

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL PERÚ
ESCUELA DE GRADUADOS
MAESTRÍA EN DERECHO CON MENCIÓN EN DERECHO PENAL



PONTIFICIA
UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DEL PERÚ

**Los principios constitucionales limitadores del *Ius Puniendi*
¿Qué límites rigen el
Derecho Administrativo Sancionador en el Perú?**

Tesis para obtener el grado académico de
Magíster en Derecho con Mención en Derecho Penal

Autor:

Héctor Fidel Rojas Rodríguez

Asesor

Prof. Dr. Iván Fabio Meini Méndez

Jurado:

Prof. Dr. Juan María Terradillos Basoco
Prof. Dr. Felipe Andrés Villavicencio Terreros

Lima - Perú
2014



A Sofía Valentina

Agradecimiento

Esta tesis no solo es el resultado de una investigación académica, lo es también –y quizá principalmente- de mi evolución personal y profesional, a la que contribuyeron muchas personas. Es imposible que mi deuda con ellas quede saldada alguna vez, pero anhelo que este gesto les brinde un testimonio de mi gratitud por lo que me dieron –y me dan- con tan generosa abundancia.

Gracias:

A Dios, que para mí no es solo una idea. Él está en cada uno de nuestros actos. Las páginas que a continuación están escritas, reflejan lo que aprendo de Él cada día.

A Mercedes y Mauro, mis padres, por enseñarme a trabajar, leer, escribir y soñar, que fue lo que hice al redactar este trabajo. A mis abuelos Alejandro y Rosalía por su ejemplo de sacrificio. A mis hermanos Ramiro, Roberto y Milagros, mis primeros compañeros de formación.

Al ingeniero Rafael Rey Rey, por su ejemplo de rectitud, perseverancia y, principalmente, por enseñarme a tener confianza en mí mismo. A Úrsula Harm, por sus consejos, su preocupación por mi bienestar y, por qué no, también por los regañones.

Al profesor Dr. Iván Meini, asesor de la tesis, por su guía y dirección, que permitieron que este trabajo llegue a buen puerto. Sobre todo, le debo agradecer su amistad sincera y su aliento permanente, sin los cuales la tesis no estaría culminada.

A los profesores Dres. Raúl Pariona e Iván Montoya, por sus atinados comentarios y sugerencias, así como al profesor Christian Guzmán Napurí.

A Carolina Rodríguez, por animarme y ayudarme a emprender y culminar este trabajo.

A Silvana Monasí y David Pezo, por la organización de mi bibliografía, así como a Rocío Barrera. A Carla Villarreal, Erik Guimaray, Laura Delgado y Magaly Arcela quienes me brindaron su excelente apoyo desde la parte administrativa en la Maestría en Derecho Penal.

A mi hija Sofía Valentina. Cada página escrita a continuación fue inspirada por ella. Le dedico este trabajo con mi más profundo amor.

INDICE

Los principios constitucionales limitadores del *Ius Puniendi* ¿Qué límites rigen el Derecho Administrativo Sancionador en el Perú?

Introducción

Capítulo I.

La actividad sancionadora del Estado en el Perú.

- 1.1.- Manifestaciones de la potestad sancionadora (especial referencia a la potestad sancionadora del Estado).
 - 1.1.1.- El Derecho Penal.
 - 1.1.2.- El Derecho Disciplinario.
 - 1.1.3.- El Derecho Administrativo Sancionador.
 - 1.1.4.- Otras manifestaciones.

Capítulo II.

La articulación entre las distintas manifestaciones del derecho sancionador público. Particular referencia a la relación entre el Derecho Penal y el Administrativo Sancionador en el Perú.

- 2.1.- La articulación entre las distintas manifestaciones del derecho sancionador público.
- 2.2.- Tesis sobre la articulación penal-administrativa.
 - 2.2.1.- La tesis unitaria.
 - 2.2.2.- La tesis diferenciadora.
 - 2.2.3.- La tesis ecléctica.
- 2.3.- ¿Qué tesis rige en el Perú?.
 - 2.3.1.- La normatividad vigente.
 - 2.3.1.1.- Normas de rango constitucional.
 - 2.3.1.2.- Normas penales.
 - 2.3.1.3.- Normas administrativas.
 - 2.3.2.- Pronunciamientos relevantes
 - 2.3.2.1.- En el Ministerio Público.
 - 2.3.2.2.- En el Poder Judicial.
 - 2.3.2.3.- En el Tribunal Constitucional.
 - 2.3.2.4.- En la Administración.
- 2.4.- Toma de postura.

Capítulo III.

Los límites constitucionales al *ius Puniendi* y su vigencia en el Derecho Administrativo Sancionador en el Perú.

3.1.- La Constitución y el *ius puniendi*.

3.2.- Los límites constitucionales al *ius puniendi*.

3.3.- La proyección del Principio de Mínima Intervención en el Derecho Administrativo Sancionador. Análisis de la problemática sobre los límites de la lesividad (alcances de la tipificación del peligro).

3.4.- La proyección del Principio de *Legalidad* en el Derecho Administrativo Sancionador. Análisis de las remisiones normativas.

3.5.- La proyección del Principio de *Culpabilidad* en el Derecho Administrativo Sancionador. Análisis de la problemática del dolo y la imprudencia.

Conclusiones.

Bibliografía.



Introducción

El presente trabajo pretende analizar el ordenamiento sancionador público en el Perú, poniendo en evidencia algunos problemas y limitaciones que lo aquejan, en cuanto a la aplicación respetuosa de las garantías que rigen, desde la Constitución, para toda norma sancionadora. En particular, se analiza la problemática que afecta a una manifestación de ese ordenamiento sancionador público: el Derecho Administrativo Sancionador peruano. La necesidad de tal emprendimiento se sustenta en que nuestro Derecho Administrativo Sancionador adolece de una situación similar a la que, en 1976, García de Enterría describía en España¹:

“el derecho sancionatorio administrativo ha aparecido durante mucho tiempo como un derecho represivo primario y arcaico, donde seguían teniendo cabida las antiguas y groseras técnicas de la responsabilidad objetiva; del versare in re ilícita; de supuestos estimativos y no tipificados legalmente de las infracciones sancionables; de las pruebas por presunciones, con desplazamiento al reo de la carga de probar su inocencia; de los procedimientos sancionatorios no contradictorios; de recursos en justicia condicionados a la previa efectividad de la sanción, o de los que puede resultar la sorpresa de la reformatio in pejus; de la persistencia imprescriptible de la responsabilidad; de la ilimitación o indeterminación de las penas o sanciones; de la inaplicación de técnicas correctivas, como la del concurso de delitos, o de causas de exclusión de la responsabilidad, o de la acción, o de la antijuridicidad; o del sistema de atenuantes, de condenas condicionales; etc. Sin hipérbole puede decirse que el derecho administrativo sancionatorio es un derecho represivo prebeccariano”

Admitir que el Derecho Administrativo Sancionador patrio muestra hoy características muy similares a las de aquél *derecho represivo prebeccariano*, al que hace referencia el texto citado, no es una ligereza. Como sucedía en aquél contexto en España, el Derecho Administrativo Sancionador en el Perú no tiene un desarrollo teórico, normativo o jurisprudencial, que respete las exigencias de un Estado Social y Democrático de Derecho. Contrariamente, se evidencia un claro

¹ García de Enterría, Eduardo. El problema jurídico de las sanciones administrativas. En: Revista Española de Derecho Administrativo. Nº 10. Madrid, 1976. Pág. 409.

desorden y falta de sistematicidad de las normas que regulan la imposición de sanciones de carácter administrativo.

