

LOS PRINCIPIOS DELIMITADORES DE LA POTESTAD SANCIONADORA DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA EN LA LEY PERUANA⁽¹⁾

JUAN CARLOS MORÓN URBINA⁽²⁾

Profesor de Derecho Administrativo en la Pontificia Universidad Católica del Perú.

SUMARIO:

I. La necesidad de regular el ejercicio de la potestad administrativa sancionadora en el Perú.- II. La peculiaridad de los principios aplicables a la potestad sancionadora.- III. El principio de legalidad para atribuir competencias sancionadoras y habilitar las sanciones aplicables.- IV. El principio de tipicidad exclusiva de las conductas sancionables administrativamente: 1. El contenido del principio; 2. Particularidades de la tipificación administrativa; 3. Colaboración reglamentaria en la labor de tipificación.- V. El principio del debido procedimiento.- VI. El principio de razonabilidad y el exceso de jurisdicción.- VII. El principio de la norma sancionadora previa y el juicio de favorabilidad de la norma posterior: 1. La irretroactividad de la tipificación y la sanción aplicable al hecho; 2. La aplicación retroactiva de las normas sancionadoras más favorables.- VIII. El principio de las infracciones continuas.- IX. El principio de causalidad de la responsabilidad.- X. El principio de presunción de culpa, inercencia o corrección.- XI. El principio de *non bis in idem*.- XII. Conclusión.

I. LA NECESIDAD DE REGULAR EL EJERCICIO DE LA POTESTAD ADMINISTRATIVA SANCIONADORA EN EL PERÚ

Cuando fue elaborado el Anteproyecto de la Ley 27444, del Procedimiento Administrativo General, existía conciencia cierta de la necesidad de dotar de un régimen legal específico que tomara predecible al ejercicio de la potestad sancionadora por parte de las entidades públicas. Si de ordinario nos encontramos frente a la potestad más aflicta con que cuenta la Administración para legítimamente gravar patrimonios, limitar o cancelar derechos o imponer restricciones a las facultades ciudadanas, el contexto del fin de la década de los noventa hacía indispensable acometer esta tarea. No en vano estábamos frente a dos fenómenos convergentes que potenciaron dicha potestad administrativa. De un lado, la consolidación de los roles normativos, inspectivos y ordenadores de la Administración, antes que como prestador de servicios y de bienes públicos. Por el otro, la sostenida tendencia a la despenalización de ilícitos penales condujo al proporcional incremento de los supuestos de ilícitos administrativos, y a contar con organismos con competencia sancionadora.

En este sentido, fuimos conscientes que la potestad sancionadora constituye una competencia de gestión necesaria complementaria a la potestad de mando y corrección para el adecuado cumplimiento del orden administrativo establecido en procura del interés público. Pero, a su vez, quienes conformamos la comisión elaboradora del Anteproyecto adoptamos conscientemente la decisión de diseñar las pautas mínimas comunes para que todas las entidades administrativas, con aptitud para aplicar sanciones sobre los administrados, la ejerzan de manera democrática, previsible y no arbitraria. No consideramos que el control judicial posterior fuera eficiente para disciplinarla, sino que, por el contrario, sería más conveniente dotarle de un régimen positivo claro que permita su control preventivo y concurrente por las autoridades superiores y la jurisdicción pública. En este sentido, seguimos la tendencia inaugurada, de manera decidida, en el Derecho comparado, por la legislación española y seguida en nuestro continente por México, Venezuela y Brasil.

⁽¹⁾ A la memoria del doctor Juli Rodolfo Conzatti (1947-2005).

⁽²⁾ El autor es integrante de la Comisión Redactora de los proyectos de Ley del Procedimiento Administrativo General (Ley 27444) y Ley del Proceso Contencioso Administrativo.

II. LA PECULIARIDAD DE LOS PRINCIPIOS APLICABLES A LA POTESTAD SANCIONADORA

Con el objeto de identificar cuáles eran los valores fundamentales que, a título de principios, debían ser comúnmente respetados por el legislador al normar la potestad sancionadora y por las entidades administrativas al momento de aplicarla concretamente sobre los administrados, fueron aislados aquellos que consideramos estrictamente indispensables para racionalizar su ejercicio, pero sin imposibilitar su emprendimiento, en resguardo del interés público que titulariza la administración. Nótese que, en primer lugar, estos principios, por su basamento constitucional, son exigibles a la función legislativa del Estado cuando configura las conductas sancionables, las sanciones a aplicar o la estructura formal del procedimiento sancionador. Solo a partir de ahí serán exigibles a la Administración para ejercitar la voluntad sancionadora a los casos concretos.

En este sentido, fueron identificados como principios esenciales el de legalidad, debido procedimiento, razonabilidad, tipicidad, irretroactividad de la norma y retroactividad benigna, concurso de infracciones, causalidad, presunción de licitud, y *non bis in idem*. Todos ellos cumplen, con respecto a la potestad sancionadora, una triple función: la fundante (preceder a la existencia de las reglas mismas de la potestad sancionadora), la interpretativa (servir de criterio hermenéutico para absolver cualquier duda sobre el sentido y alcance de las reglas de la potestad sancionadora) y la integradora (servir de fuente de integración para las lagunas jurídicas que se puedan identificar en la aplicación de las normas sancionadoras).

Para esta labor de identificación no se partió —como se suele creer— de la traslación al ordenamiento administrativo de algunos principios del Derecho Penal. Si bien la mayoría mantiene denominaciones análogas a otras consagradas en el Derecho Penal, su inclusión no constituyó una mera transposición de reglas e instituciones, sino más bien un esfuerzo de racionalización a partir de una base común: la seguridad jurídica y los derechos fundamentales constitucionales de los administrados, reconocidos en tratados internacionales vigentes en el país y con desarrollo en la fuente constitucional. En este sentido, como bien estableció el Tribunal Constitucional español sobre esta materia, “se trata, en suma, de la aplicación de los principios constitucionales inspiradores de las leyes procesales penales, pero no de las normas de estas. No poseen la misma estructura, ni se hallan configurados del mismo modo, el proceso penal y el procedimiento administrativo sancionador. Los principios del primero han de proyectarse de manera adecuada sobre el segundo. Es una traslación con matices”.¹

Ahora bien, una vez identificados estos valores, quedó por articularlos, de un lado, con los principios aplicables al procedimiento administrativo en general y, del otro, con aquellos principios que pudieran ser necesarios incluir cuando se trata de ejercer la potestad sancionadora en alguna actividad especial. Respecto a la primera relación, se optó por la decisión de dar un carácter complementario, por su especialidad, a los principios específicamente estipulados para la actividad sancionadora, de tal suerte que esta queda regulada por los principios generales de todo procedimiento administrativo (celeridad, conducta procedimental, eficacia, verdad material, etc.) y por los principios sancionadores ya mencionados. En cuanto a la segunda relación, la opción no ha sido impedir la adición de nuevos principios en función de la especialidad de los temas a sancionar por la Administración, sino también habilitar al legislador a incluir otros principios, incluso adecuando aquellos creados de manera general por este capítulo.

Por ello, el artículo 229 inciso 2 de la Ley 27444 declara que estos principios rigen con carácter supletorio en aquellas áreas que cuenten con leyes especiales de regulación. Lo que si

¹ Sentencia del Tribunal Constitucional (STC) No. 45/1997.

debe advertirse es que esta supletoriedad no habilitará al legislador a desnaturalizar o negar los principios ya declarados, en la medida que se trata de la aplicación concreta de derechos y principios superiores que poseen base constitucional. De suyo, la Administración estaría vinculada a ellos, aun si la ley hubiese silenciado esta materia. Como nuestro propio Tribunal Constitucional ha establecido, *"la aplicación de una sanción administrativa constituye la manifestación del ejercicio de la potestad sancionatoria de la Administración. Como toda potestad, no obstante, en el contexto de un Estado de Derecho (artículo 3 de la Constitución), está condicionada, en cuanto a su propia validez, al respeto de la Constitución, los principios constitucionales y, en particular, a la observancia de los derechos fundamentales. Al respecto, debe resaltarse la vinculariedad de la Administración en la prosecución de procedimientos administrativos disciplinarios, al irrestricto respeto del derecho al debido proceso y, en consecuencia, de los derechos fundamentales procesales y de los principios constitucionales (Vg. legalidad, razonabilidad, proporcionalidad, interdicción de la arbitrariedad) que lo conforman"*.⁴

III. EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD PARA ATRIBUIR COMPETENCIA SANCIONADORA Y HABILITAR LAS SANCIONES APLICABLES

El principio de legalidad ha sido incorporado por el legislador al establecer que *"solo por norma con rango de ley cabe atribuir a las entidades la potestad sancionadora y la consiguiente previsión de las consecuencias administrativas que a título de sanción son posibles de aplicar a un administrado, las que en ningún caso habilitarán a disponer la privación de libertad"* (artículo 230 inciso 1).

Como se puede apreciar, nos encontramos frente a una regla de reserva de competencia para dos aspectos de la potestad sancionadora: para la atribución de la competencia sancionadora a una entidad pública y para la identificación de las sanciones aplicables a los administrados por incurrir en ilícitos administrativos. Conforme a ella, ambos aspectos de la materia sancionadora solo pueden ser abordados mediante "normas con rango de ley", como pueden serlo una ley formal, una ley orgánica, un decreto legislativo, o un decreto ley. Queda absolutamente vedado que una norma sublegal, de tipo reglamentaria, preterda, a título de atribución directa, de interpretación de una norma legal o de complemento indispensable, asignar a una persona jurídica de derecho público la competencia sancionadora o señalar qué sanciones pueda aplicar sobre los administrados en sede administrativa.

Por la primera reserva legal mencionada, ninguna autoridad –por importante que la considerare para el cumplimiento de sus funciones de inspección, regulación o de policía administrativa–, podrá autoatribuirse competencia sancionadora sobre los administrados, sino que debe obtener una norma expresa con rango de ley que así se lo habilite. Como se puede apreciar, la aplicación del principio de legalidad en materia sancionadora, en este extremo, no resulta sino la ratificación del principio de competencia legal que está previsto en el artículo 61 de la Ley 27444, estableciendo como regla uniforme que la fuente de la competencia administrativa son solo la Constitución y la ley.

Por la segunda reserva legal que este principio implica, tenemos que queda reservada solo a normas con rango de ley el señalamiento de las consecuencias jurídicas represivas a los administrados en caso de la comisión de ilícitos administrativos. De este modo, solo una norma con rango de ley podrá habilitar a la Administración la aplicación de una o más medidas de gravamen a título de sanción personal o patrimoniales, tales como multas, decomisos, cancelación de derechos, inhabilitaciones, pues cada de uno de estos actos persiguen un efecto puramente reaccional y afectivo en los derechos subjetivos de los administrados.

⁴ Expediente No. 1003-1998-AA/TC

En este mismo sentido, ninguna autoridad administrativa podrá, por vía reglamentaria y, menos aún, a título de acto administrativo singular, crear un tipo de sanción, quedando limitada su actuación al rol natural de ser aplicador de las modalidades de sanción sobre derechos ciudadanos autorizadas previamente por normas con rango de ley. En este sentido, la norma confirma que la indicación de las penas con que se intenta disuadir a las personas físicas y jurídicas a no cometer infracciones corresponde a las normas con rango de ley y no a la normativa infralegal.¹

Es conveniente establecer que esta reserva no solo implica que una norma con rango de ley cumpla con enunciar qué pena será aplicable (por ejemplo, multa, suspensión o inhabilitación de derechos), sino que debe fijar con la mayor precisión posible sus márgenes de aplicación, su cantidad, duración, etc., en particular; el extremo máximo de agravio posible a los derechos ciudadanos. En este sentido, un completo cumplimiento a este principio conllevará, cuando menos, al establecimiento, por ejemplo, del límite máximo de la multa económica o del tiempo de la inhabilitación o suspensión del administrado. Se comprende que si este extremo no fuera cumplido por la norma con rango de ley, la garantía jurídica del administrado quedaría vaciada de contenido, pues la Administración habría adquirido la posibilidad de aplicar una multa de limitado contenido económico o de crear una inhabilitación permanente, con la consiguiente arbitrariedad de la medida. En el mismo nivel reprochable se encuentran los casos en los que la norma señala la sanción de multa, pero prevé márgenes extremos para su aplicación, desde un monto ínfimo hasta otro extremadamente alto, dejando en la discrecionalidad de la Administración ponderar su graduación. Aquí el rango extremadamente abierto entre el mínimo y el máximo no tiene sustancial diferencia con la ausencia de especificación de la sanción, ya que virtualmente se estaría delegando a la Administración determinar su contenido gravoso para los administrados.

