

REGULACIÓN RESPONSIVA Y CONTRATACIÓN PÚBLICA

RESPONSIVE REGULATION AND PUBLIC PROCUREMENT

Oscar Alejos Guzmán*
CMS Grau

Regulation, understood in a broad sense, encompasses all forms in which the state intervenes in the lives of individuals (through regulations and administrative acts). However, over the years, the approach to regulation has changed, especially regarding regulatory techniques and ways to ensure compliance. In this context, responsive regulation emerges as a paradigm shift that involves regulating according to the context. This shift can have significant implications for the Peruvian public procurement regime, specifically in its sanctioning regime. Under a responsive regulation logic, a response strategy can be promoted that better harmonizes the interests of the state (as contractor and regulator) and the private sector (as contractors).

KEYWORDS: Regulation; responsive regulation; sanctioning law; administrative law; public procurement.

La regulación, entendida en sentido amplio, abarca todas aquellas formas en las que el Estado interviene en la vida de los particulares (mediante reglamentaciones y actos). Sin embargo, a lo largo de los años, ha variado la aproximación que se tiene de la regulación, especialmente en los que se refiere a las técnicas de regulación y a las formas de asegurar su cumplimiento. En dicho escenario surge la regulación responsiva como cambio de paradigma que implica regular conforme al contexto. Dicho cambio puede tener repercusiones importantes en el régimen peruano de contratación pública, específicamente en su régimen sancionador. Bajo una lógica de regulación responsiva, se puede fomentar una estrategia de respuesta que armonice mejor los intereses del Estado (como contratante y regulador) y los privados (como contratistas).

PALABRAS CLAVE: Regulación; regulación responsiva; derecho sancionador; derecho administrativo; contratación pública.

* Abogado. Egresado de la maestría en Derecho Administrativo y Regulación del Mercado por la Universidad de Piura. Asociado del Área de Derecho Administrativo y Contratación Pública en CMS Grau. Código ORCID: 0000-0002-9485-638. Contacto: oscar.alejos@cms-grau.com

Nota del Editor: El presente artículo fue recibido por el Consejo Ejecutivo de THĒMIS-Revista de Derecho el 31 de enero de 2025, y aceptado por el mismo el 02 de junio de 2025.

I. INTRODUCCIÓN

El presente artículo parte de dos premisas fundamentales: (i) la mejor forma de hacer cumplir las normas no es sancionando; y (ii) la sanción no es nunca un fin en sí mismo; por ende, su imposición implica el previo descarte de otras medidas menos gravosas para el ciudadano.

Sobre la base de estas premisas es que se desarrolla el concepto de regulación responsiva, el cual es objeto del presente estudio. Este enfoque regulatorio que, en términos sencillos, puede conceptualizarse como regular y hacer cumplir la regulación de acuerdo al contexto, resulta trascendental hoy en día para comprender cómo debe actuar la administración. En particular, este enfoque es sumamente importante para el derecho administrativo sancionador, especialmente para delimitar sus alcances y límites.

En este contexto, es necesario partir de la distinción entre lo que se puede denominar ‘el ciclo de la norma’ y ‘el ciclo del *enforcement*’. En mi opinión, bastante atención se viene prestando al primer tema, en comparación con la atención dada al segundo. Ello pese a la importancia que amerita.

El ciclo de la norma es, básicamente, el camino que se debe seguir para que una norma sea un producto de calidad. Ahí entran a tallar el análisis de impacto regulatorio, el análisis de calidad regulatoria, el análisis costo-beneficio, etc. Sin duda, una norma que sea un producto de calidad es algo positivo que todos queremos.

Sin embargo, un producto de calidad que no se consume no ha logrado su propósito. De nada sirve un producto de calidad si la gente no lo consume. De nada sirve una norma buena si la gente no la cumple. De ahí que el ciclo del *enforcement* o ciclo del cumplimiento de la norma es igualmente importante.

Lamentablemente, la lógica que ha guiado el ciclo del *enforcement* es muy simplista y de naturaleza exclusivamente represiva. Bajo la lógica del comando-control, se ha interpretado que, dada una norma, corresponde controlar su cumplimiento mediante la imposición de sanciones. La sanción sería la mejor forma de desincentivar el incumplimiento. Así, la figura del garrote como mecanismo para hacer cumplir la norma ha sido la más habitual entre nosotros.

Ahora bien, la regulación responsiva implica un cambio de enfoque. Este cambio parte de dos premisas indisolubles que básicamente reconocen

que la sanción no es ni el mejor ni el único mecanismo para hacer cumplir la norma. Existen medidas alternativas que el propio ordenamiento jurídico se ha encargado de reconocer paulatinamente al comprender que la sanción no era, en la mayoría de los casos, la herramienta más idónea.

Dicho ello, el propósito del presente artículo no es solo esbozar algunas ideas sobre la regulación responsiva en el ordenamiento jurídico peruano. Mi objetivo es analizar si este enfoque de regulación puede y debe ser aplicado al régimen sancionador de las contrataciones públicas. A diferencia de otros países, el Perú cuenta con un régimen sancionador en contrataciones públicas que excede a las respuestas típicamente contractuales (como las penalidades). Es más, las sanciones que se imponen en este sector pueden llegar a ser las más duras, como la inhabilitación definitiva que, en buena cuenta, constituye la pena de muerte para el contratista del Estado.

En ese contexto, donde nos encontramos ante un régimen que fácilmente podría calificarse de draconiano, surge la duda sobre si es posible o deseable aplicar un enfoque responsivo. Más aún cuando se toma en cuenta que las sanciones de inhabilitación tienen un impacto social que excede los intereses del contratista individual. En efecto, al inhabilitar al contratista, el Estado reduce su oferta; es decir, se queda con menos contratistas, menos opciones, menos competencia y, por ende, asume el riesgo de precios más altos. De ahí que sea interesante evaluar cómo el enfoque responsable puede coadyuvar a mejorar un régimen anclado en la filosofía del garrote.

Sobre la base de ello, explicaré primero en qué consiste la regulación responsiva y cómo se viene materializando en nuestro país. Luego, analizaré si es posible o deseable aplicar la regulación responsable a la contratación pública, centrándome en el régimen sancionador que rige en la legislación peruana. Seguidamente, analizaré el marco normativo actual –con la novísima Ley 32069, Ley General de Contrataciones Públicas (en adelante, LGCP), y su Reglamento– a fin de verificar si hay rastros del enfoque de regulación responsable y proponer algunas reformas. Por último, brindaré algunas conclusiones.

II. LA REGULACIÓN Y SU VINCULACIÓN CON EL DERECHO ADMINISTRATIVO

Como se ha precisado en la doctrina nacional (Huapaya, 2010, p. 304), existe una suerte de sinonimia conceptual entre la regulación y el derecho administrativo. Si bien el origen del primer término lo encontramos en la tradición anglosajona, mien-

tras que el segundo es europeo continental (Del Guayo, 2017, p. 246), lo cierto es que en ambos casos se hace referencia a la intervención que tiene el Estado en la vida de los ciudadanos.

En efecto, no puede pasar desapercibido que cuando los anglosajones y norteamericanos hablan de regulación no hacen sino hablar de su derecho administrativo (Huapaya, 2010, pp. 309-310), de manera que no existe propiamente un ‘derecho regulatorio’¹, pues precisamente el derecho administrativo sería la forma en que se analiza la regulación desde una perspectiva jurídica².

Claro está que el encuadre de la regulación en los conceptos tradicionales de derecho administrativo no implica un calce perfecto (Esteve, 2009, p. 390; Laguna de Paz, 2016, p. 34; Parejo, 2017, p. 1404). De hecho, bajo una concepción amplia de regulación, se puede señalar que “comporta, pues, la utilización de poderes de diverso signo: ordenación, supervisión, resolución de controversias y poder sancionador” (Laguna de Paz, 2016, p. 32).

Como se puede apreciar, el concepto así descrito no dista mucho de lo que se conoce como ‘actividad de limitación’, entendida como:

aquella en la que la Administración impone restricciones, deberes o de cualquier otra forma ordena imperativamente las actuaciones privadas con el fin de garantizar algún interés público; vigila el cumplimiento de todo ello; y reacciona ante los incumplimientos para restablecer el interés público. (Rebollo, 2017, p. 19)³

Siendo así, es posible conceptualizar la regulación como la intervención del Estado en la vida de los particulares mediante instrumentos propios del

derecho público, en un ciclo que comprende el dictado de reglas, su fiscalización y *enforcement*.

III. REGULACIÓN RESPONSIVA

Ahora bien, existen múltiples formas de regular. Dichas formas o modelos regulatorios dependen, a su vez, del entendimiento que se tiene respecto de por qué y para qué se regula.

Este no es el espacio para desarrollar este punto, por lo demás revisado profundamente tanto en nuestro país (Falla, 2009, pp. 522-523; Huapaya, 2010, pp. 326-333; Haro, 2005, pp. 154-162) como en el extranjero (Aguilar, 2005, pp. 32-34). En ese sentido, no analizaré aquí los modelos de ‘comando-control’ o regulación por incentivos.

Lo que interesa destacar aquí es que, frente a los modelos tradicionales que podríamos llamar absolutos (en los que o se reprende o se premia), surge la noción de ‘regulación responsiva’ como aquella que procura usar determinado mecanismo de *enforcement* dependiendo del contexto (Ayres & Braithwaite, 1992, p. 5; Gunningham, 2010, pp. 126-130). Así, en algunos casos corresponderá otorgar incentivos para conseguir el cumplimiento de las reglas; mientras que, en otros casos, corresponderá sancionar con todo el abanico de sanciones que otorga la ley.

Cabe aclarar que, si bien la regulación responsiva ha sido pensada para el *enforcement*, es aplicable también al diseño de la regulación. En otras palabras, la regulación responsiva constituye una herramienta útil al momento en que se diseñan las reglas aplicables a un sector (como podrían ser las reglas de contratación pública o medio ambiente). Dependiendo del contexto⁴, podemos encontrarnos en escenarios en donde será mejor tener más reglas o menos reglas (Sunstein, 2013, p. 12).

¹ Señala Parejo:

No existe, pues, un Derecho de la regulación como rama diferenciada, por estructurada, del Derecho administrativo, pero sí desde luego como denominación apelativa de las normas ordenadoras de ciertos sectores capaz para otorgar soporte al desarrollo de modelos regulatorios para cuestiones y problemas comunes a ellos y, por tanto, de sistemas que –en el sentido de E. Schmidt-Assmann– imprimen orden a las diferentes soluciones normativas. (2017, p. 404)

² Diferente posición asume Íñigo del Guayo (2017, p. 124): “La regulación es globalmente un sustitutivo del Derecho administrativo, porque varían radicalmente los presupuestos y las técnicas de intervención. [...] Tanto la regulación como el Derecho administrativo presuponen una presencia de la Administración en el sector regulado o intervenido, pero la regulación incorpora pautas provenientes de otras disciplinas distintas de la jurídica, la regulación se hace desde fuera del sistema y persigue que el sistema regulado alcance sus propios fines”.

³ De ahí que Rebollo no acepte el término ‘regulación’, señalando lo siguiente:

A la intervención pública que se da en estos sectores se alude con la denominación –inexpresiva, desconcertante e importada– de “regulación” o de “regulación económica”. [...] El dato mismo de que la actividad administrativa se proyecta sobre actuaciones de sujetos privados frutos de su libertad es lo que permite incluirla en la actividad de limitación, aun reconociendo singularidades notables, que se explicarán en su momento. (2017, p. 20)

⁴ En palabras de Cass Sunstein: “To make progress on this question, we need to avoid abstractions and chest-thumping. The context matters” (2013, p. 12).

También, habrá casos en donde no sea necesario contar con muchas reglas, sino con estándares que dotan de mayor discrecionalidad⁵.

