

Pontificia Universidad Católica del Perú

Facultad de Derecho



Programa de Segunda Especialidad en Derecho Administrativo

TITULO: “REFLEXIONES EN TORNO A LA POTESTAD DE FISCALIZACIÓN DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA DEL ESTADO PERUANO A LUZ DE LOS DESAFÍOS DE LA OCDE”

Trabajo Académico para optar el grado de segunda especialidad en Derecho Administrativo

Autor: Mildred Tatiana Valdivia Acuña

Asesor: Juan Francisco Rojas Leo

Código de alumno: 20043223

2017

RESUMEN

La temática a investigar es novedosa en la medida que son muy pocos los estudios en nuestro país que estructuran de manera general los fundamentos jurídicos aplicables en la Fiscalización. Ante tal escenario el presente trabajo busca constituir un aporte en el análisis de un instituto relativamente nuevo y de crucial importancia; así como plasmar una crítica de necesidad de cambio al binomio identificativo de Supervisión= Prevención y Fiscalización = Sanción que coexisten en muchos ordenamientos.



“REFLEXIONES EN TORNO A LA POTESTAD DE FISCALIZACIÓN DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA DEL ESTADO PERUANO A LUZ DE LOS DESAFÍOS DE LA OCDE”

INDICE

INTRODUCCIÓN

1.- Marco legal actual de la potestad de Fiscalización

1.1.-Fundamento Constitucional y legal de la de la Fiscalización

1.2.- ¿Es una potestad administrativa?

1.3.- Finalidades, atribuciones y garantías en el ejercicio de la actividad de Fiscalización.

2.- Límites de la Potestad de Fiscalización

2.1 Principios de la potestad de Fiscalización

2.2 Deberes de la potestad de fiscalización

2.3- ¿Es válida la participación de terceros de la actividad de Fiscalización?

2. 4.- Principales incidencias de desnaturalización de la Potestad de Fiscalización en los diferentes ordenamientos del Estado Peruano

3.- Reflexiones en torno a la potestad de fiscalización de la administración pública del Estado Peruano a luz de los desafíos de la OCDE.

3.1 ¿Es eficaz el marco normativo actual de la potestad fiscalizadora en el Perú?

3.2.- ¿Cuáles son los criterios que deben adoptar las administraciones Públicas del Estado Peruano en el desarrollo de la potestad de fiscalización?

3.2.1.- Análisis de riesgo

3.2.2. -Muestreo

3.2.3.- Plan de Supervisión

3.2.4.- Ciclo Supervisor

4.- ¿Cuáles son los retos y tareas pendientes que se debe plantear el Estado Peruano en el ejercicio de la potestad de fiscalización a la luz de los desafíos de la OCDE?

4.1.-Evaluación de los impactos

4.1.1.- Análisis Costo-Beneficio

4.1.2.- Análisis Costo- Efectividad

5.- Conclusiones

“REFLEXIONES EN TORNO A LA POTESTAD DE FISCALIZACIÓN DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA DEL ESTADO PERUANO A LUZ DE LOS DESAFÍOS DE LA OCDE”

Mildred Valdivia Acuña*

“Actualmente muchas de las administraciones públicas del Estado Peruano distorsionan el significado jurídico de la potestad de fiscalización desconociendo que es una actividad cuya finalidad principal es la prevención y dan por sentado que la misma viene desde el inicio pre ordenada a la apertura de un expediente sancionador trasladándole reglas que solo tienen sentido ante el derecho punitivo estatal, desconociendo de esta manera que las actuaciones de fiscalización no son “diligencias preparatorias” a la sanción, ni tampoco persiguen de manera directa finalidades punitivas como si lo hace la potestad sancionadora”¹

INTRODUCCIÓN

En el marco del Programa País lanzado en diciembre del 2014 y la incorporación del Perú a la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE), cuyos países miembros muestran un alto desempeño en términos de institucionalidad, competitividad y productividad debido a sus altos estándares de gobernanza pública, se ha hecho necesario replantear el concepto entre otros aspectos sobre la naturaleza de la potestad de fiscalización de la administración Pública del Estado Peruano como parte de los retos a los que se tiene que enfrentar en diferentes áreas, como la eficacia e integridad del sector público, los primeros esbozos de ello ya se han dado mediante la dación del Decreto Legislativo N° 1272 que modificó la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General (LPAG), introduciéndose dentro del Título IV, una regulación expresa sobre la Actividad Administrativa de Fiscalización, lo cual evidencia una mayor atención a la potestad fiscalizadora. Sin embargo, estos cambios normativos aún no son suficientes toda vez que coexisten con una dispersión normativa en cada ordenamiento que tiene una conceptualización distinta de la verdadera esencia de la potestad de fiscalización, muchas veces contradictoria, que vienen desnaturalizando la misma.

Precisamente por esto último el objeto de este trabajo es la necesaria reflexión en torno a la verdadera esencia de la potestad fiscalizadora la que tiene que centrarse en su verdadero rol como herramienta de prevención para asegurar de una manera eficaz, el cumplimiento normativo, ello porque en la actualidad a pesar de los cambios normativos algunas instituciones como el OEFA, OSINERGMIN, INDECOPI, OSCE entre otras aún mantienen normativa contraria a lo propugnado por el verdadero sentido de la potestad de fiscalización sentada ya en sus primeros esbozos por la doctrina más autorizada y en clara contradicción a lo establecido en el Art. 237° del TUO de la Ley del Procedimiento Administrativo General, toda vez que parten equivocadamente en equiparar los términos supervisión (inspección) con la prevención y el termino fiscalización unido al de la sanción.²

Ello nos evidencia que en la actualidad pese a la tesis dominante que mantienen algunas instituciones es ajena a la naturaleza de la fiscalización, existen también otras instituciones en el

¹ Rebollo Puig, La actividad inspectora. Ponencias. Actas del VIII Congreso de la Asociación Española de Profesores de Derecho Administrativo. Alicante 8 y 9 de febrero 2013.

² Art. 11 de La Ley del Sistema Nacional de Evaluación y Fiscalización Ambiental

b) Función Supervisora Directa.- Comprender la facultad de realizar acciones de seguimiento y verificación con el propósito de asegurar el cumplimiento de las obligaciones establecidas en la regulación ambiental por parte de los administrados. Adicionalmente, comprende la facultad de dictar medidas preventivas. La función supervisora tiene como objetivo adicional promover la subsanación voluntaria de los presuntos incumplimientos de obligaciones ambientales (...) c) Función Fiscalizadora y sancionadora.- Comprende la facultad de investigar la comisión de posibles infracciones administrativas sancionables y las de imponer sanciones por el incumplimiento de las obligaciones y compromisos derivados de los instrumentos de gestión ambiental, de las normas ambientales, de compromisos ambientales de contratos de concesión y de los mandatos o disposiciones emitidos por OEFA.. Adicionalmente comprende la facultad de dictar medidas cautelares y correctivas.

ordenamiento peruano como el Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo que no parten de dicha errática equiparación. Por lo que es de advertir que detrás de esta diferenciación sectorial que realizan equivocadamente algunos ordenamientos hay un carácter artificioso en la distinción entre inspección, supervisión y fiscalización, cuando en realidad son lo mismo³.

Las posibles razones de la coexistencia del diferente significado de la potestad de fiscalización y sus implicancias, serán objeto de escrutinio en las líneas que siguen. En ellas se abundara en diferentes cuestiones pero principalmente el desafío en el marco de la incorporación del Estado Peruano a la OCDE y la necesidad de adecuar dicha dispersidad sectorial para centrar a la fiscalización en su verdadero rol de prevención y no como equivocadamente han venido manteniendo algunos ordenamientos al situarla o equipararla con el de la sanción.

Ahora, si bien en el Derecho comparado especialmente en España existen importantes aportes significativos y relativamente recientes sobre el tema tal como lo ha plasmado REBOLLO PUIG e IZQUIERDO CARRASCO la actividad fiscalizadora en que no pueden ser consideradas como diligencias preparatorias” a la sanción, ni tampoco perseguir de manera directa finalidades punitivas como si lo hace la potestad sancionadora, ya que esa calificación supondría distorsionar el significado jurídico de la actividad de inspección, dando por sentado que la actividad viene desde el inicio pre ordenada a la apertura de un expediente sancionador. Es una cuestión que no ha sido ajena a la formulación de posiciones doctrinarias encontradas en nuestro país y porque no decirlo en nuestro país, aun se observa una ausencia de estudios que estructuren de manera general los fundamentos teóricos y el régimen jurídico aplicable a la inspección centrada en la naturaleza de la misma.

Estas son las consideraciones generales que subyacen al artículo que aquí se presenta, en el mismo se dará cuenta de manera algo más detallada de la necesidad de la transformación y unificación de la conceptualización a la que se ha hecho mención, y se explicitara como se inserta en los desafíos actuales que tenemos como país, con la finalidad esencial contribuir al debate actual en torno a la configuración de la fiscalización.

1.- Marco legal actual de la potestad de Fiscalización

1.1.-Fundamento Constitucional y legal de la de la Fiscalización

Conviene precisar que respecto de la actividad de inspección, existe una dispersión normativa que se ha visto plasmada de manera diferente e incluso contradictoria denotando gran diversidad en la normativa de las diferentes entidades de la administración pública, lo que evidentemente tiene impacto en el desarrollo de la misma e incluso en la desnaturalización, tal como lo demostraremos a lo largo del presente artículo.

Asimismo conviene precisar que la definición doctrinaria también ha sido muy variada, toda vez que la doctrina destaca diversas notas de esta potestad administrativa, denominándola además de diversas maneras (control, vigilancia, comprobación, supervisión u otras), no nos detendremos mayormente en analizar estas sutiles diferencias. Por tal motivo, es precisó partir indicando que en el presente trabajo entenderemos por inspección a aquella actividad material, de carácter

³ ZEGARRA VALDIVIA de acuerdo a lo siguiente: *“La supervisión es sinónimo de fiscalización y otros conceptos similares, y tiene unos fines más amplios que los reconocidos por la legislación administrativa” (...)* En la normativa del sector eléctrico se incorpora el término “fiscalización” vinculado al ejercicio de la potestad sancionadora, como si pudiera tratarse de una categoría jurídica distinta a la potestad de supervisión, cuando en realidad es una actuación de idéntica característica a la vigilancia, comprobación e inspección”.

técnico e instrumental, que tiene por finalidad primordial prevenir y comprobar el cumplimiento de obligaciones, mediante la utilización de diversas técnicas de levantamiento de información.

En el ordenamiento peruano la gesta normativa actual de la potestad de fiscalización tiene como base legal general de habilitación para la inspección (fiscalización, supervisión, etc) el Art. 2.10 de la Constitución Peruana que señala la posibilidad de ser sujetos a inspección o fiscalización por parte de autoridad competente de conformidad con la ley⁴.

Esto debido a que la administración requiere información sobre la realidad para la toma de decisiones, cumplimiento de finalidades, ahora bien es necesario advertir que si bien la administración en el desarrollo de la actividad de fiscalización requiere de información del conocimiento de la realidad, no toda actividad administrativa de levantamiento de información supone actividad de fiscalización.⁵, toda vez que la misma debe realizarse dentro de ciertos parámetros entre ellos el de legalidad ya que la comprobación gira en torno de del cumplimiento o incumplimiento de las exigencias legalmente establecidas.

El parámetro de la fiscalización de muchos de los sectores que tienen dicha capacidad, por autonomía se han sustentado en la Ley del Procedimiento Administrativo General, pero también el reflejo de ello se ha visto plasmado en otras fuentes.

Ahora bien el estudio del régimen jurídico de la fiscalización resulta absolutamente trascendental para su correcto entendimiento, puesto que aún cuando podemos advertir desde ya una completa dispersión de criterios normativos en su aplicación, no existe mejor manera de sentar las bases generales del ejercicio de esta actividad que el estudio y análisis de las normas que la regulan. Ello brindará herramientas útiles para determinar sus fortalezas, sus deficiencias y los desafíos que a este respecto deba plantearse el ordenamiento jurídico.

Así tenemos lo establecido en el Art. IV (1.16) y el 235° de la Ley de Procedimiento Administrativo General, ley modificada, de acuerdo a lo siguiente⁶:

*Art. IV (1.16).- El Principio de Controles posteriores.- La tramitación de los procedimientos administrativos se sustentará en la aplicación de la **fiscalización** posterior; reservándose la autoridad administrativa, el derecho de comprobar la veracidad de la información presentada, el cumplimiento de la normatividad sustantiva y aplicar las sanciones pertinentes en caso que la información presentada no sea veraz.*

*Art. 235.- (...) 2 Con anterioridad a la iniciación formal del procedimiento se podrán realizar actuaciones previas de investigación, averiguación, e **inspección** con el objeto de determinar con carácter preliminar si concurren circunstancias que justifiquen su iniciación. De lo expuesto en primer lugar conviene advertir primero que el primer parámetro de la fiscalización es la Ley debido al mandato general y obligatorio que ella contiene pero es de advertir también que en cada ordenamiento se ha plasmado una conceptualización muchas veces contradictoria del concepto de fiscalización,*

⁴ Art. 2 Derechos Fundamentales (...) Al secreto y la inviolabilidad de sus comunicaciones y documentos privados (...) Los libros, comprobantes y documentos contables y administrativos están sujetos a **inspección o fiscalización de la autoridad competente**, de conformidad con la ley."

⁵ Rivero Ortega, Ricardo. El Estado Vigilante: consideraciones jurídicas sobre la función inspectora de la Administración. Madrid, Editorial Tecnos, 1999. 67p.

⁶ Cabe precisar que actualmente la base legal de la inspección se encuentra en el Art.237.del TUO de la Ley del Procedimiento Administrativo - La actividad de fiscalización constituye el conjunto de actos y diligencias de investigación, supervisión, control o inspección sobre el cumplimiento de las obligaciones, prohibiciones y otras limitaciones exigibles a los administrados, derivados de una norma legal o reglamentaria, contratos con el Estado u otra fuente jurídica, bajo un enfoque de cumplimiento normativo, de prevención de riesgo, de gestión del riesgo y tutela de los bienes jurídicos protegidos.

olvidando de este modo que la moderna dogmática administrativa es pacífica en afirmar que, en los espacios de relativa libertad de apreciación conferida por el legislador, la administración al ejercerla, no puede realizarla arbitraria, incoherente, ni inequitativamente. Por lo tanto al ejercer los poderes conferidos por la Ley, la administración se autovincula, lo que conlleva a la construcción de la teoría de las autolimitaciones administrativas.

Ahora bien existen actos administrativos que también constituyen parámetros de fiscalización que la doctrina más autorizada le ha reconocido el carácter de tal, como son los “títulos habilitantes”, dentro de ellos encontramos a la concesión, licencia, registro, etc. Conviene advertir que también constituyen parámetros de la fiscalización los planes, los programas, entre otros.

Este escenario, es que el repensar el rol de la conceptualización de la potestad fiscalizadora se hace más que necesario, teniendo en consideración que sirve a la protección de los intereses generales, prevención, detección de riesgo, asistencia al fiscalizado, entre otros más aun cuando constatamos la poca bibliografía en el desarrollo del tema en nuestro país y que se plantea actualmente en imprescindible a la luz de los desafíos que implica la incorporación del estado peruano a la OCDE, ya que la actividad de fiscalización es una actividad altamente técnica que permite un conocimiento de la aplicación y cumplimiento de las normas que regulan cada sector.

De esta manera el equivocado esquema del binomio supervisión igual prevención y fiscalización igual sanción se ha visto trasladado en la coexistencia de contradictoria normativa sectorial. Como resultado de lo expuesto coexisten disímiles disposiciones legislativas, entre las cuales a modo de ejemplificar cabe citar las siguientes:

- *Art. 11 de La Ley del Sistema Nacional de Evaluación y Fiscalización Ambiental*

b) **Función Supervisora Directa.**- Comprender la facultad de realizar acciones de seguimiento y verificación con el propósito de asegurar el cumplimiento de las obligaciones establecidas en la regulación ambiental por parte de los administrados. Adicionalmente, comprende la facultad de dictar medidas preventivas.

La función supervisora tiene como objetivo adicional promover la subsanación voluntaria de los presuntos incumplimientos de obligaciones ambientales...

c) **Función Fiscalizadora y sancionadora.**- Comprende la facultad de investigar la comisión de posibles infracciones administrativas sancionables y las de imponer sanciones por el incumplimiento de las obligaciones y compromisos derivados de los instrumentos de gestión ambiental, de las normas ambientales, de compromisos ambientales de contratos de concesión y de los mandatos o disposiciones emitidos por OEFA.. Adicionalmente comprende la facultad de dictar medidas cautelares y correctivas.

- *Art. 5 del Reglamento de Supervisión y Fiscalización de las actividades energéticas y mineras de OSINERGMIN*

5.4 **Función de supervisión.**- Comprende la facultad de verificar el cumplimiento de obligaciones legales, contractuales o técnicas por parte de las entidades o actividades supervisadas, así como la facultad de verificar el cumplimiento de cualquier mandato o resolución emitida por el OSINERGMIN, o de cualquier otra obligación que se encuentre a cargo de la entidad o las actividades supervisadas..

Función de Fiscalización.- Comprende la facultad de realizar acciones de verificación de cumplimiento de obligaciones, conducentes a determinar la comisión de infracciones por parte del agente supervisado..

- *Art. 5 y 24 del Reglamento General de Supervisión, Fiscalización y Sanción de las Entidades Prestadoras de Servicios*

Art 5.-**La función supervisora** consiste en la verificación del cumplimiento de las obligaciones legales, técnicas y contractuales referidas a la prestación de los servicios de saneamiento por parte de las EPS.

Art 24.-**La función fiscalizadora y sancionadora** permite a la SUNASS imponer medidas correctivas y sanciones a las EPS.

Ahora bien, como consecuencia de este añejo y cuestionable binomio Supervisión = Prevención y Fiscalización = Sanción, es de evidenciar las siguientes consecuencias:

- a) Sus conceptos no coinciden entre sí.
- b) Desnaturalizan la actividad de fiscalización.
- c) En ocasiones, utilizan conceptos más amplios.
- d) Acaban reconociendo la íntima relación entre Supervisión y Fiscalización.
- e) La unión Fiscalización= sanción se formula en ocasiones en términos poco acertados sin advertir las consecuencias jurídicas de ello.

Este esquema de dualidad parece responder a lo señalado en el Art. 235 ° de la Ley del Procedimiento Administrativo, ley actualmente modificada.

Art. 235.- (...) Con anterioridad a la iniciación formal del procedimiento se podrá realizar actuaciones previas de investigación, averiguación e inspección con el objetivo de determinar con carácter preliminar si concurren circunstancias que justifiquen su iniciación.(..)

Si bien la escasa claridad de dicho cuerpo normativo pudo conllevar a la redacción de normativa sectorial de acuerdo a los intereses, no es de obviar que detrás de esta hay un carácter artificioso en la distinción entre inspección, supervisión y fiscalización, cuando en realidad son lo mismo y que de forma amplia dentro de la fiscalización subyace el deber de colaboración que brinda cobertura, desde luego, a la facultad que tiene la Administración para exigir cierta información documental, realizar visitas de inspección y otros actos de investigación, las cuales deben estar previstas en la ley.

De allí que en palabras de ZEGARRA VALDIVIA⁷, “La supervisión es sinónimo de fiscalización y otros conceptos similares, y tiene unos fines más amplios que los reconocidos por la legislación administrativa” (...) *En la normativa del sector eléctrico se incorpora el término “fiscalización” vinculado al ejercicio de la potestad sancionadora, como si pudiera tratarse de una categoría jurídica distinta a la potestad de supervisión, cuando en realidad es una actuación de idéntica característica a la vigilancia, comprobación e inspección”.*

En ese mismo sentido refuerza lo que venimos señalando BERMEJO VERA⁸ para quien las actuaciones de vigilancia, inspección, supervisión y fiscalización tratan todas ellas de lo mismo, es decir de actuaciones de la administración de comprobación o verificación de algo.