Finalmente, la norma establece la prohibición explícita para que la Administración pueda aplicar sanciones que impliquen privación de libertad. Ello, atendiendo a que la disponibilidad de la libertad humana –como supremo valor subjetivo en la modernidad– solo ha sido autorizada a las autoridades judiciales y no a las autoridades administrativas.

La Administración solo tiene un rol ejecutivo de los mandatos judiciales que afecten la libertad individual, pero nunca la posibilidad de determinarla y sancionarla por sí y ante sí. Se acude al máximo nivel de separación de funciones: el Congreso de la República que autorice a afectar mediante la norma jurídico penal, el Poder Judicial que la concreta en las situaciones subjetivas específicas y la Autoridad Administrativa que la ejecuta en virtud del cumplimiento de los mandatos judiciales.

IV. EL PRINCIPIO DE TIPICIDAD EXHAUSTIVA DE LAS CONDUCTAS SANCIONABLES ADMINISTRATIVAMENTE

El principio de tipicidad exhaustiva de las conductas sancionables ha sido recibido en la Ley 27444 cuando expresa que *“solo constituyen conductas sancionables administrativamente las infracciones previstas expresamente en normas con rango de ley mediante su tipificación como tales, sin admitir interpretación extensiva o análogas. Las disposiciones reglamentarias de desarrollo pueden especificar o graduar aquellos dirigidas a identificar las conductas o determinar sanciones, sin constituir nuevas conductas sancionables o las previstas legalmente, salvo los casos en que la ley permita tipificar por vía reglamentaria”*.

Un análisis de los alcances de este principio nos conducirá a identificar los siguientes aspectos: (i) el contenido del principio de tipicidad exhaustiva; (ii) las particularidades de la tipicidad exhaustiva en materia administrativa; y, (iii) la colaboración reglamentaria en materia de tipificación.

¹ La vía reglamentaria solo puede emplearse para especificar o graduar sanciones, pero no para crearlas (prevención incluida en el inciso cuarto de este artículo, en el principio de tipicidad).

I. El contenido del principio

Este principio exige el cumplimiento de tres aspectos concurrentes: (i) la reserva de ley para la descripción de aquellas conductas pasibles de sanción por la administración; (ii) la exigencia de certeza o exhaustividad suficiente en la descripción de las conductas sancionables constitutivas de las infracciones administrativas; y, (iii) la interdicción de la analogía y la interpretación extensiva en la aplicación de los supuestos descritos como ilícitos (desde el punto de vista concreto, la tipificación es de interpretación restrictiva y correcta).

Por el primer elemento, la norma establece, al igual que en los casos de la sanción y la atribución de la competencia sancionadora ya analizados, una reserva en favor de las normas con rango de ley para que sean las únicas que puedan calificar las conductas como sancionables administrativamente. La única excepción, históricamente admitida, es la tipificación en materia sancionadora municipal que se regula por ordenanzas, según lo reconoce el artículo 46 de la Ley Orgánica de Municipalidades, Ley 27972.

Sin embargo, la última frase del inciso *"salvo los casos en que la ley permita tipificar por dicha vía"* debilita la fórmula del principio, al admitir que la ley pueda habilitar la tipificación por vía reglamentaria. En este sentido, tenemos como principio a la reserva de ley, y como excepción, que la propia ley pueda –por consideraciones de conveniencia administrativa o técnica jurídica– autorizar a la propia administración para que por vía reglamento ejecutivo pueda realizar la tipificación de los ilícitos respectivos. Como se puede advertir, en este segundo supuesto no cabe hablar de una reserva de ley, sino solo una simple cobertura legal previa para que el reglamento tipifique. Lo importante es que, en ambos casos, la fijación de los hechos ilícitos corresponde al legislador y no a la autoridad administrativa autónomamente. De este modo, la Administración permanece en su rol concreto de actividad inspectora y sancionadora, mas no creadora de aquello que es ilícito para el interés público.

No obstante, apreciamos que el segundo aspecto contenido en el principio, esto es, la exigencia de exhaustividad en la fórmula de tipificación, si resultará aplicable a todas las posibilidades de tipificación de ilícitos administrativos. Conforme a este aspecto, las conductas sancionables administrativamente únicamente pueden ser las infracciones previstas expresamente mediante la identificación cierta de aquello que se considera ilícito para los fines públicos de cada sector estatal. En este sentido, la norma legal debe describir específica y taxativamente todos los elementos de la conducta sancionable, reduciendo la vaguedad del enunciado sancionable de modo que tanto el administrado como la Administración prevean con suficiente grado de certeza (*lex certa*) lo que constituye el ilícito sancionable.

Más aún, la medida de esta suficiencia no estará en el criterio del legislador, sino en la suficiencia que pueda tener el enunciado para un ciudadano con formación básica, como ha sido esclarecido por nuestro Tribunal Constitucional. En efecto, este Colegiado ha considerado que *"el subprincipio de tipicidad o taxatividad constituye una de las manifestaciones o concreciones del principio de legalidad respecto de los límites que se imponen al legislador penal o administrativo, a efectos de que las prohibiciones que definen sanciones, sean estas penales o administrativas, estén redactadas con un nivel de precisión suficiente que permita a cualquier ciudadano de formación básica, comprender sin dificultad lo que se está proscribiendo bajo amenaza de sanción en una determinada disposición legal"*.⁴

Dicha exigencia se sustenta en la necesidad de preservar la autonomía de los administrados, representada por la capacidad de elegir y ejecutar libremente sus actividades sociales y económicas

⁴ Expediente No. 2192-2006-AA/TC.

con la garantía y seguridad de ser lícitas, y no ser pasibles de sanciones inadvertidas previamente. Con una tipificación exhaustiva, los administrados no solo tienen mejores posibilidades de decidir suficientemente informados sobre la regularidad de su actuación, sino que también estarán menos expuestos a autoridades administrativas con amplia discrecionalidad para determinar aquello que es lícito o típico. Por el contrario, la ausencia de tipificación o una tipificación no exhaustiva conlleva inseguridad jurídica para el ciudadano y mayor exposición a arbitrariedades administrativas.

Lamentablemente, la determinación de si una norma sancionadora describe con suficiente grado de certeza la conducta sancionable, es un asunto que debe ser resuelto de manera casuística, pero es importante tener en cuenta que la tipificación es suficiente "cuando consta en la norma una predeterminación inteligible de la infracción, de la sanción y de la correlación entre una y otra".¹ Por eso, es necesario recordar que el mandato de tipificación que este principio conlleva no solo se impone al legislador cuando redacta el ilícito, sino a la autoridad cuando realiza la subsunción de una conducta en los tipos legales existentes. De este modo, resultará inválida una sanción apoyada en estos ilícitos en blanco.

Por lo tanto, se consideran contrarias al principio de legalidad de las infracciones todas las normas administrativas que pretendan calificar conductas sancionables sin proporcionar información suficiente en torno al comportamiento infractor al igual que las tipificaciones imprecisas y ambiguas, con fórmulas abiertas, en tanto su utilización lleva de suyo la apertura de un enorme margen de discrecionalidad a la hora de apreciar la existencia de conductas ilícitas.² Por ejemplo, el Tribunal Constitucional ha descalificado, por inconstitucional, una sanción administrativo-disciplinaria impuesta sobre la base del tipo legal contenido en el artículo 28, incisos a) y d) del Decreto Legislativo No. 276, que establece que: "(...) son faltas de carácter disciplinarias que, según su gravedad, pueden ser sancionadas con cese temporal o con destitución, previo proceso administrativo: a) El incumplimiento de las normas establecidas en la presente ley y su reglamento; y, d) La negligencia en el desempeño de las funciones". En este caso, el Tribunal correctamente ha identificado que "(...) las dos disposiciones invocadas en la resolución que establece la destitución de sus puestos de trabajo de los recurrentes, son cláusulas de remisión que requieren (...) el desarrollo de reglamentos normativos que permitan delimitar el ámbito de actuación de la potestad sancionadora, debido al grado de indeterminación e imprecisión de las mismas; consecuentemente, la sanción impuesta sustentada en estas disposiciones genéricas es inconstitucional, por vulnerar el principio consagrado en el artículo 2, inciso 24, literal d), de la Constitución (...)".³

Un ejemplo ilustrativo de un agravio legal a este principio lo constituye el artículo 65 de la Ley 2841 I, Ley General del Sistema Nacional de Presupuesto, que pretende fijar las responsabilidades y sanciones por incumplimientos a la administración presupuestal, del modo siguiente:

"El incumplimiento de las disposiciones establecidas en la Ley General, las Leyes de Presupuesto del Sector Público, así como las Directivas y disposiciones complementarias emitidas por la Dirección Nacional de Presupuesto Público, da lugar a las sanciones administrativas aplicables, sin perjuicio de la responsabilidad civil o penal a que hubiere lugar".

Aquí estamos frente a un caso típico de ley sancionadora en blanco, que, no obstante su título, carece de contenido material, desde que no precisa la hipótesis que definen la conducta sancionable, sino que, a través de una fórmula vaga o genérica, coloca en la autoridad administrativa la posibilidad de establecer, caso por caso y con amplia discrecionalidad, si una determinada conducta

¹ NIETO, Alejandro, *Derecho Administrativo Sancionador*, Segunda Edición ampliada, Editorial Tecnos, 1994, p. 293.

² GARBERI LLOBREGAT, José, *El procedimiento administrativo sancionador*, Quinta Edición ampliada, Trami Le Branch, 1998, p. 114.

³ Sentencia del Tribunal Constitucional No. 2192-2004-AA/TC y STC. No. 3256-2004-AA/TC.

es sancionable o no, lo cual se traduce en violación del principio de tipicidad. Por ello, las tipificaciones vacías o en blanco que, en lugar de definir de manera cierta la conducta sancionable, consideran como tales cualquier violación de la totalidad de una Ley o un Reglamento, son contrarias al principio de tipicidad, pues, la vaguedad y generalidad del hecho que se considera ilícito (violación de cualquier norma legal o reglamentaria, presente o futura), será en verdad la autoridad administrativa, que se encuentre a cargo de la aplicación de la sanción, quien tipificará, en cada caso, el hecho sancionable.

Por el contrario, no sería opuesta a dicho principio, por sí misma, la utilización de conceptos jurídicos indeterminados en la definición de la conducta sancionable, siempre y cuando la concreción de tales conceptos sea razonablemente factible en virtud de estar referidos a criterios lógicos, técnicos o de experiencia, que permitan prever con suficiente seguridad, la naturaleza y características esenciales de las conductas constitutivas de la infracción tipificada.⁹ La unidad de solución que subyace en el concepto jurídico indeterminado, hace que su utilización en las normas sancionadoras sea, en principio, admisible, pues al existir una sola solución, la aplicación de la norma no comporta margen de discrecionalidad para el funcionario en la definición de la conducta sancionable. García de Enterría explica lo anterior en los siguientes términos:

"Si lo propio de todo concepto jurídico indeterminado, en cualquier sector del ordenamiento, es que su aplicación solo permite una única solución justa, el ejercicio de una potestad discrecional permite, por el contrario, una pluralidad de soluciones justas, o en otros términos, optar entre alternativas que son igualmente justas desde la perspectiva del Derecho".⁹

2. Particularidades de la tipificación administrativa

En aspectos administrativos, no es aconsejable llevar a extremos el mandato de tipificación, pues estaríamos frente a casuismos inconvenientes. Los riesgos evidentes son dos extremos perniciosos: la sobre inclusión (incluir dentro de la tipificación supuestos específicos que no participan de la necesidad de sanción), pero en el otro extremo, tenemos la infra inclusión (excluir supuestos que sí deberían ser sancionables). Ambos riesgos se producen por dos vicios extremos del legislador al tipificar. Cuando acude a fórmulas demasiado generales, por el recelo a no incluir supuestos reprochables, se propicia la posibilidad de sobre incluir conductas meritorias o simplemente que no deberían ser sancionables. Por el contrario, cuando se acuden a formulas más específicas y detalladas, se asume el riesgo de reprochar menos supuestos de los debidos, por ser igualmente indebidos. La solución adecuada parece estar en la línea de lo sintetizado por Nieto, como la necesidad de "permitir al operador jurídico un margen de actuación a la hora de determinar la infracción y la sanción concretas, pero no tanto como para permitirle que 'cree' figuras de infracción supliendo las imprecisiones de la norma"¹⁰

Para aminorar estos problemas, en la tipificación administrativa se presentan las siguientes particularidades: (i) el fenómeno de la admisión de la colaboración reglamentaria en la tipificación, sobre el cual retornaremos más adelante; (ii) el empleo de la tipificación indirecta; y, (iii) la tendencia a extender la exigencia de taxatividad a las causales de eximencia de responsabilidad.