Aun cuando la normativa vigente e incluso la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y de la Corte Suprema afirman que el derecho sancionatorio del Estado (*ius puniendi*) es único, el Derecho Administrativo Sancionador se encuentra rezagado en comparación con el desarrollo científico que alcanza hoy en día una rama jurídica de su misma familia: el Derecho Penal. Esto conlleva a que, en la práctica, el Derecho Administrativo Sancionador peruano y las otras ramas que le son afines (como el Derecho Disciplinario, por ejemplo) no gocen del mismo nivel de exigencia en el establecimiento y cumplimiento de un cuerpo ordenado de garantías básicas para su aplicación; aspiración que, contrariamente, es muy marcada en el Derecho Penal desde hace décadas. Es claro que no puede regir el mismo nivel de exigencia en cuanto al respeto por las garantías en ambos órdenes, pero ello no implica que se prescindiera de ellas, como en la práctica ocurre en el Derecho Administrativo Sancionador peruano. La aplicación de sanciones penales o administrativas, al margen de límites o garantías, deviene en la afectación a los principios básicos de un Estado Democrático.

Nuestro estudio de la vigencia de las garantías del *ius puniendi* en el Derecho Administrativo Sancionador, comienza, en el Capítulo Primero, describiendo y subrayando aspectos importantes de las diversas manifestaciones de la potestad sancionadora pública, como el Derecho penal, el Derecho Administrativo Sancionador, el Derecho Disciplinario y otras manifestaciones que comparten su naturaleza y principios. La idea es brindar una mirada general sobre cada uno de los sectores que componen el ordenamiento sancionador público nacional, resaltando ciertas características que permitan una diferenciación entre ellos. Aquí se pasa revista a algunos conceptos que aún hoy resultan controvertidos en el debate doctrinal. Por ejemplo, se analiza las Relaciones Especiales de Sujeción, cuyos alcances pretenden ser extendidos más allá del Derecho Disciplinario, aplicándose también en el Derecho Administrativo Sancionador, a pesar de que, como se verá, este concepto contribuye a relativizar las garantías del *ius puniendi*, tornando borrosos los escasos avances logrados en la construcción de un sistema de garantías en el Derecho Administrativo Sancionador. Debería, pues, prescindirse de este concepto tanto en el Derecho Administrativo Sancionador cuanto en el Derecho Disciplinario.

En el Capítulo Segundo se estudia la interacción entre las diversas ramas del derecho sancionador que se describen en el Capítulo I, para inmediatamente centrarnos en el análisis de las relaciones de coordinación o articulación que existen entre el Derecho Administrativo Sancionador y el Derecho Penal. Esta delimitación rige el desarrollo posterior que adquiere el trabajo, pues a partir de aquí centramos nuestro interés en el Derecho Administrativo Sancionador y su relación con los principios limitadores de la potestad punitiva desarrollados más claramente por el Derecho Penal. Acotado el ámbito en el que discurre el presente trabajo, se repasa brevemente el arduo debate doctrinal que se generó al intentar diferenciar el injusto penal del administrativo sancionador, basándose en criterios cualitativos y cuantitativos; se repasa aquí las primeras formulaciones surgidas en uno u otro sentido, y las posiciones más modernas que insisten (en el caso de las posturas diferenciadoras) en encontrar un criterio material de diferenciación entre el ilícito penal y el administrativo-sancionador. Planteadas estas ideas se analiza cuál es la respuesta del ordenamiento jurídico peruano. Así, se revisa la normatividad vigente, la Jurisprudencia Suprema y del Tribunal Constitucional y algunos fallos de tribunales u órganos administrativos, que tuvieron ocasión de pronunciarse en cuanto a este tema, a efectos de identificar cuál de las tesis (¿unitaria?, ¿diferenciadora?) que rige en nuestro país. Al terminar el Capítulo II, se puede ya evidenciar el divorcio que existe entre las leyes, la jurisprudencia y los desarrollos doctrinarios.

Finalmente, en el Capítulo Tercero, se analiza los principios constitucionales que limitan el ejercicio del *ius puniendi*, y, partiendo de esta base, se pone en tela de juicio la vigencia del principio de Mínima Intervención en el Derecho Administrativo Sancionador desde el prisma de una institución gravitante, como es el caso del Principio de Exclusiva Protección de Bienes Jurídicos; lo mismo hacemos con el Principio de Legalidad, que analizamos desde el Principio de Reserva de Ley, y con el de Culpabilidad en el que se analiza la problemática del dolo y la imprudencia. Si bien este análisis corrobora, de *lege lata*, lo estudiado en los capítulos anteriores, se incluyen algunas propuestas de *lege ferenda*.

Como se dijo al inicio, los resultados que alcanza el trabajo no son alentadores para el Derecho Administrativo Sancionador, sin embargo, no se pretende con ello asumir una posición crítica intransigente. Nuestro país viene mostrando avances

importantes en los últimos años en relación con la modernización del Estado y su profesionalización. Nuestra burocracia, con sus serias limitaciones, muestra también –cuando las circunstancias lo favorecen- eficiencia y transparencia. El paradigma de un Estado peruano democrático y de derecho, no es pues, una vana ilusión. Para lograr esta meta, es importante asegurar un estándar de seguridad jurídica adecuado y responsable, que brinde al ciudadano una respuesta jurídica adecuada y rodeada de garantías, sin perder de vista la eficiencia del Estado. Por ello, reiteramos, debemos ser conscientes de nuestras deficiencias, generar el debate necesario sobre las mismas y corregir los errores. Creemos pues, que el Derecho Administrativo Sancionador debe verse efectivamente influenciado por el desarrollo doctrinal alcanzado en el Derecho Penal en cuanto a la vigencia de las garantías del *ius puniendi*, incluso aplicadas de manera “matizada”. Por nuestra parte nos sentiremos satisfechos, si al menos generamos el cuestionamiento sobre la adecuación de nuestro Derecho Administrativo Sancionador a los parámetros de un Estado democrático.