No obstante lo señalado, es de advertir también que hemos encontrado leyes en nuestro ordenamiento que no parten de ese binomio equiparativo de Supervisión = Prevención y Fiscalización= Sanción, y observan la equiparación terminológica recogida por la doctrina más autorizada, entre ellas tenemos las siguientes:

- Ley del Procedimiento Administrativo General: Art. IV y 32°
“Por la fiscalización posterior, la entidad ante que es realizado un procedimiento de aprobación automática o evaluación previa queda obligada a verificar de oficio mediante el sistema de muestreo, la autenticidad de las declaraciones, de los documentos, de las informaciones y de las traducciones proporcionadas por el administrado”
- Código Tributario = Art. 61°

⁷ Zegarra Valdivia. Participación de los privados en la actividad de supervisión del sector eléctrico Peruano: Breve aproximación a su estudio. Themis Pp123-131

⁸ Bermejo Vera, José La administración inspectora. En revista de Administración Publica 147 (Septiembre- Diciembre) 1998 p42

“La determinación de la obligación tributaria efectuada por el deudor tributario está sujeta a fiscalización o verificación por la administración tributaria, la que podrá modificarla cuando constate la omisión o inexactitud en la información proporcionada...”

- **Ley de Inspección de Trabajo=Art.3°**

“Corresponde a la inspección de trabajo el ejercicio de la función de inspección y de aquellas otras competencias que le encomienden el ordenamiento jurídico socio laboral, cuyo ejercicio no podrá limitar el efectivo cumplimiento de la función de inspección, ni perjudicar la autoridad e imparcialidad de los inspectores de trabajo”

Con lo señalado hasta aquí es de evidenciar que el estudio del régimen jurídico de la fiscalización resulta absolutamente trascendental para su correcto entendimiento, puesto que no existe mejor manera de sentar las bases de esta actividad de fiscalización que el análisis de las normas que la regulan. Ello brindara a las diversas entidades las herramientas para determinar sus fortalezas, sus deficiencias y los desafíos que a este respecto deba plantearse, por lo que urge tarea de adecuar la dispersidad sectorial para centrar a la inspección (supervisión, fiscalización) en su verdadero rol de prevención, sin olvidar la vertiente de garantía que debe acompañar casi indefectiblemente el ejercicio efectivo de los derechos y libertades de los ciudadanos, más aun cuando en el ejercicio concreto la potestad de inspección implica la formación de una relación jurídica entre administración jurídica y ciudadano .

Consideramos que esta dilucidación resulta fundamental, pues, como ya resaltamos líneas anteriores no hacerlo implica la desnaturalización de la actividad fiscalización, cabe adicionar como sustento de nuestra critica al sistema esbozado que coexiste en el ordenamiento peruano que ni en la supervisión, ni la inspección ni la fiscalización se está ante un procedimiento administrativo, sino que se trata de actuaciones materiales y que uno de los principales retos del derecho administrativo pasa por lograr una administración más ágil y que al mismo tiempo resulte garantista.

Esto porque, no debemos olvidar que el desarrollo de la potestad de fiscalización, es el desarrollo de **una actividad** propia de las administraciones públicas y no un procedimiento administrativo como se había recogido en la modificada Ley del Procedimiento administrativo⁹, que dio lo visos para la actual permanencia de esta desnaturalización en la diferente normativa sectorial.

La tesis expuesta se ve corroborada y complementada con lo que señala IZQUIERDO CARRASCO *“La inspección administrativa consiste fundamentalmente en el desarrollo de una serie de actuaciones materiales de investigación y de contraste o examen directo e inmediato por parte del personal inspector acerca del grado de conformidad de la entidad con los deberes que le son aplicables”*

⁹ Ahora bien es necesario reconocer que en la Ley del Procedimiento administrativo general hemos encontrado con mayor o menor claridad una procedimentalización de la actividad. De esta manera los Art. 243.1, 240.5 y 238.7 de la Ley General de Procedimiento Administrativo General (normativa vigente en el presente caso) recogen lo siguiente:

Art. 238.7 “Ampliar o variar el objeto de la acción de fiscalización en caso que, como resultado de las acciones y diligencias realizadas, se detecten incumplimientos adicionales a los expresados inicialmente en el referido objeto”.

Art. 240.5.- Presentar documentos, pruebas o argumentos adicionales con posterioridad a la recepción del acta de fiscalización”

Art. 243.- Las actuaciones de fiscalización podrán concluir en:

- 1.- La certificación o constancia de conformidad de la actividad desarrollada por el administrado.*
- 2.- La recomendación de mejoras o correcciones de la actividad desarrollada por el administrado.*
- 3.-La advertencia de la existencia de incumplimientos no susceptibles de ameritar la determinación de responsabilidades administrativas.*
- 4.- La recomendación de inicio de un procedimiento con el fin de determinar las responsabilidades administrativas que correspondan.*
- 5.- La adopción de medidas correctivas*
- 6.- Otras formas según lo establezcan las leyes sectoriales*

Ahora bien, actualmente hemos sido testigos de una escueta reforma de la conceptualización de la potestad fiscalizadora, recogida actualmente en el TUO de la Ley del procedimiento administrativo general la cual no es suficiente por lo que no es menester decirlo que aún se necesitan reformas en los mecanismos formales de actuación de las diferentes entidades de la administración pública, siendo esto no una mera formalidad sino una exigencia constitucional que mire hacia las garantías en la ejecución de la misma y a la eficacia de ella.

De esta manera, el escenario peruano se esbozaba del modo siguiente:

Antes del 22 diciembre de 2016 (DL 1272)	Desde 22 de diciembre de 2016 (DL 1272)
Multiplicidad de reglas para la fiscalización administrativa	Establecimiento de reglas generales (capítulo de actividad administrativa de fiscalización) aplicables a todos los regímenes de inspección, fiscalización, supervisión
Inexistencia de una normativa homogénea y general.	Busca un equilibrio de poderes de fiscalización y garantías de los administrados
Riesgos: Abusos e ineficacia	Riesgos: Abusos e ineficacia

CAPÍTULO II

LA ACTIVIDAD ADMINISTRATIVA DE FISCALIZACIÓN (Capítulo I-A incorporado por el Artículo 5 del Decreto Legislativo N° 1272)

Artículo 237.-Definición de la actividad de fiscalización

*“237.1 La actividad de fiscalización constituye el conjunto de actos y diligencias de investigación, supervisión, control o inspección sobre el cumplimiento de las obligaciones, prohibiciones y otras limitaciones exigibles a los administrados, derivados de una norma legal o reglamentaria, contratos con el Estado u otra fuente jurídica, **bajo un enfoque de cumplimiento normativo, de prevención del riesgo, de gestión del riesgo y tutela de los bienes jurídicos protegidos**. Solamente por Ley o Decreto Legislativo puede atribuirse la actividad de fiscalización a las entidades. Por razones de eficacia y economía, las autoridades pueden coordinar para la realización de acciones de fiscalización conjunta o realizar encargos de gestión entre sí”.*

“237.2 Independientemente de su denominación, las normas especiales que regulan esta función se interpretan y aplican en el marco de las normas comunes del presente capítulo, aun cuando conforme al marco legal sean ejercidos por personas naturales o jurídicas privadas”.

Se advierte que los cambios normativos no han sido suficientes y que para lograr este propósito son necesarias varias estrategias de modernización que vienen dadas con los retos de la incorporación del Perú a la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE), cuyos países miembros muestran un alto desempeño en términos de institucionalidad, competitividad y productividad debido a sus altos estándares de gobernanza pública.

1.2.- ¿Es una potestad administrativa?

Existen ciertos momentos donde hablar de inspección y de fiscalización se vuelve un tema recurrente en los noticieros y en la prensa en general. Veamos lo ocurrido que el 29 de abril último se publicó en El Peruano la Ley 30556 - Ley que contiene medidas extraordinarias para la rehabilitación y reconstrucción de la infraestructura de uso público, como consecuencia de los recientes desastres naturales denominándose a dicho programa como “Reconstrucción con

cambios” en donde la Contraloría General de la República, no solo se encargará de la supervisión posterior de las obras sino que elaborará un plan de control y dictará las medidas que correspondan para fiscalizar los procesos de contratación y ejecución de las obras.

En dicho escenario se evidencia entonces que la actividad de fiscalización en el nuevo marco de los desafíos que nos plantea la OCDE tiene como objetivo sentar las bases de una nueva cultura ciudadana en la transparencia y fiscalización en la gestión pública por resultados, en la evaluación social de proyectos públicos y en rendición de cuentas y que los mismos se desarrolle con el propósito de dar resultados óptimos y con transparencia ciudadana.

En ese contexto el Estado vigilante, como se le ha llamado en doctrina a esta dimensión estatal, busca precisamente lo que detrás de los párrafos anteriores se vislumbra: evitar causarnos daños los unos con los otros. Esta función, como podrá notarse, no representa un quehacer nuevo para los gobernantes, sino más bien responde - señala Rivero Ortega - a una constante histórica¹⁰.

De esta manera la inspección comparte con otras técnicas de intervención el ser un mecanismo de levantamiento de información. Sin embargo, es de advertir que de todas las técnicas de levantamiento de información que posee el Estado, la única que se erige como una auténtica potestad pública es la inspección.

El poder que tiene la Administración de realizar inspecciones provoca una sujeción a la actuación del ciudadano imponiendo deberes de soportar al mismo, en resguardo del interés público.

Así pues el ingente despliegue de medios materiales y personales que se produce para realizar las fiscalizaciones por las diversas autoridades competentes, deja a la luz la vital importancia de esta actividad y la necesidad de estudiar la forma en que ella correctamente debe operar.

De esta manera, conviene advertir que ya Adolfo Merkl, en su Teoría general del Derecho Administrativo, sostuvo que la suma de preceptos jurídicos que constituyen el Derecho Administrativo hacen posible que determinadas actividades humanas puedan ser radicadas en el Estado administrador como puntos finales de la atribución de sus potestades. Por ello, el concepto de potestad no puede entenderse alejado del concepto de legalidad, ya que es éste último la condición que posibilita cada una de las acciones administrativas. La función pública se erige, ante todo, como una aplicación directa del Derecho y, en especial, de la legalidad.¹¹

En dicho contexto se evidencia que la actividad de inspección constituye el ejercicio de una potestad administrativa. Ello significa que puede ser construida como una situación jurídica activa o de poder, que habilita a la Administración a imponer conductas a terceros, mediante la creación, modificación o extinción de relaciones jurídicas o mediante la modificación del estado material de cosas existentes. La potestad de inspección implica una sujeción general a la misma, independiente de la posición particular que ostenten los ciudadanos.

Ahora bien esta teoría ni en la práctica ni en la doctrina ha sido recogida de manera pacífica en la doctrina. Sin embargo en la doctrina extranjera encontramos que ALCIDES ANTÚNEZ SÁNCHEZ Y AMED RAMÍREZ SÁNCHEZ¹² señalan que a inspección ha

¹⁰ Rivero Ortega, Ricardo. El Estado Vigilante: consideraciones jurídicas sobre la función inspectora de la Administración. Madrid, Editorial Tecnos, 1999. 26p.

¹¹ Merkl, Adolfo. Teoría general del Derecho Administrativo. Granada, Comares, 2004

¹² Alcides Antúnez Sánchez y Amed Ramírez Sánchez, La potestad inspectiva v/s la auditoría pública. ojeada histórica dentro del derecho administrativo ambiental cubano, Revista de Derecho UNED, núm. 18, 2016.

sido una «Cenicienta», pues los estudios teóricos en este campo no resultan abundantes en comparación con otras instituciones jurídicas y no es hasta décadas recientes que se encuentran artículos y monografías vinculadas al tema, hecho que habla de la necesidad de la sistematización doctrinal de su contenido para su futuro proceso de construcción y mejora.

De esta manera conviene partir señalando que la existencia de la inspección en las sociedades puede rastrearse desde la antigüedad clásica, toda vez que la ejecución del ordenamiento y de los actos de la administración que ordenan el desarrollo de las actividades privadas obliga a la constante comprobación del cumplimiento de sus prescripciones.¹³ En ese sentido tal como lo señala CARLOS CARMONA¹⁴ donde exista un poder de ordenar la realidad, debe existir una inspección del cumplimiento del mismo y dicha función recae en el poder ejecutivo, siendo la administración la llamada a materializarla.

Así para FORSTTOFTH¹⁵: *«La Administración está llamada a hacer realidad los cometidos del Estado. Estos cometidos se determinan de acuerdo con la realidad social básica y las ideas políticas que individualizan el Estado; es decir, de acuerdo con el contenido sustancial de la Constitución. A este contenido tiene que estar orientada toda su actividad. La Administración necesita, por ello, una instancia directiva, la cual tiene su lugar estructural dentro de la Constitución. Con ello quedan diseñados la posición especial y el cometido del Gobierno del Estado...»*

Ahora bien para complementar lo señalado hasta aquí conviene citar a JOSÉ ESTEVE PARDO¹⁶ quien sostiene que la actividad de la administración o actividad administrativa se ha pretendido sistematizar en torno a categorías y clasificaciones cerradas; señalando además que ha sido tradicional en la doctrina española la clasificación en Actividad de Policía, Actividad de Fomento y Actividad de Servicios Públicos. Una clasificación ilustrativa por cuanto acierta o expresa una graduación de menos a más, pero esta se ha visto rebasada por la propia realidad y entre las varias circunstancias que explican esa limitación de las categorías dogmáticas pueden destacarse las siguientes: 1.- Una es la propia dinámica y versatilidad de las formulas e instrumentos de la actividad administrativa que no puede adscribirse con carácter exclusivo a una supra categoría conceptual de la actuación de la administración Pública y 2.-La otras es que la actividad administrativa su radio de acción y sus modalidades siempre y necesariamente se delimitan por su correlación con la actividad de particulares (agentes privados).

En este contexto cabe evidenciar que lo mencionado en las líneas antecedentes era necesario para poder sentar las bases teóricas de la naturaleza de la inspección que nos servirá para el desarrollo del presente caso, quien por mucho tiempo ha sido identificada con la actividad de policía. En virtud de todo lo expuesto, conviene precisar que la

¹³ Rivero Ortega, Ricardo. El estado vigilante: consideraciones jurídicas sobre la función inspectora de la Administración. Madrid, Editorial Tecnos, 1999, pp26

¹⁴ Carmona Santander, Carlos El defensor del Ciudadano y la relación con los mecanismos institucionales de control. En Revista Ius Et Praxis, 2001, pp537

¹⁵ FORSTHOFF, Ernst, «Tratado de Derecho Administrativo», traducción de Legaz Lecambra, Garrido Falla y Gómez de Ortega y Junje, Instituto de Estudios Políticos. España. 1958. p 30.

¹⁶ Esteve Pardo, José Lecciones de Derecho Administrativo (Quinta Edición)

doctrina¹⁷ sostiene a la inspección como una técnica de intervención y que su contenido vincula a las más importantes instituciones del derecho administrativo. Siendo ello así se evidencia que la inspección es la base de un proceso mayor de desarrollo que descansa en la prevención y la protección de intereses colectivos ¹⁸cuya protección y defensa corresponde al Estado.¹⁹

Ahora bien conviene precisar que en sus inicios la inspección se la había identificado con la actividad de policía, y respecto de esta última los intentos de definición no han sido escasos, buena parte de la doctrina se ha esforzado por delinearla. De esta manera tenemos las definiciones doctrinarias siguientes:

Según Santa María Pastor²⁰ la actividad de policía posee en el lenguaje usual un campo semántico restringido que hace referencia exclusivamente a la actividad de mantenimiento del orden público, de indagación ,persecución de actividades ilícitas (policía de seguridad) y específicamente a los colectivos de servidores públicos encargados de la misma (policía nacional, autonómica y local), una actividad que ciertamente se halla comprendida dentro de la noción técnica de actividad administrativa de ordenación. Sin embargo, menciona que habría que partir que la expresión de actividad de policía ha sufrido evolución con el paso del tiempo, toda vez que una concepción rígida o literal de la naturaleza de esta actividad, evidencia una herencia notoria de absolutismo ilustrado que no tiene cabida en el estado Social y democrático de derecho, cuya clave no radica en la consecución de un supremo interés sino justamente en el principio opuesto que es el respeto de la libertad de los ciudadanos.

Por su lado para José Esteve Pardo²¹ menciona que la actividad de policía tiene protagonismo administrativo secundario-subordinado a la acción de los particulares; la administración solo intervendrá cuando el marco del orden y mercado de la actividad de los agentes privados sea alterado o para controlar su buen funcionamiento. En esta misma línea argumentativa Sánchez Morón²² nos dice que en el estado liberal la actividad de policía se reduce a la tutela del orden público ya que confía al mercado y a los particulares la ordenación de las relaciones económicas y sociales sin mayor intervención pública aunque existen algunas excepciones como las que se dirigen a proteger la industria y el comercio nacional.

¹⁷ Alcides Antúnez Sánchez y Amed Ramírez Sánchez, La potestad inspectiva v/s la auditoría pública. ojeada histórica dentro del derecho administrativo ambiental cubano, Revista de Derecho UNED, núm. 18, 2016.

¹⁸ Eva, Desdentado. La Crisis de la identidad del Derecho Administrativo: privatización huida de la regulación pública y Administraciones independientes. Madrid, Tirant lo Blanch, 1999, p168.

¹⁹ La doctrina define de manera amplia el concepto de actividad de la administración, puesto que con ello busca dar cuenta de la pluralidad de cauces institucionales que posee para el cumplimiento de los fines estatales. Así la actividad de la administración varía según las particularidades propias de los sectores en los que se despliega. Juan Manuel de la Cuetara, La actividad de la administración, Madrid , Editorial, Tecnos,1983,p 87.

²⁰ SANTAMARÍA PASTOR, Principios de Derecho Administrativo General, vol. II, 2.ª ed., Iustel, Madrid, 2009, págs. 255 y ss

²¹ ESTEVE PARDO, «La recepción en la Europa continental del Derecho de la Regulación de la Economía (Regulierungsrecht. La sistemática de la doctrina alemana y sus sustanciales analogías con la recepción doctrinal en España. Crónica de libros)», núm. 183 de esta REVISTA, 2010, págs. 295 y ss

²² SÁNCHEZ MORÓN, Miguel. Derecho Administrativo. Parte General. Tecnos, Décima edición, Madrid, págs. 651-688 y 806-825

Ahora bien tal como nos lo señala Santa María Pastor²³ respecto del peligro de la contaminación semántica que entraña utilizar el concepto de policía para englobar la inspección que no es más un conjunto inorgánico de actividades administrativas de limitación. Por ello lo correcto es la identificación como actividad de ordenación. .

En ese contexto dicho autor nos señala que los principios del régimen jurídico de las técnicas de ordenación son los siguientes:

Principios Formales

A.-Principio de Reserva de ley -Cualquier supuesto de intervención, limitación o ablación de la libertad de conducta de los ciudadanos debe legitimarse en una habilitación conferida por norma con rango de ley.

B.- Principio de Especificación.- Las previsiones legislativas han de ser tasadas y singularizadas respecto de categorías de supuestos de hecho claramente individualizadas no cabe el establecimiento por vía normativa de poderes generales de intervención.

Principios Materiales

A.- Principio de proporcionalidad.-Que entraña una exigencia de adecuación cuantitativa entre la finalidad que debe perseguir la técnica de ordenación y el diseño concreto de facultades

B., Principio Pro Libertate.- según la cual cuando una norma establece la potestad de intervención puede razonablemente optar entre varias medidas alternativas para conseguir su finalidad ordenadora debe elegir la que resulte menos restrictiva de la libertad individual de los sujetos sobre los que vaya ser empleada.

En este punto conviene citar dentro de este marco lo que menciona JOSÉ STEVE PARDO²⁴ para quien la actividad de ordenación se erige siempre en referencia al mantenimiento o restablecimiento del orden público, para lo cual la administración cuenta con un abanico de técnicas cuya operatividad es eminentemente preventiva y de control (autorizaciones, prohibiciones, **inspecciones**, entre otros) ya que lo pretendido es evitar o rechazar los peligros que pudieran alterarlo.

De este modo la categorización actual del concepto de actividad de inspección esta dada por lo que menciona REBOLLO PUIG²⁵ para quien la actividad inspectiva debe perseguir el normal desenvolvimiento de la vida ciudadana en sus diferentes ámbitos, y justamente debe enfatizarse que es una actividad para prevenir frente al error de trasladar a la inspección reglas que solo tienen sentido ante el derecho punitivo estatal, según lo cual no cabe considerar que las actuaciones de inspección sean “diligencias preparatorias” a la sanción, ni tampoco perseguir de manera directa finalidades punitivas como si lo hace la potestad sancionadora, ya que esa calificación supondría distorsionar el significado jurídico de las medidas de inspección, dando por sentado que la actividad viene desde el inicio pre ordenada a un expediente sancionador. De este modo ambas potestades la de la inspección y de la sanción, aun cuando en los hechos estén fuertemente ligadas, deben ser tratadas dogmáticamente de manera separada, mencionando que ello obedece a la diferente naturaleza de ambas y a los distintos fines que cada una de ellas posee.