La aplicación de la tipificación indirecta fue advertida ya por Nieto¹¹ cuando daba cuenta que la tipificación administrativa, a diferencia de la penal, se concreta generalmente a través de tres preceptos: (i) un primer elemento del tipo que establece un mandato o una prohibición determinada para el administrado (la que indica "Queda prohibido X"); (ii) un segundo elemento del tipo que

⁹ Sentencia del Tribunal Constitucional Español No. 151/1997, del 29 de septiembre de 1997.

¹⁰ *Ibid.*

¹¹ NIETO, Alejandro, *Op. Cit.*, p. 297.

¹² *Ibid.*, pp. 298 y ss.

advierte que este incumplimiento constituye una infracción sancionable ("constituye infracción el incumplimiento de X"); y, finalmente, (iii) un tercer elemento (la sanción aplicable al caso). Como estos tres elementos, por lo general, no se presentan en una misma norma, sino diásporas en normas distintas, e incluso cuerpos normativos separados, hablamos de la tipificación indirecta del ilícito administrativo, a diferencia del tipo legal penal, que es único.

Pero el camino más novedoso, a través del cual se pretende morigerar los riesgos de una sobre inclusión de ilícitos administrativos, consiste en comprender que la exhaustividad en la descripción de la conducta alcance a los supuestos de eximencia o atenuación de responsabilidades. Con ello, se lograría permitir un balance a la sobre inclusión: el establecimiento cierto también de un umbral mínimo de conductas que si bien se encuentran objetivamente dentro del tipo descrito, contenga algún elemento de conducta o contexto que la hagan no sancionable. Por ello, consideramos que la ley también deberá considerar que el principio de tipicidad también hace exigible a la norma, contemplar supuestos objetivos y ciertos de eximencia de responsabilidad.

3. Colaboración reglamentaria en la labor de tipificación

La regla de la colaboración reglamentaria en la tipificación consiste en que las disposiciones de desarrollo (reglamentos ejecutivos) pueden especificar o graduar previsiones legales previas con el fin de identificar mejor las conductas constitutivas del ilícito, pero sin constituir nuevas conductas sancionables a las previstas legalmente.

Ahora bien, la propia ley puede convocar la concurrencia o apoyo de la administración para concluir la labor de tipificación, habilitándole a regular solo lo mínimo indispensable para concretar la tipificación. Los supuestos más comunes son:

- Reglamento desarrolla una tipificación por remisión de la ley. Se trata de una suerte de delegación de tareas que el legislador hace en la Administración por considerar que se abordan aspectos técnicos o muy dinámicos que no justifica mantenerlos dentro de la reserva legal, pero siempre determinando lo esencial de la conducta antijurídica.¹¹ Consideramos necesario reiterar la necesidad de que la remisión de la ley al reglamento deba, a su vez, determinar lo esencial de la conducta constitutiva del ilícito, pues tampoco sería admisible, por imperfecta, una remisión en blanco al Poder Ejecutivo para determinar originariamente por medio de un reglamento aquello que será sancionable y aquello que no lo será. En este sentido, se debe considerar que el legislador, para respetar los derechos constitucionales de los administrativos, está atribuido de la facultad para remisiones a normas reglamentarias, pero no para autorizarlas a estas para crear los tipos ilícitos.¹²

¹¹ Este es el sentido literal de la frase "salvo que la ley permita tipificar en vía reglamentaria".

¹² Esta posición ha sido consagrada por nuestro Tribunal Constitucional (Expediente N.º 2050-2002 AA/TC) cuando estableció que: "No debe identificarse el principio de legalidad con el principio de reserva. El primero, garantizado por el artículo 17 del artículo 70 de la Constitución, se refiere a cuando se cumple con la presencia de las violaciones y sanciones en la ley. El segundo, en cambio, constituye la propia definición de la conducta que la ley considera como falta. El principio de legalidad debe ser considerado como antijurídico de tal modo que, si bien es admisible, por tanto, no está sujeta a una reserva de ley absoluta, una que puede ser complementada a través de los reglamentos respectivos, como se refiere del artículo 168 de la Constitución. Lo contrario de una reserva de legalidad absoluta, como es esta Reserva Nueva (Derecho administrativo sancionable, Editorial Tercer, Madrid 1995, p. 266). Por tanto, se le atribuye de la ley por el reglamento, una la colaboración del reglamento en las tareas reguladas, desde antes que subordinación de ley y como una complementación de ella" (el subrayado es nuestro). No es ese el caso de lo que sucede con las "faltas" que ameritan la imposición de la sanción denominada como sigue: En primer lugar, el Decreto Legislativo 745, Ley de Situación Policial del Personal de la Policía Nacional del Perú, simplemente contempla los supuestos de hecho considerados como antijurídicos, esto es, las faltas que habilitan la aplicación de la sanción en referencia. En su caso están previstas en el Reglamento del Régimen Disciplinario de la Policía Nacional del Perú.

- Reglamento concreto como faltas supuestas que la ley considera en lo esencial pero sin precisión, pero atribuye potestad sancionadora y estipula las sanciones posibles (Ejemplo: conductas prohibidas calificadas como ilícitos administrativos).
- Reglamento organiza los supuestos distribuidos en varias disposiciones para hacer un compendio de faltas administrativas en una misma materia. (Ejemplo: Textos Únicos Ordenados y similares).
- Reglamentaciones autónomas o de entidades constitucionalmente autónomas, incluso del Poder Legislativo, donde su potestad reglamentaria es parte de su garantía institucional.

Por el contrario, estará prohibido por el principio de tipicidad que los reglamentos administrativos desarrollen una tipificación no subordinada a alguna ley autoritativa o, teniéndola, alteren su naturaleza, sus límites o adicione nuevas infracciones o sanciones, o que prevean nuevas infracciones o sanciones diferentes a las que tienen cobertura legal.

Es muy fino el límite entre la colaboración reglamentaria válida y la deslegalización contradictoria con esta Ley, por lo que ha de estarse al análisis casuístico de la normativa en cada caso.

V. EL PRINCIPIO DEL DEBIDO PROCEDIMIENTO

La formulación del principio del debido proceso en el escenario del procedimiento administrativo –con el nombre de debido procedimiento– ha sido asumida por la Ley 27444, indicando que “los administrados gozan de todos los derechos y garantías inherentes al debido procedimiento administrativo, que comprende el derecho a exponer argumentos, a ofrecer y producir pruebas y a obtener una decisión motivada y fundada en derecho” (numeral 1.2., artículo IV del Título Preliminar). Por su parte, en el subcapítulo referido a la potestad sancionadora, el legislador se limitó a enfatizar este principio afirmando que “las entidades aplicarán sanciones sujetándose al procedimiento establecido respetando las garantías del debido proceso” (artículo 230 inciso 2).

Un primer aspecto que actualmente ya no se discute es que el debido proceso no solo tiene alcance jurisdiccional, sino que se proyecta a otros ámbitos del quehacer público, como el administrativo. Nuestro Tribunal Constitucional, apoyado en la jurisprudencia internacional, ha establecido que:

“[...] no solo los principios materiales del derecho sancionador del Estado son aplicables al ámbito del Derecho Administrativo sancionador y disciplinario. También lo son las garantías adjetivas que en aquel se deben de respetar. En efecto, es doctrina consolidada de este Colegiado que el derecho reconocido en el inciso 3) del artículo 139 de la Constitución no solo tiene una dimensión, por así decirlo, ‘judicial’, sino que se extiende también a sede ‘administrativa’ y, en general, como la Corte Interamericana de Derechos Humanos lo ha sostenido, a ‘cualquier órgano del Estado que ejerza funciones de carácter materialmente jurisdiccional, (lo que) tiene la obligación de adoptar resoluciones apegadas a las garantías del debido proceso legal, en los términos del artículo 8 de la Convención Americana.’ (Caso Tribunal Constitucional del Perú, párrafo 71).

aprobado mediante Decreto Supremo No. 009-97-IN, cuyo artículo 95 remite, a su vez, a diversos apartados del artículo 83 de la norma en discusión.

En ese sentido, el Tribunal Constitucional considera que es inconstitucional, por afectar el principio de legalidad, que el Reglamento del Régimen Disciplinario de la Policía Nacional haya previsto una falta pese a no haber sido prevista por la ley de manera expresa e inequívoca. En igual condición se encuentra la sanción denominada “arresto rigor”. Si, como antes se ha dicho, el principio de legalidad exige la predeterminación legal no solo de las faltas sino también de las sanciones correspondientes, es obvio que al no encontrarse prevista en la ley, la sanción “arresto rigor”, impuesta al actor y desprovista de cobertura legal, al ser solo enunciada en el Reglamento del Régimen Disciplinario de la Policía Nacional del Perú, también es inconstitucional, por afectar al principio de legalidad, previsto en el ordinal d) del inciso 2º) del artículo 2 de la Constitución.

Y es que, sostiene la Corte Interamericana, en doctrina que hace suya este Tribunal Constitucional, "si bien el artículo 8 de la Convención Americana se titula *Garantías Judiciales*, su aplicación no se limita a los recursos judiciales en sentido estricto, sino al conjunto de requisitos que deben observarse en las instancias procesales, a efectos de que las personas puedan defenderse adecuadamente ante cualquier tipo de acto emanado del Estado que pueda afectar sus derechos" (Párrafo 69). "(...) Cuando la Convención se refiere al derecho de toda persona a ser oída por un 'juez o tribunal competente' para la 'determinación de sus derechos', esta expresión se refiere a cualquier autoridad pública, sea administrativa, legislativa o judicial, que a través de sus resoluciones determine derechos y obligaciones de las personas". (Párrafo 71) [La Corte ha insistido en estos postulados en los Casos *Buena Ricardo*, del 2 de febrero de 2001 (Párrafos 124-127), e *lvcher Bronstein*, del 6 de febrero de 2001 (Párrafo 105)].¹⁴

Superada esta etapa del análisis, la incorporación del debido proceso al procedimiento –en particular en materia sancionadora– conlleva asumir el más amplio sistema de garantías inherentes a la dignidad de las personas, en orden a obtener decisiones justas.

En principio, la incorporación del principio del debido proceso al ámbito sancionador tiene por efecto rechazar la posibilidad de que se produzcan sanciones *incaudita pars* (sanción de plano¹⁵), sin generarlo a través de un procedimiento previo donde participe el administrado concernido y sin que este sea el específicamente diseñado para su producción válida, esto es, el procedimiento sancionador. Vale decir, tanto las sanciones de plano, como las producidas al interior de un procedimiento distinto al sancionador (por ejemplo, un procedimiento inspectivo o trilateral), estarán impedidas por este principio. Con ello se reconoce la formalización garantista que este procedimiento otorga conscientemente al administrado y se rechaza la tesis por la cual la recurriencia al acto de sanción es al inicio del procedimiento administrativo.¹⁶

Ahora bien, la aplicación del principio no se agota con estos efectos, sino que se proyecta al necesario y escrupuloso cumplimiento de las garantías¹⁷ que al interior del procedimiento sancionador se han diseñado específicamente para proteger al administrado de cualquier

¹⁴ Expediente No. 2050-2002-AA/TC.

¹⁵ El Tribunal Constitucional así se lo ha provocado al respecto: "En cuanto al fondo del asunto, el Tribunal considera que se afecta el derecho de defensa del recurrente, toda vez que, sin intervenir un procedimiento administrativo, y sin darle la oportunidad para formular sus descargos, la empleada repatrió al Oficio No. 1072-200 mediante el cual deja sin efecto la exclusión en el Registro de Hidrocarburos, y con ella se le obliga que pague algunos combustibles. En este sentido [...] cuando un acto administrativo ha de afectar un interés o derecho subjetivo, su validez está condicionada a que se respeten las garantías que comprende el derecho al debido proceso" (STC No. 1159-2001-AA/TC).

¹⁶ Tesis analizada por el Tribunal Constitucional (STC No. 1204-2001-AA/TC).