Por otro lado, el enfoque de regulación responsiva a nivel de diseño de las reglas justifica la existencia de los *nudges* o acicates, como mecanismos que son menos restrictivos de la libertad individual. Los *nudges* implican cambios en la arquitectura de decisiones, aplicando los resultados de las investigaciones sobre sesgos cognitivos, a fin de permitir que las personas tomen decisiones más racionales por sí mismas, sin ser obligadas por el Estado (Thaler & Sunstein, 2009, p. 6).

Sin perjuicio de ello, en el presente artículo, me centraré en la aplicación de la regulación responsiva en el *enforcement*.

IV. REGULACIÓN RESPONSIVA Y ENFORCEMENT

No solo no es suficiente que la regulación exista o sea una regulación de calidad, es imprescindible también que la misma se cumpla. Para ello, es necesario contar con mecanismos de *enforcement*, es decir, con herramientas que permitan a la autoridad hacer cumplir las reglas.

Así, este ciclo de *enforcement* ha tenido tradicionalmente una secuencia simple de dos pasos: primero se investiga (fiscaliza, supervisa, etc.) y, de detectarse la inobservancia de la regulación, se sanciona.

Entre nosotros se ha prestado demasiada atención a la potestad sancionadora, lo cual consideramos tiene sus pro y contras. Es positivo porque es necesario estudiar adecuadamente la potestad de imponer sanciones, sus contornos y límites, así como las garantías que tiene el ciudadano frente al ejercicio de dicho poder. Sin embargo, también es negativo porque, salvo contadas y recientes excepciones, tenemos un déficit de atención a la potestad de inspección⁶.

Ello representa un error porque la actividad de inspección es más importante con miras al cumplimiento de la norma, si aceptamos que la misma debe tener un enfoque preventivo y correctivo. Si partimos de dicha premisa, no cabe duda que la actividad de inspección es sumamente importante, consustancial a la actividad de limitación y a la regulación en general (Rojas, 2019, p. 43).

Lamentablemente, el estudio de la actividad de inspección ha sido relegado bajo la premisa que su única función era servir de antesala al uso de la potestad sancionadora. Con esta lógica, es comprensible que se pretenda garantizar el cumplimiento de la norma con una política exclusivamente represiva que potencie el derecho administrativo sancionador.

Por ello, al caracterizar a la potestad sancionadora, se ha escrito que “se trata de un complemento de las facultades materiales de gestión, cuya eficacia refuerza. En el fondo, la sanción es un instrumento para asegurar que los mandatos y prohibiciones establecidos en el ordenamiento jurídico sean realmente efectivos” (Laguna de Paz, 2016, p. 367). En sentido similar, Huergo resalta que la sanción es el instrumento del que dispone la administración para reaccionar contra quien incumple la norma; de ahí que hable de un ‘administrar sancionando’ (2019, p. 521).

Ahora bien, esta perspectiva cambia desde que se realiza una diferencia sustancial y cualitativa entre las medidas u órdenes administrativas y las sanciones. Esta diferencia radica en el fin mismo de dichos actos. Mientras las órdenes administrativas (comprendidas dentro de la actividad de limitación) tienen como propósito restablecer la legalidad, las sanciones son castigos con un fin represivo (Rebolledo, 2017, p. 43; Tirado, 2016, pp. 58-59).

De ahí que, si bien la sanción puede tener un efecto desincentivador, debe quedar claro que su esencia no radica en garantizar el cumplimiento de la regulación. En efecto, la imposición de una multa no garantiza que el administrado acomode su conducta y cumpla la norma. Lo dicho no quita que la sanción sea efectivamente una herramienta más de *enforcement* bajo una perspectiva funcional del derecho público (Soto, 2016, p. 195). Sin embargo, sobre la base de esta apreciación es que se puede empezar a considerar medidas distintas a la sanción como mecanismo para hacer cumplir la regulación.

Ese cambio forma parte de lo que se conoce como regulación responsiva, es decir, la idea que la regulación y su *enforcement* deben responder a las circunstancias, al contexto, etc. (Ayres & Braithwaite, 1992, p. 5). Como tal, la regulación responsiva atiende a una serie de estrategias dependiendo del caso.

⁵ Señala Cass Sunstein: “We can therefore identify two fallacies. The first is that the future of government lies in fewer rules and more discretion. The second is that the future of government lies in more rules and less discretion” (2013, p. 12).

⁶ Sin perjuicio de destacar los aportes trascendentales de Tirado (2022, pp. 19-48), Morón (2020, pp. 17-43), Sánchez (2019, pp. 445-466), Zegarra (2018, pp. 237-246).

Este nuevo enfoque responde también a una concepción del derecho administrativo distinta, bajo lo que se denomina ‘perspectiva de la luz verde’ (Mont, 2010, pp. 18-23; Rojas, 2019, p. 63). En buena cuenta, se deja de lado la idea de que el derecho administrativo es un derecho de los límites y el control de la actividad de la administración (teoría de la luz roja), para pasar a comprender al derecho administrativo como un derecho de dirección⁷, es decir, un derecho que propende a la actuación eficaz y eficiente de la administración pública (teoría de la luz verde) (Harlow & Rawlings, 2009, pp. 31-33).

Ahora bien, precisamente, la elección de la mejor estrategia de *enforcement* parte de cómo hacer que el derecho administrativo garantice su actuación eficaz. En ese contexto es que se opta por un enfoque de regulación responsiva (con las variantes que pueda tener, incluyendo estrategias de regulación inteligente), es decir, regulación adecuada al contexto. Se espera así que la administración responda de acuerdo a las circunstancias de cada caso.

Estas circunstancias no lo son solo sobre los hechos, sino también sobre las personas. La regulación responsiva parte del hecho que no todas las personas reaccionan igual, ni tienen los mismos incentivos ni manejan el mismo nivel de información (Ochoa, 2016, p. 166).

No solo ello, sino que –como han advertido Baldwin y Black (2008, p. 61)– para que la regulación sea ‘realmente’ responsiva se requiere ser responsable no solo respecto del agente regulado, sino además del contexto del sector regulado (por ejemplo, si existe una tendencia a la informalidad), de las herramientas disponibles (por ejemplo, si la regulación permite la imposición de compromisos

de mejora) y de los potenciales cambios de estos aspectos (por ejemplo, si por medio del seguimiento se ha corroborado que los incentivos han funcionado mejor que los castigos)⁸.

Para ello, la administración debe contar con una variedad de herramientas y estrategias⁹. Se parte de la premisa de que una estrategia eminentemente punitiva puede perjudicar la buena voluntad de aquellos motivados por un sentido de responsabilidad (Ayres & Braithwaite, 1992, p. 19). En otras palabras, “la aplicación indiscriminada de una estrategia general de castigo inhibe la buena voluntad de los regulados que se muestran dispuestos a cooperar, pues, son tratados como si no lo estuvieran” (Guiloff & Soto, 2015, p. 105).

En ese sentido, se dice que el truco para una regulación exitosa es establecer sinergia entre castigo y persuasión (Ayres & Braithwaite, 1992, pp. 25-26). El castigo estratégico permite asegurar que el ciudadano tome en cuenta que la administración tiene un arma potente que puede usar cuando sea necesario. Sin embargo, el uso de la persuasión legitima el castigo como razonable, justo e, incluso, como algo que puede generar remordimiento o arrepentimiento.

En términos prácticos, es útil para el Estado que el ciudadano sepa que se le puede imponer una cuantiosa multa de 500 UIT (por poner un ejemplo), pero ello no quiere decir que necesariamente deba imponerla en todos los casos. Así, contar también con una estrategia de persuasión e incentivos (por ejemplo, mediante la imposición de compromisos de mejora o medidas correctivas) como primer paso antes de la sanción, permite legitimar esta última. En efecto, si primero se opta por persuadir y se sanciona solo frente

⁷ En palabras de Guiloff y Soto:

El Derecho Administrativo se orienta a la eficacia o efectividad de objetivos. Es una herramienta que permite hacer cumplir las finalidades dispuestas por las políticas públicas. En este contexto, las condiciones o presupuestos de acuerdo a los cuales una determinada regulación se torna eficaz también deben ser tratados por la ciencia jurídica. (2015, p. 104)

⁸ Manifiestan una posición similar, Guiloff y Soto:

Tal concepción permite al regulador adaptarse al contexto y responder a las necesidades públicas que el ejercicio de sus funciones debe asegurar. Así, la conducta de la Administración dependerá del tipo de relación que tiene con el regulado (ocasional o iterativa); de la actitud del mismo, en términos de mayor o menor apego por las normas que le rigen; de los recursos con que la agencia cuenta; o del modo en que funciona el ámbito regulatorio. (2015, p. 101)

⁹ Utilizando un símil muy interesante, Yeung y Ranchordás sostienen lo siguiente:

As every parent knows, deciding on an appropriate sanction to impose on a child for rule-breaking requires attention to several matters, including the nature and severity of the infraction, the purpose the parent seeks to achieve and, for responsible parents at least, a concern to act fairly and proportionately in relation to the child's conduct. Similarly, a variety of concerns must be considered in determining the appropriate regulatory sanction. (2024, p. 291)

al incumplimiento reiterado, la sanción se percibe como un castigo más razonable.

En un escenario en donde las multas son cuantiosas, esta legitimidad en su imposición es importante, a fin de no ver a la administración como un gran ente recaudador, cuyo único objetivo sería imponer y recaudar multas (Ochoa, 2016, p. 169).

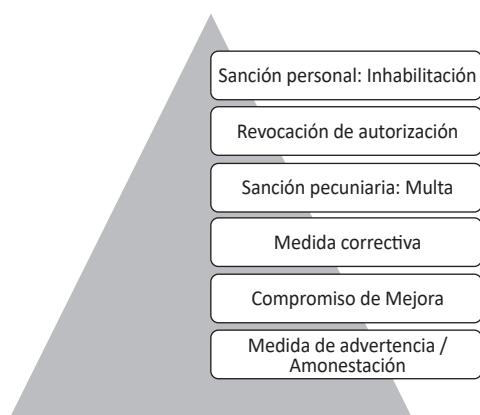
Surge así la idea de una pirámide regulatoria de medidas subsidiarias que van escalando conforme se mantenga el incumplimiento. La base implica una estrategia de persuasión o diálogo (como resulta ser la imposición de una advertencia), cuya falla recién permite utilizar una estrategia más dura o punitiva (como resulta ser la imposición de una multa o la sanción de inhabilitación temporal)¹⁰.

La base de la pirámide es lo que Braithwaite (2002) llama ‘justicia restaurativa’ (*restorative justice*). La justicia restaurativa se aleja del enfoque punitivo y privilegia su concentración en restaurar a la víctima, al agente infractor y a la comunidad (Braithwaite, 2002, pp. 10-12). ¿Qué implica restaurar? Depende del diálogo que se establece con las partes interesadas, pero una aproximación nos lleva a considerar que restaurar implica restituir la propiedad dañada, corregir el incumplimiento, implementar medidas para que no vuelva a ocurrir el incumplimiento, recuperar la sensación de seguridad para la sociedad, alinear la conducta del infractor a derecho, entre otras cosas (Braithwaite, 2002, p. 15).

Es por ello que el enfoque de justicia restaurativa –que forma parte de la regulación responsiva– no se centra solamente en ‘deshacer lo hecho’ como parecen entender las autoridades locales. Restaurar implica mucho más y nos impone a reconfigurar nuestra noción de ‘corrección’ y ‘subsanación’, dejando de lado el enfoque exclusivamente retrospectivo, para pensar en uno preventivo y restaurativo, con la amplitud que se ha indicado.

Ahora bien, siguiendo los trabajos de los autores citados, pero contemplando los mecanismos existentes en nuestro ordenamiento jurídico, propongo la siguiente pirámide regulatoria:

Figura 1: Pirámide regulatoria



Fuente: Elaboración propia.

La lógica de la pirámide es que siempre se empieza por la base y se va escalando conforme el contexto lo reclama. Los tres primeros escalones, empezando por la base, responden a la ‘justicia restaurativa’, en donde la clave es la persuasión. El rol legitimador de la persuasión es clave. Sobre todo, en un escenario como el peruano, en donde el ciudadano se enfrenta a un sinfín de tipificaciones (prácticamente, cualquier incumplimiento es infracción) y, por ende, a un sinfín de procedimientos sancionadores.