²³ SANTAMARÍA PASTOR, Principios de Derecho Administrativo General, vol. II, 2.ª ed., Iustel, Madrid, 2009, págs. 255 y SS

²⁴ ESTEVE PARDO, José. Lecciones de Derecho Administrativo. Marcial Pons, Madrid, 2011, págs. 355-382, 416-423.

²⁵ Manuel Rebollo Puig, Ponencia: La Actividad inspectora, VIII Congreso de la Asociación Española de Profesores de Derecho Administrativo, 2013 pp 1-59.

Bajo la misma lógica MANUEL IZQUIERDO nos menciona que la inspección administrativa consiste fundamentalmente en el desarrollo de una serie de actuaciones de investigación y de contraste o examen directo e inmediato por parte del inspector acerca del grado de conformidad de la entidad con los deberes que le son aplicables.

Dicho todo esto, resulta necesario advertir tal como lo señala ZEGARRA VALDIVIA²⁶ que las citadas definiciones, son complementarias y tienen en común el haber superado la tradicional visión de identificar la supervisión con la policía administrativa, de manera que su énfasis está en el carácter preventivo, en perjuicio del represivo, por lo que se considera a la supervisión como una actividad administrativa de limitación de derechos cuya finalidad es la prevención. y que con los cambios del proceso de retirada del Estado ciertas actividades económicas, se ha hecho necesario desplegar, como parte de la actividad de regulación que desarrolla la administración estatal, una serie de actuaciones dentro de las cuales está incluida la supervisión.

Finalmente a modo de reflexión debemos advertir pues que pese a su importancia en el cumplimiento de finalidades, la potestad administrativa de fiscalización ha sido poco estudiada y debatida dentro del Derecho Administrativo. Si bien a la fecha con los nuevos retos de la incorporación del Perú a la OCDE y los recientes cambios normativos es posible revisarlo a la luz de nuevas lecturas, sobre todo desde el enfoque del principio de prevención, la gestión de los riesgos y el rol que frente a ellos debe cumplir el actual Estado regulador y no como equivocadamente se la venía entendiendo ligada estrechamente al concepto de sanción. Todos estos elementos, y los que veremos a lo largo de esta investigación, le otorgan suficiente autonomía doctrinal.

1.3.- Finalidades, atribuciones y garantías en el ejercicio de la actividad de Fiscalización.

En puridad la doctrina más autorizada ha señalado que los fines de la misma son los siguientes:

- Conocimiento de la realidad
- Detección de Riesgos
- Detección de Irregularidades
- Prevención General

Lógicamente, la puesta en práctica de la actividad de fiscalización no debe olvidar en ningún momento su preocupación por la garantía de los ciudadanos que se relación con la administración, avance en la dirección de contribuir al logro de la eficiencia y la eficacia de la misma en pro del interés público.

En ese contexto no es posible exponer aquí el contenido de las finalidades, atribuciones y garantías de la actividad de fiscalización sin referirnos a lo que señala REBOLLO PUIG²⁷ *“La reacción frente a los incumplimientos no forma parte ya de la inspección y que aunque auxiliar de otras potestades se presenta formalmente al margen de ellas y no incluidas en el seno de los procedimientos encaminados al ejercicio de sus potestades de reacción porque con la inspección la*

²⁶ Zegarra Valdivia Diego, La Participación de los Privados en la actividad de Supervisión en el sector eléctrico Peruano: Breve aproximación a su estudio. Themis Revista de Derecho N° 69 pp123-131

²⁷ Rebollo Puig, La actividad inspectora. Ponencias

administración observa, examina, se informa en suma conoce la realidad pero todavía no reacciona frente a eventuales ilegalidades”.

En ese sentido, debemos mencionar que en el análisis de la normativa sectorial hemos encontrado la concreción de los fines de la inspección, señalados por la doctrina, en la Ley No. 29981 (Creación de la Superintendencia Nacional de Fiscalización laboral que menciona lo siguiente:

Funciones de la Inspección de Trabajo

- *De orientación y asistencia técnica.*
- *Promoción del cumplimiento de normas a través de la información y la orientación a empresas y trabajadores.*
- *Información al MTPE y de los gobiernos regionales sobre accidentes de trabajo y enfermedades profesionales.*
- *Deber de información, colaboración y orientación con otros órganos del Sector Público.*
- *Emisión de informes solicitados por órganos judiciales.*
- *Colaboración con otras entidades con las que el MTPE tenga convenios.*

Como avanzamos en su momento, un rasgo central de la potestad de fiscalización es su finalidad preventiva y la de detección de riesgos, pues la reacción frente a los incumplimientos no forma parte de la fiscalización, esta tesis ha sido recogida, por García Ureta²⁸ y Muñoz Machado **“No cabe considerar que las actuaciones de inspección sean “diligencias preparatorias”**: *“Esa calificación supone distorsionar el significado jurídico de las medidas de inspección, dando por sentado, de modo gratuito, que el significado de éstas viene desde el inicio preordenado a un expediente sancionador”; por el contrario afirma “el significado conceptualmente autónomo de las medidas de inspección”. Incluso es posible que la inspección sirva, no ya para que la Administración ejerza sus potestades”*

En función de lo anteriormente expuesto, se evidencia que la potestad de fiscalización es siempre auxiliar o instrumental de otras, se presenta formalmente al margen de ellas y no incluidas en el seno de procedimientos encaminados al ejercicio de su reacción.²⁹ De tal suerte que, como consecuencia de esta actividad primordial, concreta y estricta opera además diferentes aspectos y características que se invisten como exigencias para dar seguridad al desarrollo de la misma. Así tenemos las siguientes:

- a) Origen normativo, que no deriva de relaciones jurídicas concretas
- b) Potestad pública, al tratarse de una esfera jurídica de los particulares
- c) Potestad reglada atribuida expresamente por ley, por lo que no cabe acudir a la potestad reglamentaria para atribuírsela.
- d) Los particulares están sometidos al ejercicio de la potestad, es decir tienen el deber jurídico de soportar la intervención administrativa.
- e) Ser irrenunciable e inalienable lo que implica que quien es titular de la potestad no pueda modificarla o renunciar a ella.
- f) Se ejerce para servir un interés público, por lo que su ejercicio debe ser actuado a los fines a lo que se le atribuye
- g) Su carácter es instrumental respecto de otras potestades administrativas.

En tal sentido apostamos por una configuración garantista de la potestad fiscalizadora que aluda antes que nada al cumplimiento de sus fines y al contenido garantista que debe regir en el despliegue de la actividad de las administraciones.

²⁸ García Ureta. La potestad inspectora de las Administraciones públicas. Marcial Pons, Madrid 2006, pp 35-36

²⁹ Fernández Ramos La actividad administrativa inspectora. El régimen jurídico general de la función inspectora, Comares, Granada 2002, pp. 21 a 29,

Ahora bien, debemos mencionar que en el análisis de la normativa sectorial hemos encontrado la concreción de los fines de la inspección señalados por la doctrina en la Ley No. 29981 (Creación de la Superintendencia Nacional de Fiscalización laboral que menciona lo siguiente:

Funciones de la Inspección de Trabajo

- *De orientación y asistencia técnica.*
- *Promoción del cumplimiento de normas a través de la información y la orientación a empresas y trabajadores.*
- *Información al MTPE y de los gobiernos regionales sobre accidentes de trabajo y enfermedades profesionales.*
- *Deber de información, colaboración y orientación con otros órganos del Sector Público.*
- *Emisión de informes solicitados por órganos judiciales.*
- *Colaboración con otras entidades con las que el MTPE tenga convenios.*

Adicionalmente, creemos importante teniendo en cuenta todo el escenario ya esbozado esquematizar los principales aspectos y características de la actividad de inspección que deberían desarrollarse en el cumplimiento de sus fines. Así tenemos lo siguiente:

Principales aspectos y características
Origen normativo, que no deriva de relaciones jurídicas concretas
Potestad pública, al tratarse de una esfera jurídica de los particulares
Potestad reglada atribuida expresamente por ley, por lo que no cabe acudir a la potestad reglamentaria para atribuírsela.
Los particulares están sometidos al ejercicio de la potestad, es decir tienen el deber jurídico de soportar la intervención administrativa.
Ser irrenunciable e inalienable lo que implica que quien es titular de la potestad no pueda modificarla o renunciar a ella.
Se ejerce para servir un interés público, por lo que su ejercicio debe ser actuado a los fines a lo que se le atribuye
Su carácter es instrumental respecto de otras potestades administrativas.

Así pues como reflexión final señalar que la caracterización jurídica que ha realizado la doctrina más autorizada respecto de la inspección, son parámetros que a la luz de los cambios normativos de nuestro actual ordenamiento jurídico evidencia la necesidad de adecuar la dispersidad sectorial para centrar a la inspección (supervisión, fiscalización) en su verdadero rol de prevención y no como equivocadamente han venido manteniendo algunos ordenamientos al situarla o equipararla con el de la sanción, toda vez que .como lo señala REBOLLO PUIG e IZQUIERDO CARRASCO la inspección suministra a la administración una información de los problemas detectados en el mercado o en los sectores concretos, que le van a permitir tomar las iniciativas necesarias para modificar la regulación o para programar actividades posteriores, cumpliendo en sí misma, una función de prevención general que refuerza la observancia de la normatividad.

2.- Límites de la Potestad de Fiscalización

2.1 Principios

La concepción que venimos señalando, en base a las enseñanzas del profesor REBOLLO PUIG y a la doctrina más autorizada sobre la materia, busca destruir aquella errada concepción que la identifica con la sanción con la fiscalización, puesto que desnaturaliza a la misma. Esta posición en el ámbito nacional que compartimos por su certeza esta recogida por ZEGARRA VALDIVIA³⁰ respecto que la actividad de supervisión supone el despliegue de una serie de potestades que restringen la libertad de los administrados de ahí que no solo comprenda una simple actividad material y técnica de vigilancia de hechos de interés, sino que simplifica en su configuración estén presentes **principios que la informen y la limite, como lo son el de legalidad, proporcionalidad e igualdad.**

a) Principio de Legalidad

La configuración del cumplimiento del principio de legalidad debe ser analizada a la luz de lo signado por el numeral 1.1 de la Ley del Procedimiento administrativo que a tenor señala lo siguiente:

“Principio de Legalidad.-Las autoridades administrativas deben actuar con respeto a la Constitución, la ley y al derecho, dentro de las facultades que le estén atribuidas y de acuerdo con los fines para que le fueron conferidas”

En ese contexto la intervención de entidades colaboradoras de naturaleza privada en las funciones administrativas de inspección solo se admite cuando concurren ciertas condiciones:

- a. Lo prevea una Ley expresamente
- b. Se garanticen los derechos constitucionales y de terceros que pudieran estar en juego; y exista una regulación normativa suficiente de su régimen de actuación.

De esta manera para sustentar lo expuesto tenemos lo señalado por ZEGARRA VALDIVIA³¹ quien sostiene *que en tanto que a través de esa actividad se imponen deberes a los administrados, ello solo puede hacer la administración cuando la ley lo habilita; incluso aunque no se afectara derechos fundamentales se está lleno en el ámbito de vinculación positiva de la ley.*

Asimismo esto se ve recogido por lo señalado por GARCIA URETA quien señala lo siguiente: *“la labor inspectora no puede ser efectuada en forma indiscriminada por órganos que no la tengan atribuida por razón de la materia. Por una parte, que las actas emitidas por órganos administrativos, fuera del ámbito de sus competencias, no tendrían el carácter de tales, sino de denuncias. Esto debido al hecho de que esas circunstancias, aquellos órganos no poseen la condición de autoridad, como antes se ha señalado. Sin embargo los hechos que constatan no carecen de virtualidad, es decir no se trata de una simple denuncia presentada por un mero particular. Al contrario se trata de testimonio cualificado ya que proviene de un órgano administrativo que pretende colaborar”³²*

³⁰ Zegarra Valdivia Diego, La Participación de los Privados en la actividad de Supervisión en el sector eléctrico Peruano: Breve aproximación a su estudio. Themis Revista de Derecho N° 69 pp123-131

³¹ Zegarra Valdivia Diego, La Participación de los Privados en la actividad de Supervisión en el sector eléctrico Peruano: Breve aproximación a su estudio. Themis Revista de Derecho N° 69 pp123-131

³² En la doctrina española se ha recogido el deber de colaborar Según el tribunal Supremo este deber de colaboración obliga a los funcionarios de la Comunidad autónoma recurrente a la presentación de las correspondientes denuncias. (STS de 14 de noviembre de 1991, Ar.8872)

En esa misma línea REBOLLO PUIG³³ nos señala lo siguiente: “La administración contara con potestades de inspección en la medida que se las otorguen normas con rango de ley, ya que se trata de imponer deberes a los administrados y ello solo lo puede hacer la administración en tanto se lo permita una ley. Incluso así no se afectara los derechos fundamentales, se está de lleno en el ámbito de la vinculación positiva que no excluye radicalmente la aceptación de potestades implícitas, pero debe procederse con extremada cautela”.

b) Principio de Proporcionalidad

La configuración del principio de proporcionalidad se da porque justamente el despliegue de la actividad administrativa debe cumplir con la adecuación, necesidad y favor libertatis.

Así pues en palabras de la doctrina más autorizada no es que se puedan utilizar las potestades en un intensidad desproporcional, ni cabe emplearlas de manera reiterada y acumulativamente sobre un mismo sujeto a su albur, sino que el principio de proporcionalidad dará la medida en que será lícito su ejercicio.

Por lo que como bien señala ZEGARRA VALDIVIA³⁴ la planificación puede darse sin base legal alguna pero esta no debiese ser arbitraria. De esta manera nos señala textualmente lo siguiente:

*“Se permite su elaboración incluso sin base legal alguna, su incumplimiento no afecta necesariamente a la validez de la actuación fiscalizadora. **El mayor riesgo de actuación arbitraria o discriminatoria no está en las actuaciones añadidas, sino en la falta de actuación cuando está prevista en el plan o programa**”*

En virtud de lo expuesto cobra mayor razón lo que sostiene REBOLLO PUIG al sostener que conforme este principio hay que entender que las leyes, aunque hayan investido a la administración de todas las más amplias y severas potestades de inspección, solo las han conferido en cada caso en la medida imprescindible. Así solo se deben buscar los hechos que puedan tener relevancia para la investigación y hacerlo mediante la potestad menos restrictiva para el administrado, ejerciéndola a sus vez, en la forma y en la medida menos lesiva y aun dentro de ello solo si supone un sacrificio justificado por la eventual lesión de los intereses públicos que trata de conocerse y combatirse. **Señalando además que así lo digan o no las normas habilitantes, la proporcionalidad exigirá tener en cuenta si se trata de una inspección rutinaria y prospectiva o si se parte de una sospecha de incumplimiento, si este es más o menos grave, si hay precedentes de incumplimiento, si la información buscada es imprescindible o si solo tiene utilidad indirecta en la investigación y la frecuencia de las inspecciones,** si se pueden exigir más o menos documentos, si procede la entrada en lugares privados si se debe actuar en horario normal o fuera de él, etc.

c) Principio de igualdad

Ahora bien para sustentar la necesidad de observación de dicho principio conviene advertir lo que señala RIVERO ORTEGA³⁵ en el marco de la actividad fiscalizadora. De este modo menciona lo

³³ Rebollo Puig, La actividad inspectora. Ponencias

³⁴ Zegarra Valdivia Diego, La Participación de los Privados en la actividad de Supervisión en el sector eléctrico Peruano: Breve aproximación a su estudio. Themis Revista de Derecho N° 69 pp123-131

³⁵ RIVERO ORTEGA, Ricardo. Op. cit. p. 100-101).

siguiente: “los riesgos para el principio de igualdad que se derivan de un ejercicio discrecional de las funciones inspectoras deben ser compensados a través del desarrollo reglamentario de los poderes de inspección, mediante medidas internas de organización y procedimiento que aseguren la objetividad de la decisión (planes o fijación de objetivos de las unidades de inspección), teniendo muy especialmente su necesidad y su oportunidad.”

2.2 Deberes de la Potestad de Fiscalización

Conviene partir en este punto señalando que independiente de cuál sea el régimen jurídico que adopte el legislador para los fiscalizadores, existen dos características que siempre han de estar presentes en los mismos: la cualificación técnica y la imparcialidad.

De esta manera, es importante señalar que las mismas no son relevantes únicamente para poder desarrollar adecuadamente la función de inspección, sino que son presupuesto básicos para fundamentar el valor probatorio de las declaraciones de los inspectores y dar las garantías necesarias al desarrollo de la actividad fiscalizadora.

Así pues la cualificación técnica es un requisito que con frecuencia se plasma en los ordenamientos sectoriales para asegurar que la inspección sea realizada por personal altamente calificado y con un grado suficiente de especialización. La Administración debe contar con personas idóneas en el conocimiento de la técnica asociada a una actividad económica o sector en particular, de tal manera que los resultados de la inspección sean de la más alta fiabilidad.

Con respecto a la imparcialidad es otro de los requisitos que debe estar presente en los fiscalizadores, lo cual es manifestación de la independencia en el ejercicio de sus funciones con respecto a los sujetos pasivos y al objeto de la inspección. En este sentido, la imparcialidad como garantía de actuación neutral y objetiva tiene por finalidad que los inspectores carezcan de intereses económicos o de otra naturaleza sobre las actividades que deben controlar. Ahora bien, llegados a este punto debemos precisar que se entiende por imparcialidad, independencia y confidencialidad.

- **Confidencialidad³⁶:** La confidencialidad es la cualidad que posee cierta información de mantenerse reservada para el conocimiento de una persona o de algunas, pero que no debe ser expuesta en forma masiva. La confidencialidad puede fundarse en normas legales o morales; o en acuerdos de partes.
- **Imparcialidad³⁷:** La imparcialidad (de imparcial), en su concepto estricto, significa estar libre de prejuicios, es decir, abstraerse de consideraciones subjetivas y centrarse en la objetividad de un asunto, al realizar un juicio.
- **Independencia:** No estar directamente involucrado o relacionado con alguna empresa u organización en específico, o bien con alguna actividad que pueda generar conflicto de interés.

De esta manera a criterio de la doctrina más autorizada la observancia del principio de imparcialidad implica una doble garantía, según detalle siguiente:

³⁶ Definición en DeConceptos.com http://deconceptos.com/ciencias_juridicas/confidencialidad#ixzz4kPzp5NdL

³⁷ <https://es.wikipedia.org/wiki/Imparcialidad>

- Frente a los políticos/autoridades
- Frente a los sujetos fiscalizados

Asimismo la doctrina ha manifestado que para asegurar la imparcialidad frente a los sujetos fiscalizados están previstas otras series de medidas, de acuerdo a lo siguiente:

- Régimen de incompatibilidades Garantizar que el fiscalizador no tiene intereses económicos o de otro tipo de la actividad que fiscaliza.
- En relación con la exigencia de cualificación, el inspector debe acreditar un conocimiento técnico suficiente y adecuado a la tarea que se le encomienda.(No basta con la formación académica)
- Necesidad de una constante capacitación

Como complemento a lo señalado en los párrafos precedentes, debemos señalar que , aún cuando los fiscalizadores en su calidad de servidores públicos estén sometidos al principio de jerarquía administrativa, ello no obsta al establecimiento de una mínima autonomía en la ejecución de sus funciones, lo que se justifica en razón del carácter altamente técnico de esta actividad. Por lo que para garantizar la imparcialidad se deben establecer mecanismos de independencia frente a los órganos políticos y superiores jerárquicos. Para lo cual es necesario se den ciertos requisitos, de acuerdo a lo siguiente:

- Estabilidad en el puesto de trabajo
- Autonomía del inspector en sus funciones de fiscalización
- Permanencia de los inspectores durante la fiscalización

En atención a las ideas expuestas hasta aquí, y a modo de ejemplo sobre su imperiosa necesidad lo podemos ver reflejado en el Art. 6° del Convenio 81 de la OIT (relativo a la inspección del trabajo) ratificado por el Perú, de acuerdo al detalle siguiente:

“El personal de inspección deberá estar compuesto de funcionarios públicos cuya situación jurídica y cuyas condiciones de servicio les garanticen la estabilidad en su empleo y les independicen de los cambios de gobierno y de cualquier influencia exterior indebida”

Debido a lo anterior, el clásico principio de jerarquía, en este ámbito, admite ciertas atenuaciones, señalándose que estamos en presencia de un principio de jerarquía moderada, “pues el inspector debe poder desarrollar con un mínimo de autonomía el núcleo de su función propia, sin perjuicio de la facultad de dirección de los órganos correspondientes. El objetivo último no es otro que el informe o acta del inspector sea realizado bajo su responsabilidad y con absoluta independencia técnica de criterio”³⁸.