¹⁷ Es necesario tampoco considerar garantías (en su acepción sustancial o procesal) de cualquier especie meramente adjetiva que la normativa pueda prever en el procedimiento, aun en el sancionador. Las garantías componen el debido procedimiento. Las exigencias o reglas formales, no. Como también lo ha establecido el Tribunal Constitucional, una de las garantías que otorgan el debido proceso es el derecho al procedimiento predeterminedo por la ley. Sin embargo, esto no significa que cuando una persona sea sometida a un proceso o procedimiento sancionador, todas las reglas procedimentales establecidas en la ley [...] deban necesariamente ser respetadas, pues de otro modo, innecesario e innecesariamente, se generaría una violación de dicho derecho. Tal forma de comprender el contenido constitucionalmente protegido del debido proceso con el afán de eliminar toda posibilidad de incompatibilidad de la ley adjetiva al ámbito de este derecho fundamental y por su virtud, al seno de la jurisdicción constitucional.

En la Sentencia del Tribunal Constitucional No. 2928-2002-HC/TC se sostuvo que "el ámbito protegido por este derecho incluye garantías que una persona sometida a un procedimiento (judicial, administrativo o de cualquier otra índole), sustantivo o abstraccionado según fuere, tiene derecho a ser oída, en el caso de ser oída, es decir, de las reglas con las cuales aquel se oída. Por tanto, con independencia de si, en el caso, se asocione el recurrente, se trata a su vez con el decisor de la Junta Calificadora establecido en el momento de la oída, este Tribunal considera que, dentro de tal oída, no hay una materia constitucional que sea de su competencia evaluar.

Por lo que se refiere al otro extremo de la oída, el momento de oída del derecho al debido proceso, a su vez, porque la materia de la oída misma mediante la que se contiene la oída, es definitiva, no puede ser oída, este Tribunal tampoco considera que se haya lesionado alguno de los atributos que integran dicho derecho constitucional. Se trata de una simple materia que, una vez oída, no ha impedido que el recurrente lo cuestione o que él haga de él su elección, como se ha señalado" (Expediente No. 3112-2004-AA/TC).

arbitrariedad. En principio, la propia definición señalada alude a que el debido procedimiento comprende a todos los derechos y garantías del procedimiento administrativo, señalando enunciativamente a tres emblemáticos:

- El derecho a exponer sus argumentos (derecho a exponer las razones y defensas del imputado antes de la emisión de las incriminaciones o resoluciones del expediente).
- El derecho a ofrecer y producir prueba (derecho a presentar medios de prueba, a exigir que la administración produzca y actúe los medios ofrecidos, a contradecir las pruebas de cargo, a controlar la actuación probatoria que se realice durante la instrucción, y a que se valore la prueba aportada).
- El derecho a obtener una decisión motivada y fundada en Derecho¹⁸ (derecho a que las resoluciones del procedimiento sancionador hagan expresa consideración de los argumentos de derecho y de hecho que los motivan y, en particular, de la graduación de la sanción a aplicarse).

A nuestro entender, también comprende el necesario cumplimiento de las siguientes garantías del procedimiento sancionador propias de su diseño legalmente consagrado:

a) La estabilidad de la competencia

Por el artículo 231 de la Ley 27444, se ha establecido que "el ejercicio de la potestad sancionadora corresponde a las autoridades administrativas o quienes les hayan sido expresamente atribuidas por disposición legal o reglamentaria, sin que pueda asumirla o delegarse en órgano distinto".

Como se puede comprender, estamos frente a una variante del derecho que todo ciudadano tiene al "juez natural", que forma parte del derecho a un debido proceso judicial, según el cual el administrado debe ser procesado por la autoridad pública que le corresponde según las reglas fijadas anticipadamente por la Constitución Política y el ordenamiento jurídico. En consecuencia, el administrado debe saber que la autoridad que lo va a investigar es imparcial y fue nombrado con anterioridad de acuerdo a la ley. Por ello, no resultara constitucionalmente tolerable crear o establecer un procedimiento especial *ex post* para aplicar la sanción, crear comisiones o instancias *ad hoc* o *instata personae* para apreciar un procedimiento sancionador en particular; se modifique la composición de un colegiado adrede, o cambiar las autoridades que los conforman coincidentemente a la sustanciación de algún caso.

b) Desdoblamiento de órganos de instrucción y de decisión

Una segunda garantía para el administrado consiste en que el procedimiento administrativo sancionador debe contar con dos etapas: una encaminada a averiguar los hechos y a dejar constancia de la conducta presuntamente infractora; y la otra, destinada a juzgar formalmente esa conducta, aplicar la sanción correspondiente o absolver al investigado. El conocimiento de ambas etapas del procedimiento debe estar a cargo de órganos distintos, por lo que no pueden coincidir la actividad instructora y decisora en manos de un mismo órgano. La segregación o separación de las fases de instrucción y de aplicación de sanción en este procedimiento importa una traslación al ámbito

¹⁸ Respecto a este componente del debido procedimiento, el Tribunal Constitucional se ha pronunciado en el siguiente sentido: "(...) el deber de motivar las decisiones administrativas plantea especial relevancia cuando en las mismas se contienen sanciones. Es la medida que una sanción administrativa supone la afectación de derechos, su motivación no solo constituye una obligación legal impuesta a la Administración, sino también un derecho del administrado, en efectos de que este puede hacer valer los recursos de impugnación que la legislación prevé, cuestionando a su vez las imputaciones que debe ejercer con claridad y precisión en el acto administrativo sancionador. De otro lado, tratándose de un acto de esta naturaleza, la motivación permite a la Administración pasar en evidencia que su aplicación no es arbitraria sino que está sustentada en la aplicación racional y razonable del derecho y su sistema de fuerzas" (Expediente No. 1192-2004-AA/TC, ratificado en las STC No. 090-2004-A/TC y 4289-2004-AA) (El resultado es negativo).

administrativo de la regla procesal penal de la separación entre las autoridades que instruyen la evidencia y quienes aplican la sanción, con lo que se pretende especializar al primero en la indagación e investigación y al segundo en permitir su mayor independencia para ponderar los hechos. La búsqueda de imparcialidad exige que los órganos administrativos decidan los asuntos que se llevan a su conocimiento, sin ningún tipo de consideraciones extrañas al interés general. La imparcialidad y objetividad suponen que el órgano a quien compete decidir un asunto no tenga una posición preconcebida que pueda influir a decidir en una determinada forma (imparcialidad subjetiva), de manera que no queda satisfecho el referido principio cuando en la fase decisoria interviene, activamente, quien ha adelantado opinión sobre el caso que le corresponde decidir.

c) La sujeción a la determinación judicial de hechos probados

Esta norma aplica en el tema sancionador la regla de la subordinación de la Administración sancionadora a la jurisdicción, conllevando dos efectos al procedimiento: (i) lo declarado por sentencia firme constituye la verdad jurídica; y, (ii) la imposibilidad que la Administración pueda tener un pronunciamiento distinto sobre estos mismo hechos. Ni el principio de verdad material, ni el de la legalidad, autorizan a actuar en sentido contrario a la declaración judicial de certeza o verdad jurídica. Una conducta tipificada como indebida, corroborada por el Poder Judicial, acarreará la aplicación de sanción administrativa que corresponda, pudiendo solamente ponderar –bajo criterios administrativos– la magnitud de la sanción a aplicarse. Del mismo modo, cuando una autoridad judicial comprueba la no participación de una persona en un acto indebido o la veracidad de algún hecho probado en su jurisdicción,

d) El efecto suspensivo de los recursos administrativos (Ejecutividad diferida; artículo 237.2)

La fórmula implica que la interposición de un recurso administrativo paraliza la ejecución de la sanción hasta que el mismo sea resuelto, para guardar coherencia con la presunción de inocencia. Pero la sanción recuperará ejecutividad inmediata con la resolución de este recurso, aun cuando presente demanda contenciosa administrativa. En esta última acción, como la demanda no produce la suspensión, deberá pedirse en sede judicial una medida cautelar.

e) El acto formal de iniciación (artículo 235.1)

La iniciación del procedimiento se conforma en un acto administrativo bajo forma de resolución que sirve de la delimitación de la potestad sancionadora que se activa. Cualquier ampliación posterior de administrados, de hechos o de calificación jurídica debe ser materia de un nuevo procesamiento.

Por lo general, este acto debe contener la identificación de los antecedentes que motivan la apertura (denuncia, orden superior, cumplimiento de un deber legal, etc.), de los administrados objeto de la posible sanción administrativa, la exposición breve de los hechos que puedan corresponder, la norma legal que ampara el inicio del procedimiento, la adopción de las medidas provisionales que fueran del caso apreciar. Adicionalmente, deben tenerse en cuenta el cumplimiento de la entrega de la información a que alude el artículo 55.5, por el cual debe informarse en la notificación, además, el plazo estimado de duración, derechos y obligaciones en el procedimiento, etc.

f) La notificación preventiva útil de los cargos (artículo 234.3 y 235.3)

El trámite de formulación de cargos es esencialísimo en el procedimiento sancionador, por cuanto es este acto procedimental el que permite al administrado informarse cabalmente de los hechos imputados calificados como ilícitos y de una serie de información indispensable (calificación de los hechos, posibles sanciones, autoridad competente, etc.) a efecto de poder articular todas las garantías que su derecho al debido procedimiento lo facultan.

De alguna manera, se puede decir que la estructura de defensa de los administrados reposa en la confianza de la notificación preventiva de los cargos, que a estos efectos deben reunir los requisitos de: a) precisión (contener todos los elementos suficientes como para actuar contra ellos); b) claridad (posibilidad real de entender los hechos y la calificación que ameritan sea susceptible de conllevar la calificación de ilícitos por la administración); c) inmutabilidad (no puede ser variado por la autoridad en virtud de la doctrina de los actos propios inmersa en el principio de conducta procedimental); y, d) suficiencia (debe contener toda la información necesaria para que el administrado la pueda contestar, tales como los informes o documentación que sirven de sustento al cargo).¹⁸

Se infringe, por tanto, esta regla en cualquiera de los siguientes casos:

- (i) Cuando la Administración omite totalmente la previa formulación de los cargos (bien de los hechos o de su respectiva calificación legal).
- (ii) Cuando la Administración formula cargos pero con información incompleta, imprecisa o poco clara.
- (iii) Cuando la Administración formula cargos, pero otorga un plazo reducido para poder ejercer adecuadamente el derecho de defensa. En este sentido, la garantía preventiva del cargo se justifica en el respecto al derecho de defensa del administrado concernido, dado que este derecho "(...) consiste en la facultad de toda persona de contar con el tiempo y los medios necesarios para ejercerlo en todo tipo de procesos, incluidos los administrativos, lo cual implica, entre otras cosas, que sea informado con anticipación de las actuaciones iniciadas en su contra".¹⁹
- (iv) Cuando la Administración formula cargos por unas razones y luego basa su decisión definitiva en hechos distintos o en una nueva calificación legal de los hechos a los que sirvieron de base a la formulación previa de los cargos. No es legítimo que la Administración pueda producto de la instrucción sancionar al administrado respecto de hechos que no se ha defendido, ni por cargos que no han sido los advertidos con anterioridad.²⁰

¹⁸ El Tribunal Constitucional ha establecido la necesidad de la plenuid del cargo en los términos siguientes: "El derecho de defensa constituye un derecho fundamental de naturaleza procesal que conforma el ámbito del debido proceso. En cuanto derecho fundamental se proyecta como principio de intencionalidad de ocasionarse indefensión y como principio de conocimiento de los actos procesales que pudieran repercutir en la situación jurídica de algunas de las partes de un proceso o de un tercero con interés".

En la presente caso, el Tribunal Constitucional estima que se ha lesionado el derecho de defensa en lo relativo en que la decisión de imponer el informe de la comisión que sustentaba la sanción punitiva no permitió que el demandante conociera los exactos términos de la forma en que el órgano investigador había analizado los cargos atribuidos y su responsabilidad en los ilícitos imputados. Solo conociendo estos aspectos, el demandante podía ejercer su derecho de defensa de manera idónea y eficaz. Más allá en cuanto era la forma apropiada o indicada, no existiendo otro a través de la cual podía ilustrar el órgano que debía imponer la sanción y así, contrarrestar o contradecir ante aquel -en cuanto órgano decisorio- los cargos efectuados por el órgano que se hizo del conocimiento de investigación. Y eficaz, por cuanto el propósito de impedir indefensión frente al órgano actuado por el órgano investigador (Comisión y Jefe de la Oficina General de Control Interno del Poder Judicial) se alcanzó solo conociendo lo contenido final que aquel emitió en el citado informe.