El uso exclusivo de sanciones en estos casos resulta contraproducente (Mont, 2010, p. 21) y deslegitimador de la sanción, en la medida que el ciudadano ve la sanción como algo que necesariamente va a ocurrir por capricho de la administración. Ante estas circunstancias, el administrado pierde incentivos para cooperar o subsanar.

Vale insistir en que una estrategia de regulación responsable no implica negar la existencia de una potestad sancionadora fuerte. Por el contrario, lo que propone la regulación responsable es asegurar que las sanciones sean fuertes (*benign big guns* o “pistolas benignas pero grandes” en la terminología de Ayres y Braithwaite (1992, p. 19), pero aplicables solo en caso el diálogo falle).

En otro trabajo, Braithwaite (2011, p. 476) ha sintetizado los principios que serían la esencia de la regulación responsable, los mismos que me permito resumir en lo siguiente: (i) piensa en contexto

¹⁰ Lucio Sánchez, por ejemplo, define así la regulación responsable:

Surge así la idea de una pirámide regulatoria de medidas subsidiarias que van escalando conforme se mantenga el incumplimiento. La base implica una estrategia de persuasión o diálogo (como resulta ser la imposición de una recomendación o una medida correctiva), cuya falla permite utilizar una estrategia más incisiva (como resulta ser la imposición de una multa o la revocación de una autorización). (2019, p. 462)

y nunca bajo nociones preconcebidas¹¹; (ii) escucha activamente a todos los actores¹²; (iii) mira el incumplimiento como una oportunidad para mejorar el diseño regulatorio; (iv) valora a los que muestran compromiso de cumplir; (v) muestra que se prefieren los resultados conseguidos a través de educación/orientación; (vi) muestra que existen sanciones fuertes que eventualmente podrían ser usadas (último recurso); (vii) promueve un gobierno piramidal; (viii) privilegia la responsabilidad activa, antes que la responsabilidad pasiva; y (ix) aprende y comunica lo aprendido (retroalimentación).

Quiero resaltar el primer principio esbozado por Braithwaite que, creo, define la esencia de la regulación responsiva. El ‘pensar en contexto’, abandonando nociones preconcebidas, nos impone evaluar siempre el caso concreto. Por caso concreto no me refiero al tipo infractor específico mirado en abstracto, sino al caso real, al que el fiscalizador tiene ante sus ojos en un tiempo y lugar determinados. Eso es pensar conforme al contexto.

Esta lógica nos impone descartar de plano la costumbre (muy extendida entre nosotros) de catalogar de antemano las respuestas (por ejemplo, sanciones, medidas correctivas, advertencias, etc.) que corresponden a cada grupo determinado de hechos. Se debe abandonar la idea de una tabla impuesta de antemano en donde se fijen qué casos ameritan sanción, qué casos ameritan compromisos de mejora, etc. Eso no es pensar en contexto. Eso no es regulación responsiva.

De ahí que Braithwaite ha sido claro al enfatizar que el uso estratégico de la pirámide regulatoria

debe pasar por evitar la tentación de categorizar los incumplimientos, como lamentablemente se viene haciendo entre nosotros. Incluso, en los asuntos más serios, debemos mantener la presunción que es mejor empezar con el diálogo en la base de la pirámide. Presunción que, claro está, puede ser desvirtuada si el caso concreto lo amerita, pero siempre la estrategia se deberá definir en concreto y no en abstracto.

Ahora bien, ¿cómo se traduce el enfoque de regulación responsiva en el derecho administrativo sancionador? Primero, recordemos que la premisa esencial es que el uso de la potestad sancionadora no siempre es necesario bajo un enfoque de regulación responsiva. Bajo esta premisa, considero que tres son los cambios de enfoque que la regulación responsiva impregna en el derecho sancionador: (i) el reconocimiento del principio de oportunidad en el uso de la potestad sancionadora; (ii) el uso de mecanismos no tradicionales para detectar incumplimientos; y (iii) la aceptación del uso de medidas menos gravosas a la sanción.

Así, un primer cambio de paradigma en el derecho administrativo sancionador es el paso del principio de oficialidad¹³ al principio de oportunidad (Nieto, 2012, p. 103)¹⁴. Es decir, con el enfoque de regulación responsiva se pasa de considerar que la administración debe iniciar un procedimiento sancionador siempre que detecte un posible incumplimiento a considerar que tiene un margen de discrecionalidad para iniciar dicho procedimiento¹⁵.

Ello es así porque, en principio, no todo incumplimiento constituye un incumplimiento sancionable.

¹¹ Interesantes son las apreciaciones de Guilloff y Soto al respecto:

La denominada ‘regulación responsiva’ no proporciona un programa definido ni un conjunto de prescripciones acerca de cuál es la mejor forma para regular. Por el contrario, es una **actitud** que permite al regulador establecer la mejor estrategia dependiendo del contexto, la cultura regulatoria y el historial de los regulados, en un momento particular, tomando en cuenta que el respeto a las normas no puede ser obtenido por el solo hecho de establecerlas, sino que se requiere **hacer efectivo** su cumplimiento, cuestión que dependerá de las herramientas de la Administración para llevar a cabo esa función. (2015, p. 104) [el énfasis es nuestro]

¹² Así, se refuerza el rol de cooperador que tiene el administrado. En palabras de Soto:

La cooperación con el regulado es, pues, una variable a considerar tratándose de la aplicación o no de sanciones u otras medidas de cumplimiento de la regulación. Esto significa que es necesaria una Administración competente para hacer las distinciones pertinentes, pero también que se excluye el trato uniforme respecto a los obligados. (2016, p. 198)

¹³ Sobre este principio, véase el trabajo de Lozano, quien además se muestra a favor del mismo:

Esta posición resulta hoy, a nuestro entender, “la única defendible en cuanto consecuencia ineludible del principio de legalidad que rige la potestad sancionadora de la Administración” y es la única, además, que permite que la potestad sancionadora siga expandiéndose sin poner en grave peligro la seguridad jurídica y la garantía del derecho a la igualdad de los interesados. (2003, p. 94)

¹⁴ Explica las diferencias, Nieto:

Frente al principio de la oficialidad, que implica **el deber** de perseguir y sancionar las infracciones, el principio de oportunidad establece ‘la posibilidad o permisibilidad’ de poner en marcha tales consecuencias jurídicas. O lo que es lo mismo: la Administración no está obligada por ley a castigar, sino que simplemente se le autoriza a hacerlo. (2012, p. 100) [el énfasis es nuestro]

¹⁵ Así, Laguna de Paz sostiene: “Cuestión distinta es que las autoridades administrativas no puedan investigar todos los indicios ni tramitar todas las denuncias que se les plantean. A este respecto es forzoso reconocer a la Administración facultades discrecionales para priorizar unas investigaciones sobre otras, así como para acordar o no el inicio del procedimiento” (2016, p. 376).

De ahí que para el dictado de medidas correctivas “lo determinante debe ser el incumplimiento normativo y la situación de riesgo o lesión para los intereses públicos y no que la conducta sea sancionable, que es un problema bien distinto donde entran en juego otras variables” (Izquierdo, 2019, p. 398). En otras palabras, ante el incumplimiento corresponde –en primer lugar– corregir; un asunto distinto será si cabe o no sancionar.

En una línea similar, pero no tan tajante, Rebollo reconoce la necesidad de considerar espacios de discrecionalidad. En particular, resalta que dicho margen de discrecionalidad:

[...] sería pertinente para los casos de menor gravedad en que el responsable se avenga a modificar su conducta y a reparar todos sus efectos, en los que compense a la víctima –o a la Administración si es ésta la dañada–, en los que colabore positivamente con la Administración... Todo ello, dentro de ciertos límites, optimizaría los reducidos medios administrativos, conseguiría mejores resultados globales y serviría a una mayor eficacia de la potestad sancionadora y de la Administración en la satisfacción de los intereses generales, sin grave merma de la justicia y de la seguridad jurídica. (2019, p. 550)

Como se ha señalado, hay esencialmente aquí un tema de realismo¹⁶, en el sentido que debe comprenderse que no siempre es lo más eficiente sancionar, considerando los limitados recursos que posee la administración pública (García Luengo, 2018, p. 110). Considerando este punto, Braithwaite ha sostenido incluso la efectividad de la regulación responsiva en economías en desarrollo, en las cuales puede ser de mucha utilidad recurrir a herramientas menos costosas (2006, p. 884).

En la misma línea, se debe considerar un segundo cambio de paradigma que implica el uso de medios no tradicionales para detectar incumplimientos. Bajo la premisa que los recursos no son infinitos, la regulación responsiva propone –como hemos visto– la interacción con otros agentes (privados) para establecer una estrategia efectiva y eficiente de *enforcement*.

Surgen así mecanismos no tradicionales, como los conocidos ‘programas de clemencia’ que justamente buscan la colaboración del administrado en la detección de ciertos incumplimientos (Braithwaite, 2006, p. 894). De la misma naturaleza son los ‘compromisos de cese’ que permiten a la administración recabar información necesaria sobre el incumplimiento (básicamente, la confesión de parte) para no tener que instruir un costoso procedimiento sancionador.

Claro está que estos mecanismos implican una exoneración o, por lo menos, una atenuación de la sanción (Morón, 2016, p. 375). No obstante, ello no es relevante, siempre que se garantice el cumplimiento de la regulación y la corrección de cualquier incumplimiento (bajo la lógica de la justicia restaurativa).

En línea con ello, se cambia el paradigma de la sanción como la panacea. Si lo que se pretende es el cumplimiento de la ley, entonces se debe reconocer que la sanción no es la única alternativa para lograr dicho cumplimiento. De ahí que necesariamente se deba pensar en otras alternativas menos gravosas y más idóneas, lo cual nos lleva al tercer cambio de paradigma.

Es así como el derecho administrativo sancionador debe reconocer la noción de pirámide regulatoria que responde, a su vez, a la noción de diversidad de mecanismos disuasorios¹⁷. Entre ellos está la sanción, obviamente; sin embargo, existen también medidas alternativas cuya característica diferenciadora de la sanción es que precisamente no tienen una finalidad represiva (Covilla, 2018, p. 1034).

¿Cuándo elegir una o la otra?, depende de varios criterios. Covilla parte de la premisa que la sanción es *ultima ratio*, es decir, es la opción subsidiaria cuando las demás no son admisibles (2018, p. 1040). Partiendo de ahí, habrá múltiples criterios como los intereses en juego en el caso concreto, el impacto sobre el administrado, la posibilidad de cumplimiento de la sanción, la afectación al interés tutelado, etc. (Covilla, 2018, p. 1042).

Entre dichos mecanismos alternativos, destacan las ‘cartas admonitorias’. Al respecto, García

¹⁶ García Luengo indica:

La defensa del principio de oportunidad en el ámbito propio de las sanciones administrativas es, más allá de cualquier planteamiento dogmático, un simple ejercicio de realismo ya que dados los limitados medios de la Administración lo racional, lo eficiente, es concentrar su actuación en aquellos casos que entienda que resultan más graves siguiendo criterios de oportunidad sobre los que difícilmente se puede hacer reproche alguno siempre que no se aplique discriminatoriamente. (2018, p. 110)

¹⁷ Así, Letelier expresa que “Si se quiere eficiencia disuasoria –objetivo básico de cualquier mecanismo de enforcement no penal–, la respuesta se encuentra en la diversidad y no en simplificación” (2018, p. 938).

Luengo sostiene que la habilitación legal para su imposición deriva implícitamente de la potestad sancionadora, bajo la lógica de que quien puede sancionar, puede amenazar con sancionar (quien puede lo más, puede lo menos) (2018, p. 112).

Cabe destacar también a los ‘compromisos de mejora’, consistentes en imponer al administrado la obligación de cumplir con la normativa, brindándole un plazo determinado para ello. Estas medidas son comunes en mercados regulados (por ejemplo, en telecomunicaciones), específicamente respecto de estándares de calidad, cuyo cumplimiento se entiende que es progresivo.