Bajo ese esquema y en complemento a todo lo expuesto debemos señalar que LAGUNA DE PAZ³⁹ menciona que “el deber de confidencialidad reduce el uso administrativo de la información obtenida por cada inspección, al mismo tiempo que limita la entrada de información porque restringe la potestad de cada rama de la inspección administrativa de recabar datos de otra.

³⁸ Fernández Ramos, Severiano. La Actividad Administrativa de Inspección. Granada, Comares, 2002. 239p

³⁹ Laguna De Paz, Las potestades administrativas de investigación pp41

Cabe advertir en este punto que la doctrina reconoce que muchas de estas potestades para con la inspección deben estar establecidos directa y abstractamente por las normas y otras veces por la administración. Ahora bien también se señala que la administración debe contar con potestades de inspección en la medida que se las otorgue normas con rango de ley como en el presente caso. Por lo que al imponer deberes a los administrados solo lo puede hacer la administración en tanto se lo permita una ley, incluso aunque no se afectara a los derechos fundamentales

En orden a lo establecido en el párrafo anterior como bien señala **REBOLLO PUIG**⁴⁰ existen dos tipos de potestades de acuerdo al detalle siguiente:

Potestades confirmatorias.- Permiten que la administración pase directamente a la acción (acceso a locales, documentos, etc) de modo que el administrado solo tiene que facilitar la inspección.

Potestades ordenatorias.-Permiten imponer al administrado un nuevo deber de hacer (suministrar documentos, interrogar, comparecer, etc) canalizan a través de verdaderas ordenes constitutivas un nuevo deber, órdenes a las que las normas suelen acudir como requerimientos.”

En ese contexto como bien lo señalamos en las líneas antecedentes lo grave del presente caso es que los terceros participantes en la actividad de Discoteca Aura hicieron ejercicio directa e indirectamente de potestades que le correspondían exclusivamente a los funcionarios públicos.

En virtud de todo lo expuesto se evidencia que las potestades ordenatorias de comparecer, suministrar documentos, contestar preguntas, las que se debieron canalizar como verdaderas ordenes en el desarrollo de la actividad inspectiva.

De este modo para identificarlas y esquematizar el cumplimiento de las mismas tenemos lo siguiente:

Potestades
Potestades de acceso a lugares Privados (No solo a los abiertos al público, que no plantean problemas sino a lugares cerrados, a dependencias de uso privado. De ordinario de entrar en los locales que dependan del inspeccionado o en su caso, de las personas a su servicio. Algunas leyes se refieren específicamente a la potestad de hacer mediciones o tomar fotografías, videos, etc)
Potestad de Examen de Documentación y de obtener copias, acceso directo de los documentos de forma que el administrado solo tiene que dejar actuar, mientras que en otro se presenta como la facultad de ordenar la exhibición o remisión de documentos
Potestad de Recabar información y exigir respuestas a las preguntas que se formulen, tanto del inspeccionado como, en su caso, si está previsto, de su personal y hasta de terceros (suministradores y prestadores de servicios al inspeccionado) veces las preguntas se hacen o incluso se tienen que hacer por escrito y la respuesta también escrita. Pero en muchos casos, con ocasión de una visita de inspección o de una comparecencia en oficina pública, las preguntas y las respuestas serán orales.
Potestad de Tomar muestras de diferentes bienes para análisis
Potestad de recabar de otros órganos administrativos información de documentación Potestades de las inspecciones para procurarse información de los distintos servicios administrativos.
Potestad de control de los elementos materiales afectos a la actividad

⁴⁰ Manuel Rebollo Puig, Ponencia: La Actividad inspectora, VIII Congreso de la Asociación Española de Profesores de Derecho Administrativo, 2013 pp 1-59.

Potestad de utilizar los medios necesarios para generar un registro completo y fidedigno de su acción de fiscalización
Potestades sobre terceros
Potestad de requerir auxilio a las fuerzas y cuerpos de seguridad

Al respecto y justamente en base a lo señalado, cabe citar a Izquierdo Carrasco⁴¹ quien nos señala lo siguiente:

“entre los deberes establecidos directamente por las normas en favor de la inspección, esta suministrar con regularidad la información que interesa a la inspección o confeccionar documentación con los datos relevantes y suficientes para la inspección”.

Finalmente no podemos olvidar que la adopción de estas medidas correctivas no tienen naturaleza sancionadora y el marco legal básico en nuestro ordenamiento lo podemos encontrar en el Art. 244° de la Ley del Procedimiento Administrativo general de acuerdo al detalle siguiente:

Art. 244.- Las entidades solo podrán dictar medidas cautelares y correctivas siempre que estén habilitadas por ley o Decreto Legislativo y mediante decisión debidamente motivada y observando el Principio de Proporcionalidad”

La lectura de este artículo recoge una de las principales atribuciones en materia de inspección administrativa que es la de adopción de las llamadas medidas correctivas, las cuales están orientadas a reconducir la actividad de los administrados hacia los parámetros legalmente establecidos, es decir, a restablecer la vigencia del ordenamiento que ha sido quebrantado, siendo por dicho motivo, sustancialmente diferentes a las sanciones administrativas y, también, a las llamadas medidas cautelares.

En palabras de MORON URBINA⁴² las medidas correctivas han sido definidas como: “(...) aquellos actos de gravamen y autónomos que sujetos al principio de legalidad el ordenamiento autoriza expresamente a dictar a algunas entidades ante la comisión de algún ilícito, para, independientemente de la sanción que corresponda, reestablecer al estado anterior de las cosas o reparar la legalidad afectada mediante la cancelación o reversión de los efectos externos producidos”

Para ejemplificar lo expuesto en nuestro ordenamiento hemos encontrado lo siguiente:

Art. 27° del Reglamento General de Supervisión, Fiscalización y sanción de las EPS.- “Las medidas correctivas se imponen dentro o fuera de un procedimiento administrativo sancionador”

27.1 Dentro de un procedimiento administrativo sancionador la gerencia General podrá dictar medidas correctivas sin perjuicio de la sanción que imponga a la EPS en el procedimiento administrativo sancionador. 27.2 Fuera de un procedimiento administrativo sancionador la imposición de medidas correctivas fuera de un procedimiento administrativo sancionador, se inicia con la emisión de un informe que concluye el procedimiento de supervisión (art.14.2) que recomiende la imposición de una medida correctiva. La Gerencia General o la GFS en su caso, evaluarán dicho informe y, de considerar adecuada la imposición de la medida correctiva recomendada, procederán a emitir la resolución respectiva.

Art. 67° Reglamento sobre vigilancia y Control Sanitario de Alimentos y Bebidas (Decreto Supremo N° 007-98-SA).- Facultades del inspector.- Los inspectores están facultados para (...) d) inmovilizar, incautar y decomisar productos con defectos de calidad sanitaria, contaminados, alterados o adulterados. e) Cerrar temporalmente el establecimiento cuando las condiciones sanitarias o técnicas en las que opera impliquen un grave e inminente riesgo para la salud del consumidor. F) Disponer la exclusión de los manipuladores de alimentos de la sala de fabricación

⁴¹ Izquierdo Carrasco, La seguridad privada: régimen jurídico administrativo, Lex Nova, Valladolid 2004, pp285 y ss.

⁴² MORON URBINA, Juan Carlos. Op. cit. p. 157.

cuando su estado de salud constituya un riesgo de contaminación para los alimentos. Cuando en el acta de inspección se disponga la aplicación de una medida de seguridad, el inspector deberá, bajo responsabilidad elevar el acta correspondiente en un plazo no mayor de veinticuatro horas de realizada la inspección al titular del órgano competente a fin de que este se ratifique, modifique o suspenda la medida adoptada.

Art. 5.6 de La Ley de Inspección de Trabajo. - Ordenar la paralización o prohibición inmediata de trabajos o tareas por inobservancia de la normativa sobre prevención de riesgos laborales, de concurrir riesgo grave e inminente para la seguridad o salud de los trabajadores”

Por su parte, las llamadas medidas cautelares son, según la propia definición de la Ley del Procedimiento Administrativo General son un género distinto pues están conectadas, necesariamente, a garantizar la eficacia de una futura resolución administrativa, detalle o característica inexistente o no aplicable para el caso de las medidas correctivas, que son, restitutivas de una legalidad quebrantada.⁴³

Consideramos que toda esta dilucidación resulta fundamental, pues, como ya resaltamos líneas antes, somos de la opinión de la inobservancia de los deberes propios de la actividad inspectiva, tiene nefastos impactos en la misma. Por lo que el legislador, las autoridades administrativas y los jueces deben estar atentos a identificar la desnaturalización en el desarrollo de la potestad fiscalizadora. Sin embargo una vez somos de la opinión que no se puede dar una solución conjunta al tema, dado que el verdadero significado disocia de lo plasmado en la normativa de cada sector, por lo que urge la armonización y adecuación de los mismos.

2.3- ¿Es válida la participación de terceros de la actividad de Fiscalización?

Como hemos apreciado, en nuestro país el diseño de fiscalización ambiental específicamente ha contemplado el apoyo de privados para el ejercicio de puntuales actividades que auxilian a la fiscalización llevada adelante por los funcionarios públicos. En este apartado, corresponde analizar las implicancias de dicha “colaboración” de las entidades técnicas en las labores específicas de inspección, medición y análisis.

Ahora bien, debemos empezar mencionado que si bien en los últimos años se ha dado la eclosión de la colaboración de entidades privadas o de terceros en la función de supervisión o fiscalización, la doctrina más autorizada ha hecho la crítica en base a lo siguiente:

” Aunque eufemicamente se habla de colaboración, en realidad asistimos a una sustitución de la administración en su función de fiscalización, puesto que las entidades privadas “colaboradoras” hacen un ejercicio directo de esa función”.

Ante tal escenario cabe evidenciar que para que se admita la participación de los terceros en la actividad de inspección además de la habilitación legal se necesita lo siguiente: (i)

⁴³ En este punto es oportuno señalar la unánime calificación doctrinaria sobre la confusión de denominaciones y sus contenidos. Medidas cautelares, medidas provisionales, medidas correctivas, aparecen siendo utilizadas, muchas veces, en forma confusa y contradictoria por la legislación y, también, por algunos autores. Para un adecuado resumen y perspectiva en nuestro medio, se puede consultar, también a Rafael PIZARRO NEVADO. Las medidas provisionales en el procedimiento administrativo: una aproximación conceptual. En: Derecho Administrativo Contemporáneo. Ponencias del II Congreso Nacional de Derecho Administrativo. Palestra Editores. Lima, 2007. p. 163 y ss. Para complicar el panorama también podemos encontrar las llamadas medidas preventivas de choque o de salvaguarda aplicables en casos en los que no existe ilegalidad a reparar sino la necesidad de preservar bienes de interés público, como ocurre ante la amenaza de una epidemia, por ejemplo. Al respecto puede consultarse a César CIERCO SEIRA. Las medidas preventivas de choque adoptadas por la Administración frente a los productos insalubres. En: Revista de Administración Pública. N° 175. 2008. p. 55 y ss.

Razones de eficacia en actividades fundamentalmente técnicas y (ii) Cualificación Técnica ⁴⁴

De esta manera no podemos dejar de advertir en relación a ello que la participación de terceros por la naturaleza jurídica de la actividad de fiscalización ha sido muy discutida por la doctrina; sin embargo respecto de la participación de terceros casi ha sido unánime en señalar que no se adecua a la importancia del despliegue de potestades por parte de los terceros, tesis que ha sido recogida por REBOLLO PUIG⁴⁵ quien *nos señala que en la actividad inspectiva se pueden desarrollar potestades conformativas y ordenatorias, las primeras permiten que la administración pase directamente a la acción (acceso a locales, a documentos, etc) de modo que el administrado tiene solo que dejar hacer, soportar, si acaso como dicen algunas normas, facilitar esa acción de inspección. Las otras son potestades que permiten al administrado un nuevo deber de hacer (suministrar documentos, contestar preguntas, comparecer) estas últimas se canalizan a través de verdaderas ordenes constitutivas de un nuevo deber, órdenes a las que las normas suelen aludir como requerimientos. **Si bien la participación de terceros no está reñida del todo con la realización de ciertas tareas de supervisión (inspección) por sujetos privados, pero sin que tengan propiamente las potestades características de la supervisión.***

En nuestro país, los fundamentos que explican la colaboración privada se sustentan en consideraciones de eficiencia y eficacia en la gestión pública, señalando que la administración, por sí sola, no puede abordar todo el espectro de actividades que deben ser objeto de inspección y como no puede excusarse del cumplimiento de sus mandatos constitucionales y legales, ha debido idear y emplear mecanismos legítimos para obtener el apoyo necesario para cumplir satisfactoriamente dicha actividad.

A partir de aquí, sin embargo no se puede dar una solución conjunta al tema de la participación de los terceros en la actividad fiscalizadora, dado que esta involucra el desarrollo de potestades que son bastante fuertes que evidencian y requieren de habilitación legal expresa así como de otras consideraciones. De esta manera tenemos las siguientes:

Potestades confirmatorias.- Permiten que la administración pase directamente a la acción (acceso a locales, documentos, etc) de modo que el administrado solo tiene que facilitar la inspección.

Potestades ordenatorias.- Permiten imponer al administrado un nuevo deber de hacer (suministrar documentos, interrogar, comparecer, etc) canalizan a través de verdaderas ordenes constitutivas un nuevo deber, órdenes a las que las normas suelen acudir como requerimientos.”

De lo anterior, observamos que la participación de los terceros en la actividad de fiscalización, generaría cuestionamiento concreto respecto de que no hay una expresa previsión legal que prevea la participación de terceros en el desarrollo de la actividad de inspección de ejecutar facultades ordenatorias las cuales como ha señalado la doctrina constituyen evidentemente una afectación a las garantías de derechos constitucionales de los sujetos inspeccionados

⁴⁴ Hemos encontrado en la normativa de terceros supervisores de OEFA que se señala que el Supervisor es toda Persona natural o jurídica que, en representación de la Autoridad de Supervisión, ejerce la función de supervisión de conformidad con lo establecido en la normativa vigente. Asimismo, precisa que este tiene la calidad de funcionario público. Es por ello que dicho cuerpo normativo establece que en virtud de dicha potestad administrativa delegada a los terceros seleccionados, y a la categoría de funcionario público que se les dota, les resulta aplicable el régimen disciplinario y el procedimiento sancionador dispuestos en la Ley N° 30057 - Ley del Servicio Civil, su Reglamento General y en la Directiva N° 02-2015-SERVIR-GPGSC, “Régimen Disciplinario y Procedimiento Sancionador de la Ley N° 30057, Ley del Servicio Civil” aprobada por la Resolución de Presidencia Ejecutiva N° 101-2015-SERVIR-PE, en lo que corresponda.

⁴⁵ J.L. Villar Palasi, Curso de Derecho Administrativo I, Universidad Complutense, Madrid, 1972 pp207 a 209 citado en Rebollo Puig, La potestad de inspección

Ahora bien en nuestro país, para que una persona natural o jurídica pueda realizar actividades de fiscalización, debe contar con algún título jurídico que, conforme a la ley, la habilite para el ejercicio de las mismas. El caso más recurrente es el de la autorización. Sin embargo ello también ha sido desnaturalizado, así pues instituciones como el OEFA recurren a orden de servicios para el ejercicio por parte de terceros de la actividad de fiscalización.

Ello no hace más que evidenciar lo urgentes cambios que se requieren para que no se desnaturalice la actividad misma y para que se vele por la idoneidad técnica e imparcial de dichos terceros, además de asegurar la imparcialidad propia de la misma en un régimen de incompatibilidad.

Esto se ve reforzado por lo que señala BERMEJO VERA quien menciona que “la inspección debe realizarse por agentes autorizados, que además de sus condiciones de tecnificación y conocimiento acreditado, pueden gozar de la condición de “agentes de autoridad” no solamente a los efectos administrativos. **La importancia de su condición y función tiene como contrapartida las obligaciones de sigilo, imparcialidad y secreto que le son exigibles**, incluso con posibilidad de sanción penal del delito de revelación de asuntos o materias que tiene conocimiento por razón del cargo, ya que la confidencialidad es una garantía para los inspeccionados”.

Esta finalidad garantista también ha sido recogida por GARCIA URETA⁴⁶, respecto de que no se acepta de la atribución de potestades de supervisión a los particulares que conduzca a la adopción de actos administrativos en los que se ejercen potestades públicas de mayor trascendencia.

En esa misma línea argumentativa ZEGARRA VALDIVIA⁴⁷ menciona que si bien la doctrina reconoce que los ordenamientos jurídicos acaban por admitir esta posibilidad ello debe estar sujeto a ciertas condiciones concurrentes como lo son: la expresa previsión de una norma con rango de ley, la garantía de los derechos constitucionales y de terceros que pudieran estar en juego, y que exista una regulación normativa suficiente de su régimen de actuación.

Ante ello queda como reflexión que de la misma manera en que la omisión de fiscalización contribuye a la ineficacia del ordenamiento jurídico, el exceso de inspección o la desnaturalización de la misma podría contribuir a la ineficiencia en la gestión de los intereses públicos.

Por lo que se hace necesario el replanteo jurídico en nuestro ordenamiento a la luz de su verdadero rol sin olvidar que el uso indiscriminado y poco reflexivo de la fiscalización puede significar una carga excesiva tanto para la Administración como para el administrado, cuyos costos no siempre se está dispuesto a pagar.

Llevar la potestad de inspección a los extremos del exceso o del defecto va en detrimento de un sistema de fiscalización óptima, ello se ve reflejado también en la constatación y al valor probatorio del acta que se levanta con ocasión de la misma y que además la

⁴⁶ García Ureta, Agustín “ La potestad inspectora de las administraciones públicas” Madrid Barcelona 2006 pp 35-36

⁴⁷ Zegarra Valdivia Diego, La Participación de los Privados en la actividad de Supervisión en el sector eléctrico Peruano: Breve aproximación a su estudio. Themis Revista de Derecho N° 69 pp123-131

doctrina más autorizada ha señalado que este solo se da respecto de los hechos constatados por funcionarios a los que se les reconoce la condición de autoridad, las mismas que deben estar formalizadas en un documento público denominado acta.

De esta manera GARCIA URETA menciona lo siguiente: *“La constatación de los hechos, por parte de los funcionarios habilitados para ello, garantiza que las potestades administrativas puedan ser ejecutadas adecuadamente además incluyendo a la sancionadora”*.

Sobre el particular, es importante mencionar que somos de la opinión de que los efectos de esa falta de habilitación legal de los terceros, así como la inobservancia de los principios y garantías no solo le quitan el valor probatorio al acta u otro documento recogido con ocasión de la fiscalización, sino que vulneran los derechos del inspeccionado revistiendo de nulidad dicha actividad. Por lo que la doctrina más autorizada es tajante en sostener la necesidad de habilitación legal en estrecha relación con la competencia material y territorial.

Esto por lo que el contenido formal de las actas de inspección puede segmentarse en tres partes: la parte identificativa, que contiene todos los datos relevantes para identificar tanto al inspector como al sujeto pasivo y al objeto de la inspección; la parte justificativa, que aduce el motivo por el cual se inspecciona y; la parte expositiva, que narra de manera clara los hechos percibidos por el inspector y la forma en cómo estos llegaron a su conocimiento, dejando constancia de las técnicas de levantamiento de información utilizadas y el equipo técnico empleado para tales fines.

Lo expuesto hasta aquí se condice con la tesis REBOLLO PUIG⁴⁸ quien ha señalado que *“el desarrollo de la actividad inspectiva conduce a establecer restricciones al uso administrativo de la información conseguida por cada inspección y solo cabrán excepciones en virtud de la habilitación legal y respetando el principio de proporcionalidad, osea que lo que estos derechos imponen a este respecto no es una prohibición absoluta de que los secretos revelados a la inspección trasciendan para otros usos; tampoco que la información obtenida no tenga más uso que el que originariamente lo justificó; pero solo será constitucional que la información alcanzada por una inspección salga de su ámbito y destino inicial en que tanto este previsto por ley y sea proporcionado para algún interés público diferente del que permitió su conocimiento”*.