Debe destacarse singularmente este extremo, dado que no es lo mismo que el procesado contrarreste y ejerce su derecho de defensa ante el órgano investigador, como efectivamente ocurrió en este caso, que si efectúa el desahogo respecto a la acusación no ante el referido órgano, sino ante el órgano que ha de optar a resolver la sanción. Esta creación, además, genera una situación de desigualdad de fondo incompatible con el debido proceso, porque el procesado está en desventaja respecto a la Administración, puesto que no puede alzar o contrarrestar, directamente, frente al órgano sancionador los cargos del informe. El órgano resolutor solo conoce la apreciación de los hechos por parte del órgano investigador, sin que, respecto a ello, el procesado haya podido ejercer su derecho de defensa" (Expediente No. 1003-1998-AA/TC, confirmada luego en la STC No. 649-2001-AA).

¹⁹ Tesis del Tribunal Constitucional sustentada en sus STC No. 1003-98-AA/TC, No. 0649-2001-AA/TC y No. 2659-2004-AA.

²⁰ Tesis del Tribunal Constitucional sustentada en su STC No. 618-2000-AA/TC. Allí establece: "[...] Que, en el caso de autos, conforme se ha dejado sentado en el fundamento jurídico tercero, si bien la demandante fue atendida a un proceso disciplinario, donde se le procesó por "irregularidad en el ejercicio de sus funciones", en cualquier caso, no sucedió lo mismo con la otra falta que también se le consideró como relevante al momento de sancionarla: primicias de este modo, y en la que a este respecto cabe tener en cuenta, de su legítimo derecho de poder formular sus descargos y refutar las pruebas pertinentes decretadas

g) La prohibición a la reforma peyorativa (artículo 237.3)

Como se sabe, la prohibición de la *reformatio in peius* en el ámbito administrativo significa la limitación a que una condición o el status jurídico del recurrente resulte desmejorado o empeorado a consecuencia exclusivamente de la revisión producida por una impugnación del administrado.

En síntesis, es la reforma del acto administrativo en perjuicio del recurrente, quien ve agravada su situación o status obtenida por la primera resolución, que ha sido objeto de su propio recurso. La mencionada regla se fundamenta en el necesario contradictorio que debe respetarse en todo procedimiento recursal, de tal modo que de no haber este límite, el recurrente no tendría oportunidad de aducir argumentos para impedir la imposición de una sanción más grave a la recurrida.

Como se puede apreciar, para su configuración resulta necesario, de un lado, una sanción administrativa recurrida ante la misma autoridad (reconsideración) o superior jerárquico (apelación), quien va a revisar el objeto y alcances de dicho acto de gravamen y, del otro, que el efecto de la decisión revisora perjudique al recurrente en relación al contenido de la resolución impugnada (ejemplo: agravando el quantum de la sanción, modificándola por una más grave, agregándole una sanción accesoria, etc.). Ahora bien, un supuesto particular es la denominada reforma peyorativa indirecta, que prohíbe a la autoridad instructora agravar la situación del administrado cuando su primera decisión ha sido anulada por razones estrictamente formales o procedimentales (ejemplo: vicios en el procedimiento) y no por exceso de defecto de ponderación de los hechos o infima sanción.

Nótese que esta garantía estructural del procedimiento sancionador tiene como presupuesto un procedimiento lineal, donde concurre la Administración y el administrado, siendo este quien únicamente ha recurrido la sanción (regla del recurrente único). En este sentido, no operará la restricción si se trata de un procedimiento trilateral o recursal provocado por varios recursos con pretensiones diversas entre sí, dado que la controversia entre estas sí permitirá a la Administración agravar la situación del sancionado, si así correspondiere legalmente.

Si bien la *non reformatio in peius* tiene su origen en el Derecho Procesal ha sido constitucionalizada por nuestro Tribunal Constitucional. En efecto, este Tribunal ha establecido que *"la prohibición de la reforma peyorativa o reformatio in peius, como la suele denominar la doctrina, es una garantía implícita en nuestro texto constitucional que forma parte del debido proceso judicial (Expediente No. 1918-2002-11C/TC) y está orientada precisamente a salvaguardar el ejercicio del derecho de recurrir la decisión en una segunda instancia sin que dicho ejercicio implique correr un riesgo mayor de que se aumente la sanción impuesta en la primera instancia. En este sentido, este Tribunal declara que la garantía constitucional de la prohibición de reforma peyorativa o reformatio in peius debe entenderse como una garantía que proyecta sus efectos también en el procedimiento administrativo sancionador y, en general, en todo procedimiento donde el Estado ejercite su poder de sanción y haya establecido un sistema de recursos para su impugnación"*.²⁷

h) El derecho a un procedimiento sin dilaciones indebidas

Como el solo mantenimiento del procedimiento sancionador sin resolver es una fuente de perjuicio para el administrado, es lógico admitir que el mismo sea protegido por un derecho reaccional a que el procedimiento sancionador no tenga dilaciones indebidas o, lo que es lo mismo, sea resuelto

²⁷ *derivativas. Que, en consecuencia, y según es una doctrina consolidada por este Tribunal Constitucional en diversos precedentes, cuando un órgano administrativo se encuentra autorizado por la ley para ejercer potestades sancionatorias, es absolutamente imprescindible que en el ejercicio de la atribución conferida se tenga que respetar invariablemente los derechos fundamentales de las individuos, de tal modo que, en caso de que no se garantice su pleno ejercicio o simplemente se opte por desconocerlos, ello es si mismo supone que las atribuciones ejercidas tengan que entenderse como viciadas de arbitrariedad y, por tanto, susceptibles de ser reparadas a través del proceso constitucional del amparo".*

²⁸ Expediente No. 1903-2004-AA.

con celeridad, tan pronto como cuente con la información necesaria para acreditar los hechos y el derecho aplicable al expediente. Con ello se busca enfrentar la práctica de la Administración de preferir prolongar o no resolver los expedientes sancionadores, antes que proceder a la absolución. Si bien este derecho aparece dificultado por la ausencia de plazo específico de duración para el procedimiento sancionador, y la inadecuación de la técnica del silencio, aquel sustenta la regla contenida en el artículo 233.2 de la Ley para la continuidad del cómputo del plazo de prescripción, y en otros ordenamientos extranjeros la caducidad del procedimiento abierto.

i) Procedimiento no gravable (artículo 44.3)

El procedimiento sancionador, como procedimiento de oficio emblemático, no puede trasladar al administrado su costo de instrucción mediante derechos de tramitación (tasas). Por el contrario, tratándose del interés estatal en la detección y sanción de los ilícitos al ordenamiento administrativo –aun cuando provenga de denuncias de ciudadanos– no puede gravarse. Por ello, resultará ilegal que la Administración cree tasas por presentación de denuncias para abrir sancionadores, descargos, o por interposición de recursos contra la sanción administrativa.²²

VI. EL PRINCIPIO DE RAZONABILIDAD Y EL EXCESO DE PUNICIÓN

Nuestro Tribunal Constitucional tiene establecido que *“el principio de razonabilidad o proporcionalidad es consustancial al Estado Social y Democrático de Derecho y está configurado en la Constitución en sus artículos 3 y 43, y plasmado expresamente en su artículo 200, último párrafo. Si bien la doctrina suele hacer distinciones entre el principio de proporcionalidad y el principio de razonabilidad, como estrategias para resolver conflictos de principios constitucionales y orientar al juzgador hacia una decisión que no sea arbitraria sino justa; puede establecerse, prima facie, una similitud entre ambos principios, en la medida que una decisión que se adapta en el marco de convergencia de dos principios constitucionales, cuando no respeta el principio de proporcionalidad, no será razonable. En este sentido, el principio de razonabilidad parece sugerir una valoración respecto del resultado del razonamiento del juzgador expresado en su decisión, mientras que el procedimiento para llegar a este resultado sería la aplicación del principio de proporcionalidad con sus tres subprincipios: de adecuación, de necesidad y de proporcionalidad en sentido estricto o ponderación”*.²³

De manera general, por el principio de razonabilidad, los actos de gravamen deben adoptarse 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 (numeral 1.4, artículo IV, Título Preliminar).²⁴

En específico, para cumplir con la exigencia de la razonabilidad del acto sancionador, *“las autoridades deben prever que la comisión de la conducta sancionable no resulte más ventajosa para el*

²² El TC se ha manifestado del modo siguiente sobre la imposibilidad de gravar con tasas la interposición de recursos contra sanciones administrativas: *“Este colegio considera que en vista de que una imposición de multa es un acto por el que no se puede cobrar tasa alguna –por demás de un acto de carácter ordinario–, con mayor razón no se puede pretender cobrar una tasa por el procedimiento de reclamación iniciado por la parte demandante en sede administrativa, por cuanto ello no sólo se convertiría en una limitación innecesaria para el acceso a los recursos en tal sede, sino, además, impartiría una limitación a los derechos de acción y de acceso a la jurisdicción ordinaria, puesto que constituiría un requisito para tal efecto haber agotado la vía administrativa, lo que en el presente caso no será posible, en tanto se siga exigiendo o la demandante el pago de un supuesto servicio educativo y docente del ordenario”* (STC No. 0343-2004-AA).

²³ Expediente No. 2192-2004-AA/TC.

²⁴ De esta manera el Tribunal Constitucional caracteriza el principio de razonabilidad según a todo actuación administrativa desde dos perspectivas: cualitativa y cuantitativa. *“El numeral 1.4 de la Ley de Procedimiento Administrativo General enuncia el principio de razonabilidad, según el cual, las decisiones de la autoridad administrativa, cuando creen obligaciones, colijan sanciones, 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 se debe tutelar, a fin de que respondan a lo estrictamente necesario para la satisfacción de su cometido”*.

infractor que cumplir las normas infringidas o asumir la sanción; así como que la determinación de la sanción considere criterios como la existencia o no de intencionalidad, el perjuicio causado, las circunstancias de la comisión de la infracción y la repetición en la comisión de infracción”.

Como se sabe, el principio de razonabilidad conlleva el cumplimiento de sus tres dimensiones: subprincipio de adecuación, subprincipio de necesidad, y subprincipio de proporcionalidad estricta sensu.²⁸

Por el primer subprincipio, tenemos que la medida sancionadora debe ser idónea para lograr el fin u objetivo previsto por el legislador cuando le autorizó su empleo.

Por el subprincipio de necesidad, la medida sancionadora elegida debe ser indispensable, de suerte tal que el daño que infringe sea el menor posible conforme a las facultades autorizadas y a los datos fácticos de las circunstancias. Este subprincipio hace lugar a la regla de la aplicación moderada de las sanciones: esto es, que deben ser impuestas en la forma y medida estrictamente necesarias para que cumpla su finalidad, en armonía con el derecho de los administrados a que las actuaciones que les afecten sean llevadas a cabo en la forma menos gravosa posible (artículo 55.10.)

Finalmente, el subprincipio de proporcionalidad consiste en que la sanción guarda una relación razonable –ventajas y desventajas– con el fin que se procura alcanzar. Así, se establece que las autoridades deben prever que la comisión de la conducta sancionable no resulte más ventajosa para el infractor que cumplir las normas infringidas o asumir la sanción; sino, su aspecto represivo carecería de sentido. Calificar o sancionar una conducta prohibida, pero que genera alta rentabilidad con una sanción leve, es una invitación a transgredir la norma.

La razonabilidad implica que el acto estatal debe mantener su justificación legal y obedecer en su origen e cumplimiento que fueren. Así, la doctrina exige que se produzca una correspondencia entre el hecho antecedente “causa” o “motivo” del acto estatal y el hecho consecuencia derivado de aquél.

En consecuencia, la razonabilidad conlleva una adecuada relación lógico-normativa entre los elementos motivados, el objeto buscado y el medio empleado.

Por otro lado, la razonabilidad puede ser analizada desde una doble perspectiva cuantitativa y cualitativa. La razonabilidad cuantitativa guarda al contenido del proceso decisorio u referente que coincide con una proporción lógica y correspondiente válida. Su fundamentación apunta a la adecuación entre el hecho desmesadamente del acto estatal y el resultado de éste en cuanto a su magnitud numérica, diversa, aritmética, etcétera.