Por último, pero no menos importante, destacan aquí las ‘medidas correctivas’, figuras más propias de la actividad de inspección (Morón, 2010, p. 142) que de la actividad sancionadora. Su finalidad es corregir, subsanar o enmendar una situación de incumplimiento (Morón, 2010, p. 147).

Como es fácil de deducir, es perfectamente posible dictar una medida correctiva en el marco de un procedimiento sancionador. Lo tradicional ha sido que estas medidas se dicten conjuntamente con la sanción, aunque debe quedar claro que son medidas totalmente distintas y que la imposición de una medida correctiva no depende de la comisión de una infracción ni tiene como propósito castigar al sujeto sobre el cual recae¹⁸.

El enfoque responsivo nos impone mirar la posibilidad de dictar solo medidas correctivas dependiendo del caso concreto, abandonando la idea de la sanción como consecuencia ineludible¹⁹.

V. REGULACIÓN RESPONSIVA EN EL ORDENAMIENTO ADMINISTRATIVO PERUANO

Conforme a lo señalado anteriormente, la regulación responsiva implica un cambio de lógica en

lo que concierne a la potestad sancionadora. Ese cambio del principio de oficialidad al de oportunidad se trasluce en nuestro ordenamiento jurídico desde que el artículo IV del Título Preliminar de la Ley de Procedimiento Administrativo General (en adelante, TUO de la LPAG) consagró el principio de razonabilidad o proporcionalidad²⁰ en los siguientes términos:

1.4. Principio de razonabilidad.- Las decisiones de la autoridad administrativa, cuando creen obligaciones, califiquen infracciones, impongan sanciones, o establezcan restricciones a los administrados, deben adaptarse dentro de los límites de la facultad atribuida y manteniendo la debida proporción entre los medios a emplear y los fines públicos que deba tutelar, a fin de que respondan a lo estrictamente necesario para la satisfacción de su cometido. (2001)

Sobre el particular, ya advertí en otro lugar lo siguiente:

[...] el principio de razonabilidad previsto en el artículo IV del TUO de la LPAG busca que la decisión de sancionar (entiéndase tanto decisión de iniciar un procedimiento como decisión de imponer una sanción al terminar el procedimiento) sea el resultado de una adecuada evaluación entre el medio utilizado (potestad sancionadora) y la finalidad que se busca alcanzar (represión y/o prevención). En tal sentido, con este principio se obliga a la autoridad a evaluar si, en todos los casos, la sanción constituye de verdad el mejor mecanismo para cumplir con sus fines o si, por el contrario, podría resultar una medida más razonable la imposición de una medida correctiva. (Huapaya & Alejos, 2019, p. 59)

Como puede apreciarse, la norma señalada consagra una primera piedra en el enfoque de regulación responsiva, es decir, la regulación y su

¹⁸ Como señala Huapaya:

Las sanciones tienen una finalidad y contenido afflictivo. A contrario, las órdenes no buscan ni castigar, ni sancionar, ni presuponen necesariamente la comisión de una infracción ni buscan compensar a nadie. Únicamente, buscan o prevenir un riesgo, o restablecer la legalidad afectada por un incumplimiento normativo (el cual, insistimos, puede ser infracción o no). (2024, p. 884)

¹⁹ En sentido similar, Suca, Valverde y Rojas:

Por el contrario, un enfoque de regulación responsiva busca transformar la manera en que las autoridades gestionan el cumplimiento normativo, promoviendo medidas correctivas ante la detección de conductas (y de medidas preventivas inclusive) en lugar de sanciones punitivas. Este cambio de enfoque favorece la construcción de una “vinculación colaborativa” entre la administración y los regulados, permitiendo que ambos trabajen juntos para resolver los problemas regulatorios”. (2024, p. 89)

²⁰ En este artículo utilizo ambos términos (‘razonabilidad’ y ‘proporcionalidad’) como sinónimos. El numeral 1.4 del artículo IV del TUO de la LPAG se refiere, aunque no de la forma más precisa, al principio de proporcionalidad, en el sentido que se exige que toda decisión sea idónea, necesaria y proporcional en sentido estricto. Si bien no lo establece expresamente, considero que la norma citada consagra el llamado test de proporcionalidad: “el test de proporcionalidad incluye, a su vez, tres subprincipios: idoneidad, necesidad y ponderación o proporcionalidad en sentido estricto” (Sentencia recaída en el Expediente 579-2008-PA/TC). También, véase a Castillo (2005, pp. 137-141).

enforcement conforme al contexto. Precisamente el artículo IV obliga a la autoridad a realizar esa evaluación del contexto antes de aplicar una sanción o cualquier otra medida administrativa. Ello se complementa con el numeral 2 del artículo 255 del TUO de la LPAG que establece que “con anterioridad a la iniciación formal del procedimiento se podrán realizar actuaciones previas de investigación, averiguación e inspección con el objeto de determinar con carácter preliminar si concurren circunstancias que justifiquen su iniciación” (2001). Esta norma permitiría deducir que se ha concedido discrecionalidad a la administración para decidir si inicia un procedimiento²¹.

Lamentablemente, estas normas son olvidadas por la administración, tanto en el diseño de sus reglamentos sancionadores como al momento de ejercer la potestad sancionadora en un caso concreto. Ello debe cambiar y efectivamente puede cambiar, si tan solo se mirara atentamente lo que establece la norma citada.

Ahora bien, la introducción del enfoque responsable en nuestro ordenamiento jurídico no se aprecia solamente en la norma citada. No existía –antes de la reforma producida a fines del 2016– una regulación común del régimen de fiscalización o inspección, pese a los reclamos de la doctrina (Tirado, 2011, p. 262). Como consecuencia de ello, nos encontrábamos ante un sinfín de regulaciones particulares, cada una más represiva que la otra. La razón de dicha regulación era doble: (i) en primer lugar, el enfoque tradicional represivo que caló hondo en el regulador al momento de reglamentar la actividad de inspección; y (ii) en segundo lugar, la ausencia de un marco común garantista que no hacía sino exaltar la supuesta autonomía reglamentaria de cada entidad.

La situación cambió con el Decreto Legislativo 1272 que modificó la LPAG. Desde la entrada en vigencia de esta modificación, tenemos un marco general de las actividades de fiscalización, el cual incluye una regulación mínima sobre las potestades y deberes de los funcionarios, los derechos y deberes de los administrados, el contenido del acta de fiscalización y las consecuencias de la fiscalización.

No solo ello, sino que este marco normativo tiene una lógica alejada de lo punitivo y represivo.

Desde su propia definición (artículo 239 del TUO de la LPAG), se precisa que la fiscalización tiene un “enfoque de cumplimiento normativo, de preventión del riesgo, de gestión del riesgo y tutela de los bienes jurídicos protegidos”. Se destaca así su rol preventivo (Zegarra, 2018, p. 240) en contraposición al rol represivo con el que tradicionalmente se la asociaba.

Se condice así con la definición manejada en doctrina que entiende a la inspección como “la actividad de la Administración en la que, de manera directa, sin necesidad de proceduralización alguna, examina o comprueba la conducta realizada por los administrados o ciertas realidades para verificar el cumplimiento de los deberes, prohibiciones y limitaciones a que están sometidos” (Rebollo & Izquierdo, 2017, p. 66). Estos autores le reconocen a la inspección la función de verificación de la legalidad y prevención general, destacando además que constituye una fuente de conocimiento (Rebollo & Izquierdo, 2017, p. 67; Zegarra, 2018, p. 245).

Precisamente porque es fuente de conocimiento, la inspección también puede entenderse como una actividad auxiliar de otras potestades, como la de dictar órdenes e incluso, la potestad sancionadora (Rebollo & Izquierdo, 2017, p. 67). Ello es innegable, pero de ahí no se deriva que el ejercicio de la potestad sancionadora sea consecuencia necesaria de la inspección (Zegarra, 2018, p. 240). En palabras de Severiano Fernández:

[...] si bien la función inspectora ha estado tradicionalmente vinculada en exceso al ejercicio de la potestad sancionadora, hoy en día es claro su encuadre en el género más amplio de las medidas de protección de la legalidad, donde se incluyen tanto medidas sancionadoras como no sancionadoras (de protección y restauración de los bienes jurídicos en presencia). (2010, p. 515)

En ese sentido, el artículo 245 del TUO de la LPAG establece las formas en que puede concluir la fiscalización. De las cinco formas consideradas, solo una implica la recomendación del inicio de un procedimiento sancionador. Las demás cumplen funciones preventivas o correctivas (recomendaciones, advertencias, etc.), conforme a un enfoque de regulación responsable, según se ha caracterizado líneas atrás.

²¹ En ese sentido, Zegarra y Huapaya expresan que:

Así, teniendo en cuenta la regulación de las ‘actuaciones previas’ previstas en el numeral 2 del artículo 255 del TUO de la LPAG, debidamente concordadas con los necesarios condicionamientos para apreciar la discrecionalidad para la toma de decisión, es posible sostener que existen condiciones legales para afirmar la posibilidad de la vigencia del principio de oportunidad en el derecho administrativo sancionador peruano. (2023, p. 708)

Ahora bien, pese a este marco normativo común, se insiste en desplegar las acciones de fiscalización con una lógica punitiva. Así, no son desconocidos los múltiples casos de inspecciones inopinadas, medidas cautelares o correctivas indebidamente motivadas y desproporcionales, inspecciones reiteradas, requerimientos injustificados y carentes de razonabilidad, etc.

Sin perjuicio de ello, cabe resaltar que, al menos a nivel normativo, esta clase de ejercicio indiscriminado de la potestad de inspección se viene limitando. No solo sobre la base del régimen común que establece el TUO de la LPAG, sino también a través de las reglamentaciones sectoriales. Ejemplo de ello es el Reglamento de Supervisión del Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental, aprobado por Resolución de Consejo Directivo 006-2019-OEFA/CD, el mismo que positiviza el principio de regulación responsiva en los siguientes términos:

h) Regulación responsiva: El ejercicio de la función de supervisión se realiza de forma modulada, en función de la oportunidad en que es realizada la acción de supervisión, el tipo de obligación fiscalizable, la gravedad del presunto incumplimiento, el desempeño ambiental del administrado u otros factores que permitan una intervención proporcional al cumplimiento de las obligaciones fiscalizables. (2019)

No necesariamente se trata de la mejor definición, pero se aprecia en la misma los caracteres de la regulación responsiva que se han comentado, conforme a la cual se impone a la autoridad realizar las inspecciones de acuerdo al contexto de cada caso concreto²².

Por otro lado, este enfoque de regulación responsiva no se trasluce solamente en la normativa, sino que además ha sido reconocido por nuestra Corte Suprema, máximo órgano jurisdiccional de nuestro país. Así, el 2 de julio de 2019 se publicó, en el diario oficial El Peruano, la Sentencia de Casación 4165-2017-Lima. En esta sentencia (cuyo ponente es el Juez Supremo Vinatea Medina), emitida por la Tercera Sala de Derecho Constitucional y Social Transitoria de la Corte Suprema, se define la actividad de fiscalización, revalorando su verdadera esencia. La Corte Suprema señala, en el fundamento 1.3, que la fiscalización “apunta a dos finalidades: la preventiva y la correctora; dentro de la

primera se actúa para prevenir futuras infracciones normativas; y con relación a la segunda corregir las infracciones ya consumadas” (2018).

En línea con ello, la Corte Suprema resalta, en el fundamento 2.3, que este énfasis en la finalidad preventiva permite “evitar un procedimiento sancionador extenso y engorroso, en contra de los principios de celeridad y eficacia del procedimiento y esencialmente contra el derecho a la tutela judicial efectiva, en tanto derecho de los administrados de recurrir a la vía judicial” (2018).

Los criterios que ha sentado la Corte Suprema en la casación comentada resultan de suma utilidad para comprender la actividad de fiscalización y la actividad sancionadora, bajo un enfoque de regulación responsiva. Reconocer esta finalidad esencialmente preventiva permite delimitar con precisión los deberes y potestades de los funcionarios, los derechos y deberes de los administrados, así como la forma en que debe concluir una fiscalización.