Capítulo I
La actividad sancionadora
del Estado en el Perú

1.1.- Manifestaciones de la potestad sancionadora (especial referencia a la potestad sancionadora del Estado).

En el ordenamiento jurídico peruano es posible identificar dos modos genéricos de derecho sancionador: un derecho sancionador privado, y un derecho sancionador público, potestad sancionadora del Estado o *ius puniendi*².

Cuando mencionamos la existencia de un derecho sancionador privado, hacemos referencia a aquellas manifestaciones sancionadoras³ que pueden apreciarse, por ejemplo:

- Al interior de personas jurídicas de derecho privado (clubes u otras asociaciones).
- Régimen disciplinario de universidades (privadas).
- Régimen disciplinario de gremios (asociaciones irregulares, por ejemplo).
- Régimen disciplinario de Copropiedad (Reglamentos Internos de Edificios en Propiedad horizontal).
- Cláusulas penales (en contratos civiles).
- Sanciones laborales (en contratos de trabajo de regímenes privados).

En una de sus primeras sentencias⁴, el Tribunal Constitucional dejó sentado que las garantías del debido proceso no pueden soslayarse en ningún caso, de modo que son plenamente aplicables en cualquier clase de proceso o procedimiento disciplinario privado.

En decisiones posteriores el Tribunal Constitucional delimitó este Derecho Sancionador Privado, estableciendo una serie de garantías alrededor del mismo,

² Para Villavicencio Terreros, Felipe. Derecho Penal. Parte General. Lima: Grijley, 2006, pág. 87: “La función punitiva del Estado Social y Democrático de derecho se origina en su soberanía para identificar como punibles ciertas conductas y establecer la sanción correspondiente”, por tanto, afirma este autor, no se trata de un *derecho* o *ius*, sino de una *potestad*, por lo que no considera acertado el uso del término *ius puniendi*.

³ Les reconoce la condición de auténticas penas: Roxin, Claus. Derecho Penal. Parte General. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito. Traducción a la 2ª edición alemana. Madrid: Civitas, 1997. Pág. 76-77

⁴ Sentencia del 12 de diciembre de 1996, en el expediente N° 067-93-AA/TC, Asunto Arnillas Gamio

como el debido proceso⁵, “juez” predeterminado⁶, tipicidad (certeza y taxatividad)⁷, mínima actividad probatoria⁸, defensa irrestricta⁹, o, ne bis in ídem¹⁰.

El Alto Tribunal resalta que¹¹:

“14. (...) para los casos de exclusión de asociados se deberá acreditar que se cumplieron las exigencias establecidas por nuestro ordenamiento constitucional y por la jurisprudencia de este Tribunal para los casos de derecho disciplinario sancionador en las asociaciones, razón por la cual la exclusión que no cumpla con estos requisitos será considerada como arbitraria y violatoria de los derechos constitucionales a un debido proceso y de defensa.”

El Tribunal Constitucional subraya que estas garantías se establecen para el caso de la exclusión de los socios, que es una sanción de máxima gravedad en este ámbito¹², de lo cual se deduce que tales garantías deben regir necesariamente en todo el procedimiento sancionador privado.

Aun cuando resulta tentador estudiar esta manifestación de derecho sancionador, tal objetivo no puede ser abarcado aquí. Por ahora, nos limitamos a evidenciar su existencia y la vigencia, también en el derecho sancionador privado, de las garantías del derecho sancionador público. El desarrollo de esta particular manifestación del derecho sancionador (privado), queda pues para un trabajo posterior.

⁵ Exp. N° 1414-2003-AA/TC, Asunto Gonzáles de Rojas y otros, entendiendo que todas las garantías devenidas del debido proceso resultan aplicables al interior de la actividad institucional de cualquier persona jurídica.

⁶ Exp. N° 484-2000-AA/TC Asunto Valencia Campoverde. Con el término “juez” hacemos referencia al órgano competente para imponer sanciones.

⁷ Exp. N° 083-2000-AA/TC, Asunto Beltrán Ramos, en la que señalan: Sólo se puede excluir a un asociado por causales establecidas en el estatuto.

⁸ Exp. N° 1414-2003-AA/TC, Asunto Gonzáles de Rojas y otros, en el que se deja sentado que los hechos imputados a los asociados, como causales de exclusión, deben ser acreditados.

⁹ Asuntos: Beltrán Ramos (Exp. N° 083-2000-AA/TC); Gonzáles de Rojas y otros (Exp. N° 1414-2003-AA/TC); y, Quispe Huamán (Exp. N° 1612-2003-AA/TC), según los cuales el derecho de defensa debe ser garantizado en todo caso, otorgando un plazo prudencial para formular su descargo.

¹⁰ Exp. N° 083-2000-AA/TC, Asunto Beltrán Ramos, con el que se estableció que no se puede sancionar a un asociado dos veces por los mismos hechos. Si se le suspende, no se le podrá excluir posteriormente por la misma causa.

¹¹ Sentencia del 20 de mayo de 2004, en el expediente N° 1027-2004-AA/TC.

¹² Así se desprende del fundamento 12 de la sentencia del 30 de noviembre de 2005, emitida en el expediente N.° 3360-2004-AA/TC, Asunto Bedoya de Vivanco.

La potestad sancionatoria pública o *ius puniendi* se manifiesta en el sistema jurídico peruano de distintas formas. Pasemos revista, de modo general, a las diversas manifestaciones del poder sancionador público, a fin de identificar, luego, el objeto de estudio de este trabajo.

En el *ius puniendi* se identifica las siguientes manifestaciones: el *Derecho Penal*, el *Derecho Disciplinario*, el *Derecho Administrativo Sancionador*, las *Sanciones Parlamentarias* (por infracciones al Código de Ética del Parlamento y por infracciones a la Constitución), las *Consecuencias Accesorias*, los procedimientos de *Ratificación de Magistrados*, y las *facultades disciplinarias de los jueces* (sanciones a particulares por infracciones a los deberes procesales)¹³. Esta descripción brinda una noción aproximativa de cómo está constituido el ámbito sancionador del Estado. Más adelante se explica por qué entendemos que estos sectores del ordenamiento jurídico son manifestaciones del *ius puniendi* nacional, toda vez que tal consideración no es pacífica en la doctrina.

A continuación no se pretende dar una definición acabada de cada una de esas distintas manifestaciones del poder sancionador del Estado, sino solo describir sus características más saltantes y útiles para los fines de este trabajo. Cabe advertir que esta lista no debe entenderse cerrada, pues el legislador puede crear otras formas de derecho sancionador público, con sus respectivas particularidades.

1.2.1.- El Derecho penal¹⁴.