La razonabilidad cualitativa guarda el proceso decisorio u referente que coincide con una regla aplicativa u sustitución de asignación de finalidades, deberes, deberes o servicios, según sean iguales o diferentes los hechos generados por los personas. Así, su objeto será la determinación de consecuencias jurídicas homogéneas para aquellos que se encuentran en idénticas circunstancias, y distintas para los que se hallen en distintos entornos.

El acto causal debe acordar la necesaria disposición o correspondencia entre la causa que lo origina y el efecto buscado. En consecuencia, la necesidad de acreditar coherencia y equilibrio entre el antecedente que arguye el acto estatal y la consecuencia derivada de aquél.

Lo dicho plantea la justificación lógico-normativa de una proporción jurídica fundamentada en una que se justifique la magnitud de deberes, facultades, deberes o sanciones, si y sólo si guarda armonía y sintonía con los hechos, hechos, hechos o circunstancias predominantes.

La proporcionalidad exige la existencia verificable de una correlación directa, indirecta y reflexiva entre causa y efecto, solo en caso que la consecuencia jurídica estatalizada sea necesariamente previsible y justificable a partir del hecho motivante del acto estatal. En consecuencia, la proporcionalidad lo será cuando la causa del efecto sea derivada de la causa, o previsible a partir de ella.

Algunos han, más allá de la coherencia decisoriva que admite su tratamiento como concepto, en paralelo, la proporcionalidad es una manifestación más de la razonabilidad (razonabilidad sustantiva)” (STC. No. 0390-2004 AA/TC).

²⁸ CUNASCO Juan. El principio de razonabilidad. Del ámbito prescrito normativo al estándar jurídico de proporcionalidad. Editorial Abaco, Buenos Aires, 2004. El Tribunal Constitucional ha caracterizado estos subprincipios del modo siguiente: “El principio de proporcionalidad como se refiere, está estructurado por tres subprincipios de necesidad, de idoneidad y de proporcionalidad en sentido estricto. De la idoneidad de proporcionalidad en sentido estricto se sigue que los principios son meros de optimización con relación a las posibilidades jurídicas. En cambio, las reglas de la necesidad y de la idoneidad se refieren al análisis de los principios como meros de optimización con relación a las posibilidades jurídicas. Esto quiere que cuando el Tribunal se enfrenta a un caso donde existe conflicto entre dos principios constitucionales, deberá realizar no solo un ejercicio argumentario explicando las disposiciones constitucionales en conflicto (fundamentación), sino también deberá evaluar también todas las posibilidades fácticas (necesidad, idoneidad, u efectos de determinar o, efectivamente, en el plano de los hechos, no existe otra posibilidad viable para los derechos en juego que los dichos principios” (Expediente No. 2192-2004 AA/TC).

La suma de estos factores determina la reducción de la discrecionalidad administrativa en la apreciación de los ilícitos y la imposición de las sanciones. Por ejemplo, la decisión acerca de la cuantía de la sanción (por ejemplo, multa) no constituye una decisión libre dentro de los márgenes mínimos y máximos previstos, sino que debe ser sustentada en función de la gravedad de los hechos y los criterios de graduación esclarecidos por la ley (intencionalidad, perjuicio causado, circunstancias de la comisión de la falta, la repetición de la comisión, etc.).

De este modo, se deriva la proscripción del exceso de punición, entendido como aquel vicio de nulidad del acto administrativo incurrido cuando la sanción impuesta a un administrado no guarda proporcionalidad con el objetivo de la norma represiva que sustentó el dictado del precepto como la emisión del acto administrativo sancionador (desvío de poder). Aun cuando el ilícito constituyera un actuar punible, la sanción debe ser razonable, en función de los elementos subjetivos de la comisión y los efectos producidos. En este sentido, el exceso de punición es un típico ejemplo de falta de proporcionalidad entre el contenido del acto sancionador y su finalidad, que es un requisito para la validez del acto administrativo. Como bien menciona el profesor Comadira, "(...) una norma o un acto será excesivo en su punición cuando la sanción imponible o impuesta (...) no guarda adecuada proporcionalidad con la teleis represiva que sustentó -es razonable suponer- tanto el dictado de la norma como la emisión del acto individual que hace aplicación a ella".¹⁷

Como se puede entender, esta exigencia hace que en el Derecho Administrativo Sancionador, la autoridad no solo tenga que motivar la probanza de la falta, sino también de qué manera ha ponderado la conducta y los demás criterios atinentes para seleccionar la sanción a imponer, e incluso motivar la sanción elegida, dentro de las varias posibles. No basta la mera motivación de los hechos sancionables, sino que debe estar complementada con la justificación de la medida a aplicar y su cuantía.

Afirmándose en este principio, nuestro Tribunal Constitucional ha establecido que una decisión sancionadora razonable supone, cuando menos:

- a) *"La elección adecuada de las normas aplicables al caso y su correcta interpretación, tomando en cuenta no solo una ley particular, sino el ordenamiento jurídico en su conjunto,*
- b) *La comprensión objetiva y razonable de los hechos que rodean al caso, que implica no solo una contemplación en "abstracto" de los hechos, sino su observación en directa relación con sus protagonistas, pues solo así un "hecho" resultará menos o más tolerable, confrontándolo con los "antecedentes del servidor", como ordena la ley en este caso,*
- c) *Una vez establecida la necesidad de la medida de sanción, porque así lo ordena la ley correctamente interpretada en relación a los hechos del caso que han sido conocidos y valorados en su integridad, entonces el tercer elemento a tener en cuenta es que la medida adoptada sea la más idónea y de menor afectación posible a los derechos de los implicados en el caso".*¹⁸

VII. EL PRINCIPIO DE LA NORMA SANCIONADORA PREVIA Y EL JUICIO DE FAVORABILIDAD DE LA NORMA POSTERIOR

Nuestro ordenamiento ha establecido dos supuestos que rigen la potestad sancionadora de la Administración y que operan a favor del administrado, en cuanto a la dimensión temporal de las normas.

¹⁷ COMADIRA, Julia Rodolfo, *Derecho Administrativo. Acto administrativo, procedimientos administrativos y otros temas*, Editorial Abeledo Perrot, Buenos Aires, p. 74.

¹⁸ Expediente N.º 2192-2004-AA/TC.

Los supuestos son los siguientes: (i) el principio de irretroactividad, que garantiza que la atribución de la potestad sancionadora solo será válida para la aplicación de disposiciones de tipificación de ilícitos y previsoras de sanciones cuando hayan entrado en vigencia con anterioridad al hecho y estén vigentes al momento de su calificación por la autoridad; y (ii) la aplicación de las normas sancionadoras posteriores a la comisión del ilícito que benefician al administrado.

1. La irretroactividad de la tipificación y la sanción aplicable al ilícito

Como una derivación del principio de legalidad (*lex previa*) surge el principio de irretroactividad, por el cual resultan aplicables las disposiciones sancionadoras vigentes al momento de incurrir el administrado en la conducta sancionable, salvo que las posteriores le sean más favorables (artículo 230.5).

Este principio determina que las disposiciones sancionadoras solo son válidas para tipificar y sancionar ilícitos cuando hayan entrado en vigencia con anterioridad al momento de la comisión de los hechos ilícitos y siempre que estén vigentes al momento de la imposición de la sanción por la autoridad. De este modo, las entidades no pueden sancionar por normas posteriores a los hechos cuando sean desfavorables a la situación del administrado, por ser una aplicación retroactiva de la norma.

En este sentido, la exigencia de preexistencia de las normas sancionadoras produce dos consecuencias, a saber: (i) rechazar efectivamente la sanción de comportamientos cometidos antes de plasmarse, a nivel legislativo, su concreta tipificación; y, (ii) que, para imponer sanciones, las conductas típicas no solo han de estar contempladas y sancionadas por la ley vigente en el momento de su comisión, sino también cuando se juzga o determina por el órgano competente la aplicación de la norma sancionadora a dichos hechos.

La ilicitud y la sanción administrativa para el caso no solo deben anteceder al ilícito, sino que deben continuar existiendo con respecto a los hechos al momento en que el órgano competente pretenda aplicarla. Por lo tanto, no podría aplicarse sanción alguna si cuando se dicta la decisión respectiva, la conducta que se pretendía sancionar ha dejado de ser ilícita o la sanción posible ha sido derogada.

2. La aplicación retroactiva de las normas sancionadoras más favorables

El principio también contiene una excepción valiosa: la norma posterior será aplicable a la calificación o sanción del ilícito si, integralmente considerada, fuere más favorable al administrado.

En tal sentido, si luego de la comisión del ilícito administrativo, según la ley preexistente, se produce una modificación legislativa y la nueva ley es, en su consideración integral, más benigna para el administrado, bien porque priva el carácter reprochable al acto o porque establece una sanción de menor efecto dañino para el sujeto pasivo, entonces será dicha ley aplicada al caso (entendida como más favorable o benigna) no obstante no haber regido al momento en que se ejecutara el ilícito administrativo.

En tal sentido, la jurisprudencia ha sustentado la retroactividad benigna de la norma sancionadora en los siguientes casos¹⁷:

- En primer lugar, habrán de quedar impunes aquellas conductas cuya norma tipificadora, vigente cuando se cometieron los hechos antijurídicos, haya sido derogada con carácter previo al momento de resolver definitivamente sobre la responsabilidad del infractor.
- En segundo término, deben admitirse también soluciones retroactivas de cualquier tipo cuando la nueva norma disminuya la cuantía de las sanciones.

¹⁷ GARNERÍ LLOBREGAT, José, Op. Cit., p. 104.

- En tercer lugar, se hace necesaria la retroactividad cuando la nueva norma establezca plazos inferiores de prescripción de infracciones y sanciones.
- En cuarto lugar, la retroactividad favorable debe operar también cuando la norma posterior ocasione una ausencia de tipificación de conductas anteriores.

Cabe advertir, finalmente, que la doctrina y la jurisprudencia han esclarecido que el juicio de benignidad de la nueva ley debe efectuarse de manera integral, sin fraccionamientos, de modo que en aquellos casos en que el nuevo régimen legislativo contenga partes favorables y partes desfavorables, lo correcto será determinar si, en bloque, se trata realmente de una regulación más benigna.

De otro lado, la retroactividad de normas sancionadoras benignas no puede ser aplicable si se tratara de disposiciones de ordenamientos sancionadores diferentes, como por ejemplo sucede si se destipifica penalmente un ilícito administrativo o, incluso dentro del mismo ámbito administrativo, si existieran competencias concurrentes sobre una misma materia y una destipificara el hecho o redujera la penalidad administrativa.

VIII. EL PRINCIPIO DE LAS INFRACCIONES CONTINUADAS

Por el principio de continuación de infracciones, para imponer sanciones por infracciones en las que el administrado incurra en forma continua, se requiere que hayan transcurrido por lo menos treinta (30) días desde la fecha de la imposición de la última sanción y se acredite haber solicitado al administrado que demuestre haber cesado la infracción dentro de dicho plazo (artículo 230.7).

La infracción continuada puede ser definida, en palabras del maestro español Alejandro Nieto, como "(...) la realización de acciones u omisiones que infrinjan el mismo o semejantes preceptos administrativos, en ejecución de un plan preconcebido (...)";¹⁰ del profesor argentino Daniel Maljar, quien la define como "el mantenimiento de una situación ilícita en tanto no sea alterada mediante una conducta contraria por parte del autor de la infracción (...)";¹¹

En este mismo orden de ideas, se haya la jurisprudencia internacional del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea¹², para la cual "(...) el concepto de infracción continuada (...) implica, en cualquier caso, una pluralidad de comportamientos infractores, o de actos de ejecución de una sola infracción, reunidos por un elemento subjetivo común (...)".

De una lectura del citado artículo 230 de la Ley de Procedimiento Administrativo General, se desprenden los presupuestos¹³ que se deben dar en forma conjunta para que se pueda configurar una infracción continuada en sede administrativa.

- Identidad Subjetiva Activa

De lo dispuesto por la segunda línea del inciso 7 del artículo 230 de la Ley de Procedimiento Administrativo General se concluye que, para que opere el principio materia de análisis, es necesario que exista identidad en el sujeto responsable del conjunto de acciones que constituyen infracciones administrativas. Vale decir, es necesaria la coincidencia del administrado presuntamente infractor.

Sin perjuicio de lo expuesto en el párrafo precedente, la presencia de otros sujetos administrados no se encuentra excluida siempre y cuando la actuación de estos últimos se limite a hechos aislados que no configuren por sí solos infracción administrativa.

¹⁰ NIETO, Alejandro, Op. Cit., p. 451.