Llama gratamente la atención que se haya fijado como criterio que la finalidad preventiva busca también evitar un procedimiento sancionador. Sobre la base de este criterio, las autoridades deberían preferir las demás medidas que permite la ley, a saber, las recomendaciones, advertencias o medidas correctivas. La idea detrás de este importante criterio es que no todo incumplimiento debe ser sancionado, no solo porque existen medidas menos gravosas, sino porque la sola tramitación de un procedimiento sancionador implica un costo que la autoridad debe tomar en cuenta.

VI. REGULACIÓN RESPONSIVA Y CONTRATACIÓN PÚBLICA

De lo expuesto en los anteriores acápite, quedan evidenciadas las bondades del enfoque de regulación responsiva para hacer cumplir las reglas. Asimismo, queda demostrado que, en el ordenamiento jurídico peruano, la regulación responsiva es una realidad, tanto a nivel legislativo como jurisprudencial.

Dicho ello, queda por ver si este enfoque puede o debe ser aplicado en el sector de los contratos públicos²³. Como ha sido puesto de manifiesto re-

²² Sobre la evolución del Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental hacia una regulación responsiva y el Reglamento de Supervisión citado, véase a Gamarra (2018, pp. 112-121).

²³ Una posición favorable la encontramos recientemente en Huapaya:

[...] nosotros preferimos un sistema sancionador basado en la teoría de la ‘regulación responsiva’ o *responsive regulation*, en el cual la Administración tenga un conjunto de elementos de persuasión, incentivo, coerción y sanción para hacer cumplir las normas sin necesidad de recurrir a la sanción como único vehículo para hacer cumplir o garantizar la eficacia del cumplimiento de las normas de contrataciones. (2025, p. 579)

cientemente, la contratación pública requiere de una regulación especial que pondere adecuadamente los intereses en juego. En ese sentido, se ha señalado que “se necesita de una regulación que no resulte tan restrictiva que socave la competencia y participación de los agentes, ni tampoco tan permisiva que permita la generación de situaciones y prácticas que distorsionen sus fines” (Linares Paz Soldán, 2024, p. 82).

En esa búsqueda del perfecto equilibrio, es clave el principio proporcionalidad. Así, este principio constituye un criterio que sirve para justificar y tomar una decisión, así como un parámetro de control sobre las decisiones ya tomadas²⁴. En ese sentido, el principio de proporcionalidad (o razonabilidad) sirve de base para la llamada regulación responsiva, porque atiende necesariamente al contexto del caso concreto. Como precisa Gimeno, del principio de proporcionalidad no puede desprenderse una prohibición abstracta o absoluta, sino vinculada al caso específico²⁵ (2024, p. 55).

En ese sentido, cuando se aborden aspectos como restricciones de derechos o sanciones, necesariamente deberá procederse de conformidad con el principio de proporcionalidad que conlleva seguir el enfoque responsivo. Esta lógica es plenamente aplicable a la contratación pública.

Conforme veremos en breve, la regulación de los contratos públicos es extensa y abarca desde los orígenes (cuando surge la necesidad y se evalúa cómo contratar) hasta el término (cuando el contrato ha sido ejecutado). En ese contexto, el principio de proporcionalidad juega un rol clave porque su aplicación es transversal²⁶.

En el caso peruano, el marco normativo aplicable²⁷ es extenso y abundante en reglas que aparecen en todas las etapas: desde las actuaciones preparatorias hasta la culminación del contrato. La administración necesita garantizar el *enforcement* de estas reglas, incluso en la etapa de ejecución

contractual. De acuerdo con lo desarrollado hasta aquí, el principio de razonabilidad o proporcionalidad debe considerarse imprescindible para guiar dicho *enforcement*. Por ende, dada la vinculación entre dicho principio y la regulación responsiva, debe quedar también claro que la regulación responsiva no solo puede, sino que debe tener cabida en la contratación pública.

VII. EL RÉGIMEN SANCIONADOR DE CONTRATACIÓN PÚBLICA VIGENTE A LA LUZ DEL ENFOQUE DE REGULACIÓN RESPONSIVA

La pregunta que surge ahora es si, en la realidad, el novísimo régimen de contratación pública acoge los mecanismos de regulación responsiva. Y, de ser afirmativa la respuesta, en qué medida los acoge.

Como se ha precisado, existen múltiples reglas que regulan transversalmente la contratación pública. Para garantizar el cumplimiento de dichas reglas existen también múltiples mecanismos, cuya aplicación depende de distintos factores. Así, tenemos algunos mecanismos premiales que otorgan puntos adicionales a ciertos postores cuya conducta es juzgada positivamente. Tenemos mecanismos gravosos como el retiro del registro nacional de proveedores para aquellos que no cumplen con actualizar su información.

En ese sentido, un análisis integral y exhaustivo de todos los mecanismos de *enforcement* en el campo de los contratos públicos sería excesivamente largo para el presente trabajo. De ahí la necesidad de centrar el análisis en un solo aspecto. Por ello, en las líneas que siguen me referiré exclusivamente al régimen sancionador.

A diferencia de lo que ocurre en otros países, el Perú tiene –desde hace varias normas atrás– un régimen sancionador en contratación pública que recorre transversalmente toda la vida de un contrato. De esta manera, se contemplan infracciones que pueden ocurrir antes de un procedimiento

²⁴ Como señala Gimeno:

En este contexto, el principio de proporcionalidad se erige como un parámetro fundamental de fundamentación, primero, y de control, después, de la actuación discrecional de los poderes públicos, que permite examinar la idoneidad, la necesidad y la correcta ponderación de sus decisiones a la luz de la finalidad que con ellas se pretende alcanzar. (2024, p. 55)

²⁵ En sentido similar se pronuncia Gómez, cuando señala que:

la decisión sobre si procede o no intervenir en la esfera jurídico de los particulares, el medio adecuado para hacerlo y la intensidad de tal intervención son factores que han de ser concretados a la vista de las circunstancias de hecho concurrentes y siguiendo siempre la lógica inherente a este principio. (2021, p. 15)

²⁶ Como señala Gómez, la transversalidad del principio de proporcionalidad “implica que sus efectos se despliegan a lo largo de las distintas etapas de la vida de un contrato público, desde su preparación hasta su completa ejecución” (2021, p. 249).

²⁷ Para cuando se publique este artículo, habrá entrado en vigencia la LGCP, así como su Reglamento, aprobado por Decreto Supremo 009-2025-EF. Por ello, al hablar del marco normativo vigente me referiré principalmente a estas normas.

de selección (por ejemplo, presentar información inexacta al registro nacional de proveedores); durante un procedimiento de selección (por ejemplo, retirar injustificadamente la oferta); durante la ejecución del contrato (por ejemplo, subcontratar prestaciones sin autorización); o incluso después (por ejemplo, no proceder con el saneamiento de los vicios ocultos).

De ahí que resulte interesante analizar cómo se ha gestado este régimen sancionador, a fin de comprobar si atiende al contexto o si estructura sus mecanismos de respuestas en forma piramidal, siguiendo el enfoque de regulación responsiva. Para ello, me centraré exclusivamente en el régimen que está por entrar en vigencia²⁸. En efecto, el 24 de junio de 2024 se publicó la LGCP. Posteriormente, el 22 de enero de 2025 se publicó el Decreto Supremo 009-2025-EF que aprobó el Reglamento de la LGCP (en adelante, el Reglamento). Conforme a las disposiciones complementarias de la LGCP, ambas normas entrarán en vigencia el 22 de abril de 2025.

La LGCP derogó la Ley 30225, Ley de Contrataciones del Estado. Entre las reformas, destaca un nuevo régimen sancionador. Si bien mantiene varias de las reglas de la norma anterior, lo cierto es que existen cambios trascendentales; entre ellos, pretendo destacar lo que considero las huellas de un enfoque responsivo.

Un tema no menor del régimen sancionador de contrataciones públicas es el referido a la sanción. Durante muchos años (antes incluso de la Ley 30225), el régimen contemplaba solamente la sanción de inhabilitación. En las contrataciones públicas, inhabilitar a un contratista no lo perjudica solo a él, sino que también puede tener un efecto negativo en el Estado. En efecto, mientras más inhabilitados existan, menos contratistas tendrá el Estado.

Se podrá sostener que eso es mejor porque se excluirá a los contratistas malos y se quedarán los buenos. No obstante, como acertadamente ha apuntado Linares Paz Soldán, esta dicotomía entre buenos y malos es ilusoria y no representa la realidad (2024, p. 203). Muchos de los malos contratistas no son malos de verdad o no son tan malos como uno podría creer (Linares Paz Soldán, 2024, p. 269). Siendo así, sancionar indiscriminadamente puede colocar al Estado en una posición indeseada. Vale agregar que ello es así no solo porque la

inhabilitación excluye forzosamente a potenciales contratistas del mercado, sino porque la sola amenaza de un régimen sancionador severo convierte a la contratación pública en una ‘actividad de riesgo’, desincentivando a otros potenciales contratistas (Baca, 2021, p. 164).

Partiendo de esta premisa, se entiende por qué es importante que la administración actúe de conformidad con el principio de proporcionalidad. En palabras de Gómez, este principio actúa como modulador de las prerrogativas que tiene la administración (2021, p. 249). En este caso, se necesita que la administración ejerza su potestad sancionadora modulando adecuadamente su intensidad, de manera que no se impongan sanciones más allá de lo que resulte óptimo. Para lograr este propósito, el enfoque responsivo puede ser de mucha utilidad.

Ahora bien, ¿dónde están esas huellas del enfoque responsivo en la nueva LGCP? En mi opinión, es posible encontrar, al menos, tres aspectos que son coherentes con la regulación responsiva: (i) el reconocimiento de la LPAG como norma común y, por ende, la aceptación de que se debe aplicar plenamente el principio de razonabilidad o proporcionalidad; (ii) el reconocimiento de distintas sanciones y de su aplicación y graduación según las circunstancias; y, (iii) el reconocimiento (aunque timorato) de la subsanación voluntaria como un eximiente de responsabilidad. En las siguientes líneas me referiré a estos tres puntos.

A. El reconocimiento del principio de proporcionalidad

El régimen sancionador de la LGCP se encuentra regulado en el Título VI (el último de la ley), en los artículos que van del 87 al 100. Un aspecto positivo que lo diferencia de su predecesor es que ahora se reconoce que la LPAG es norma común cuando se ejerce la potestad sancionadora. Es más, expresamente se reconoce que –en materia sancionadora– la LPAG tiene primacía.

Este dato no es menor, aunque su relevancia dependerá de cómo el Tribunal interprete los alcances de la norma común. Si se adopta un enfoque de regulación responsiva, entonces necesariamente tendrá que utilizarse el principio de razonabilidad o proporcionalidad reconocido en el artículo IV de la LPAG que he citado anteriormente. Como he señalado anteriormente, este principio se ali-

²⁸ Es importante mencionar que algunas de estas ideas ya fueron esbozadas en otro trabajo (Shimbukuro & Alejos, 2025, pp. 107-131). Sin embargo, en dicha oportunidad, solo se había publicado la LGCP, aun no se había publicado el Reglamento. Asimismo, en dicho trabajo nos limitamos a analizar el régimen de infracciones y sanciones, resaltando las novedades, pero sin profundizar en el esquema responsivo adoptado.

nea con la noción de regulación responsiva e implica un cambio de lógica en lo que concierne a la potestad sancionadora.

Si bien la LGCP no menciona expresamente dicho principio, la doctrina reconoce su aplicación transversal en toda la contratación pública. El reconocimiento de la LPAG como norma común y aplicable debería servir de fundamento adicional para que el Tribunal reconozca que se rige por un criterio de oportunidad para el inicio de procedimientos sancionadores (Sanz, 2014, p. 144).