El Derecho Penal se encarga, en primer orden, de sancionar *delitos*. Para ello se vale del Código Penal y de leyes penales especiales¹⁵, que protegen distintos bienes jurídicos: la vida (p.e. el homicidio, el asesinato, el parricidio), la salud (p.e. lesiones), el patrimonio (p.e. hurto, robo, daños,

¹³ Una clasificación similar a la defendida aquí, es sostenida por la Corte Constitucional de Colombia que, refiriéndose a un fallo de la Corte Suprema de ese país (sentencia 51 de la Corte Suprema de Justicia, del 14 de abril de 1983), afirma: “La Corte Suprema de Justicia en punto a la materia comprensiva del derecho punitivo del Estado ha señalado que “es una disciplina del orden jurídico que absorbe o recubre como género cinco especies, a saber: el derecho penal delictivo (reato), el derecho contravencional, el derecho disciplinario, el derecho correccional y el derecho de punición por indignidad política (impeachment)”. Cfr: Sentencia de la Corte Constitucional de Colombia C-214/1994 (destacado añadido).

¹⁴ Mir Puig, Santiago. Introducción a las bases del derecho penal. 2º edición. Montevideo-Buenos Aires: BdeF, 2002, pág. 7 a 19, pone en tela de juicio la precisión del término “derecho penal” al comprender éste no sólo la imposición de *penas* sino también las *medidas de seguridad*.

¹⁵ Así, la Ley de Terrorismo (Ley Nº 25475), la Ley Penal Tributaria (D. Leg. Nº 813), la Ley de los Delitos Aduaneros (Ley Nº 28008), La Ley de Lucha eficaz contra el lavado de activos y otros delitos relacionados a la minería ilegal y crimen organizado (D. Leg. 1106), entre otras leyes penales

extorsión), la libertad (p.e. secuestro, violación), la confianza y buena fe en los negocios (p.e. la usura o los atentados contra el sistema crediticio), el medio ambiente (p.e. contaminación de aguas), la seguridad pública (p.e. conducción en estado de ebriedad), la administración pública (p.e. desobediencia a la autoridad, peculado, o enriquecimiento ilícito), la fe pública (p.e. falsificación de documentos), entre otros.

Jescheck explica el surgimiento del Derecho Penal a partir de dos ideas: Orden Social y Ordenamiento Jurídico.

“...la convivencia de las personas se desarrolla primordialmente de acuerdo con reglas suministradas (normas) que configuran el orden social en su conjunto (...). Existe un sistema global de controles sociales cuyos titulares son diferentes instituciones o comunidades como la familia, el municipio, la escuela, la parroquia, el vecindario, las empresas, las asociaciones, y los gremios. La tutela jurídico-penal es sólo una parte de ese sistema y el conjunto de las sanciones preventivas y represivas utilizadas son, hasta cierto punto, recíprocamente intercambiables. Sin embargo, el orden social no puede asegurar por sí mismo la convivencia de las personas en la comunidad. Aquel debe ser completado, perfeccionado y reforzado por el Ordenamiento Jurídico. En especial, este último debe garantizar las obligaciones generales de todos como normas vigentes del derecho y hacer frente a sus infracciones. Titular del orden social preexistente es la sociedad, mientras que del ordenamiento jurídico metódicamente creado es el Estado (...). El derecho penal asegura, en última instancia, la inviolabilidad del ordenamiento jurídico a través de la coacción estatal. En realidad, también el derecho civil y el derecho público prevén la aplicación de la coacción, pero para el Derecho penal la amenaza y la coacción están en el núcleo central...”¹⁶

El ordenamiento jurídico es el conjunto de instrumentos del que se sirve el Estado para garantizar el cumplimiento de nuestras obligaciones generales y

¹⁶ Jescheck, Hans-Heinrich y Thomas Weigend. Tratado de Derecho Penal. Parte General. Traducción a la 5ª edición alemana de Miguel Olmedo Cardenete. Granada: Comares, 2002. Pág. 2.

hacer frente a sus infracciones, de ahí que el Derecho Penal no es el único instrumento jurídico útil para cumplir la finalidad del ordenamiento jurídico, sino que se recurre a él (en última instancia), como herramienta de coacción y amenaza.

El debate penal de las últimas décadas se viene centrando en la determinación del momento de la intervención penal. Ello debido a que los avances tecnológicos actuales (su manejo y control) influyen en el modo de configuración de la sociedad. Adquiere protagonismo aquí el concepto de “sociedad de riesgo”, emanado de la sociología alemana (Beck)¹⁷, que sirve para definir a la sociedad actual (postindustrial). Este “riesgo”, no alude a fenómenos naturales, sino a efectos secundarios del progreso tecnológico, muchas veces indeseados, imprevistos o hasta imprevisibles, los mismos que son de grandes dimensiones y amenazan a un número indeterminado de personas e incluso a la propia existencia de la humanidad, como por ejemplo, el manejo de energía nuclear, productos químicos, riesgos ecológicos, enfermedades producidas por manipulación genética u otros¹⁸.

Esta lectura de la realidad deviene en una reformulación de los criterios de política criminal, privilegiando los medios preventivos de protección de la sociedad. De ahí que, importantes autores como Hassemer, hablan de un “*Nuevo Derecho Penal*” (que opone al Derecho Penal “clásico”) caracterizado por prescindir de los conceptos metafísicos, basarse en una metodología empírica orientada a las consecuencias, y ser más favorable a una concepción preventiva. El modelo “moderno” se caracteriza por: a) la quiebra de las garantías propias del Derecho Penal clásico (legalidad, mínima intervención, etc.), b) protección de bienes jurídicos colectivos, c) reducción del Derecho Penal a una función puramente simbólica y d) la flexibilización de los criterios de imputación penal¹⁹.

Pero esta evolución y los cambios de paradigma no culminan en la “sociedad del riesgo”. Silva Sánchez señala que la denominación “sociedades de riesgos”, o, en la contrapartida, desde el punto de vista del

¹⁷ Beck, Ulrich. *Risikogesellschaft*, 1986. Citado por: Mendoza Buergo, Blanca. *El derecho Penal en la sociedad del riesgo*. Madrid: Civitas, 2001. Pág. 23

¹⁸ Mendoza Buergo, Blanca. *El derecho Penal en la sociedad del riesgo*. Madrid: Civitas, 2001. Pág. 26

¹⁹ Cfr.: Hassemer, Winfried. *Persona, Mundo y Responsabilidad*. Bases para una teoría de la imputación en el derecho penal. Valencia: Tirant lo Blanch, 1999. Pág. 39-73.

ciudadano, “sociedades de inseguridad”, se debe a la ubicuidad de los riesgos propios del sistema y su difícil control. Este autor señala que en este modelo de sociedad, el Estado recupera la idea decimonónica de “policía”, cuyo objeto además se amplía, convirtiéndose en un estado “regulador”. No obstante, Silva observa que las conminaciones penales y administrativas no resultan suficientes, a menos que se vean complementadas (reforzadas) con mecanismos de control “preventivo” (licencias, autorizaciones, etc.), entre los que desempeña un papel fundamental la actuación preventiva de *vigilancia* e *inspección*; de ahí que se hable, también, de un “estado vigilante” o “estado de la prevención”, lo que guarda relación con la idea de una sociedad en la que la habilitación del *uso de la libertad* está sujeta a determinados parámetros: deberes de minimización de riesgos²⁰. De tal suerte que, en este modelo, la actuación sin licencia o la obstaculización de los procedimientos de inspección se definen como infracciones, a cuya comisión se asocian sanciones penales o administrativas, estas últimas muy alejadas del momento de la eventual lesión²¹.