¹¹ MALJAR, Daniel, El derecho administrativo sancionador, Ad Hoc, Buenos Aires, 2004, p. 215.

¹² Sentencia emitida el 05 de julio de 1999, disponible en www.corteconstitucional.gov.es/1999/07/050799.htm.

¹³ Para la determinación de los supuestos del principio de infracción continuada se ha tomado como base lo dispuesto por José Gerben Llorens en su libro El procedimiento administrativo sancionador.

- **Identidad Subjetiva Pasiva**

A diferencia de lo que sucede en materia penal, en el ámbito administrativo sancionador es necesario que exista identidad respecto a la entidad que es afectada con la conducta cuyo desarrollo constituye una infracción administrativa.

En este sentido, es necesario que los distintos actos que constituyen la conducta infractora afecten a la misma entidad administrativa, o respecto de aquella encargada de tutelar o garantizar el cumplimiento del deber infringido y que sea presupuesto del hecho sancionable.

- **Pluralidad Fáctica**

La pluralidad fáctica significa que para la aplicación del citado principio es necesario que se den varios hechos o conductas que sean capaces de constituir, por sí solos, cada una de ellos, una infracción administrativa sancionable. No obstante la pluralidad de hechos sancionables por conexiones subjetivas y objetivas, deriva en una unidad jurídica: una sola voluntad.

- **Proximidad Temporal**

La concurrencia de este presupuesto resulta esencial para la aplicación del principio estudiado, toda vez que las diversas acciones tipificadas como infracciones administrativas deben producirse de forma sucesiva o intermitente en el tiempo, respondiendo a una sola unidad de finalidad.

- **Identidad en los Preceptos Administrativos Lesionados**

Es necesario que el conjunto de acciones que constituyen la infracción administrativa infrinjan los mismos preceptos administrativos. Es decir, para que se pueda aplicar el principio de continuación de infracciones es necesario que exista "identidad normativa" de los preceptos lesionados por el conjunto de comportamientos.

En virtud de lo señalado, encontrándonos frente a una unidad subjetiva y objetiva, el tratamiento dispensado por este principio es de evidente protección al administrado. Se orienta a "(...) evitar que se inicien distintos expedientes administrativos, incluso diarios, por una infracción única como es la propia de la infracción continuada".⁵⁴ Para ello, se dispone que la Administración se encuentra impedida de iniciar un nuevo procedimiento administrativo sancionador hasta que haya recaído resolución firme sobre el primer procedimiento que permita romper la unidad de la conducta infractora.

En este sentido, el artículo aludido exige que, frente a una infracción continuada en el tiempo, la Administración deba proceder a: (i) instruir un expediente sancionador; (ii) emitir la resolución sancionadora; y, (iii) requerir al administrado que demuestre haber cesado la infracción dentro del plazo de treinta (30) días. Solo cuando la Administración hubiere cumplido con estas tres condiciones, recién podrá instruirse un segundo procedimiento administrativo sancionador; no antes.

En adición a lo indicado, en el supuesto que la Administración pretenda imponer o haya impuesto más de una sanción al administrado por una conducta que configura el supuesto de infracción continuada, fraccionando la presunta infracción en períodos individualmente considerados, somos de la opinión que se estaría vulnerando el principio de *non bis in idem* del Derecho Administrativo Sancionador, previsto en el artículo 230 inciso 10 de la Ley de Procedimiento Administrativo General.⁵⁵

⁵⁴ NIETO, Alejandro. Op. Cit., p. 453.

⁵⁵ Artículo 230 - Principios de la potestad sancionadora administrativa.

En potestad sancionadora de todas las entidades está regulada administrativamente por los siguientes preceptos legales: (...)

10. *Non bis in idem*. No se podrá imponer sucesiva o simultáneamente (a la pena y una sanción administrativa por el mismo hecho) en los casos que se aplica la analogía del sujeto, hecho y fundamento.

En efecto, en virtud de dicho principio se impide la duplicidad sancionadora sucesiva (no sancionar lo ya sancionado) y la doble punición simultánea de un mismo hecho (no desarrollar a un tiempo dos enjuiciamientos sancionadores).²⁶ Se trata de una forma de protección y de un poderoso instrumento que brinda certeza a las decisiones de la misma Administración.

Al respecto, el Tribunal Constitucional español, en su Sentencia No. 94/1986, ha señalado lo siguiente²⁷:

"El principio de non bis in idem impone, por una parte, la prohibición de que, por autoridades de un mismo orden y a través de procedimientos distintos, se sancione repetidamente una misma conducta, por entrañar esta posibilidad una inadmisibles reiteración en el ejercicio de ius puniendi del Estado, y, por otra lado, una prohibición de duplicidad de sanciones administrativas y penales respecto de unos mismos hechos".

IX. EL PRINCIPIO DE CAUSALIDAD DE LA RESPONSABILIDAD

Por el principio de causalidad, la sanción debe recaer en el administrado que realiza la conducta omisiva o activa constitutiva de infracción sancionable (artículo 230.8).

La norma exige el principio de personalidad de las sanciones, entendida como que la asunción de la responsabilidad debe corresponder a quien incurrió en la conducta prohibida por la ley y, por tanto, no podrá ser sancionado por hechos cometidos por otros (por ejemplo, la responsabilidad por un subordinado, o imputar responsabilidad a un integrante del cuerpo colectivo que no votó o salvó su voto) o por las denominadas responsabilidades en cascada aplicables a todos quienes participan en un proceso decisorial. Por ello, en principio, la Administración no puede hacer responsable a una persona por un hecho ajeno, sino solo por los propios.

Conforme a este principio, resultará condición indispensable para la aplicación de cualquier sanción a un administrado que su conducta satisfaga una relación de causa adecuada al efecto, esto es, la configuración del hecho previsto en el tipo como sancionable. Hacer responsable y sancionable a un administrado es algo más que simplemente hacer calzar los hechos en los tipos previamente determinados por la ley sin ninguna valoración adicional.

Además, es necesario que la conducta humana sea idónea y tenga la aptitud suficiente para producir la lesión y no tratarse simplemente de los casos de fuerza mayor, hecho de tercero o la propia conducta del perjudicado. No puede sancionarse a quien no realiza la conducta sancionable, pues en el ámbito administrativo no se sanciona al instigador o colaborador, salvo que esta conducta sea prevista como falta propia. Del mismo modo, la Administración no puede imputar a su arbitrio responsabilidades solidarias o subsidiarias, cuando la ley expresamente la ha previsto.

Tratándose de una acción positiva del administrado, resulta más o menos sencillo determinar la existencia de la relación de causalidad entre ambos, pues basta simplemente hacer una reconstrucción mental de los hechos y ponderar si el perjuicio o hecho típico se hubiere producido igualmente con la sola acción del administrado. El supuesto más complejo es la determinación de si una omisión satisface la exigencia de causalidad para hacer aplicable la sanción. Para el efecto, es necesario calificar si la omisión realmente es causal del tipo previsto para la sanción, respondiendo a la pregunta: ¿si se hubiese realizado la acción omitida con todas las condiciones relevantes del entorno no se hubiese realizado el estado de cosas perjudiciales?

²⁶ OSSA ARBELÁEZ, Jaime, *Derecho Administrativo Sancionador: Hacia una teoría general y una aproximación por el otimismo*, Colombia, 2000, p. 129.

²⁷ GARBERI LLOBREGAT, José, *La aplicación de los derechos y garantías constitucionales a la potestad y al procedimiento administrativo sancionador*, Editorial Temis, Madrid, 1989, p. 159.

En este sentido, este principio conecta con otro bastante debatido en el Derecho Administrativo Sancionador: el de culpabilidad del infractor. A falta de norma, en nuestro Derecho ha sido introducido jurisprudencialmente por el Tribunal Constitucional como una exigencia para ejercer legítimamente la potestad sancionadora. En efecto, nuestro Tribunal ha establecido:

"(...) Por lo que hace al primer motivo, es decir, que la sanción se justifique (...) es lícito que el Tribunal se pregunte si es que en un Estado constitucional de Derecho es válido que una persona sea sancionada por un acto ilícito cuya realización se imputa a un tercero.

*"La respuesta no puede ser otra que (...): un límite a la potestad sancionatoria del Estado está representada por el principio de culpabilidad. Desde este punto de vista, la sanción, penal o disciplinaria, puede sustentarse en la comprobación de responsabilidad subjetiva del agente infractor de un bien jurídico. En ese sentido, no es constitucionalmente aceptable que una persona sea sancionada por un acto o una omisión de un deber jurídico que no le sea imputable"*³⁸

X. EL PRINCIPIO DE PRESUNCIÓN DE LICITUD, INOCENCIA O CORRECCIÓN

Por el principio de presunción de licitud, más conocido como presunción de inocencia, las entidades deben presumir que los administrados han actuado apagados a sus deberes mientras no cuenten con evidencia en contrario (artículo 230.9).

Conforme a esta presunción de inocencia, de corrección o de licitud, las autoridades deben presumir que los administrados han actuado apegados a sus deberes mientras no cuenten con evidencia en contrario y así sea declarada mediante resolución administrativa firme. Dicha presunción cubre al imputado durante el procedimiento sancionador, y se desvanece o confirma gradualmente, a medida que la actividad probatoria se va desarrollando, para finalmente definirse mediante el acto administrativo final del procedimiento. La presunción solo cederá si la entidad puede acopiar evidencia suficiente sobre los hechos y su autoría, hasta tener la seguridad que se han producido todos los elementos integrantes del tipo previsto, y un razonamiento lógico suficiente que articule todos estos elementos formando convicción.

Conceptualmente, esta presunción significa un estado de certeza provisional por la que el imputado adquiere los siguientes atributos a ser respetados por todos durante el procedimiento:

- i) A no ser sancionado sino en virtud de pruebas que generen convicción sobre la responsabilidad del administrado y siempre que hayan sido obtenidas legítimamente. Un administrado no puede ser sancionado sobre la base de una inferencia, de una sospecha, por falta de apersonamiento o por la no absolución de los cargos, por más razonable o lógica que pueda ser el planteamiento mental seguido por la autoridad.³⁹ Adicionalmente, las pruebas de cargo que fundamentan la decisión administrativa deben haber sido obtenidas legítimamente y con las garantías del control y contradicción por parte del administrado, antes de adoptarse la decisión administrativa.⁴⁰

³⁸ STC No. 2868-2004-AA/TC.

³⁹ El Tribunal Constitucional ha declarado que "el derecho de presunción de inocencia garantiza que todo persona no sea sancionada si es que no existe prueba plena que, con certeza, acredite su responsabilidad administrativa o judicial de los cargos atribuidos. Evidentemente se leasa ese derecho a la presunción de inocencia tanto cuando se sanciona, pese a no existir prueba plena sobre la responsabilidad del investigado, como cuando se sanciona por actos u omisiones en los que el investigado no tuvo responsabilidad. Sendo tal la situación es la que se sancionó al recurrente, este Tribunal estima que se le acreditó la violación del derecho a la presunción de inocencia" (STC No. 2868-2004-AA/TC).