Como he señalado anteriormente, el principio de razonabilidad o proporcionalidad puede servir de fundamento para que las autoridades con potestad sancionadora reconozcan que la ley les otorga cierto margen de discrecionalidad al momento de decidir si inician un procedimiento sancionador. Diversas razones podrían justificar que un procedimiento sancionador no se inicie (por ejemplo, si el administrado a quien se le pretende imputar una infracción, ha subsanado oportunamente). De ahí la relevancia de este principio.

Dicho de otro modo, el Tribunal no está obligado a iniciar un procedimiento sancionador, ni siquiera cuando se presenta una denuncia. En estos casos, el Tribunal debe evaluar la denuncia y, previa ponderación de la idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto, determinar si es conveniente iniciar un procedimiento sancionador.

B. El reconocimiento de una tipología de sanciones

De acuerdo con lo desarrollado anteriormente, la regulación responsiva también exige que la administración evalúe adecuadamente tanto el tipo de sanción que corresponde aplicar (multas, inhabilitaciones temporales e inhabilitaciones definitivas) como la cuantía de la sanción (monto de la multa o tiempo de inhabilitación). Esta exigencia también se desprende del principio de proporcionalidad que el TUO de la LPAG recoge en el artículo 248.

La LGCP contempla la misma tipología de sanciones que la norma anterior: multa, inhabilitación

temporal e inhabilitación permanente. Contemplar una diversidad de sanciones se inscribe dentro de la lógica de la regulación responsiva (pirámide regulatoria). Si bien hubiese sido ideal contemplar también mecanismos correctivos y no solo punitivos, lo cierto es que sigue siendo positivo haber considerado una gama de sanciones.

Sobre todo porque, como advertí anteriormente, la inhabilitación es una sanción muy drástica que pone en peligro al propio Estado como contratante. Por ello, Sanz habla de la sanción de inhabilitación como una ‘autoprohibición para contratar’ (2014, p. 138). Termina siendo el mismo Estado el que se genera un perjuicio al reducir su propia oferta de proveedores. Si bien el perjuicio no es tan grave en muchos mercados, sí lo puede ser en mercados concentrados (por ejemplo, en telefonía)²⁹.

Ahora bien, la LGCP no solo ha acertado al mantener una tipología diversa de sanciones, sino que, además –al estilo de la pirámide regulatoria– dispone su aplicación en función de la gravedad de la infracción y de otros criterios que responden al contexto específico. Veamos.

En primer lugar, la ‘multa’³⁰ procede contra las siguientes infracciones siempre que se trate de la primera o segunda comisión de infracción en los últimos cuatro años: (i) desistimiento o retiro injustificado de la propuesta de manera reiterada³¹; (ii) incumplimiento injustificado de la obligación de perfeccionar el contrato; (iii) subcontratación sin autorización, en porcentaje mayor al permitido o a un subcontratista sin registro nacional de proveedores o impedido; (iv) negarse injustificadamente a cumplir obligaciones que deben ejecutarse con posterioridad al pago; y, (v) suscribir contratos sin registro nacional de proveedores vigente o suscribir contratos por montos mayores a la capacidad libre de contratación, en especialidades o categorías distintas a las autorizadas.

En segundo lugar, la ‘inhabilitación temporal’ aplica para las mismas infracciones mencionadas anteriormente, pero siempre que, en los últimos cuatro años, ya se hubieran impuesto al provee-

²⁹ Al respecto, no puedo sino recomendar la reciente y documentada investigación de Linares Paz Soldán (2024, pp. 257-264).

³⁰ El rango de la multa es del 3% al 10% del monto de la oferta o del contrato. Si no puede determinarse el monto, la multa será entre 1 a 15 UIT. Para las micro y pequeñas empresas, el monto de la multa no puede ser mayor al 8% del monto de la oferta o del contrato; y si no se puede determinar, la multa no será mayor a 8 UIT. La LGCP no prevé la suspensión en caso de falta de pago. En estos casos, se pueden iniciar los actos de ejecución coactiva. Asimismo, la falta de pago de la multa será un criterio de graduación para las siguientes infracciones cometidas por el proveedor.

³¹ En el Reglamento se ha precisado que la infracción por desistirse o retirar injustificadamente la propuesta de manera reiterada requiere acreditar que, respecto del proveedor, hubo un primer procedimiento sancionador en donde se determinó un desistimiento injustificado.

dor dos o más sanciones de multa o inhabilitación temporal³². Aquí les aplicaría una inhabilitación no menor de tres ni mayor de doce meses.

Por una parte, la inhabilitación temporal procede también contra todas las demás infracciones, estableciéndose una distinción solamente en la magnitud de la sanción. Así, aplica una inhabilitación no menor de seis ni mayor de dieciocho meses para las infracciones por (i) elaborar expedientes con deficiencias o información equivocada; (ii) supervisar las obras de manera negligente; y, (iii) perfeccionar el contrato pese a estar suspendido o nulo el procedimiento de selección. Si hay reincidencia, la sanción será no menor de doce ni mayor de veinticuatro meses.

Por su parte, aplica una inhabilitación temporal no menor de seis ni mayor de veinticuatro meses en las siguientes infracciones: (i) contratar estando impedido; (ii) ocasionar que la entidad resuelva el contrato; (iii) no proceder a sanear los vicios ocultos; y (iv) presentar información inexacta³³. Finalmente, para la infracción por presentar documentos falsos, la sanción es de inhabilitación no menor de veinticuatro meses ni mayor de sesenta.

Por último, se prevé la inhabilitación definitiva siempre que, en los últimos cuatro años, ya se hubieran impuesto al proveedor más de dos san-

ciones de inhabilitación temporal que, en conjunto, sumen más de treintaiseis meses³⁴. La inhabilitación definitiva solo procede respecto de estas cinco infracciones: (i) contratar estando impedido; (ii) ocasionar que la entidad resuelva el contrato; (iii) no proceder a sanear los vicios ocultos; (iv) presentar información inexacta; y (v) presentar documentos falsos.

Como puede apreciarse, la tipología de sanciones contempla rangos, de tal manera que no basta con elegir la sanción correspondiente, sino que esta debe concretarse en una cuantía (monto de la multa o tiempo de la inhabilitación) específica. En el caso de la multa, el artículo 364 del Reglamento establece rangos más acotados dentro del margen previsto en la LGCP, pero aun así deja espacio para que el Tribunal la determine en el caso concreto.

Para la concreción de la sanción, tanto el artículo 248 del TUO de la LPAG como el artículo 366 del Reglamento de la LGCP regulan los criterios que la administración debe tener en cuenta al momento de definir la sanción concreta³⁵: naturaleza de la infracción, ausencia de intencionalidad, inexistencia o grado mínimo de daño³⁶, reconocimiento, antecedentes, conducta procesal y multa impaga. Se prevé, incluso, la reducción de la sanción por debajo del mínimo legal.

³² En este punto considero que puede presentarse un problema al momento de aplicar la norma, tal como he precisado en Shimabukuro y Alejos:

En términos sencillos, el problema se presenta por dos reglas que no son coherentes: (i) la primera regla dispone que la sanción de multa aplica para las infracciones específicas indicadas en la norma, pero solamente para la primera o segunda vez que se cometa la infracción en los últimos cuatro años; y, (ii) la segunda regla establece que la inhabilitación temporal aplica para las mismas infracciones, pero siempre que se hayan recibido dos o más sanciones en los últimos cuatro años. Mientras la primera regla utiliza el criterio de la “comisión” de la infracción; la segunda regla usa el criterio de la “imposición de la sanción”. En ese escenario, surge la duda: si un proveedor comete tres infracciones iguales en un plazo de cuatro años, pero aún no ha sido sancionado por ninguna, ¿cómo queda esa tercera infracción que no podría ser sancionada con multa y –hasta que no sancionen las dos primeras– tampoco con inhabilitación? (2025, p. 129)

³³ En el Reglamento de la LGCP se ha precisado que la ventaja se obtiene cuando, con la información inexacta, la oferta es admitida, se le asigna el puntaje requerido, es calificada, obtiene la buena pro, se perfecciona el contrato o se consigue una decisión o prestación durante la ejecución.

³⁴ La LGCP precisa que, para la inhabilitación definitiva, no se tomarán en cuenta las sanciones impuestas por contratos menores o por aquellos derivados de catálogos electrónicos de acuerdo marco cuyos valores correspondan a contratos menores, salvo que estemos ante sanciones por presentar documentos falsos.

³⁵ Como señala Morón:

[...] en el proceso de aplicación de la norma sancionadora, la autoridad está dotada de cierta discrecionalidad, pero acotada por elementos de indispensable observancia planteados por el legislador [...]. Ahora bien, cabe señalar, como afirma Morón (2023, p. 153), que los criterios recogidos en la LPAG son taxativos, por lo que resulta cuestionable (por no decir, ilegal) que el Reglamento de la LGCP contemple criterios no previstos en la norma común (como la multa impaga o la conducta procesal). De similar posición es Ramón Huapaya (2025, p. 576), quien además critica varios de los criterios previstos en la norma, por considerar que nos acercan a un “derecho administrativo del enemigo”. (2023, p. 146)

³⁶ Al momento de evaluar este criterio, son útiles las reflexiones de Morón:

No se trata de cuantificar el daño producido por la infracción y luego ese monto incluirlo en la multa como si fuera un medio indemnizatorio de daños. Por el contrario, la idea central es diferenciar a efectos de la cuantificación entre aquellas conductas que no hayan producido resultados o consecuencias adversas, aunque por su capacidad intrínseca lo pudieran haber producido, de aquellas que sí generen impactos gravosos a los bienes jurídicos protegidos. (2023, p. 158)

Sin embargo, paradójicamente, la posibilidad de reducir la sanción por debajo del mínimo se presenta solo para dos tipos infractores que resultan ser de gravedad: presentar información inexacta y presentar documentos falsos. Esta posibilidad se sujeta a ciertas condiciones: (i) que se demuestre que la información inexacta o el documento falso o adulterado haya sido entregado al participante, postor, proveedor o subcontratista por un tercero distinto a él; (ii) que se demuestre que este actuó con la debida diligencia para constatar la veracidad de la documentación o información presentada; y (iii) que el proveedor acredite que ha iniciado las acciones legales para la determinación de la responsabilidad originaria de quien presentó la información inexacta o el documento falso o adulterado³⁷.

Por último, otra regla importante consiste en la posibilidad que tiene el Tribunal de otorgarle al proveedor la opción de pago de una multa en lugar de la inhabilitación temporal siempre que se trate de la primera o segunda sanción impuesta al proveedor en los últimos cuatro años y el plazo de la sanción impuesta sea igual o menor de ocho meses. Este beneficio aplica para las siguientes tres infracciones: (i) elaborar expedientes con deficiencias o información equivocada; (ii) supervisar las obras de manera negligente; y (iii) perfeccionar el contrato pese a estar suspendido o nulo el procedimiento de selección.

Lo expuesto permite demostrar que el nuevo régimen de sanciones de la LGCP sí presenta rasgos de la regulación responsiva al contemplar una serie de reglas que distribuyen la aplicación de las sanciones dependiendo de la gravedad de las infracciones y del contexto en que se cometen (reincidencia, antecedentes, conducta del infractor, etc.), al estilo de la pirámide regulatoria.

C. El reconocimiento de la subsanación voluntaria como eximiente de responsabilidad

Finalmente, es importante mencionar que la LGCP también contempla la aplicación de los eximientes de responsabilidad, a diferencia de la ley derogada que tajantemente rechazaba la aplicación de estos.

No obstante, se incluyen dos limitaciones discutibles. La primera limitación consiste en que solo se aplicarán los eximientes dependiendo de la

'conducta objeto de análisis', lo cual abre la puerta a la discrecionalidad del Tribunal al momento de decidir si aplica o no un eximiente. La segunda excluye la aplicación de eximientes de forma absoluta para la infracción por presentar documentos falsos.

Si bien considero positivo que se admitan los eximientes, las limitaciones impuestas carecen de propósito y contravienen lo que dispone la LPAG. En lo que sigue, me voy a centrar solo en un eximiente: la subsanación voluntaria. Ello, porque la exoneración de responsabilidad por subsanación constituye, sin duda, un mecanismo de regulación responsiva.

