de la comisión de la infracción
 - Repetición en la comisión de la infracción
- Adicionalmente tendrá en consideración los siguientes criterios:
- Efectos en la calidad del servicio a los usuarios
 - Conducta procesal”

En la Exposición de Motivos de esta norma se indicó, en relación con la modificación del artículo 4 citado, que “(...) con el objeto de brindar mayor predictibilidad al ejercicio de potestad sancionadora por parte de OSITRAN se incorporan criterios adicionales a los contenidos en el numeral 3 del Artículo 230 de la Ley del Procedimiento Administrativo General (Ley 27444)”.

De comparar esta nueva cláusula con el tenor del artículo 230.3 de la LPAG se aprecia que, si bien se cumple con hacer

énfasis en la importancia de atender lo previsto en la ley citada, la modificación del RIS en este extremo no parece aportar mucho al régimen ya existente.

Por otro lado, en forma previa tanto a la entrada en vigencia del RIS como de su modificatoria, el OSITRAN cumplió con hacer pública cada una de dichas normas y recibir comentarios de los interesados, aplicando un mecanismo que busca garantizar la transparencia y, en cierta forma, también el derecho de los administrados de defender sus intereses proponiendo cambios a las regulaciones indicadas antes de que les resulten exigibles.

En términos generales, de la lectura de la matriz de comentarios anexa a la Resolución 077-2005-CD-OSITRAN⁽⁴¹⁾ se aprecia que, a efectos de atender las preguntas, cuestionamientos y/o sugerencias hechas por los interesados, OSITRAN ha hecho un ejercicio interesante de motivación y sustento (en algunos casos, de defensa) de su posición plasmada en la norma citada. Estas explicaciones han tenido que ser dadas como reacción ante la acción tomada por los administrados de cuestionar el proyecto de la norma y no, como debió ocurrir, de forma originaria, a iniciativa del propio regulador al publicar el proyecto citado, sea directamente en el cuerpo de la norma o en su exposición de motivos.

En cualquier caso, resulta claro que el hecho de dar una oportunidad al administrado para que haga comentarios al proyecto de norma no libera a la Administración de atender el principio de razonabilidad al momento de tipificar las infracciones y sanciones. En pos de la transparencia, no parece razonable exigir

(40) Publicada en: <http://www.ositran.gob.pe/RepositorioAPS/0/0/par/REGINSAC1/REGINSAC1.pdf>. Consulta del 18 de marzo de 2010.

(41) Publicada en: <http://www.ositran.gob.pe/RepositorioAPS/0/0/par/REGINSAC1/REGINSAC1.pdf>. Consulta del 5 de abril de 2010.



Fernando Ocampo Vásquez

al administrado que para conocer el sustento de la norma tenga que recurrir a la matriz de comentarios hecha en una etapa previa a la entrada en vigencia de la norma citada.

Finalmente, debe notarse que los límites máximos a los que debía estar sujeta la escala de sanciones de los OORR (de acuerdo con lo previsto en el artículo 3.1.c de la Ley 27332), nunca fue aprobada por el Gobierno. Dado el tenor del artículo en cuestión y la aplicación del principio de legalidad, podría sostenerse que la norma habilitante de la tipificación reglamentaria de los OORR se condiciona a la aprobación de la escala de sanciones citada a la existencia de límites máximos fijados por decreto supremo refrendado por el Presidente del Consejo de Ministros y el Ministro del Sector a que pertenece el OORR respectivo. Por ello, en tanto dicho decreto supremo no exista, los OORR no estarían facultados a aprobar sus respectivas escalas

de sanciones –dado que no se conocería cuál sería el límite de las mismas–.

Si bien este último postulado podría resultar cuestionable desde diversas perspectivas, hemos optado por indicar esta posible interpretación únicamente a fin de dejar planteado el tema.

En el contexto descrito, debemos concluir que si bien el RIS vigente contribuye a la identificación de las conductas y sanciones a través de la especificación y graduación de las mismas, no parece aportar criterios suficientes como para determinar (i) si la calificación de las conductas en diversos tipos de infracciones resulta razonable; ni, (ii) si las sanciones asignadas a dichas infracciones son idóneas, necesarias y proporcionales.

En tal virtud, a modo de cierre, consideramos de la mayor importancia la revisión y modificación por parte del OSITRAN del actual RIS. Ello con el objeto de garantizar frente a los administrados el debido cumplimiento de los principios de legalidad, razonabilidad y proporcionalidad que sustentan el derecho administrativo sancionador.