Así pues tal como lo exige la naturaleza jurídica de la fiscalización, las actas nucleo de la misma gira en torno a la forma en que se redacta la parte expositiva. Así, dicha naturaleza exige que el fiscalizador sólo pueda transcribir los hechos que constata, sin realizar ningún juicio sobre los mismos, estamos en presencia de una actividad meramente declarativa. En cambio, si el fiscalizador califica hechos y consigna en el acta infracciones administrativas, estamos en presencia de un acto administrativo de juicio, que no está acorde con la naturaleza preventiva de la misma y la disociación de otras potestades.

Esto último conlleva a que lo obtenido no deba ser considerado en lo posterior, tesis que ha sido recogida por LUCIA ALARCON⁴⁹ la información obtenida por la inspección que no respete los principios no podrá ser usada por la administración para basar su resolución posterior y si lo hace esa resolución deberá ser anulada.

Así también TOMAS CANO, en esa misma línea argumentativa señala que *“No parece lógico que el legislador habilite a determinadas personas para que confeccionen un acta en atención, precisamente, a las consecuencias que de lo reflejado en la misma se pueda derivar, para que luego tengan*

⁴⁸ Rebollo Puig la actividad inspectora

⁴⁹ Alarcon Sotomayor, El procedimiento pp 356-362.

el simple valor probatorio de una declaración testifical equiparable a la de cualquier otro sujeto o la del propio sujeto incumplidor. Se acepta como ciertos los hechos reflejados en el acta apoyándose en la inmediación, especialización y el deber de imparcialidad del sujeto que redacta y participa en el acta, porque tales sujetos han presenciado de manera directa los hechos reflejados en la misma gozan además de una alta especialización en el concreto sector de que se trate (inspectores de consumo, trabajo, etc.) Asimismo actúan o tienen el deber de actuar con imparcialidad u objetividad por su condición profesional se encuentran en una situación, de independencia material y subjetiva y están desligados de los hechos y sus participaciones. De esta manera si el agente no está investido de imparcialidad y está lleno de prejuicios dicho fundamento desaparece y con el el valor legal del acta, la objetividad puede verse empañada en aquellos supuestos en los cuales el funcionario recibe un plus de productividad en función de las actas realizadas o denuncias formuladas, aunque tampoco se debe operar con automatismos porque dicha circunstancia no tiene por qué incidir necesariamente en su imparcialidad”

Ahora bien, como dato adicional a mencionar en este punto es de precisar que actualmente en el Perú la vinculación de los inspectores/ supervisores depende del régimen jurídico de contratación de su personal, ya que puede ser el de ley del Servicio Civil o el régimen laboral, pasando incluso que sean contratados por Contratos Administrativos de Servicios (CAS).

Por eso es que en el Convenio 81 de la OIT de la inspección del trabajo, ratificado por el Perú, se establece como obligación lo siguiente:

Artículo 6.-

El personal de inspección deberá estar compuesto de funcionarios públicos cuya situación jurídica y cuyas condiciones de servicio les garanticen la estabilidad en su empleo y les independicen de los cambios de gobierno y de cualquier influencia exterior indebida.

En cualquier caso la doctrina ya ha sido clara al darle la negativa del valor probatorio de lo constatado que no provenga de un funcionario o autoridad, tenemos lo ejemplificado y señalado por GARCIA URETA de acuerdo a lo siguiente:

- a) **Controlador de tráfico.-** Como ha señalado el tribunal supremo el controlador de tráfico carece de la condición de agente de la autoridad encargado de vigilar la circulación viaria. Por tanto su denuncia equivale a la denuncia de un particular y, si no es confirmada por pruebas posteriores, no tiene fuerza suficiente para acreditar los hechos denunciados.⁵⁰
- b) **Agentes de seguridad privada.-** La ley remarca el carácter privado de aquellas personas (físicas y jurídicas) que se encuentran bajo su ámbito de aplicación, sus funciones solo pueden tener carácter complementario a los de seguridad pública. En ese sentido parece evidente que salvo indicación expresa en contrario, las tareas ordinarias de seguridad privada no pueden coincidir con las que otras leyes atribuyen a las fuerzas públicas de policía y que los servicios de seguridad privada no pueden suplantar ordinariamente a los públicos en el desempeño de las misiones que estos tienen encomendadas. A esos efectos deberán comunicar a dichas fuerzas y cuerpos cualquier circunstancia e informaciones relevantes para la prevención, el mantenimiento o el restablecimiento de la seguridad ciudadana, así como los hechos delictivos de que tuvieran conocimiento en el desarrollo de dichas actividades.

Así pues todo lo señalado hasta el momento no nos puede hacer perder de vista que por más que erróneamente algunos ordenamientos desnaturalicen la actividad de fiscalización dando potestades excesivas a terceros y que son más bien propias de la administración, esto debe ser corregido respetando ante todo la naturaleza y las garantías propias de la misma

⁵⁰ SSTS de 4 de octubre de 1996, Art. 7413 y de 1 de octubre Art. 7639

2. 4.- Principales incidencias de desnaturalización de la Potestad de Fiscalización en los diferentes ordenamientos del Estado Peruano

El actual desenvolvimiento de la Fiscalización del estado peruano está determinado por la conjugación de ciertos factores políticos, económicos y sociales que han cambiado la configuración de las relaciones entre el Estado y el ciudadano. En el análisis de la fiscalización en nuestro país, tales factores deben tomarse en consideración, puesto que explican en buena medida la gran relevancia y expansión que ella ha experimentado durante los últimos años.

La privatización de actividades de interés general ha sido uno de los procesos frente a los cuales la inspección debe responder, ajustarse y reconfigurarse. Por lo que surge a interrogante respecto de ¿Quiénes son los llamados a concretizar la correcta actividad fiscalizadora? Desde luego, la Administración en su estructura orgánica tradicional.

Así también una de las más importantes incidencias a vislumbra es que la actividad de inspección, salvo excepciones, no se realiza en un procedimiento administrativo, ni respetando sus principios y que no se acomoda a las reglas sobre la realización de la prueba en el procedimiento administrativo; Sin embargo, ello no debe llevar a la inobservancia de los principios, garantías y deberes propios de la actividad inspectiva, toda vez que la inobservancia de los mismos conlleva a la negación probatoria del acta.

De esta manera al analizar el valor probatorio del acta de inspección y/o videos obtenidos como producto de la inspección es de analizar cómo incidencia la naturaleza de los mismos. Por lo que si bien el medio habitual de plasmación de las actividades inspectivas es el acta, debemos cuestionarnos cuál es la naturaleza jurídica y el valor probatorio que se le otorga en los distintos ordenamientos del Estado Peruano.

Así pues, tanto la norma, como la doctrina, señalan de manera explícita que el acto administrativo está destinado a generar efectos jurídicos en los administrados, siendo esta la principal diferencia con los actos de administración interna de las entidades, así como con los comportamientos y actividades materiales de las entidades (fiscalización, inspección, supervisión, etc.)⁵¹, llamados también hechos de la administración. Sobre ello la doctrina más autorizada ha mencionado que “la distinción entre los actos administrativos y los actos de administración interna se da en que estos últimos se dirige a la propia entidad y los actos administrativos se dirigen hacia fuera, vale decir, el administrado.”

En atención a las ideas expuestas hasta aquí, consideramos que el acta de inspección no debiese ser recogido en muchos ordenamientos como un acto administrativo, y que más bien la realización de los elementos referidos en el acta responde, con algunos cuestionamientos que vamos a dilucidar más adelante, a las funciones otorgada a las entidades según su propia normativa. Así pues, consideramos que la diligencia de inspección, por su naturaleza, constituye un hecho de la administración, plasmada en un

⁵¹ *“Artículo 1.- 1.1 Son actos administrativos, las declaraciones de las entidades que, en el marco de normas de derecho público, están destinadas a producir efectos jurídicos sobre los intereses, obligaciones o derechos de los administrados dentro de una situación concreta.*

1.2 No son actos administrativos:

1.2.1 Los actos de administración interna de las entidades destinados a organizar o hacer funcionar sus propias actividades o servicios. Estos actos son regulados por cada entidad, con sujeción a las disposiciones del Título Preliminar de esta Ley, y de aquellas normas que expresamente así lo establezcan.

1.2.2 Los comportamientos y actividades materiales de las entidades.”

documento público, en la medida que se trata de una actuación física u operativa del órgano administrativo, siendo que ésta no genera de manera general efecto jurídico alguno en el administrado, sino que responde a una actividad propia de las funciones de las entidades.

Consideramos que esta dilucidación resulta fundamental, pues, como ya resaltamos líneas antes, muchas de las entidades en sus fundamentos, aplican causales establecidas para la validez del acto administrativo, sin justificar su equiparación a la diligencia y el acta de la misma, que a nuestro entender, según dejamos notar en nuestra argumentación, son de naturaleza jurídica distinta.

Para sustentar lo expuesto debemos remitirnos a lo señalado a lo señalado por BERMEJO VERA⁵² para quien *“El ejercicio de la potestad de inspección se materializa, por lo general, en documentos concretos denominados usualmente como Actas. Estos documentos son antecedentes imprescindibles para que la inspección se entienda como correctamente realizada, aunque el contenido del Acta no necesariamente tiene garantizada la autenticidad, y el órgano que debe adoptar la decisión definitiva no está vinculado estrictamente por dicho contenido, dado que, frente al ejercicio de la potestad de inspección, los inspeccionados disponen de un completo cuadro de garantías que sirven de compensación a esta relevante potestad.”*

Así mismo cabe citar a REBOLLO PUIG quien menciona que: *“el acta es un documento emitido por un órgano de la administración, desde una perspectiva general, el concepto de documento hace referencia a un objeto material en el que se hace constar una declaración de conocimiento o experiencia de un funcionario público”*.

En este contexto se refuerza lo expuesto respecto de la no equiparación entre acta de inspección y acto administrativo, por lo que es preciso señalar que no solo los actos administrativos son susceptibles de impugnación. Ello significa que un acto de administración interna puede ser impugnado si es que vulnera derechos o intereses a una persona determinada, en aplicación de lo dispuesto por el artículo 148° de la norma constitucional, que no debe considerarse restringida a los actos administrativos.

Por otro lado, observamos que no se puede partir desde la asignación del valor probatorio del Acta de inspección en el marco de la actividad de diversas entidades sin antes analizar el cumplimiento de las garantías y principios propios de la actividad inspectiva.

Por otro lado respecto a la constatación y al valor probatorio la doctrina más autorizada ha señalado que este solo se da respecto de los hechos constatados por funcionarios a los que se les reconoce la condición de autoridad, las mismas que deben estar formalizadas en un documento público denominado acta.

De esta manera GARCIA URETA menciona lo siguiente: *“La constatación de los hechos, por parte de los funcionarios habilitados para ello, garantiza que las potestades administrativas puedan ser ejecutadas adecuadamente además incluyendo a la sancionadora”*.

Asimismo TOMAS CANO nos evidencia el valor probatorio del acta, criticando que algunos sectores normativos le den presunción de certeza señalando lo siguiente: *“La denominada presunción de veracidad ni siquiera goza de ese valor incontestable que se predica hoy de determinados extremos de los documentos públicos, pues las actas de inspección no hacen prueba plena, sino que admiten con toda amplitud, prueba en contrario que permite desvirtuar la certeza de las afirmaciones sobre los*

⁵² BERMEJO VERA, José. Op. cit. p. 55-56

hechos en ellas contenidas., “La máxima que lleva a tener por cierta las afirmaciones sobre los hechos de aquellos sujetos investidos de una función pública de certificación que los presencie directamente y que más o menos puede formularse así: Si un funcionario actúa en el ejercicio de las funciones de vigilancia e inspección para las que está legalmente habilitado en un determinado sector, presencia unos hechos y los refleja en un acta cumpliendo las formalidades exigidas, es razonable suponer que está diciendo la verdad y por tanto aceptar prima facie que tales hechos sucedieron tal y como refleja el acta”.

Sobre el particular, es importante mencionar que somos de la opinión de que los efectos de esa falta de habilitación legal de los terceros, así como la inobservancia de los principios y garantías no solo le quitan el valor probatorio al acta y al video, sino que vulneran los derechos del inspeccionado revistiendo de nulidad al acta de inspección. Por lo que la doctrina más autorizada es tajante en sostener la necesidad de habilitación legal en estrecha relación con la competencia material y territorial.

De esta manera para sustentar, para sustentar nuestra posición de la negativa del valor probatorio de hechos constatados por terceros conviene citar a GARCIA URETA quien señala lo siguiente: “la labor inspectora no puede ser efectuada en forma indiscriminada por órganos que no la tengan atribuida por razón de la materia. Por una parte, que las actas emitidas por órganos administrativos, fuera del ámbito de sus competencias, no tendrían el carácter de tales, sino de denuncias. Esto debido al hecho de que esas circunstancias, aquellos órganos no poseen la condición de autoridad, como antes se ha señalado. Sin embargo los hechos que constaten no carecen de virtualidad, es decir no se trata de una simple denuncia presentada por un mero particular. Al contrario se trata de testimonio cualificado ya que proviene de un órgano administrativo que pretende colaborar⁵³”

Así también tenemos que lo señalado por TOMAS CANO de acuerdo a detalle siguiente:”
*Las certezas de las afirmaciones plasmadas sobre tales documentos no solo puede ser desvirtuada por otro medio de prueba (que demuestren que tales hechos no son ciertas o concurren dudas de su veracidad), sino que cabe atacar la propia norma de valoración legal portando pruebas o presentado alegaciones que destruyan su fundamento mismo, es decir demostrando que en el caso concreto no se dan las circunstancias que permitan suponer aceptar que las alegaciones que contienen las actas son veraces, **POR EJEMPLO PORQUE EL ACTA NO REÚNE LOS REQUISITOS LEGALES EXIGIDOS O POR LAS CONTRADICCIONES O FALTA DE RAZONABILIDAD EN LA NARRACIÓN DE LOS HECHOS EN QUE INCURREN O EN FIN POR LA CARENCIA DE IMPARCIALIDAD DEL INSPECTOR AL ENCONTRARSE IMPLICADO EN TALES HECHOS**”*

De esta manera, es importante señalar además que la no identificación de los terceros y/o la no observancia de lo expuesto hasta aquí en la actividad de inspección por parte de las distintas entidades resulta ser una falencia muy grave, pues como bien lo ha señalado TOMAS CANO la identificación de los funcionarios debe quedar recogida como derecho de los interesados, pues **esta identificación resulta precisa para constatar que concurren los requisitos de competencia** y en su caso que no se producen causales de abstención.

Por otro lado, una de las incidencias también muy importantes a advertir es la observación de la presunción de inocencia que debiesen hacer las distintas Entidades, por lo que las Entidades deben respetarla en el marco de los principios y garantías propios de la actividad inspectiva.

⁵³ En la doctrina española se ha recogido el deber de colaborar Según el tribunal Supremo este deber de colaboración obliga a los funcionarios de la Comunidad autónoma recurrente a la presentación de las correspondientes denuncias. (STS de 14 de noviembre de 1991, Ar.8872)

De esta manera para sustentar lo expuesto tenemos lo señalado por FERNANDEZ RAMOS⁵⁴: *“Para nosotros, el valor probatorio de las actas de inspección es compatible con la presunción de inocencia precisamente porque no constituye una verdadera presunción que anule aquélla. Lo que verdaderamente concede o deniega relevancia probatoria a las actas es el hecho de que documenten o no una auténtica actividad probatoria. Como se señala más adelante, el valor probatorio de las actas depende, no sólo del cumplimiento de los requisitos subjetivos (...) y formales, sino también de que reflejen una verdadera actividad probatoria: desde la simple observación directa y personal por el propio actuuario, a otras fuentes de prueba obtenidas observando los requisitos legales -como toma de muestras, obtención de documentos, testimonios de terceros, admisión de los hechos por el propio interesado-. De ahí que no se trate de una presunción incondicionada de validez general, sino de una propiedad que dependerá en cada caso de que se cumplan las exigencias señaladas. En definitiva, es la actividad probatoria realizada por el Inspector lo que respalda el acta y le otorga, cumplidos los requisitos formales, valor probatorio.*

En ese mismo sentido TOMAS CANO señala lo siguiente: *“La cuestión más importante que ha suscitado en torno a la denominada presunción de veracidad es si se respeta el derecho fundamental a la presunción de inocencia que rige en el procedimiento sancionador cuando las actas se incorporan a un procedimiento de este tipo, derecho que comporta que la sanción este basada en actos o medio probatorios de cargo o incriminadores de la conducta reprochada; que la carga de la prueba corresponde a quien acusa sin que nadie esté obligado a probar su propia inocencia, y que cualquier insuficiencia en el resultado de las pruebas practicadas, libremente valorado por el órgano sancionador, debe traducirse en un procedimiento absolutorio. (STC 40/2008)”*

Así también, en materia internacional hemos encontrado que el Tribunal Constitucional ESPAÑOL confirma dicha postura en la sentencia (STC 341/1993 FJ) señalando que si se estableciera en la Ley una presunción de veracidad de las actas juris et de jure, el precepto sería inconstitucional por ser contrario a la presunción de inocencia.⁵⁵ Por ello las actas no constituyen pruebas incontrovertibles, sino elementos probatorios susceptibles de ser valorados y llevar al convencimiento de la realidad de la conducta que se impute en ellas en lo cual se ha ratificado también el Tribunal Supremo⁵⁶, por todo ello frente a las actas pueden utilizarse los medios de defensa correspondientes, pues como ha declarado el mismo Tribunal la exactitud de los hechos declarados probados por la administración no tienen a su favor la mera presunción de veracidad del acta que haya podido levantar el funcionario competente, sino sobre todo, la coherencia de su versión frente a la del ciudadano que le permita destruir la presunción de inocencia de éste.⁵⁷

Ahora bien sin desmerecer lo ya advertido hasta el momento, la principal incidencia a corregir en nuestro ordenamiento es la contradictoria coexistencia del recojo de la actividad de Fiscalización, no existiendo uniformidad de normas de aplicación general que regulen la puesta en práctica de esta actividad y que si bien los actuales esbozos de la modificación a la Ley del Procedimiento administrativo general han sentado las primeras bases, ello implica aun una tarea bastante ardua.

Dado lo anterior, la situación actual de la fiscalización en nuestro país refleja las siguientes problemáticas:

- Confusión para identificar cuáles son las normas aplicables a la actividad de fiscalización y cuáles corresponden, por el contrario, al ejercicio de otras potestades como el de la sancionadora.

⁵⁴ Fernández Ramos, a presunción de certeza en el Derecho Administrativo Sancionador. Madrid: Civitas-Generalitat de Catalunya. Escola D'Administració Pública de Catalunya. 1994, p. 85).

⁵⁵ STC 341/1993 FJ

⁵⁶ STS de 11.7.1997 RA 6177

⁵⁷ STS 24.4.1993 RA 2765.

- Inobservancia de los principios específicos aplicables a la fiscalización ya que la actual modificación a la Ley del Procedimiento administrativo general no hace referencia expresa y sistemática a los principios que deben regir a la fiscalización (legalidad, proporcionalidad e igualdad) los mismos que si han sido recogidos por la doctrina.
- Desnaturalización de la participación de terceros en la actividad de fiscalización.
- Superposición de potestades ya que debido a su alto nivel de fragmentación, se evidencia casos de superposición de competencias en materia de fiscalización y potestad sancionadora.

Ahora bien centrados en este escenario conviene advertir que lejos de implementarse en nuestro ordenamiento la preocupación por la corrección de la problemática esbozada, la mayoría de los esfuerzos de las diversas administraciones públicas que ejercen potestad de fiscalización ha sido plasmada en la búsqueda del “ procedimiento uniforme de fiscalización” , olvidando que la misma no se realiza en un procedimiento administrativo, ni respetando sus principios y que no se acomoda a las reglas sobre la realización de la prueba en el procedimiento administrativo, lo cual no debe llevar a la inobservancia de los principios, garantías y deberes propios de la actividad, toda vez que la inobservancia de los mismos conlleva a desnaturalizar la misma, tesis que ha sido recogida por LUCIA ALARCON⁵⁸ para quien *la información obtenida por la inspección que no respete los principios no podrá ser usada por la administración para basar su resolución posterior y si lo hace esa resolución deberá ser anulada.*

Así pues es de evidenciar que el mejoramiento de la actuación de la Administración requiere de su experiencia, motivo por el cual la mirada retrospectiva de la fiscalización a la luz de los nuevos retos que asume el país en el marco de su incorporación a la OCDE se constituye como el primer método para proponer a futuro las bases que regulen el ejercicio de esta actividad, toda vez que dicha actividad sigue siendo participe de profundos cambios en la sociedad actual, por lo que debe adecuar sus formas, sus mecanismos y sus técnicas para intervenir a la verdadera naturaleza de la actividad de fiscalización.