⁴⁰ Sobre la legalidad de la obtención de las pruebas de cargo y el contradicción, el Tribunal Constitucional se ha pronunciado favorablemente en su STC No. 1058-2004-AA/TC. En esta sentencia el Tribunal Constitucional expresó: "Un tercer aspecto constitucional desde tal punto de vista, se relaciona con el modo de proceder de la autoridad al momento de efectuar el control de las supuestas pruebas e informes contra el recurrente, y con el modo como le fue permitido ejercer su derecho de defensa. Sobre el particular, este Colegado enfatiza que aunque la empresa demandada otorgó la escritura de fidei juro en las transacciones

- (ii) A que no se le imponga la carga de probar su propia inocencia, ya que corresponde la actividad probatoria a la Administración. De un lado, ratifica que en materia sancionadora la carga de la prueba recae en la Administración, por lo que compete a las autoridades identificar, atraer al expediente y actuar la evidencia suficiente que sustente desestimar la presunción, quedando incluso el administrado liberado de actuar aquella prueba que lo pueda autoincriminar.⁴¹ Pero, del otro, este principio conlleva a que en el procedimiento sancionador se actúen cuando menos una mínima actividad probatoria sobre los hechos a analizar, no bastando las declaraciones o afirmaciones de los denunciadores o terceros –aun bajo presunción de veracidad– para desvirtuar la presunción de corrección, ni los descargos del imputado.⁴² En ese sentido, es correcto lo afirmado por el Tribunal Constitucional respecto a que “*toda sanción, ya sea penal o administrativa, debe fundarse en una mínima actividad probatoria de cargo, es decir, la carga de la prueba corresponde al que acusa; este debe probar el hecho por el que acusa a una determinada persona, proscribiéndose sanciones que se basen en presunciones de culpabilidad. Así, la presunción de inocencia (Constitución, Artículo 2, 24.e) constituye un límite al ejercicio de la potestad sancionatoria del Estado, en sus diversas manifestaciones*”.⁴³
- (iii) A un tratamiento como inocente, a lo largo del procedimiento sancionador, por lo que a los imputados deben ser respetados en todos sus derechos subjetivos, como son el honor, la buena reputación, la dignidad, etc. En tanto la resolución no se dicte y alcance firmeza, la presunción aplica y protege al administrado, por lo que el comportamiento de la autoridad, sus actuaciones, e incluso la de los terceros (por ejemplo, denunciadores) debe considerar que la persona no puede ser señalada como culpable ni como imputado procesado. Aun el imputado debe poseer la garantía de ser reconocidos en su dignidad por la colectividad. Por ello,

entrevistas de cargo, ni la carga de imputación de cargo al la de despido procesar como es que se atribuye a una sanción instantánea de tal naturaleza, ni los hechos objetivos (pruebas concretas) en que ello se respalda. Tal hecho, ya de por sí cuestionable, evidentemente ha impedido que el recurrente pueda acceder en condiciones razonables a elementos de prueba que le permitan un adecuado ejercicio de su derecho a la defensa. (...) 10) Especialmente grave ha sido, por el contrario, que los conocidos elementos objetivamente probatorios hayan sido recién puestos en conocimiento del demandante con la contestación de la presente demanda, en la que, por otra parte, también se da cuenta, por vez primera, del procedimiento seguido para su obtención. Sobre tal entorno, es evidente que si la supuesta prueba objetiva en que se basa SORPOS, siendo no la constatación notarial (Acta Extrajudicial), de fecha 10 de junio de 2002, obrante de folios 88 a 89 de auto, y en las copias de los correos, acompañadas de folios 90 a 101, lo mínimo que debía hacerse fue ponerlas en conocimiento oportuno del demandante o efectos de acreditar la veracidad de las imputaciones realizadas y como ya se adelantó, de otorgar la posibilidad de que el mismo pudiera controvertir los argumentos que a su derecho de defensa correspondían. La demandada, lejos de proceder del modo debido, le ocultó al demandante tales elementos, pese a que los mismos fueron abonados tres días antes de procederse a recibir la causa de imputación de cargo (...)

22) La demandada, por otra parte, tampoco ha tenido en cuenta que se la forma como ha obtenido los elementos probatoriamente incriminatorios, no sólo ha vulnerado la reserva de las comunicaciones y la garantía de judicialidad, sino que ha cometido en violación de dicho elemento. Es afecto, conforme lo establece la última parte del artículo 2, inciso 10), de la Constitución, los documentos privados obtenidos con violación de los preceptos expresamente señalados, no tienen efecto legal. Efecto, de momento, supone que por la forma como se han recabado los mensajes que han sido utilizados en el cuestionado proceso administrativo, su valor probatorio carece de todo efecto jurídico, siendo, por tanto, nulo el acto de despido en el que dicho proceso ha culminado. Se trata, pues, en el fondo, de garantizar que los medios de prueba ilícitamente obtenidos no permitan denaturalizar los derechos de la persona ni, mucho menos, y como es evidente, que gozocen efectos en su perjuicio” (el resaltado es nuestro). En la STC No. 3315-2004-AA/TC, el Tribunal Constitucional reiteró la necesidad del contradictorio para que la administración valore las pruebas de cargo aportadas al expediente, en este caso, por los denunciados.

⁴¹ Por esta regla es que no puede considerarse como falta el hecho que el administrado no brinde información que signifique autoinculpación (artículo 22).

⁴² En la STC No. 0201-2004-AA/TC el Tribunal Constitucional estableció al respecto lo siguiente: “(...) el precepto en punto si debe entenderse como que los medios susceptibles de actuación dentro de un procedimiento administrativo disciplinario sólo deben limitarse a los que expresamente se ofrecen por las partes, más no sólo se permite, sino hasta obligación de la Comisión, al actuar de oficio determinados medios a discreción, cuando el otro no lo requiera, como que, por otra parte y además de ser perfectamente lícito en unas como el presente –dónde resulta bastante difícil acreditar los hechos investigados–, resulta perfectamente compatible con el ejercicio de un adecuado y esencial derecho de defensa. De otro modo, el procedimiento administrativo disciplinario sólo se convertiría en un mecanismo puramente formal de descargo, alejado por completo de la vigencia del debido proceso que este Tribunal se ha preocupado por destacar y promover en reiterada jurisprudencia”.

⁴³ STC No. 238-2002-AA/TC.

quedan delimitadas las posibilidades de dictar medidas cautelares en contra del administrado, o publicitar innecesariamente la apertura del procedimiento sancionador y a cualquier acción que importe una apariencia de condena previa al administrado,

- (iv) A la absolución en caso de insuficiencia probatoria o duda razonable sobre su culpabilidad. Si la evidencia actuada en el procedimiento administrativo sancionador no llega a formar convicción de la ilicitud del acto y de la culpabilidad del administrado, se impone el mandato de absolución implícito que esta presunción conlleva (*in dubio pro reo*). En todos los casos de inexistencia de prueba necesaria para destruir la presunción de inocencia, incluyendo la duda razonable, obliga a la absolución del administrado.

XI. EL PRINCIPIO DE NON BIS IN IDEM

Por el principio del *non bis in idem*, la Administración no podrá imponer sucesiva o simultáneamente una pena y una sanción administrativa por el mismo hecho en los casos que se aprecie la identidad del sujeto, hecho y fundamento (artículo 230.10).

Con la incorporación de este principio se busca proteger la seguridad jurídica de los administrados; sus conductas solo podrán ser imputadas, procesadas y, por ende, sancionadas, sucesiva o independientemente, una sola vez. Proscribe la duplicidad de imputaciones, procesamientos y sanciones para parte de la Administración integralmente considerada.

Si bien es deseable que las competencias administrativas para aplicar sanciones estén perfectamente determinadas, de modo que ante una sola infracción solo pueda asumir competencia material una sola entidad, y que esta lo haga solo una vez, la existencia de este principio admite la realidad contraria. Existen competencias concurrentes y hasta difusas en diversas entidades administrativas (por competencia sectorial o por el nivel de gobierno) para aplicar sanciones sobre los administrados con motivo de los ilícitos cometidos.

Precisamente, este principio intenta resolver la concurrencia de poderes punitivos o sancionadores mediante la exclusión de la posibilidad de incriminar, sobre la base de los mismos hechos, dos veces al mismo administrado. Por ejemplo, en el ámbito administrativo pueda producirse una afectación a este principio mediante la aplicación de una segunda sanción, por parte de una misma entidad administrativa por el mismo hecho (por ejemplo, si una autoridad pretendería aplicar una segunda sanción por considerar que la primera –ya firme– fue muy benigna), o de dos o más autoridades administrativas distintas por el mismo hecho (por ejemplo, concurrencia de competencias sancionadoras en distintos sectores o niveles de gobierno).

En todos los casos, los presupuestos de operatividad para la exclusión de la segunda pretensión sancionadora son tres:

- i) La identidad subjetiva (*eodem personae*) consistente en que la doble incriminación se dirija a un mismo administrado, independientemente de su grado de participación o forma de culpabilidad imputable.
- ii) La identidad objetiva (*eodem reo*) consistente en que los hechos constitutivos del supuesto de la infracción deben ser los mismos.
- iii) La identidad causal o de fundamento (*eodem causa petendi*) consiste en la identidad causal o de fundamento en ambas incriminaciones, esto es, que exista superposición exacta entre los bienes jurídicos protegidos y los intereses tutelados por las distintas normas sancionadoras, de suerte tal que si los bienes jurídicos que se persigue en los distintos ordenamientos, resultan ser heterogéneos existirá diversidad de fundamento.

mientras que si son iguales, no procederá la doble punición. Como bien estableció el Tribunal Constitucional español:

"Para que la dualidad de sanciones por un mismo hecho -penal y administrativa- sea constitucionalmente admisible es necesario que la normativa que la impone pueda justificarse porque contemple los mismos hechos desde la perspectiva de un interés jurídicamente protegido que no es el mismo que aquel que la primera sanción -de orden penal- intenta salvaguardar o, si se quiere, desde la perspectiva de la relación jurídica diferente entre sancionador y sancionado".⁴⁴ En esa misma línea nuestro Tribunal Constitucional ha establecido que "de ahí que se considerase que el elemento consistente en la igualdad de fundamento es la clave que define el sentido del principio: no cabe la doble sanción del mismo sujeto por un mismo hecho cuando la punición se fundamenta en un mismo contenido injusto, esto es, en la lesión de un mismo bien jurídico o un mismo interés protegido.

Para que el ejercicio de la potestad sancionadora de la administración policial pueda considerarse contrario a dicho derecho fundamental, en su dimensión material (que es la que el recurrente, en esencia, ha alegado), es preciso que cuando menos dos de las sanciones impuestas a un mismo sujeto, por la comisión de un acto, obedezcan a la infracción de un mismo bien jurídico, sea este administrativo o de carácter penal. Por tanto, lo importante para calificar si dos sanciones impuestas violan dicho derecho fundamental no es tanto que por un mismo acto una persona sea sancionada administrativa y disciplinariamente y, correlativamente, en un proceso penal (pues, a priori, efectivamente ello puede acontecer desde el momento en que aquel acto puede suponer la infracción de un bien jurídico administrativo y, simultáneamente, de un bien jurídico penal), sino que la conducta antijurídica, pese a afectar a un solo bien jurídico, haya merecido el reproche dos o más veces".⁴⁵

Así, si una sanción penal trata de proteger la buena fe en los negocios y la sanción administrativa busca poner a quien incumple una obligación formal con la Administración, en que ambos juzguen los mismos hechos no serán objeto de exclusión por la regla del *non bis in idem*.

Ahora bien, el principio incorporado tiene dos vertientes, según excluya un segundo procedimiento o una segunda sanción. A esas dos vertientes se ha referido nuestro Tribunal Constitucional⁴⁶ cuando afirma que "el principio *ne bis in idem* tiene una doble configuración: por un lado, una versión sustantiva y, por otra, una connotación procesal:

- a. En su formulación material, el enunciado según el cual "nadie puede ser castigado dos veces por un mismo hecho", expresa la imposibilidad de que recaigan dos sanciones sobre el mismo sujeto por una misma infracción, puesto que tal proceder constituiría un exceso del poder sancionador, contrario a las garantías propias del Estado de Derecho. Su aplicación, pues, impide que una persona sea sancionada o castigada dos (o más veces) por una misma infracción cuando exista identidad de sujeto, hecho y fundamento (...).
- b. En su vertiente procesal, tal principio significa que "nadie pueda ser juzgado dos veces por los mismos hechos" es decir, que un mismo hecho no pueda ser objeto de dos procesos distintos o, si se quiere, que se inicien dos procesos con el mismo objeto. Con ella se impide, por un lado, la dualidad de procedimientos (por ejemplo, uno de orden administrativo y otro de orden penal) y, por

⁴⁴ STC N.º 234/1991, de 10 de diciembre.

⁴⁵ STC N.º 2868-2604/TC.

⁴⁶ STC N.º 2050-2002 AA/TC, citado en la STC N.º 2868-2604/TC.

otra, el inicio de un nuevo proceso en cada uno de esos órdenes jurídicos (dos procesos administrativos con el mismo objeto, por ejemplo)”.

XII. CONCLUSIÓN

El desarrollo jurisprudencial y doctrinario del Derecho peruano está confirmando una sostenida tendencia garantista de la potestad sancionadora de la Administración Pública a partir de la dación de la Ley 27444.

La explicitación en esta norma, si bien no ha creado principios exigibles a la potestad sancionadora, ya que emergen directamente del Estado Constitucional de Derecho, de los Tratados de Derechos Humanos y de la Carta Fundamental, ha contribuido al reconocimiento progresivo del respeto por las autoridades administrativas y ha facilitado la labor de control de los jueces (particularmente de la jurisdicción constitucional) para racionalizar el poder máximo de punición con que cuenta la Administración nacional.