Así, el profesor Silva subraya que en este “modelo de vigilancia”: para la puesta en marcha de una inspección no se requiere que se cumplan siquiera los presupuestos del peligro. Estas intervenciones pueden ser puramente rutinarias (se rigen por criterios de gerenciamiento de riesgos). Por tanto, la distancia entre el procedimiento de inspección y el bien jurídico merecedor de protección, es enorme. De aquí que identifique cuatro fases en el alejamiento progresivo con respecto a los objetos de protección²²:

²⁰ Günther, Klaus. De la vulneración de un derecho a la infracción de un deber. ¿Un cambio de paradigma en el derecho penal?. En: Instituto de Ciencias Criminales de Frankfurt (editor)/ Área de Derecho Penal de la Univ. Pompeu Fabra (editor español). La insostenible situación del derecho penal. Granada: Comares, 1999. Pág. 489-505. Tras revisar la evolución del objeto de protección del Derecho Penal (inicialmente el “Derecho Subjetivo”; luego el “bien” lesionado; luego la “infracción del deber”; y, finalmente, ¡la propia libertad!), el profesor Günther, considera que la evolución del Derecho Penal desembocaría en lo siguiente: “*los ciudadanos deben organizarse en una sociedad de riesgo de modo tal que siempre estén en condiciones de reconocer a tiempo si su, en todo caso, ya peligroso uso de la libertad podría desembocar en un curso con contenido dañoso para un bien jurídico. En tal caso están obligados a actuar para impedir o minimizar el daño que amenaza.*”

²¹ Silva Sánchez, Jesús-María. Hacia el derecho penal del “estado de la prevención”. La protección penal de las agencias administrativas de control en la evolución de la política criminal. En: El mismo (Director). ¿Libertad económica o fraudes punibles?. Riesgos penalmente relevantes e irrelevantes en la actividad económica empresarial. Madrid: Pons, 2003. Pág. 311-313.

²² Silva Sánchez, Jesús-María. Hacia el derecho penal del “estado de la prevención”. Op. Cit. Pág. 315-316.

1.- Con el fin de evitar la lesión de un interés personal o patrimonial, se tipifica conductas lesivas, concretamente peligrosas o abstractamente peligrosas. Para ello se ha venido recurriendo al Derecho Penal.

2.- Se tipifican contextos típicos de conductas peligrosas (bienes colectivos). La lesión o puesta en peligro concreto e incluso abstracto de estos contextos típicos, admitía usualmente la protección administrativa, pero de modo crecientemente importante, se ha ido recurriendo a la protección penal.

3.- Se tipifica indicadores (indicios) de los que cabría derivar hipotéticamente la posible concurrencia de riesgos para uno de esos contextos típicos (peligros presuntos o formales). Dichos indicadores son los que suele establecer la normativa administrativa como presupuesto de la aplicación de sus sanciones. Aquí se vulnera el “orden de policía” y a ella se conectan los procedimientos administrativos sancionadores de infracciones formales.

4.- La intervención estatal se produce en un momento anterior, incluso al de la constatación de un riesgo concreto para el orden de policía, pero aun sin existir sospecha concreta sobre la concurrencia de los referidos indicadores, se da inicio al procedimiento administrativo de inspección. La intervención estatal en este caso, se justifica al margen incluso de la constatación de un peligro abstracto para los bienes jurídicos personales o patrimoniales; e incluso por encima de los niveles de lesión, puesta en peligro concreto y puesta en peligro abstracto para los bienes colectivos.

Como se aprecia, para responder a los distintos tipos de criminalidad, el Derecho Penal relaja la rigidez de sus principios fundadores y flexibiliza sus garantías, en aras de responder “adecuadamente” a lo que el profesor Silva denomina *hipertrofia del valor seguridad*²³.

Como se ve, en el estado actual del Derecho Penal peruano y mundial, no todas las infracciones que le competen a este ámbito sancionador, requieren, para su comisión, que se ponga siquiera en peligro abstracto a

²³ Silva Sánchez, Jesús-María. Hacia el derecho penal del “estado de la prevención”. La protección penal de las agencias administrativas de control en la evolución de la política criminal. En: El mismo (Director). ¿Libertad económica o fraudes punibles?. Riesgos penalmente relevantes e irrelevantes en la actividad económica empresarial. Madrid: Pons, 2003. Pág. 327

algún bien jurídico. Véase, por ejemplo, el tipo penal previsto en el Artículo 305 numeral 2 del Código Penal²⁴. A partir de lo expuesto por el profesor Silva Sánchez, se aprecia que este tipo penal erige su estructura alejado de toda noción de lesividad a un bien jurídico, inclusive de naturaleza colectiva (medio ambiente) y se centra en el aseguramiento de una actividad administrativa (fiscalización).

Esto lleva a que se flexibilicen también las categorías clásicas de la teoría del delito, tales como como la comisión por omisión²⁵, el dolo (reduciendo éste a un mero elemento cognitivo)²⁶ o la imprudencia.

Pese a lo fascinante que resulta estudiar esta nueva fisonomía del Derecho Penal, sobre todo desde el prisma de las citadas corrientes filosóficas o sociológicas, no podemos seguir explayándonos en este análisis. Lo anotado es suficiente para los efectos de este trabajo, pues muestra la injerencia y posición del Derecho Penal actual en el ordenamiento jurídico. Es de anotar, no obstante, que lo analizado hasta aquí es un tema de plena vigencia y con enormes consecuencias prácticas. Su discusión no se agota en meros ejemplos de clase, o en ejercicios teóricos de manual, sino que a partir de dichas concepciones se identifican y desarrollan auténticos modelos de Derecho Penal, que vienen incluso sustentando la adopción de decisiones estatales, en muchos casos alarmantes.