De esta manera de la revisión sectorial de las administraciones en nuestro país se ha evidenciado la escasa observancia de la planificación de la misma, siendo un fenómeno casi inexistente, lo cual no debiese constituir un fenómeno nuevo dentro del estudio de las técnicas del desarrollo de la fiscalización ya que en otros países se da justamente por el reconocimiento que el estado cuenta con escasos recursos y debe priorizar sus actividades. Sin embargo, si revisamos la normativa sectorial evidenciaremos que escasamente solo algunas instituciones tienen planes de fiscalización como el OEFA o INDECOPI e instituciones fuertes como el Organismo Supervisor del Estado, carece de dicha herramienta.

De esta manera tenemos lo siguiente:

1.- OEFA

⁵⁸ Alarcón Sotomayor, El procedimiento pp 356-362

Mediante Resolución de Presidencia del Consejo Directivo N° 070-2010-OEFA/PCD se aprobó la Directiva para la Formulación del Plan Anual de Evaluación y Fiscalización Ambiental - PLANEFA, documento que busca ordenar y orientar el desempeño técnico y programado de las funciones a cargo de las entidades que ejercen funciones de fiscalización ambiental -incluyendo al OEFA- y que conforman el SINEFA, así mismo contiene las acciones de evaluación y supervisión que desarrollarán dichas entidades durante el año correspondiente.

PLAN ANUAL DE SUPERVISIÓN AMBIENTAL

Tipos de supervisión En función de su programación, la supervisión puede ser: a) Supervisión regular: Supervisiones programadas en el Plan Anual de Evaluación y Fiscalización Ambiental (Planeta). b) Supervisión especial: Supervisiones no programadas, cuyo objetivo es verificar el cumplimiento de obligaciones fiscalizables específicas de los administrados. Estas supervisiones pueden llevarse a cabo en las siguientes circunstancias: i. Accidentes o emergencias de carácter ambiental; ii. Reportes de emergencias formulados por los administrados; iii. Denuncias; iv. Solicitudes de intervención formuladas por organismos públicos, de conformidad con la normativa de la materia; v. Terminación de actividades; u, vi. Otras circunstancias que evidencien la necesidad de efectuar una supervisión, tales como espacios de diálogo o supervisiones previas.

2.- OSINERGMIN

Artículo 25°. - Programa Anual de Supervisión 25.1.- Para efectos del Programa Anual de Supervisión, se tomará en cuenta el Plan Operativo Anual de la Gerencia de Fiscalización O área equivalente, y el Plan Anual de Supervisión del Despacho Económico y Transacciones Internacionales de la Gerencia Adjunta de Regulación Tarifaria, aprobado por la Gerencia General.

3- OSITRAN

Artículo N° 16.- Programación de las Actividades de Supervisión El Plan Anual de Supervisión es elaborado por el Órgano supervisor y tiene por objeto planificar el ejercicio de la función supervisora para un determinado periodo. No obstante, OSITRAN podrá realizar actividades de supervisión no previstas en el Plan Anual de Supervisión cuando lo estime conveniente para verificar el cumplimiento de alguna obligación. En ciertos casos y a criterio de OSITRAN, estas actividades de supervisión podrán realizarse de manera encubierta, y el desarrollo de las mismas serán de conocimiento de la Entidad Prestadora en la oportunidad que el Órgano Supervisor lo considere conveniente o al final de la actividad de supervisión.

4.- OSIPTEL

(No contempla)

5.- OSCE

(No contempla)

Así pues ante dicho escenario conviene citar a Martín-Retortillo quien ha sostenido que la planificación responde a una racionalización o cálculo de los comportamientos, estableciendo puentes lógicos entre diversos medios de acción y ciertos objetivos predefinidos.⁵⁹

De la visión de dicho autor es posible sostener que un plan importa una relación dinámica entre medios y fines, la cual responde a un proceso de racionalización que traduce en un solo instrumento la fijación de objetivos, conductas a seguir y los medios para llevarlos a cabo, siendo su aplicación maleable, esto es, atendiendo al concreto ámbito de aplicación.⁶⁰

⁵⁹ Martín-Retortillo, Sebastián. Derecho Administrativo Económico. Madrid, Distribuciones de la Ley, 1988. Reimpresión, 1991. 326p.

⁶⁰ Martín-Retortillo ha especificado que en todo plan deben analizarse, al menos, los siguientes tres aspectos: i) los objetivos al servicio de los cuales se encuentra el plan; ii) los medios jurídicos y materiales que se establecen para conseguir los objetivos del plan, y; iii) a qué esquema estructural o global responde el plan. Véase Martín-Retortillo, Sebastián. Derecho

Situados en este escenario conviene mencionar que el valor probatorio de las actas ha sido un tema que ha suscitado un profundo interés en la doctrina comparada. En España, el valor probatorio de las actas de inspección ha sido establecido bajo la fórmula de una presunción legal iuris tantum de certeza. La tesis que la sostiene se basa en la imparcialidad e idoneidad técnica de los inspectores, características que contribuirían a velar por resultados fidedignos.

En ese contexto si acogemos lo planteado por la doctrina más autorizada veremos que el principal impacto se dará en el acta de fiscalización y que respecto del impacto en el valor probatorio del mismo TOMAS CANO nos evidencia que *“La denominada presunción de veracidad ni siquiera goza de ese valor incontestable que se predica hoy de determinados extremos de los documentos públicos, pues las actas de inspección no hacen prueba plena, sino que admiten con toda amplitud, prueba en contrario que permite desvirtuar la certeza de las afirmaciones sobre los hechos en ellas contenidas., “La máxima que lleva a tener por cierta las afirmaciones sobre los hechos de aquellos sujetos investidos de una función pública de certificación que los presencie directamente y que más o menos puede formularse así: Si un funcionario actúa en el ejercicio de las funciones de vigilancia e inspección para las que está legalmente habilitado en un determinado sector, presencia unos hechos y los refleja en un acta cumpliendo las formalidades exigidas, es razonable suponer que está diciendo la verdad y por tanto aceptar prima facie que tales hechos sucedieron tal y como refleja el acta”*. Las certezas de las afirmaciones plasmadas sobre tales documentos no solo puede ser desvirtuada por otro medio de prueba (que demuestren que tales hechos no son ciertos o concurren dudas de su veracidad), sino que cabe atacar la propia norma de valoración legal portando pruebas o presentado alegaciones que destruyan su fundamento mismo, es decir demostrando que en el caso concreto no se dan las circunstancias que permitan suponer aceptar que las alegaciones que contienen las actas son veraces, **POR EJEMPLO PORQUE EL ACTA NO REÚNE LOS REQUISITOS LEGALES EXIGIDOS O POR LAS CONTRADICCIONES O FALTA DE RAZONABILIDAD EN LA NARRACIÓN DE LOS HECHOS EN QUE INCURREN O EN FIN POR LA CARENCIA DE IMPARCIALIDAD DEL INSPECTOR AL ENCONTRARSE IMPLICADO EN TALES HECHOS”**

Asimismo para complementar lo expuesto tenemos lo señalado por .RODRIGUEZ ADRADOS⁶¹ para quien *“el documento público denominado acta a de prevenir de un notario o un funcionario público, en segundo lugar se exige que el notario o funcionario sea competente, es decir que tenga la documentación pública como atribución específica, tercero es preciso que la emisión del documento se haya efectuado con las solemnidades requeridas, esto es leyes de fondo que rijan y las leyes reguladoras de la fe pública”*.

En Perú, el debate en torno al valor probatorio del acta recién cobra importancia con los actuales desafíos y cambios normativos que ha experimentado la Ley de procedimiento administrativo. Al no existir normas generales sobre esta materia, ha sido la normativa sectorial la que ha determinado cuál debe ser el valor probatorio de las actas.

Asi pues la jurisprudencia ha aplicado las normas sobre valoración de las actas de acuerdo a la fuerza probatoria que cada sector normativo les atribuye en concreto. En algunos casos, como en el de la fiscalización ambiental realizada por el OEFA se ha determinado que el acta tiene plena fuerza probatoria, por lo intereses en juego excluyendo a las demás evidencias. En otros, como en el protección al consumidor del INDECOPI se ha establecido que sólo constituye un principio de prueba, susceptible de ser contrarrestado por elementos de prueba en contrario.

Administrativo Económico. Madrid, Distribuciones de la Ley, 1988. Reimpresión, 1991. pp. 327- 331.

⁶¹ Rodríguez adrados, Fe pública (Derecho Civil, en Enciclopedia jurídica Básica, Madrid Civitas 1995, pp 3081-3089 pp 3083.

De esta manera la revisión judicial de las actas de fiscalización ha sido el contexto para evidenciar que la mayoría de nuestros jueces desconoce la naturaleza de la fiscalización, toda vez que la mayoría exige los requisitos del acto administrativo al acta y la debida motivación de la misma, olvidando que la potestad fiscalizadora que enmarca dicho documento ostenta un sentido claro: velar por el interes general y la prevención, por lo cual no se le puede exigir reglas propias del procedimiento administrativo.

Ahora bien, contextualizados territorialmente conviene advertir que la tendencia, marcada por el Derecho comunitario, ha dejado en evidencia una cierta preferencia por aquellas técnicas de control que miran hacia la prevención de los riesgos y que son de aplicación permanente y sistemática en el tiempo, a diferencia de las técnicas o modalidades de Fiscalización, siempre eventuales y transitorias.

Lo que si debe quedar claro es que en las actas de inspección puede arribarse a dos tipos de conclusiones: el cumplimiento o incumplimiento normativo. En los casos de incumplimiento, la Administración puede tomar ciertas medidas, las cuales comprenden desde el requerimiento de subsanación de deficiencias, la adopción de medidas correctivas hasta la iniciación de procedimientos administrativos sancionatorios. Estos últimos se realizan bajo reglas y principios propios, distintos a los aplicados en materia de inspección.

Luego de este breve recuento se evidencia la urgente necesidad de la observancia a la naturaleza de la potestad fiscalizadora, respetando parámetros básicos previstos que nos da la incorporación a la OCDE, toda vez que no hacerlo conlleva a afectar la credibilidad, el valor probatorio de los documentos que se dan con ocasión de la misma afectando los fines de esta, así como el interés público. Ahora bien es oportuno anotar también que aun cuando se plasmen o consoliden avances obtenidos, ello indudablemente puede devenir en insuficiente sino está acompañado de otro tipo de acciones o preocupaciones (capacitaciones de la autoridades en el desarrollo de la actividad fiscalizadora) las cuales no debieran descuidarse.

3.- Reflexiones en torno a la potestad de fiscalización de la administración pública del Estado Peruano a luz de los desafíos de la OCDE.

En términos generales la OCDE está más cerca que nunca de América Latina y el Caribe: Chile y México son países miembros de la Organización; Colombia y Costa Rica están en proceso de adhesión; y dicha Organización está llevando a cabo un Programa País con Perú y un programa de cooperación con nuestro Socio Clave Brasil, y Argentina ha reforzado su cooperación con un plan de acción hecho a medida. Todos estos países, además de la República Dominicana, Panamá, Paraguay y Uruguay, son miembros del Centro de Desarrollo de la OCDE.

La OCDE ofrece un foro donde los gobiernos pueden trabajar conjuntamente para compartir experiencias y buscar soluciones a los problemas comunes, para entender que es lo que conduce al cambio económico, social y ambiental. Midiendo la productividad y los flujos globales del comercio e inversión. Analizando y comparando datos para realizar pronósticos de tendencias, fijando estándares internacionales dentro de un amplio rango de temas de políticas públicas.

Así pues, el Programa Regional de la OCDE para LAC pretende constituirse en un marco inclusivo que permita la participación de todos los países de América Latina y el Caribe en el trabajo de la Organización. Muchos países de LAC participan en actividades y redes regionales, en Órganos de la OCDE, en Foros Globales o en Encuestas Internacionales de la OCDE, tales como el Programa para la Evaluación Internacional de los Alumnos (PISA) y la Evaluación Internacional de las Competencias de Adultos (PIAAC).

Ello nos plantea como desafío en materia de la potestad de fiscalización adecuarnos a las experiencias que ya sus países miembros han llevado a cabo de manera exitosa. Así tenemos el documento que se ha llevado con éxito “estudio sobre los principales desafíos para el cumplimiento de la regulación” (“Reducing the Risk of Policy Failure: Challenges for Regulatory Compliance”), que destaca por mencionar principalmente que: *“el cumplimiento de la normas establecidas falla muchas veces porque los sujetos regulados no conocen o entienden bien las normas por su complejidad, a pesar de su publicación formal; o porque las normas imponen costos de cumplimiento bastante altos, desalentando el cumplimiento voluntario y llevando a los individuos a que opten por el incumplimiento; o porque las normas no facilitan alternativas no regulatorias para facilitar un cumplimiento con bajo costo, o las autoridades no educan o informan a los sujetos regulados, o simplemente no tienen una fiscalización creíble”*.

En tal sentido la fiscalización a luz de lo recogido en dicho documento y de todo lo advertido hasta el momento, no debiese ser vista desde el enfoque punitivo que mantienen muchas administraciones públicas no ayuda necesariamente a fomentar el cumplimiento voluntario por parte de los sujetos regulados, por lo que es urgente un cambio de paradigma donde la multa debe utilizarse como última medida luego de que no hayan sido efectivos los principios que guían la fiscalización bajo el enfoque de cumplimiento normativo, de prevención y de gestión del riesgo.

3.1 ¿Es eficaz el marco normativo actual de la potestad fiscalizadora en el Perú?

Ya hemos mencionado que el modelo típico de fiscalización peruano es ineficaz, toda vez que en su mayor parte es disperso y contradictorio muchas veces ligado equivocadamente al concepto de sanción, sin siquiera muchas veces manejar o tener como ejes la planificación, la gestión del riesgo y/o la observancia de sus verdadera naturaleza. Ante ello Ayres, Ian y Braithwaite en *Responsive regulation: transcending the deregulation debate*, señalan lo siguiente:

“A fin de evitar los problemas asociados al enfoque punitivo, se ha planteado utilizar esquemas regulatorios sensibles o adaptables (“responsive regulación”). En ellos la entidad regulatoria mantiene su intervención (o fiscalización) en el mínimo nivel, pero reteniendo la capacidad de intervenir más cuando sea necesario, acorde con una “pirámide de estrategias regulatorias” (“pyramid of regulatory strategies”) y otra “pirámide de cumplimiento” (“enforcement pyramid”). Así, acorde con la primera pirámide, se parte de reconocer que las empresas reguladas o los agentes privados tienen la capacidad para autorregularse (“self-regulation”) pero el Estado retiene la posibilidad de ir escalando hacia la adopción de medidas de autorregulación supervisada (“enforcement self-regulation”) y luego de medidas más intrusivas y punitivas (“command and control”) cuando las primeras estrategias fallan. Por su parte, en la segunda pirámide, el regulador implementa el enfoque de la “zanahoria y el garrote” (“carrot and stick”); es decir, busca hacer cumplir la regulación utilizando en primer lugar la persuasión (“education and advice”), pero reteniendo la posibilidad de ir escalando hacia la adopción de advertencias (“warning letters”) y luego sanciones drásticas (“deterrence”) cuando la primera medida falla (“speaking softly while carrying a big stick”)”

De esta manera, se hace necesario reflexionar que si bien el Perú ha conseguido importantes logros en términos de desarrollo social y económico, y que la región ha mantenido tasas de crecimiento satisfactorias, aún existen tareas muy importantes pendientes como las reformas en el recojo de la “actividad de fiscalización” enfocada en la experiencia de los países más avanzados de la región, tomando como referencia iniciativas exitosas y mejores prácticas regionales e internacionales.

3.2.- ¿Cuáles son los criterios que deben adoptar las administraciones Públicas del Estado Peruano en el desarrollo de la potestad de fiscalización?

Bajo el rubro de los nuevos criterios que nos obliga a adoptar la incorporación a la OCDE como país, nos deben llevar a partir por reconocer y por la urgente necesidad de plasmación del verdadero rol de la fiscalización:

- Conocimiento de la realidad
- Detección de Riesgos
- Detección de Irregularidades
- Prevención General

Resulta útil citar este respecto, toda vez que los países ya inmersos en la lógica de la OCDE, están siguiendo prácticas en materia de fiscalización como la del esquema de la regulación inteligente (“smart regulation”), de esta manera dicha práctica propone racionalizar la elaboración de las leyes y defiende que no se trata de regular más, sino de hacerlo de manera más inteligente, considerando siempre la importancia de mantener un entorno económico atractivo y flexible para la actividad del sector privado, donde prime el conocimiento de la realidad.

De esta manera en el Foro de Regulación inteligente se señaló cuatro principios clave:

- Simplifica la relación entre los ciudadanos y las administraciones públicas, reduciendo la **burocracia**.
- Aporta un **marco jurídico estable**, con unas reglas del juego claras para todos.
- Armoniza los **derechos** de usuarios, consumidores, poderes públicos y empresas.
- Aporta un verdadero **valor añadido** al sector que regula.

Se evidencia entonces que una de las principales tareas que tienen las administraciones públicas del Estado Peruano es la adopción de dichos criterios, la búsqueda de diferentes técnicas en el desarrollo de la potestad de fiscalización, prefiriendo medidas regulatorias menos intervencionistas pero ascendiendo en la pirámide para adoptar medidas más severas conforme se haga necesario.

Esta es también la posición de la OCDE, la que en su Estudio de 2014 sobre los principios aplicables al enforcement y las inspecciones (“Regulatory Enforcement and Inspections, OECD Best Practice Principles for Regulatory Policy”), indican lo siguiente:

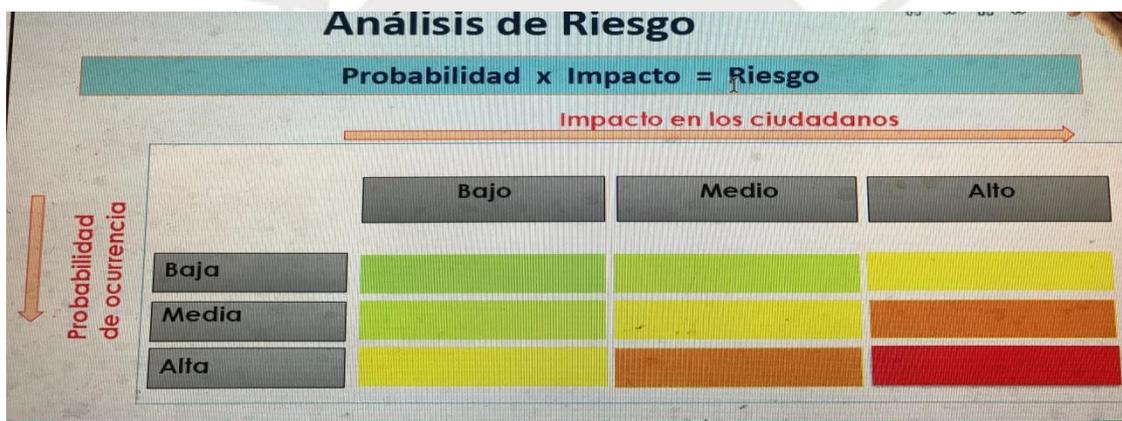
“Una buena estrategia de enforcement es aquella que provee correctos incentivos para los sujetos regulados y que fomenta el cumplimiento regulatorio a través de alternativas a la regulación tradicional, ayudando a reducir los esfuerzos de monitoreo que hacen los reguladores, los costos para las empresas y el sector público, y haciendo que las inspecciones sean más efectivas, eficientes, menos gravosas para los sujetos regulados.”

En ese contexto y partiendo de la premisa que el rol que le toca a las administraciones públicas es partir esencialmente de un enfoque preventivo, lo cual ya se encuentra plasmado como primer lineamiento en el artículo 243.2, que señala que *“Las entidades procurarán realizar algunas fiscalizaciones únicamente con finalidad orientativa, esto es, de identificación de riesgos y notificación de alertas a los administrados con la finalidad de que mejoren su gestión”, con lo cual se consagra el rol preventivo de la fiscalización”*.