En efecto, una figura importante que nos permite sostener que hemos adoptado un enfoque de regulación responsiva es la 'subsanación voluntaria', reconocida en la LPAG como un eximiente de responsabilidad. En términos simples, la ley ha reconocido que, si el administrado subsana el incumplimiento antes de que se le imputen cargos, queda exonerado de responsabilidad.

En la doctrina se han descrito este tipo de eximientes como 'excusas absolutorias' y se han definido de la siguiente forma:

[...] supuestos en los que, pese a estar presente una conducta típica, antijurídica y culpable, el legislador prescinde de la sanción por razones político-legislativas: no afectan ni a la tipicidad, ni a la antijuridicidad, ni a la culpabilidad, sino solo a la sanción.

El **fundamento** de las mismas, que han llegado a ser llamadas 'perdón legal', reside en razones político legislativas, de utilidad o conveniencia diferentes según la concreta causa de que trate. (Gómez & Sanz, 2010, pp. 541-542) [el énfasis es nuestro]

Esas razones extralegales se encuentran en la consideración más 'preventiva' de la potestad sancionadora, conforme al enfoque responsivo que vengo describiendo. Como he expresado anteriormente (Huapaya, Sánchez & Alejos, 2018, p. 598), se trata de aminorar el fin represor y privilegiar el fin preventivo-correctivo. Como señala Jorge Dáños (2019, p. 510), la incorporación de la eximente evidencia que no se quiere priorizar la utiliza-

³⁷ Se trata, sin duda, de un beneficio interesante que se enmarca también en la lógica de la regulación responsiva. Sin embargo, considero que hay un problema teórico que amerita crítica. El problema está en que, pese a reconocer que, en dichas conductas, es posible acreditar diligencia, la norma no dispone la exoneración de la responsabilidad, sino solamente la atenuación de la sanción. En realidad, si el administrado fue diligente, no debería ser sancionado.

ción de la potestad sancionadora, sino incentivar el cumplimiento.

Así, la consagración de la subsanación voluntaria como eximiente de responsabilidad guarda perfecta consonancia con el enfoque de regulación responsiva³⁸, en el entendido que se persigue prioritariamente el cumplimiento de la norma.

Por ello, las limitaciones a la eximiente de subsanación deben ser descartadas³⁹. En el caso particular de los contratos públicos, el Reglamento de la LGCP establece dos restricciones peligrosas: (i) la eximiente tendría que ser ‘adecuada’ para la conducta bajo análisis; y (ii) no procedería respecto de la infracción por presentar documentos falsos.

La primera es peligrosa porque abre la puerta a la arbitrariedad del Tribunal, al momento de definir si cabe o no aplicar la eximiente. La segunda estaría pensada en la gravedad de la conducta. Sobre el particular, Braithwaite marca las distancias correspondientes entre lo que él denomina el ‘formalismo regulatorio’ y la regulación responsiva (2002, p. 29). El formalista regulatorio sería aquel que quiere definir de antemano qué conductas pueden subsanarse y qué conductas ameritan ‘siempre’ una sanción. Acuden a conceptos como el ‘daño’ o la ‘gravedad’. Nada más alejado de la regulación responsiva, pues bajo este enfoque, incluso el caso más grave puede ameritar una excepción de sanción dependiendo de las circunstancias y de la conducta que el infractor asume tras cometer la falta⁴⁰.

En suma, el reconocimiento de las eximentes –entre ellas, de la subsanación voluntaria– demuestra un paso a favor de la regulación responsiva. Sin

embargo, las limitaciones reglamentarias van en la dirección contraria.

VIII. CONCLUSIONES

Como adelanté al inicio, el propósito de este artículo ha sido ahondar un poco más en lo que se conoce como ‘regulación responsiva’, vinculando la misma con nuestro derecho administrativo sancionador y, en especial, con el principio de proporcionalidad. La idea detrás de esta aproximación implica replantear los alcances, límites y utilidad de la potestad sancionadora.

En el escenario actual aún se considera que cualquier incumplimiento debe ameritar una sanción. La cultura del garrote está bien arraigada entre nosotros, no solo en los funcionarios encargados de aplicar la norma, sino además en los mismos ciudadanos que pedimos siempre la imposición del máximo castigo.

Sin embargo, la experiencia nos demuestra que esta estrategia de castigo no siempre es la mejor opción. Distintas circunstancias invitan a adoptar estrategias distintas. Precisamente sobre la base de esta apreciación es que surge la idea de la regulación responsiva o regulación conforme al contexto.

La idea que subyace es otorgarle a la administración un abanico de herramientas de enforcement que le permitan, de acuerdo al caso concreto, llevar a cabo la mejor estrategia para garantizar el cumplimiento efectivo de la norma. En este artículo, he reseñado cómo este nuevo enfoque viene consagrándose poco a poco en nuestra normativa. Asimismo, he destacado cómo incluso nuestra Cor-

³⁸ Figura similar se presenta en el ordenamiento jurídico chileno, según dan cuenta Rojas, Ferrada y Méndez:

En tercer lugar, aparece la ‘subsanación de incumplimientos’, la que corresponde a oportunidades de corrección temprana otorgadas por el propio órgano administrativo, otorgando al infractor un plazo para que se subsanen los incumplimientos detectados. Para ello, el órgano administrativo envía al supuesto infractor una ‘carta de advertencia’ o ‘carta admonitoria’ en donde le señala la conducta contraria a sus obligaciones y le comunica a cesar o adoptar medidas positivas. En ciertos casos, esta corrección temprana da derecho a que el infractor no reciba sanción alguna, como ocurre en materia laboral respecto de micro o pequeñas empresas o en infracciones leves en educación. En otros casos es considerado como una circunstancia atenuante, como es el caso del procedimiento simplificado en mercados financieros o en el del resto de las infracciones en materia educacional. También, aunque no hay norma expresa, este es un mecanismo utilizado en la práctica por la Superintendencia del Medio Ambiente. (2021, p. 125)

³⁹ Son muchos los ejemplos normativos que tratan de limitar la aplicación de esta eximiente. También, a nivel de doctrina, en posición que no comparto, se ha señalado que no podrían subsanarse las infracciones meramente instantáneas (Mori, 2020, p. 390).

⁴⁰ Vale la pena citar textualmente el ejemplo de Braithwaite:

Regulatory formalism is the important contrast to responsive regulation. The formalist says to define in advance which problems require which response and write rules to mandate those responses. The formalist might say, for example, that armed robbery is a very serious evil. Therefore, it should always be dealt with by taking it to court, and if guilt is proven, the offender must go to jail. Responsive regulation requires us to challenge such a presumption; if the offender is responding to the detection of her wrongdoing by turning around her life, kicking a heroin habit, helping victims, and voluntarily working for a community group ‘to make up for the harm she has done to the community’, then the responsive regulator of armed robbery will say no to the jail option. (2002, p. 29)

te Suprema ha reconocido este enfoque (implícitamente) en una decisión.

Por otro lado, la regulación responsiva se muestra particularmente útil en la contratación pública, especialmente en el régimen sancionador. Considerando que las sanciones en este campo afectan no solo al administrado sino también al Estado (quien se va quedando sin oferta de contratistas), resulta útil aplicar las herramientas de la regulación responsiva, para que la administración reaccione frente a los incumplimientos de manera proporcional y tomando en cuenta el contexto en que se presentan las infracciones.

La LGCP, con sus aciertos y errores, adopta la lógica de la regulación responsiva, al contemplar distintos tipos de sanciones que se aplican en función de la gravedad de las conductas y de otras circunstancias del caso concreto y del administrado en particular, como sus antecedentes o la reincidencia; hasta se le otorga la opción al administrado de elegir –en ciertos casos– qué tipo de sanción le corresponde recibir.

Con ello, no pretendo sostener que la regulación sea óptima. Queda mucho por hacer, destacando la falta de mecanismos alternativos a la sanción y el reconocimiento total y sin restricciones de la subsanación voluntaria. Y, más importante aún, queda por cambiar el enfoque del mismo Tribunal que ejerce potestad sancionadora.

Queda, entonces, la parte más difícil. En efecto, tenemos las normas, pero falta aplicarlas. En este caso, lo curioso es que precisamente falta garantizar el *enforcement* de las propias normas que consagran el *enforcement* bajo la lógica responsiva. Surge así la eterna duda de cómo hacemos que los encargados de hacer cumplir las normas (funcionarios) cumplan ellos mismos con las normas que les son aplicables. 

CONFLICTO DE INTERESES

El autor declara expresamente que no existen conflictos de intereses que hayan influido en la elaboración, evaluación ni publicación del presente artículo.

FUENTES DE FINANCIACIÓN

El autor declara que no ha recibido financiamiento externo para la realización de la presente investigación.

ESTÁNDARES ÉTICOS

El autor manifiesta que esta investigación ha sido desarrollada conforme con los principios y estándares éticos aplicables a la labor académica e investigativa.

REFERENCIAS

- Aguilar, O. (2005). Consideraciones jurídicas sobre los principales modelos regulatorios. *JA*, 2005-1, Fascículo 12.
- Ayres, I. y Braithwaite, J. (1992). *Responsive Regulation. Transcending the Deregulation Debate*. Oxford University Press.
- Baca, V. (2021). La contratación pública en el Perú y la perpetua búsqueda de la piedra filosofal. En: Jiménez J., *Buen gobierno y mejor gestión. Cómo entender y fortalecer el Estado en tiempos de pandemia* (pp. 157-177). Gaceta Jurídica.
- Baldwin, R. y Black, J. (2008). Really responsive regulation. *The Modern Law Review*, 71(1), 59-94. <https://doi.org/10.1111/j.1468-2230.2008.00681.x>
- Braithwaite, J. (2002). *Restorative justice and responsive regulation*. Oxford University Press.
- Braithwaite, J. (2006). Responsive regulation and developing economies. *World Development*, 34(5), 884-898. <https://doi.org/10.1016/j.worlddev.2005.04.021>
- Braithwaite, J. (2011). The essence of responsive regulation. *UBC Law Review*, 44 (3), 475-520. <https://researchportalplus.anu.edu.au/en/publications/the-essence-of-responsive-regulation-fasken-lecture>
- Castillo, L. (2005). En principio de proporcionalidad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. *Revista Peruana de Derecho Público*, 11(6), 127-151. <https://hdl.handle.net/11042/1908>
- Covilla, J. (2018). La preferencia de las medidas administrativas alternativas frente a la sanción administrativa. En: Montaña, A. & Rincón, J. (Ed[s].) *El poder sancionador de la administración pública: discusión, expansión y construcción*. (pp. 1039-1072). Universidad Externado de Colombia.
- Danós, J. (2019). Evolución del régimen administrativo sancionador en el Perú. En: Zegarra, D (coord.). *La proyección del derecho administrativo peruano. Estudios por el centenario de la Facultad de Derecho de la PUCP*. (pp. 493-513). Palestra.
- Del Guayo, I. (2017). *Regulación*. Marcial Pons.
- Esteve, J. (2009). El encuadre de la regulación de la economía en la sistemática del Derecho Pú-