Es el caso, por citar un ejemplo, del denominado Derecho Penal del enemigo, que dejó de ser una concepción teórica y pasó a ser una triste realidad, que incluso se constata en nuestro ordenamiento jurídico cuando éste admite la aplicación retroactiva de normas penales desfavorables (véase los casos de imprescriptibilidad y de tipificación de crímenes de lesa humanidad), está vigente una presunción de irresociabilidad para

²⁴ Artículo 305.- La pena privativa de libertad será no menor de cuatro años ni mayor de siete años y con trescientos a mil días-multa si el agente incurre en cualquiera de los siguientes supuestos: (...) 2. *Obstaculiza o impide la actividad fiscalizadora de auditoría ordenada por la autoridad administrativa competente.*

²⁵ Véase al respecto, el detallado estudio de: Meini Méndez, Iván. La comisión por omisión: una interpretación alternativa del Artículo 13 CP. En: Anuario de Derecho Penal. Aspectos fundamentales de la Parte General del Código Penal Peruano. Lima: Pucp, 2003.

²⁶ Véase de manera amplia: Villavicencio Terreros, Felipe. Derecho Penal. Parte General. Lima: Grijley, 2006. Pág. 353 y sig. No obstante, como también refiere este autor, existe en la actualidad una fuerte tendencia a funcionalizar el concepto de dolo, reduciéndolo al elemento *cognitivo* y eliminando el volitivo. Sin perjuicio de tomar distancia de este último análisis, nos remitimos para mayor detalle a la monografía de: Ragués I Vallès, Ramón. El dolo y su prueba en el proceso penal. Barcelona: Bosch, 1999.

determinados delitos (al prohibirse desde la norma penal la aplicación de beneficios penitenciarios para determinados tipos penales). Si bien podría tratarse de delitos graves cuya comisión afecta la sensibilidad social de manera especial, tales medidas no resultan conformes al principio de dignidad de las personas (Artículo 1 de la Constitución Política del Perú), y, por ende, contradicen las bases de nuestro ordenamiento jurídico, aun cuando resulten medidas aceptadas por algún sector de la opinión pública. Así, hoy en día apreciamos la convivencia de dos clases de Derecho Penal: uno, en el que el delincuente aún “merece” que se respeten sus garantías fundamentales, y de “otro” Derecho Penal en el que el respeto de tales garantías no resulta “eficiente”.

Desde nuestro punto de vista, el modelo de Derecho Penal de distintas “velocidades” no solo puede servir para justificar distintos niveles de “flexibilización” de las categorías penales y de las garantías que las subyacen, sino que, llevado al extremo, corre el serio riesgo de sustentar un Derecho Penal cuyos niveles de injerencia en la libertad sean inversamente proporcionales al respeto por los límites del Derecho Penal en un Estado democrático, rompiéndose el deseado equilibrio que debería existir entre eficacia y garantías en el Derecho Penal, a favor de lo primero.

Finalmente, en cuanto a la descripción que se viene haciendo de los contornos del Derecho Penal peruano es de resaltar que el Código Penal prevé, en su Libro Tercero, la sanción de conductas de menor gravedad, pero que mantienen la estructura de un delito (tipicidad-antijuridicidad-culpabilidad): las faltas. Nuestro ordenamiento jurídico reconoce una naturaleza penal a las faltas, y las define, al igual que los delitos, como *acciones u omisiones dolosas o culposas penadas por ley* (Artículo 11). Podemos apreciar faltas contra la persona (p.e lesiones que revisten una gravedad menor), contra el patrimonio (hurtos inferiores a una remuneración mínima vital), contra las buenas costumbres, contra la seguridad pública y contra la tranquilidad pública.

El instrumento más conocido del Derecho Penal –y al que debe su nombre para imponer sanciones es la *pena privativa de libertad*, es decir, el encierro del delincuente en un establecimiento penitenciario. Pero esta pena no es la

única que se aplica en nuestro ordenamiento, sino que junto a ella existen otras *clases de pena*, que se encuentran reguladas en el Artículo 28 del Código Penal²⁷ como: las penas restrictivas de libertad²⁸; las penas limitativas de derechos²⁹; y la pena de multa³⁰.

1.1.2.- El Derecho Disciplinario

Señala Huergo, que la titularidad de la potestad disciplinaria está en manos de las *organizaciones* -públicas, en lo que nos interesa aquí-, que les permite *imponer sanciones* a sus *miembros* cuando *incumplen los deberes derivados de la pertenencia a la organización*. De ello se deduce que la sanción de mayor gravedad sea, precisamente, la *expulsión* de la organización. Para este autor, la ausencia de cualquiera de estas notas características, nos coloca frente a otras figuras del poder sancionador público, pero no ante *derecho disciplinario* propiamente dicho³¹.

De ahí que, el Derecho Disciplinario se distingue de otras expresiones del derecho sancionador público, como el Derecho Penal (cuyas notas características se acaban de estudiar) y, como se verá más adelante, del Derecho Administrativo Sancionador³².

²⁷ Esto sin perjuicio de que a partir de la Ley N° 29499, publicada el 19 enero 2010, rige en nuestro ordenamiento jurídico la pena de vigilancia electrónica personal, prevista en el Artículo 29-A del Código Penal.

²⁸ Código Penal. Artículo 30.- La pena restrictiva de libertad es la de expulsión del país, tratándose de extranjeros. Se aplica después de cumplida la pena privativa de libertad.

²⁹ Código Penal. Artículo 31.- Las penas limitativas de derechos son.- 1. Prestación de servicios a la comunidad; 2. Limitación de días libres; e 3. Inhabilitación.

³⁰ Código Penal. Artículo 41.- La pena de multa obliga al condenado a pagar al Estado una suma de dinero fijada en días-multa. El importe del día-multa es equivalente al ingreso promedio diario del condenado y se determina atendiendo a su patrimonio, rentas, remuneraciones, nivel de gasto y demás signos exteriores de riqueza.

³¹ Huergo Lora, Alejandro. Las sanciones administrativas. Madrid: lustel, 2007. Pág. 173 y sig.

³² También afirman esta separación entre el derecho disciplinario y el administrativo sancionador: Nieto, Alejandro. Derecho Administrativo Sancionador. 5ª edición. Madrid: Tecnos, 2012. Pág. 468 (no obstante, esta postura debe entenderse revisada y actualizada por este importante autor, ya que en un estudio precedente afirmaba la pertenencia de las "faltas disciplinarias" a la familia de las infracciones administrativas. Cfr.: Nieto, Alejandro. Problemas capitales de derecho disciplinario. En: Revista de Administración Pública. N° 63. Madrid, 1970. Pág. 65-66). También: Sánchez Morón, Miguel. Derecho de la Función pública. Segunda edición. Madrid: Tecnos, 1997. Pág. 272. También: Gómez Pavajeau, Carlos Arturo. Dogmática del derecho Disciplinario. Tercera edición. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2004. Pág. 151-196. En contraposición, considera al derecho disciplinario como parte del Derecho Administrativo Sancionador: Jalvo, Belén Marina. El régimen disciplinario de los funcionarios públicos. Fundamentos y regulación sustantiva. Tercera edición. Madrid: Lex Nova, 2006. Pág. 111 y 112. La autora afirma: "*En tanto que derecho administrativo sancionador, el derecho disciplinario disfruta de los principios propios de dicho ordenamiento, con los matices que resulten exigibles por su objeto específico*".