En el contexto antes descrito, nuestras administraciones tienen el reto de plantearse adicionalmente a la identificación del verdadero rol el de la necesidad de utilizar el concepto de riesgo para racionalizar, para ello cuentan con distintas herramientas como las siguientes:

3.2.1.- Análisis de riesgo

El análisis del riesgo como herramienta de la fiscalización debe ser entendido como la combinación de probabilidad y consecuencia, admite diferentes combinaciones. De acuerdo al detalle siguiente:



De lo anterior, debemos precisar que esto no es algo nuevo para justificar o programar la inspección, de hecho tenemos la inspección basada en el riesgo en el sector petrolero (IBR-API RP 580) RISK BASED INSPECTION (RBI-API-RP 580), que básicamente sostiene que es necesario dicho análisis para la priorización y planificación de las inspecciones.

De este modo el propósito de la clasificación de riesgos es proveer las bases para tener una idea de la inspección directa de riesgo donde los recursos (tiempo y dinero) se pueden optimizar en el programa de inspección.⁶²

3.2.2. -Muestreo

otra forma de buscar la eficacia en la actividad inspectiva es a través del muestreo. De esta manera debemos partir de lo siguiente:

- Una vez definido el universo de administrados que serán supervisados es necesario conocer la unidad de supervisión.

⁶² Asociación argentina de materiales (2009), Estudio de inspección basada en riesgo de unidad de alquiler pp 99

- En caso no se cuente con recursos para supervisar al 100% de unidades se puede recurrir a realizar un muestreo estadístico.



Para corroborar lo expuesto conviene advertir que esto se encuentra recogido en la Norma Técnica ISO 2859-1-2013-PROCEDIMIENTO DE MUESTREO PARA INSPECCION POR ATRIBUTOS.

MUESTREO

Número de agentes a supervisar	Nivel de Inspección General I	Nivel de Inspección General II	Nivel de Inspección General III
2 a 8	2	2	3
9 a 15	2	3	5
16 a 25	3	5	8
26 a 50	5	8	13
51 a 90	5	13	20
91 a 150	8	20	32
151 a 280	13	32	50
281 a 500	20	50	80
501 a 1,200	32	80	125
1,201 a 3,200	50	125	200
3,201 a 10,000	80	200	315
10,001 a 35,000	125	315	500
35,001 a 150,000	200	500	800
150,061 a 500,000	315	800	1,250
500,001 y más	500	1,250	2,000

Fuente:
Norma Técnica ISO 2859-1
2013 – Procedimiento de
muestreo para inspección
por atributos

De lo anterior, observamos que esto no es ajeno al INDECOPI ya que en el año 2007 teníamos la Norma Técnica Peruana NTP 700.001.2007, que justamente señala lo siguiente:

“Son necesarios planes de muestreo que garanticen el uso justo y valido cuando se analicen alimentos para comprobar si se ajustan o no a una determinada norma del CODEX sobre productos”,

CUADRO 1 - GUÍA PARA LA SELECCIÓN DE PLANES DE MUESTREO PARA LOTES HOMOGÉNEOS¹

	Lotes constituidos por material a granel individualizable		Lotes constituidos por elementos individuales ¹	
	Mediciones cuantitativas		Mediciones cualitativas ²	
Lotes aislados	<p>Inspección por variables de productos a granel para determinar el porcentaje no conforme (sección 5.1) Ejemplo: comprobar si se ha añadido agua en la cisterna de leche</p>	<p>Inspección por atributos para determinar el porcentaje no conforme (sección 2.5.1.1) Ejemplo: inspección de defectos en piezas de fruta Inspección microbiológica del producto (secciones 3.1 y 3.2) Ejemplo: comprobar la presencia de microorganismos aerobios mesófilos en verduras frescas (véase las normas de la Comisión Internacional sobre Especificaciones microbiológicas para los Alimentos, en lo sucesivo la ICMSF)</p>	<p>Inspección por variables para determinar el porcentaje no conforme (sección 4.3.2) (método σ) Ejemplo: comprobar que el contenido de grana de una leche desnatada en polvo se ajusta al límite del Codex</p>	<p>Contenido medio (secciones 3.3 y 4.4) Ejemplo: comprobar que el peso medio de los elementos de un lote se ajusta a lo declarado en la etiqueta (véase también las normas ISO 2854-1976, 3494-1976)</p>
Serie continua de lotes	<p>Inspección por variables de productos a granel para determinar el porcentaje no conforme (sección 5.1) Ejemplo: comprobar si se ha añadido agua en la cisterna de leche</p>	<p>Inspección por atributos para determinar el porcentaje no conforme (sección 2.5.1.1) Ejemplo: inspección de defectos en piezas de fruta Inspección microbiológica del producto (secciones 3.1 y 3.2) Ejemplo: comprobar la presencia de microorganismos aerobios mesófilos en verduras frescas (véase las normas de la ICMSF)</p>	<p>Inspección por variables para determinar el porcentaje no conforme (sección 4.3.2) (método σ) Ejemplo: comprobar que el contenido de grana de una leche desnatada en polvo se ajusta al límite del Codex</p>	<p>Contenido medio (secciones 3.3 y 4.4) Ejemplo: comprobar que el contenido de sodio en un alimento dietético no supera el límite establecido (véase también las normas ISO 2854-1974, 3494-1976)</p>

¹ Tratándose de medidas cuantitativas, se supone que el error de medición es insignificante en relación con la variación del proceso (véase la sección 2.4).

² O individualizable.
³ Los datos cualitativos incluyen datos cuantitativos clasificados como atributos, por ejemplo con respecto a un límite.

Ahora bien respecto a las Normas Técnicas Peruanas⁶³ de muestreo en inspección, hemos encontrado lo siguiente:

- NTP ISO 2859-0:1999 Procedimiento de Muestreo para inspección por atributos- Parte 0. Introducción al Sistema ISO 2859 de muestreo por atributos.
- NTP ISO 2859-1-1999 Procedimiento de Muestreo para inspección por atributos Parte 1. Planes de muestreo aceptados por nivel de calidad aceptable.
- NTP 2859-2-1999(E) Procedimiento de Muestreo para inspección por atributos Parte 2 Planes de muestreo clasificados por nivel de calidad límite (CL) para inspección de lotes aislados.
- NTP ISO 3951: 2002 (E) Procedimiento de Muestreo y diagramas para la inspección por variables para determinar el porcentaje no conforme.
- NTP- ISO 5725-1: 1994 (E) Aplicación de Estadística- Exactitud (Conformidad y precisión) de los métodos de muestreo y sus resultados-Parte 1. Principios Generales y Definiciones.

3.2.3.- Plan de Supervisión

En atención a las ideas expuestas hasta aquí, consideramos que resulta esencial en que el desarrollo de la actividad fiscalizadora deba partir de una planificación de la misma, toda vez que cuando no sea posible fiscalizar a todos los sujetos e instalaciones deben recogerse en la planificación criterios territoriales, cuantitativos y funcionales necesarios para determinar los que van a ser objeto de fiscalización. Porque de esta manera se va reducir la discrecionalidad administrativa, y por ende, los riesgos de arbitrariedad y discriminación. Ahora bien sobre el contenido de dicho plan o programa de inspección, si bien hay discrecionalidad como lo hemos evidenciado, la doctrina más autorizada ha señalado un contenido mínimo.

De esta manera ZEGARRA VALDIVIA⁶⁴ nos menciona cual debió ser el contenido mínimo según detalle siguiente:

⁶³ El INACAL es el ente rector y máxima autoridad técnico-normativa del Sistema Nacional para la Calidad, responsable de su funcionamiento en el marco de lo establecido en la Ley N.º 30224; la misma que crea, en julio del año 2014, el Sistema Nacional para la Calidad y el Instituto Nacional de Calidad. . El INACAL tiene por finalidad promover y asegurar el cumplimiento de la Política Nacional para la Calidad con miras al desarrollo y la competitividad de las actividades económicas y la protección del consumidor.

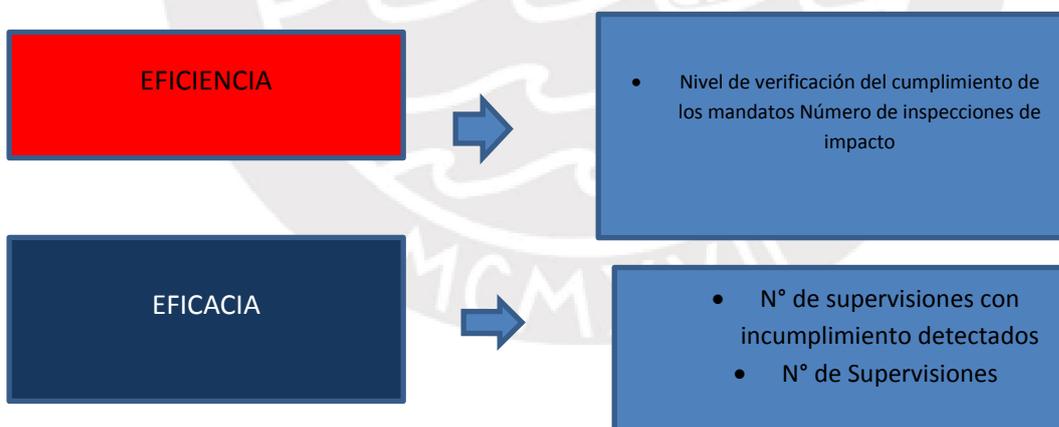
⁶⁴ Diapositiva de Clase de Programa de Segunda Especialidad en Derecho Administrativo 2017 UCP

- Área geográfica que se cubre
- Periodo de vigencia.- No es aconsejable que sea muy largo, porque no se trata de programar inversiones, sino actuaciones que precisen de un ajuste frecuente para dar respuesta a las situaciones que se van generando.
- Prioridades de la actividad de inspección, que eventualmente puede venir fijada en las propias leyes.
- Periodicidad de las actuaciones de inspección que ocasionalmente puede venir determinada por la ley. En todo caso habrá de tenerse en cuenta circunstancias muy variadas: (i) Los resultados de anteriores fiscalizaciones (ii) Que la periodicidad sea proporcional al riesgo que presenten las actividades, (iii) Que se evite en lo posible la consolidación de hechos consumados
- Tipos de actuaciones sometidas a control. No será infrecuente que se identifiquen con detalle cuales son las instalaciones o las actividades que van a ser inspeccionadas.

Así pues, cabe evidenciar que en muchas de las normativas de las administraciones publicas de nuestro país, no se hace referencia alguna a la necesidad de planificación de la actividad de fiscalización, ni a la programación de la misma.

Con lo expuesto hasta aquí, resulta evidente que si bien muchas administraciones publicas de nuestro país bajo dicho marco normativo se encuentran dotadas de discrecionalidad, lo cual merece un detenimiento especial, ello no las puede llevar a la inobservancia de los principios propios de la actividad administrativa, así como las finalidades deberes y principios de la actividad fiscalizadora.

esto tiene un impacto también en la eficiencia y eficacia del INDECOPI toda vez si la plasmamos de acuerdo a lo siguiente:



Ahora bien, una adecuada actividad de planificación de la inspección, debe recoger como mínimo en el documento que dé inicio a la solicitud de inspección, lo siguiente:

- Expediente N° -2004-CPC
- Objetivo
- Antecedentes
- Base Legal
- Motivación de porque se debía hacer la inspección (Basada en el riesgo, muestreo, etc)
- Tipo de inspección

- *Acciones a realizar*
- *Personal Asignado*
- ***Recursos Requeridos***

Finalmente para cerrar este acapite es de evidenciar tal como lo menciona ZEGARRA VALDIVIA⁶⁵ que la planificación puede darse sin base legal alguna pero esta no debiese ser arbitraria. De esta manera nos señala textualmente lo siguiente:

*“Se permite su elaboración incluso sin base legal alguna, su incumplimiento no afecta necesariamente a la validez de la actuación fiscalizadora. **El mayor riesgo de actuación arbitraria o discriminatoria no está en las actuaciones añadidas, sino en la falta de actuación cuando está prevista en el plan o programa**”*

3.2.4.- Ciclo Supervisor

Es de advertir que uno de los recursos a observar y racionalizar en la programación del Ciclo supervisor es el tiempo, en ese sentido dado el tiempo limitado para las inspecciones, los inspectores deben establecer las prioridades para aprovechar su tiempo de la manera más eficiente que puedan para satisfacer la tutela del interés común.

Así pues TIRADO BARREDA⁶⁶ nos señala *“que para generar actuaciones eficientes, no es necesario que todas las actividades privadas deban ser objeto de inspección en todo momento ya que el simple anuncio de su realización o su puesta en práctica en determinados sectores, sujetos u oportunidades, genera un efecto de demostración que coadyuva a su cumplimiento voluntario. Por otro lado, asumiendo que pudiera ser materialmente factible para la Administración supervisar todas las actividades privadas sujetas a determinada regulación, su puesta en práctica paralizaría la vida económica y social del país, entorpeciendo el desarrollo de la iniciativa privada. Debemos tener presente que, encontrándonos en un régimen de economía social de mercado, los niveles de intervención administrativa respecto de las actividades económicas desarrolladas por los particulares deben ser mucho menores que aquellas que podrían existir en el caso de sistemas económicos que avalen un grado mayor de intervención estatal”*.

Adicionalmente la doctrina más autorizada ha insistido en que esta programación DEL Ciclo Supervisor es necesaria por dos razones fundamentales:

Desde el punto de vista de la eficacia de la actuación inspectora.

Una fiscalización eficiente puede desplegar el efecto de prevención general en el cumplimiento de las normas que se le reconoce. Estos planes permiten ordenar eficazmente la actuación de los efectivos, que a menudo son escasos o claramente insuficientes.

Las actuaciones programadas pueden servir, por ejemplo, para dar una inspección prioritaria o más intensa sobre ciertos productos o servicio. En España puede citarse la inspección de consumo de productos de uso o consumo común⁶⁷, ordinario y generalizado, que son objeto de campañas programadas de control de calidad

⁶⁵ Zegarra Valdivia Diego, La Participación de los Privados en la actividad de Supervisión en el sector eléctrico Peruano: Breve aproximación a su estudio. Themis Revista de Derecho N° 69 pp123-131

⁶⁶ Tirado Barreda, Jose Antonio. Reflexiones en torno a la potestad de inspección o fiscalización de la Administración Publica, Revista Derecho y Sociedad N° 37 pp 251-262.

⁶⁷ Diccionario de Consumo (Madrid) *Es todo bien susceptible de ser adquirido con frecuencia de forma inmediata y sin necesidad de cumplir ningún requisito específico por parte de cualquier consumidor, salvo el relativo al pago del precio que tenga fijado. Se incluyen como tales tres tipos: Los alimentos (incluidas las bebidas). Los productos no alimenticios (muebles, vehículos, viviendas, productos textiles, juguetes, etc.). Los servicios (transportes, comunicaciones, turismo, hostelería, etc.); en esta categoría se incluyen los suministros de telefonía, energía y agua. Existe un catálogo legalmente establecido de los bienes y servicios que integran con carácter general este tipo de productos. Los derechos de los consumidores que guarden relación directa con los bienes o servicios de*

4.- ¿Cuáles son los retos y tareas pendientes que se debe plantear el Estado Peruano en el ejercicio de la potestad de fiscalización a la luz de los desafíos de la OCDE?

La fiscalización en virtud de todo lo expuesto se vislumbra como un desafío urgente de cambio en las diversas administraciones públicas para que sientan el verdadero rol que deben protagonizar, de esta manera el enfoque de gestión de riesgos es a la luz de los nuevos desafíos de la OCDE considerada como la tarea principal de esta manera en *The emergence of risk-based regulation and the new public risk management in the United Kingdom*, Public Law (Autumn), pp. 512-549 y BLACK, J., (2010) “The Role of Risk in Regulatory Processes” from Lodge, M, Cave, Baldwin, R (eds) *The Oxford Handbook of Regulation* (Oxford Press), instrumento base de los documentos que plasman los desafíos OCDE señalan lo siguiente⁶⁸:

“La llamada regulación por riesgos (“risk-based regulation”) tiene por objeto identificar, evaluar, mitigar y monitorear el riesgo (“risk management”) – que para estos efectos implica no cumplir con las normas que regulan una determinada actividad -, de tal forma que la entidad pública pueda priorizar la frecuencia de fiscalización y la asignación de recursos para ello, de acuerdo al nivel de riesgo que enfrenta”.

El origen de este enfoque se ha señalado que se encuentra en el Reporte Hampton de 2005 sobre “la mejora de la inspección y el enforcerment” (“HM Treasury Hampton Report —Reducing Administrative Burdens: Effective Inspection and Enforcement”), en el cual se destaca lo siguiente:

“Como principal carga administrativa para las empresas el costo en tiempo y dinero de las inspecciones y la ejecución de las regulaciones, por lo que se recomienda que las entidades públicas adopten principios comunes de enforcement regulatorio basado en la evaluación de riesgos (“risk assessment”), de tal forma que los recursos estén concentrados en las áreas supervisables donde más se necesita y donde el riesgo puede causar un gran impacto”.

Ahora bien, este reto se plantea por que la OCDE es una organización intergubernamental cuya misión es promover políticas que mejoren el bienestar económico y social de las personas alrededor del mundo y que al estar conformada por 34 países miembros comprometidos con el gobierno democrático y la economía de mercado, existen pues ejemplos que deberíamos seguir en la incorporación a la misma en materia de fiscalización.

De esta manera al ser la OCDE una de las fuentes más grandes y confiables en el mundo de datos estadísticos comparables sobre aspectos económicos y sociales, monitoreo de las tendencias, reunión de datos, análisis y pronóstico del desarrollo económico e investigación de los patrones de evolución de una amplia gama de áreas de política pública tales como: gestión pública, agricultura, cooperación al desarrollo, educación, empleo, macroeconomía, impuestos, comercio, ciencia, tecnología, industria e innovación, y medio ambiente

uso o consumo común, ordinario y generalizado, han de protegerse prioritariamente por los poderes públicos, y son, además, derechos irrenunciables por parte de los consumidores.
<http://www.madrid.es/portales/munimadrid/es/Inicio/Ayuntamiento/Consumo-y-Comercio/Consumo/Diccionario-de-Consumo>

⁶⁸ <http://www.enfoquederecho.com/2017/08/10/que-es-la-fiscalizacion-bajo-el-enfoque-de-cumplimiento-normativo-de-prevencion-y-de-gestion-del-riesgo/>

En ese contexto es que de los 34 países miembros en prácticas de fiscalización por riesgo destaca el caso de la Tabla de los Once (Table of Eleven) existente en los Países Bajos (miembro OCDE) que plantea lo siguiente: “

“Identificar los factores de riesgo en las actividades de fiscalización durante el proceso de diseño de instrumentos regulatorios. Estos factores de riesgo – que afectan el cumplimiento normativo -, están basados en las determinantes identificadas por la academia y por la propia práctica de las agencias de inspección. Asimismo, identifica factores que afectan i) el cumplimiento espontáneo o voluntario (ausencia de enforcement), ii) factores de control que determinan la probabilidad de detección del no cumplimiento y iii) factores de sanción que determinan la graduación de las sanciones⁶⁹”

Por lo que en virtud de todo lo expuesto, se evidencia que los cambios normativos en nuestro ordenamiento no son suficientes, toda vez que son necesarios cambios institucionales dentro de las administraciones públicas de nuestro país, toda vez que, en la actualidad subsiste en muchos ordenamientos un indebido recojo de lo que es la fiscalización, lo que supondría el traslado de potestades propias de la actividad sancionadora. De esta forma al momento de analizar la validez de lo recogido con ocasión de la fiscalización sino se ha dado en observancia de los principios y garantías carecería de valor probatorio.

Lo que evidencia la necesidad de sentar a la fiscalización en su verdadero rol, establecer protocolos de monitoreo, implementación del enfoque de prevención, medición de impacto, ex post entre otros.