- blico. En: Muñoz, S. y Esteve, J. *Derecho de la Regulación Económica. Volumen I. Fundamentos e Instituciones de la Regulación.* (pp. 387-405). Iustel.
- Falla, A. (2009). ¿Zanahoria o garrote: de qué depende? De los estilos de enforcement de la regulación. En: Maraví, M. (comp.) *Sobre la Ley del Procedimiento Administrativo General. Libro homenaje a José Alberto Bustamante Belaúnde.* (pp. 487-526). Fondo Editorial UPC. <http://hdl.handle.net/10757/575400>
- Fernández, S. (2010). Inspección administrativa y potestad sancionadora. En: Lozano, B. *Diccionario de Sanciones Administrativas.* Iustel.
- Gamarra, S. (2018). De la indulgencia a la condena: la *responsive regulation* en el régimen de fiscalización ambiental en Perú. *THÉMIS Revista De Derecho*, (74), 107-125. <https://doi.org/10.18800/themis.201802.016>
- García Luengo, J. (2018). Las cartas admonitorias como alternativa al ejercicio de la potestad sancionadora. En: Huergo, A. *Problemas actuales del derecho administrativo sancionador.* (pp. 101-128). Iustel.
- Gimeno, J. (2024). *Hacia la buena administración de la contratación pública.* Marcial Pons.
- Gómez, M. y Sanz, I. (2010). *Derecho Administrativo Sancionador. Parte General. Teoría General y Práctica del Derecho Penal Administrativo.* (2da ed.). Aranzadi.
- Gómez, B. (2021). El principio de proporcionalidad en la contratación pública. Madrid: Marcial Pons.
- Guiloff, M. y Soto, P. (2015). Sanciones administrativas, discrecionalidad y revisión judicial: Una mirada desde la regulación responsiva. En: Ferrada, J, Bermúdez, J. y Pinilla, F. (coord.[s.]) *La nueva justicia ambiental.* (pp. 101-124). Thomson Reuters.
- Gunningham, N. (2010). Enforcement and compliance strategies. En: Baldwin, R., Cabe, M. Lodge, M. (ed[s.]) *The Oxford Handbook of Regulation.* (pp. 120-145). Oxford University Press.
- Harlow, C. y Rawlings, R. (2009). *Law and Administration.* (3ra ed.) Cambridge University Press.
- Haro, J. (2005). Contra los excesos de la regulación económica. Sobre monopolios naturales, instalaciones esenciales y otros fantasmas. *THÉMIS Revista De Derecho*, (50), 151-167. <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/themis/article/view/8770>
- Huapaya, R. (2010). Algunos apuntes sobre las relaciones entre el Derecho Administrativo Económico y el concepto anglosajón de la "Regulación". *Ius et Veritas*, (40) 302-344. <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/view/12157>
- Huapaya, R. y Alejos, O. (2019). Los principios de la potestad sancionadora a la luz de las modificaciones del Decreto Legislativo 1272. *Revista de Derecho Administrativo*, (17) 52-76. <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoadministrativo/article/view/22165>
- Huapaya, R., Sánchez, L. & Alejos, O. (2018). El eximente de responsabilidad por subsanación voluntaria en la Ley del Procedimiento Administrativo General. En: *El Derecho Administrativo como instrumento al servicio del ciudadano. Memorias del VIII Congreso de Derecho Administrativo.* (pp. 581-604). Palestra.
- Huapaya, R. (2024). Breves apuntes sobre las medidas administrativas aplicables en el marco de los procedimientos administrativos de fiscalización y sanción ambiental en el ordenamiento jurídico peruano. En: Fermenías, J. y Gómez, R. (ed[s.]) *Derecho administrativo sancionador iberoamericano.* Tirant lo blanch.
- Huapaya, R. (2025). El Tribunal de Contrataciones del Estado del Perú. Análisis de algunos aspectos fundamentales de su organización y su funcionamiento. En: Expósito, J. y Barreto, S. (ed[s.]) *Las dimensiones de la responsabilidad en la contratación del Estado.* Universidad Externado de Colombia.
- Huergo, A. (2019). Las sanciones administrativas en el marco del law enforcement. En: Zegarra, D. (coord.) *La proyección del derecho administrativo peruano. Estudios por el centenario de la Facultad de Derecho de la PUCP.* (pp. 515-539). Palestra.
- Izquierdo, M. (2019). Fiscalización, supervisión e inspección administrativa: aproximación conceptual crítica y caracteres generales en el derecho peruano. En: Zegarra, D. (coord.) *La proyección del derecho administrativo peruano. Estudios por el centenario de la Facultad de Derecho de la PUCP.* (pp. 387-418). Palestra.
- Laguna de Paz, J. (2016). *Derecho Administrativo Económico.* Civitas.

- Letelier, R. (2018). Principios o funciones en las sanciones administrativas. En: Montaña, A. y Rincón, J. (ed[s].) *El poder sancionador de la administración pública: discusión, expansión y construcción.* (pp. 920-950). Universidad Externado de Colombia.
- Linares Paz Soldán, M. (2024). *La responsabilidad objetiva en la contratación pública. Análisis crítico e impacto regulatorio.* Derecho & Sociedad.
- Lozano, B. (2003). El principio de oficialidad de la acción sancionadora administrativa y las condiciones necesarias para garantizar su efectividad. *Revista de Administración Pública,* (161) 83-121. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=721281>
- Mont, S. (2010). Autonomía y responsividad: Dos expresiones de la vocación juridificadora del derecho administrativo y sus principios fundamentales. En: Documento de Trabajo N° 4, Centro de Regulación y Competencia de la Universidad de Chile.
- Mori, N. (2020). ¿Incentivo a la legalidad o impunidad? Acerca del eximiente de responsabilidad por subsanación voluntaria. *Derecho & Sociedad,* 1(54), 386-396. <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoysociedad/article/view/22427>
- Morón, J. (2010). Los actos-medidas (medidas correctivas, provisionales y de seguridad) y la potestad sancionadora de la Administración. *Revista de Derecho Administrativo,* (9) 135-157. <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoadministrativo/article/view/13710>
- Morón, J. (2016). La terminación convencional del procedimiento sancionador: la Administración concertada en materia sancionadora. *Revisita de Derecho Administrativo,* (16) 267-287. <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoadministrativo/article/view/16309>
- Morón, J. (2020). La regulación común de la actividad administrativa de fiscalización en el derecho peruano. *Derecho & Sociedad,* 1(54), 17-43. <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoysociedad/article/view/22404>
- Morón, J. (2023). *Las multas administrativas.* Praxis.
- Nieto, A. (2012). *Derecho administrativo sancionador* (5ta ed.). Tecnos.
- Ochoa, F. (2016). ¿Es posible hacer cumplir la ley sin sancionar? Aplicando de manera “responsiva” la regulación en el Perú, a propósito del caso de abogacía de la competencia sobre las barreras burocráticas en el mercado de servicios públicos. *Derecho PUCP,* (76) 151-180. <https://doi.org/10.18800/derechopucp.201601.006>
- Parejo, L. (2017). La nueva función pública de regulación. En: Parejo, L. y Vida, J. (coord[s].) *Los retos del Estado y la administración en el siglo XXI. Libro homenaje al profesor Tomás de la Quadra-Salcedo Fernández del Castillo.* Tomo II. (pp. 1379-1412). Tirant lo blanch.
- Rebollo, M. (2017). La actividad administrativa de limitación. En: López, M. & Izquierdo, M. (coord[s].) *Derecho Administrativo.* Tomo III. (pp. 19-46). Tecnos.
- Rebollo, M. (2019). El procedimiento sancionador en el Texto Único Ordenado de la Ley del Procedimiento Administrativo General del Perú. En: Zegarra, D. (coord.). *La proyección del derecho administrativo peruano. Estudios por el centenario de la Facultad de Derecho de la PUCP.* (pp. 541-567). Palestra.
- Rebollo, M. y Izquierdo, M. (2017). Los medios jurídicos de la actividad administrativa de limitación. En: López, M. & Izquierdo, M. (coord[s].) *Derecho Administrativo.* Tomo III. (pp. 47-91). Tecnos.
- Rojas, C. (2019). *Riesgos y Derecho Administrativo. Desde el control a la regulación.* Ediciones DER.
- Rojas, C., Ferrada, J. y Méndez, P. (2021). La reconfiguración teórica de la potestad sancionadora de la Administración Pública: Del tradicional ius puniendo único estatal a la función responsiva. *Revista de Derecho Administrativo Económico,* (34), 97-130. <https://doi.org/10.7764/redae.34.4>
- Sánchez, L. (2019). El enfoque preventivo y la labor educadora de la fiscalización administrativa en el TUO de la Ley del Procedimiento Administrativo General. En: Zegarra, D. (coord.) *La proyección del derecho administrativo peruano. Estudios por el centenario de la Facultad de Derecho de la PUCP.* (pp. 445-466). Palestra.
- Sanz, I. (2014). Propuesta para una mejora del régimen sancionador en materia de contratos públicos. En: Espinosa-Saldaña, E. *Tendencias actuales en contratación pública.* (pp. 131-146). Gaceta Jurídica.
- Shimabukuro, N. y Alejos, O. (2025). Análisis del régimen sancionador de la nueva Ley general de

- contrataciones públicas. En: Morón, J. (coord.) *El régimen de contrataciones con el Estado. Una mirada hacia el futuro de su regulación.* (pp. 107-134). Editorial Jurídica THĒMIS.
- Soto, P. (2016). Sanciones administrativas como medidas de cumplimiento del Derecho: un enfoque funcional y responsivo aplicado al régimen sancionatorio ambiental. *Ius et Praxis*, 22 (2), 189-226. <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-00122016000200007>
- Suca, A.; Valverde, G. y Rojas, B. (2024). Medidas correctivas como herramienta alternativa a las sanciones administrativas. Una propuesta metodológica. *Revista de Derecho Administrativo*, (40), 81-105. <https://doi.org/10.7764/redad.40.6>
- Sunstein, C. (2013). *Simpler. The future of government.* Simon y Schuster.
- Thaler, R. y Sunstein, C. (2009). *Nudge. Improving decisions about health, wealth, and happiness.* Penguin Books.
- Tirado, J. (2011). Reflexiones en torno a la potestad de inspección o fiscalización de la Administración Pública. *Derecho & Sociedad*, (37), 251-262. <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoysociedad/article/view/13177>
- Tirado, J. (2016). Sanción, reposición e indemnización como consecuencias autónomas de la infracción administrativa: una lectura a partir del artículo 232.1 de la Ley del Procedimiento Administrativo General. *Revista de Derecho*, 17(1), 51-87. <https://revistas.udep.edu.pe/derecho/article/view/1597>
- Tirado, J. (2022). *Actividad de fiscalización en el procedimiento administrativo peruano.* ESAN.
- Yeung, K. y Ranchordás, S. (2024). *An introduction to law and regulation. Text and materials* (2nd ed.) Cambridge University Press.
- Zegarra, D. (2018). La definición de la actividad de fiscalización en la Ley de Procedimiento Administrativo General peruana. En: Morón, J. y Danós, J. (coord[s.]) *Estudios de Derecho Administrativo. El Derecho Administrativo Iberoamericano. Innovación y reforma. Libro homenaje al profesor Juan Carlos Cassagne.* Tomo I. (pp. 237-246). Gaceta Jurídica.
- Zegarra, D. y Huapaya, R. (2023). Problemas del procedimiento administrativo sancionador con referencia al ordenamiento jurídico peruano. En: Rebollo, M., Huergo, A., Guillén, J. y Cano, T. *Anuario de Derecho Administrativo Sancionador 2023.* (pp. 699-726). Civitas.
- LEGISLACIÓN, JURISPRUDENCIA Y OTROS DOCUMENTOS LEGALES**
- Decreto Supremo 009-2025-EF, Reglamento que aprueba el Reglamento de la Ley 32069 Ley General de Contrataciones Públicas, Diario Oficial *El Peruano*, 22 de enero de 2025 (Perú).
- Decreto Supremo 004-2019-JUS, Decreto Supremo que aprueba el Texto Único Ordenado de la Ley 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, Diario Oficial *El Peruano*, 25 de enero de 2019 (Perú).
- Ley 32069, Ley General de Contrataciones Públicas, Diario Oficial *El Peruano*, 24 de junio de 2024 (Perú).
- Resolución de Consejo Directivo 006-2019-OEFA/CD, Reglamento de Supervisión, Diario Oficial *El Peruano*, 15 de febrero de 2019 (Perú).
- Tercera Sala de Derecho Constitucional y Social Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, 13 de junio de 2018, Casación 4165-2017-Lima (Perú).
- Tribunal Constitucional [T.C.], 21 de noviembre de 2007, sentencia recaída en el Expediente 579-2008-PA/TC (Perú).