Las características sobre las que hace hincapié el autor citado, con las que concordamos plenamente, permiten entender, por ejemplo, por qué en el Derecho Disciplinario la destitución (retiro) tiene un nivel de gravedad mayor que la restricción de la libertad (arresto simple o de rigor) en ámbitos como el de la Disciplina Militar³³, situación que sería impensable en otras manifestaciones del derecho sancionador público, como el Derecho Penal, o en el Derecho Administrativo Sancionador; y es que:

“...la potestad disciplinaria no tiene como fin último (es decir, único) el castigo del infractor, sino el gobierno, la “limpieza” de la organización, que son medios para contribuir a su buen funcionamiento. Por eso se expulsa de la misma a personas que, aunque no hayan cumplido sus deberes hacia ella, hayan llevado a cabo, fuera de la misma, conductas que les acrediten como sujetos no idóneos para su pertenencia a ella...”³⁴

El Tribunal Constitucional ratificó la constitucionalidad de estas medidas restrictivas de la libertad, vinculándolas con la necesidad del mantenimiento de la disciplina en el ámbito militar y policial³⁵.

³³ La Ley N° 29131, Ley del Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas señala:

Artículo 17°.- Clasificación de las sanciones. Las sanciones disciplinarias que se imponen al Personal Militar, por haber incurrido en infracción, se aplican según la gravedad de estas, en el siguiente orden: a. Amonestación. b. Arresto simple. c. Arresto de rigor. d. Postergación en el ascenso. e. Pase, a la Situación de Disponibilidad por medida disciplinaria. f. Pase a la Situación de Retiro por medida disciplinaria. g. Baja del servicio militar por medida disciplinaria (Personal de Tropa/ Marinería). h. Cancelación de asimilación, y/o contrato (Personal Militar Asimilado, Reserva y Reenganchado).

Artículo 19°.- Arresto simple.- Es una sanción impuesta por infracciones leves y graves tipificadas en la presente Ley. El personal arrestado permanecerá en la Unidad o Dependencia por el tiempo que dure la sanción, desarrollando la rutina del servicio.

Artículo 20°.- Arresto de rigor.- Es una sanción impuesta por infracciones graves y muy graves tipificadas en la presente Ley. El personal arrestado permanecerá en la Unidad o Dependencia por el término que dure la sanción, desarrollando la rutina del servicio. Esta clase de, arresto conlleva a la imposición de un mayor puntaje de demérito conforme a la normativa sobre la materia. El personal que esté cumpliendo arresto de rigor no está eximido de la imposición de una nueva sanción; si incurre en nuevas infracciones.

Artículo 23°.- Pase a la Situación de Retiro por medida disciplinaria.- El pase a la Situación de Retiro por medida disciplinaria es la separación definitiva del servicio y se impondrá por infracciones muy graves, previa recomendación del Consejo o Junta de Investigación. Lo dispuesto en el presente artículo no es aplicable al Personal Asimilado, de Reserva, ni al de Tropa o Marinería

³⁴ Huergo Lora, Alejandro. Las sanciones administrativas. Madrid: Iustel, 2007. Pág. 181. En el mismo sentido: Jalvo, Belén Marina. El régimen disciplinario de los funcionarios públicos. Fundamentos y regulación sustantiva. Tercera edición. Madrid: Lex Nova, 2006. Pág. 43-44, señala: *“La potestad disciplinaria sirve a la administración para la tutela de su organización, de forma que ésta pueda cumplir su función de servicio público eficaz, imparcial y con respeto a la legalidad. El poder disciplinario es, por tanto, un instrumento del que dispone la Administración para luchar contra los funcionarios que incumplen o abusan de sus funciones en perjuicio de la cosa pública, de los derechos y libertades del ciudadano”.*

³⁵ Sentencia del Pleno Jurisdiccional del Tribunal Constitucional del 16 de abril de 2003, en el Exp. N° 2050-2002-AA/TC, Asunto Ramos Collque. Fundamento 7.

Sin desviarnos del objetivo de (solo) describir el Derecho Disciplinario, cabe hacer un breve análisis sobre las *Relaciones de Especial Sujeción*, ya que, un sector doctrinal construye el derecho disciplinario sobre la base de este concepto, pretendiendo además sustentar la inaplicación de los principios limitadores del *ius puniendi* estatal en este sector, como el principio de legalidad y el *ne bis in idem*. De otro lado, como se analiza más adelante, se pretende trasladar o importar el concepto de Relación de Especial Sujeción al Derecho Administrativo Sancionador, bajo los mismos parámetros: generar espacios liberados de la exigencia (vigencia) de los límites constitucionales al *ius puniendi*. De ahí la importancia de revisar algunas ideas básicas sobre este concepto.

Es difícil describir un concepto unívoco de *Relación de Especial Sujeción*³⁶ pues evolucionó adquiriendo diferentes matices. El concepto inicial surge en Alemania, en la época imperial³⁷. A través de esta figura se pretendía diferenciar los dos tipos de relaciones existentes entre los ciudadanos y la administración: a) el vínculo entre el Estado y el ciudadano común; y, b) la relación entre el Estado y específicos colectivos con un estatus particular (estudiantes, presos, funcionarios, militares y establecimientos públicos). En este último grupo es donde se origina la noción actual de Relaciones de Especial Sujeción³⁸.

En Colombia, por citar un ejemplo cercano a nuestra realidad, la doctrina de las Relaciones de Especial Sujeción es admitida sin mayor reticencia³⁹,

³⁶ En España, por ejemplo, la doctrina llega a preguntarse si el término “especial” adjetiva a “relación” o a “sujeción”. Así Michavila Núñez argumenta: “que el término especial adjetive la relación o la sujeción entiendo que implica consecuencias bien distintas. Si lo especial es la relación, el concepto es inútil, pues dice muy poco o nada. Toda relación es distinta de cualquier otra y predicar una que es especial, es decir distinta, no añade nada nuevo. (...) Distinto es el caso de adjetivar con el término especial el término sujeción. Esto no lleva a la idea de especial como algo singular o particular, que se diferencia de todo lo demás, sino que añade algo nuevo. Ese *quid novum* es la intensidad de la sujeción. Una sujeción que, frente a la normal y genérica a que se somete todo ciudadano por el hecho de serlo, tiene una fuerza mayor. Esto, aunque no sea decirlo todo, ya es un significante que tiene un significado y, por tanto, cierta utilidad. Apurando la disgregación semántica, creo que sería más claro emplear la fórmula relación de intensa sujeción para referirse a este tipo de manifestaciones”. Cfr.: Michavila Núñez, José María. Relación especial de sujeción en el sector crediticio y Estado de Derecho. En: Revista Española de Derecho Administrativo (1987); citado por: Ramírez Torrado, María Lourdes. Consideraciones a la figura jurídica de las relaciones de sujeción especial en el ámbito español. En: *Vniversitas*. N° 118. enero-junio. Bogotá: 2009. Pág. 277

³⁷ Nieto, Alejandro. Derecho Administrativo Sancionador. 5ª edición. Madrid: Tecnos, 2012. Pág. 184 y siguientes.