4.1.-Evaluación de los impactos

4.1.1.- Análisis Costo-Beneficio

Al respecto somos de la postura que son altísimos los costos de la inobservancia de la naturaleza de la actividad de fiscalización, por lo que es requisito fundamental la observancia de la legalidad, para sustentar ello debemos mencionar que GARCIA DE ENTERRIA⁷⁰, señala lo siguiente: *“La actividad inspectora, como toda actividad esencialmente imperativa o de autoridad, está sometida al clásico principio de legalidad administrativa, en virtud del cual es exigible la adecuada cobertura legal, es decir, la atribución por Ley a la Administración de la potestad de inspección sobre una materia, sector o ámbito determinado, precisando su alcance, extensión y los fines que ha de tutelar, y ello sin perjuicio de reconocer, desde luego, la conveniencia de un ulterior desarrollo reglamentario de determinados aspectos de la actuación inspectora.”*

En ese sentido se evidencia que el reto que tenemos como país consistente en establecer un marco adecuado de la observancia debida a la fiscalización, a la luz de un análisis costo – beneficio da como resultado el costo de una medida específica es mayor junto con los beneficios derivados de la misma, toda vez que siguiendo los estándares en materia de fiscalización utilizados por países miembros de la OCDE dará como resultado el aminoramiento de los Costos de Control y Fiscalización, orientado a una lógica de eficacia y eficiencia. Para ello es más que necesario el diagnóstico de la situación actual que a pesar de los cambios normativos mantiene aún condiciones de desnaturalización de

⁶⁹ <http://www.enfoquederecho.com/2017/08/10/que-es-la-fiscalizacion-bajo-el-enfoque-de-cumplimiento-normativo-de-prevencion-y-de-gestion-del-riesgo/>

⁷⁰ GARCIA DE ENTERRIA, Eduardo, citado por Agustín GARCIA URETA. La potestad inspectora de las Administraciones Públicas. Marcial Pons. 2006. p. 28.

la potestad de fiscalización resultado que se concretara de un análisis general en todos los órganos de fiscalización, no olvidando que el mayor reto a que se enfrenta es a la búsqueda adicional de generar información estratégica para que los poderes del ejecutivo, legislativo y judicial en sus diferentes instancias, puedan comunicar los resultados de su gestión a la ciudadanía, al Congreso y otras instancias nacionales e internacionales.

Ello porque la OCDE ha identificado que la mayoría de los países en desarrollo está tratando de modernizar sus sistemas y que *“Probablemente la razón principal por la que estas técnicas empiezan a tener auge mundial en años recientes se debe a que los líderes de diferentes países (o niveles de gobierno) se enfrentan cotidianamente a la decisión de cómo asignar los escasos recursos disponibles, en un ambiente en el que las necesidades de la población son no sólo innumerables, sino crecientes o, peor aún, como ocurre en muchos países, cuando han rebasado la capacidad del Estado para satisfacerlas”*.

4.1.2.- Análisis Costo- Efectividad

Al respecto somos de la postura que si tiene consecuencia jurídicas, toda vez que cuando se desconoce los principios y las finalidades ello tiene un efecto muy potente en la efectividad de la misma y en los resultados. De esta manera para sustentar lo expuesto tenemos lo señalado por ZEGARRA VALDIVIA⁷¹ quien sostiene *que en tanto que a través de esa actividad se imponen deberes a los administrados, ello solo puede hacer la administración cuando la ley lo habilita; incluso aunque no se afectara derechos fundamentales se está lleno en el ámbito de vinculación positiva de la ley.*

Lo advertido es importante y muy grave a la vez, ya que como señala GARCIA URETA⁷² al funcionario público no le basta su condición para poder documentar su actividad fiscalizadora de un modo que tenga la plena eficacia probatoria, solo podrán hacerlo así quien estén autorizados para ello derivándose dicha autorización de las correspondientes prescripciones administrativas.

Esto se ve reforzado por lo que señala BERMEJO VERA quien menciona que “la inspección debe realizarse por agentes autorizados, que además de sus condiciones de tecnificación y conocimiento acreditado, pueden gozar de la condición de “agentes de autoridad” no solamente a los efectos administrativos. **La importancia de su condición y función tiene como contrapartida las obligaciones de sigilo, imparcialidad y secreto que le son exigibles**, incluso con posibilidad de sanción penal del delito de revelación de asuntos o materias que tiene conocimiento por razón del cargo, ya que la confidencialidad es una garantía para los inspeccionados”.

En ese sentido, se evidencia que la desnaturalización de la actividad fiscalizadora y de los principios que la rigen le niegan elemento probatorio de sus resultados, tal como lo hemos argumentado a lo largo del presente, toda vez que como señala LUCIA ALARCON⁷³ la información obtenida por la inspección que no respete los principios no podrá ser usada por la administración para basar su resolución posterior y si lo hace esa resolución deberá ser anulada.

⁷¹ Zegarra Valdivia Diego, La Participación de los Privados en la actividad de Supervisión en el sector eléctrico Peruano: Breve aproximación a su estudio. Themis Revista de Derecho N° 69 pp123-131

⁷² García Ureta, La potestad inspectora de las Administraciones Públicas Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales. Madrid 2006 Barcelona.

⁷³ Alarcon Sotomayor, El procedimiento pp 356-362.

Bajo esa misma lógica GALLARDO BUENO⁷⁴ señala que si se respetan los principios de la potestad inspectiva la información obtenida tendrá un valor probatorio en los procedimientos posteriores.

5.- Conclusiones

Se ha hecho necesario replantear el concepto entre otros aspectos sobre la naturaleza de la potestad de fiscalización de la administración Pública del Estado Peruano como parte de los retos a los que se tiene que enfrentar en diferentes áreas, como la eficacia e integridad del sector público, los primeros esbozos de ello ya se han dado mediante el Decreto Legislativo N° 1272 que modificó la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General (LPAG), introduciéndose dentro del Título IV, una regulación expresa sobre la Actividad Administrativa de Fiscalización, lo cual evidencia una mayor atención a la potestad fiscalizadora. Sin embargo, estos cambios normativos aún no son suficientes toda vez que coexisten con una dispersión normativa en cada ordenamiento que tiene una conceptualización distinta de la potestad de fiscalización, muchas veces contradictoria que vienen desnaturalizando la misma.

La efectividad de los procedimientos sancionadores seguidos por las diversas administraciones públicas que tengan como sustento medios probatorios recogidos con ocasión del desarrollo de actividad inspectiva, más allá de lo recogido normativamente serán efectivos si se pone atención y se hace el despliegue correcto de la actividad inspectiva con la observación, de las garantías, principios y deberes propios de la misma, toda vez que por más que las sanciones a las conductas prohibidas se recojan normativamente ello no tendrá efectividad si en la inspección se desnaturaliza la misma trasladando reglas propias del procedimiento sancionador al considerarla como diligencias preliminares a la sanción pre ordenadas a la apertura de expediente sancionador .

Asimismo compartimos la opinión de Rebollo Puig respecto de los retos que las diversas regulaciones sectoriales deben observar para sentar las bases de una correcta fiscalización, basada en dos matices relevantes en el desarrollo de la actividad inspectiva que conviene subrayar: 1) Que la eventual reacción contra los incumplimientos detectados ya no forma parte de la actividad inspectora y 2) Que la actividad de inspección no es solamente no es meramente auxiliar del ejercicio de la potestad sancionadora, sino que alcanza a consecuencias de otra índole.

Consideramos también que queda pendiente como desafío por parte de las distintas entidades administrativas tomando en consideración las modificaciones a la Ley del Procedimiento Administrativo General en su inclusión en el art. 237° a la inspección como ajena al Procedimiento sancionador la adecuación a esta, con el fin de superar el sesgado binomio supervisión= Prevención y Fiscalización= Sanción del que muchas de ellas parten, para luego de esta adecuación acomodar sus potestades a las exigencias de cada materia.

⁷⁴ Bueno Gallardo, La configuración constitucional del derecho a la intimidad. Centro de estudios Constitucionales, Madrid pp755

IV.- BIBLIOGRAFÍA

LIBROS Y/O REVISTAS

- 1.-**Agustín García Ureta**, La potestad Inspector de las Administraciones Públicas, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales S.A Madrid 2006 pp.219-235.
- 2.-**Manuel Rebollo Puig**, Ponencia: La Actividad inspectora, VIII Congreso de la Asociación Española de Profesores de Derecho Administrativo, 2013 pp 1-59.
- 3.-**Orlando Santofimio**, Surgimiento de los tipos de sometimiento de la administración pública al derecho.
- 4.- **Santiago Muñoz Machado**, “Las concepciones del derecho administrativo y la idea de participación en la administración”. RAP N° 84, CEC, Madrid, 1987, pp. 521.
- 5.-**Rivero Ortega, Ricardo**, El estado vigilante: consideraciones jurídicas sobre la función inspectora de la Administración. Madrid, Editorial Tecnos, 1999, pp.26.
- 6.-**Carmona Santander, Carlos**, El defensor del Ciudadano y la relación con los mecanismos institucionales de control. En Revista Ius Et Praxis, 2001, pp.537.
- 7.-**Eva, Desdentado**. La Crisis de la identidad del Derecho Administrativo: privatización huida de la regulación pública y Administraciones independientes. Madrid, Tirant lo Blanch, 1999, p168.
- 8.- **Juan Manuel de la Cuetara**, La actividad de la administración, Madrid, Editorial, Tecnos,1983. p 87.
- 9.-**Forsthoff, Ernst**, Tratado de Derecho Administrativo», traducción de Legaz Lecambra, Garrido Falla y Gómez de Ortega y June, Instituto de Estudios Políticos. España. 1958. p 30.
- 10.-**Leoni, Amaya Ayala**, Evaluación de la Funcionalidad y Efectividad de los procedimientos administrativos conducidos por el INDECOPI para sancionar conductas de trato discriminatorio de índole racial en establecimientos abiertos al público dedicados a actividades de esparcimiento. Tesis PUCP, 2016.
- 11.-Discriminación en el consumo y trato diferenciado ilícito en la Jurisprudencia del INDECOPI, INDECOPI-2015) pp.35
- 12.-**Esteve Pardo, José** Lecciones de Derecho Administrativo (Quinta Edición) pp.187.
- 13.- **Villar Ezcurra, José**, Derecho administrativo Especial. Administración Publica y Actividad de los particulares, Madrid, Editorial Civitas, 1999, p 24-41.
- 14.-**Leal Vásquez, Briguitte**. La potestad de inspección de la Administración del Estado, Santiago de Chile, 2014 pp.22.

- 15.-**Jordana de Pozas, Luis.** Ensayo para una teoría de Fomento en el Derecho Administrativo en: Revista de Estudios Políticos p 41-54, Enero-marzo, 1942.
- 16.-**Santamaría Pastor,** Principios de Derecho Administrativo General, vol. II, 2.ª ed., Iustel, Madrid, 2009, págs. 255 y ss.
- 17.-**Esteve Pardo,** La recepción en la Europa continental del Derecho de la Regulación de la Economía (Regulierungsrecht. La sistemática de la doctrina alemana y sus sustanciales analogías con la recepción doctrinal en España. Crónica de libros)», núm. 183 de esta REVISTA, 2010, págs. 295 y ss.
- 18.-**Sánchez Morón, Miguel.** Derecho Administrativo. Parte General. Tecnos, Décima edición, Madrid, págs. 651-688 y 806-825.
- 19.-**Esteve Pardo, José.** Lecciones de Derecho Administrativo. Marcial Pons, Madrid, 2011, págs. 355-382, 416-423.
- 20.-**Alcides Antúnez Sánchez y Amed Ramírez Sánchez,** La potestad inspectiva v/s la auditoría pública. ojeada histórica dentro del derecho administrativo ambiental cubano, Revista de Derecho UNED, núm. 18, 2016.
- 21.-**Rebollo Puig, Manuel,** Propuesta de Regulación General y Básica de la Inspección y de las Infracciones y Sanciones Administrativas» en SAINZ MORENO, Fernando, (Director) Estudios para la reforma de la Administración Pública, 1.º edición, Editorial INAP, Madrid, España, 2004, p. 449.
- 22.- **Zegarra Valdivia Diego,** La Participación de los Privados en la actividad de Supervisión en el sector eléctrico Peruano: Breve aproximación a su estudio. Themis Revista de Derecho N° 69 pp123-131.
- 23.-**Bermejo Vera, José** La administración inspectora. En revista de Administración Publica 147 (Septiembre- Diciembre) 1998 p 42
- 24.- **Tessy Torres,** Cuadro extraído del módulo de Tessy Torres del Curso de Especialización en Fiscalización. PUCP -2016.
- 25.-**Fernández Ramos, Severiano,** La actividad administrativa de inspección: el régimen jurídico general de la función inspectora», Editorial Comares, Granada, España, 2002, pp. 54-55.
- 26.-Compendio Estadístico Institucional 2004-2010 INDECOPI Información estadística sobre la labor de diferentes Comisiones, Direcciones y Servicios y Salas que componen el instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la propiedad intelectual.
- 27.-Varios, Asociación argentina de materiales (2009), Estudio de inspección basada en riesgo de unidad de alquiler pp. 99.

- 28.- Diapositiva de Clase de Programa de Segunda Especialidad en Derecho Administrativo 2017 PUCP (Modulo de Doctor Zegarra Valdivia)
- 29.-**Izquierdo Carrasco, Manuel** “La inspección del Banco de España sobre las entidades de crédito” pp. 56.
- 30.-**García Ureta, Agustín**“ La potestad inspectora de las administraciones públicas” Madrid Barcelona 2006 pp 35-36
- 31.-**Esteve Pardo, José**, Técnica, Riesgo y Derecho Barcelona Ariel 1999 pp 66.
- 32.-**Morón Urbina Juan Carlos**, Comentarios a la Ley del Procedimiento administrativo General Décima Edición 2014 pp345-346.
- 33.- **Valdez Calle, Antonio**, Comentarios a las normas generales de procedimientos administrativos pp 25.
- 34.-**Villar Palasi**, Curso de Derecho Administrativo I, Universidad Complutense, Madrid, 1972 pp207 a 209 citado en Rebollo Puig, La potestad de inspección.
- 35.- **Perez Hualde, Alejandro**. La crisis mundial y el Derecho Público (El Estado, otra vez, protagonista). En: Rivista di Diritto Pubblico italiano, comunitario e comparato. N°10/2009. Disponible en www.federalismi.it).
- 36.-**Bermejo Vera, José**. La Administración inspectora. Revista de Administración Pública. Madrid. 1998. N° 147. p. 44-45)
- 37.-**Muñoz Machado, Santiago** “Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General IV. La actividad Administrativa” Madrid Iustel 211, p 713.
- 38.-**Esteve Pardo**. Técnicas, Riesgo y Derecho. Barcelona Ariel 199 p66.
- 39.-**Alarcon Sotomayor**, El procedimiento administrativo sancionador pp 356-362.
- 40.-**Bueno Gallardo**, La configuración constitucional del derecho a la intimidad. Centro de estudios Constitucionales, Madrid pp755.
- 41.-**Gamba Valega, César**. Acerca del ejercicio y control de las potestades administrativas. Especial referencia al procedimiento tributario de fiscalización. En: Vectigalia. Lima, Año 3. N° 3. Diciembre, 2007. p. 44).
- 42.-**Tirado Barreda, José Antonio**. Reflexiones en torno a la potestad de inspección o fiscalización de la Administración Publica, Revista Derecho y Sociedad N° 37 pp 251-262.
- 43.-**García De Enterría, Eduardo**, citado por Agustín GARCIA URETA. La potestad inspectora de las Administraciones Públicas. Marcial Pons. 2006. p. 28.
- 44.-**García Ureta**, La potestad inspectora de las Administraciones Públicas Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales. Madrid 2006 Barcelona.

- 45.-**Barcelona Llop**, Agente de Autoridad (Derecho administrativo) en *VVAA*, Enciclopedia Juridica Basica Vol I, pp 377-380.
- 46.-**Toyama Jorge**, La Prueba en el Derecho Laboral: El Proceso Inspectivo y la Justicia Oral.
- 47.-**Ramón Parada**, Derecho administrativo II Régimen Jurídico de la actividad administrativa 20 ed. Open Ediciones Universitarias.SL. 2013. Madrid España.
- 48.-**Fernández Ramos**, La presunción de certeza en el Derecho Administrativo Sancionador. Madrid: Civitas-Generalitat de Catalunya. Escola D`Administració Publica de Catalunya. 1994, p. 85).
- 49.- **Cesar Puntriano Rosas**, La necesidad de motivación de los pronunciamientos de la inspección del trabajo como requisito fundamental para la eficacia del derecho del trabajo.
- 50.-**Marín Hortelano**, Aproximación a la Ley del Régimen Jurídico de las Administraciones Publicas y Procedimiento Administrativo común 1993 p138.
- 51.-**Vignolo Cueva, Orlando**, En Revista de Estudiantes de la Universidad de Piura “IA IUS ESTO”, año 3, número 6, p 159.
- 52.- **Rebollo Puig, Manuel**, Interesados y denunciadores en el procedimiento sancionador. En El procedimiento administrativo en el Derecho comparado. Madrid: Cívitas, 1993, p. 227 y siguientes.
- 53.-**Sánchez Morón**, Derecho administrativo. Parte general, p. 491.
- 54.-**Cobo, Tomás**, Actuaciones previas e iniciación del procedimiento (art. 11 al 15 del RD 1398/93”. El Procedimiento Administrativo Sancionador. Barcelona: Ed. Bosch, pp. 149-174.
- 55.-**Parada Vázquez**, Derecho Administrativo, página 367.
- 56.-**Castillo Córdova, Luis**. Debido Proceso y Potestad Sancionadora. Derecho Disciplinario Libro de memorias del Congreso Internacional Arequipa 2016. pp53- 78.
- 57.- **Gallego, Alfredo y Menéndez, Ángel**. Acto y procedimiento administrativo. Madrid: Marcial Pons, 2001, p. 231.
- 58.-**Sanchez Rubio Aquilina**, Prohibición de sufrir indefensión y su tratamiento por el Tribunal Constitucional.
- 59.- **García de Enterría, Eduardo**. “La doctrina de los actos propios y el sistema de la lesividad”. En: Revista de Administración Pública N° 20, 1956, pp. 69-80
- 60.-Guía Práctica sobre la actividad Probatoria en los Procedimientos Administrativos-MINJUS-2016.

61.-**Pardo, Michael** s. The Field of Evidence and the Field of Knowledge. Law and Philosophy, Vol. 24, N° 4 (Jul., 2005), p. 325.

62.-**Cobo, Tomás**, Actuaciones previas e iniciación del procedimiento (art. 11 al 15 del RD 1398/93”. El Procedimiento Administrativo Sancionador. Barcelona: Ed. Bosch, pp. 149-17

63.- **Sánchez Velásquez, Daniel**. Discriminación y medios de comunicación. Análisis de las bromas raciales en la televisión peruana. Lima: Palestra Editores. 2010. Pg. 137-138.

64.- **Espinosa-Saldaña Barrera, Eloy**. Derecho a la igualdad en el Perú: Modelo para armar avances y retos por enfrentar. Reflexiones a la luz de la jurisprudencia de nuestro Tribunal Constitucional sobre el particular. En Libro Homenaje a Luis Hernández Berenguel. Lima: IPDT. 2010 Pg. 403.

65.- **Agüero Miñano, Maritza y Rodríguez García, Gustavo**. El derecho y la economía de la discriminación en el consumo. Lima: ECB Ediciones. 2014. Pg. 33.

66.- **Noda Yamada, Carlos Ramón**. La justificación de la prohibición de la discriminación en el consumo a partir de la racionalidad económica del sistema de protección al consumidor. A propósito del caso “Café del Mar”. En: Diálogo con la Jurisprudencia N°107 – Año 13. Lima: Gaceta Jurídica. 2007. Pg. 40.

767.- AYRES, Ian y BRAITHWAITE, J. (1992), Responsive regulation: transcending the deregulation debate (Oxford: University Press US), pp. 101-102.

68.- BLACK, J., (2005): “The emergence of risk-based regulation and the new public risk management in the United Kingdom”, Public Law (Autumn), pp. 512-549 y BLACK, J., (2010) “The Role of Risk in Regulatory Processes” from Lodge, M, Cave, Baldwin, R (eds) The Oxford Handbook of Regulation (Oxford Press): pp. 342-348.

69.- BALDWIN, R., (2006) “Better regulation in troubled times”, Health economics policy and law, 1 (3), p. 204.

FUENTES ELECTRÓNICAS

70.- <http://www.oecd.org/centrodemexico/laocde/peru-y-la-ocde.htm>

71.- Estudio sobre la Gobernanza Publica: Perú

<http://www.oecd.org/countries/peru/estudios-de-la-ocde-sobre-gobernanza-publica-peru-9789264265226-es.htm>

72.- Enforcement y la Supervisión basada en riesgo

<http://www.oecd.org/corporate/ca/corporategovernanceprinciples/35652342.pdf>

73.- Regulacioninteligente.org/smart-regulation/

74.- Documento disponible en: [http://www.keepeek.com/ Digital-Asset-Management/oecd/governance/regulatory-enforcement-and-inspections_9789264208117-en#page4](http://www.keepeek.com/Digital-Asset-Management/oecd/governance/regulatory-enforcement-and-inspections_9789264208117-en#page4).

75.- <http://www.enfoquederecho.com/2017/08/10/que-es-la-fiscalizacion-bajo-el-enfoque-de-cumplimiento-normativo-de-prevencion-y-de-gestion-del-riesgo/>