³⁸ Ramírez Torrado, María Lourdes. Consideraciones a la figura jurídica de las relaciones de sujeción especial en el ámbito español. En: *Vniversitas*. N° 118. enero-junio. Bogotá: 2009. Pág. 276.

³⁹ Gómez Pavajeau, Carlos Arturo. Dogmática del derecho Disciplinario. Tercera edición. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2004. Pág. 151-196. El mismo: La ilicitud sustancial. En: Lecciones de derecho disciplinario. Volumen I. Bogotá: Instituto de Estudios del Ministerio Público-Procuraduría General de la Nación, 2006. Pág. 17-38. También: Yate Chinome, Diómedes. De las tendencias y proyecciones del

mientras que en Alemania, país en el que el concepto nació, fue superada por completo a partir de 1972⁴⁰. En España, las opiniones se encuentran divididas en ambos sentidos, sin embargo, puede decirse que la doctrina administrativista mayoritaria de ese país admite el planteamiento⁴¹, aunque con determinados matices en relación con su formulación original⁴².

A decir de Ramírez Torrado, una de las definiciones mejor perfiladas en la doctrina española sobre las Relaciones de Especial Sujeción, es la del profesor López Benites, quien entiende que son:

“las relaciones jurídico-administrativas caracterizadas por una duradera y efectiva inserción del administrado en la esfera

derecho disciplinario al amparo de sus principios rectores. En: Lecciones de derecho disciplinario. Volumen II. Bogotá: Instituto de Estudios del Ministerio Público-Procuraduría General de la Nación, 2007. Pág. 25, apoyándose en la Sentencia de la Corte Constitucional de ese país, N° C-214 de 1994, en la cual se señala: *“Ahora bien, en el terreno del derecho disciplinario estricto, esta finalidad se concreta en la posibilidad que tiene la Administración Pública de imponer sanciones a sus propios funcionarios quienes, en tal calidad, le están sometidos a una especial sujeción...”*. También: Ramírez Torrado, María Lourdes. Consideraciones a la figura jurídica de las relaciones de sujeción especial en el ámbito español. En: Vniversitas. N° 118. enero-junio. Bogotá: 2009. Pág. 273-291; si bien esta autora colombiana realiza su análisis a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Español, se pronuncia sobre la procedencia de la doble imposición de sanciones en su país, sin afectar el bis in ídem, sobre la base de la existencia de las Relaciones de Especial Sujeción.

⁴⁰ La doctrina ubica en un fallo del Tribunal Constitucional Federal de Alemania de 1972, el inicio de la superación, en ese país, de las Relaciones de Especial Sujeción, cuando se declaró inconstitucional un reglamento que prohibía a los reclusos de un establecimiento penitenciario, intercambiar correspondencia extramuros. Vid: Huerdo Lora, Alejandro. Las sanciones administrativas. Madrid: Iustel, 2007. Pág. 175 (nota a pie 260).

⁴¹ Ramírez Torrado resume las posiciones de importantes autores españoles: Para Garrido Falla, las relaciones de especial sujeción *“no derivan meramente de la indiferencia, cualidad de administrado, sino del hecho concreto de haber entrado en contacto de una forma más inmediata y directa con la institución administrativa”* (Fernando Garrido Falla, Los medios de policía y la teoría de las sanciones administrativas. Revista de Administración Pública N° 17. Madrid: 1959. Pág. 28); para Nieto García, surgen respecto de *“aquellas personas que viven en un contacto permanente o cuasipermanente con establecimientos administrativos (presos, soldados, estudiantes), de tal manera que sin una reglamentación especial y sin unos poderes también especiales de la administración, la convivencia y la gestión del servicio público serían difíciles”* (Nieto, Alejandro. Derecho Administrativo Sancionador. Cuarta edición. Madrid: Tecnos, 2005. Pág. 229). Villar Palasi, hace hincapié en el elemento de subordinación o dependencia pues señala que las Relaciones de Sujeción Especial aparecen cuando existe *“un sometimiento previo del ciudadano a un determinado estatus o vínculo (como ocurre con los contratistas de la administración, los concesionarios de servicios o los funcionarios públicos)”* (Villar Palasi, José Luis y José Luis Villar Ecurra. Principios de derecho administrativo. Tomo I. Madrid: Universidad Complutense de Madrid, 1999. p. 207). Para Santamaría Pastor es *“la situación singular en que determinadas personas o entidades se encuentran por el hecho de hallarse insertas de modo particularmente intenso en la organización administrativa, lo que determinaría que la administración ostentase sobre ellas unas potestades especialmente enérgicas, mucho más limitativas de la libertad”* (Santamaría Pastor, Juan Alfonso. Fundamentos de derecho administrativo. Madrid: Centro de Estudios Ramón Areces, 1988. Pág. 793). Vid: Ramírez Torrado, María Lourdes. Consideraciones a la figura jurídica de las relaciones de sujeción especial en el ámbito español. En: Vniversitas. N° 118. enero-junio. Bogotá: 2009. Pág. 281-282.

⁴² El matiz se refiere a la vinculación de las Relaciones de Especial Sujeción al modelo Estado social y democrático de derecho. Así Jalvo señala que: *“la idea de garantía del interés público al que debe atender la Administración, conceptó la construcción del régimen funcional, y por supuesto del régimen disciplinario, en torno a los conceptos de supremacía especial y jerarquía, es decir, sobre bases bien distintas de las que regulan la prestación laboral en el ámbito privado. Ahora bien, en la medida en que esta construcción ha ido evolucionando, el régimen disciplinario debe ser interpretado en el marco actual, es decir, a tenor de las exigencias de la Administración propia del Estado Social y Democrático de Derecho”*. Cfr.: Jalvo, Belén Marina. El régimen disciplinario de los funcionarios públicos. Fundamentos y regulación sustantiva. Tercera edición. Madrid: Lex Nova, 2006. Pág. 55-56

*organizativa de la Administración, a resultas de la cual queda sometido a un régimen jurídico peculiar que se traduce en un especial tratamiento de la libertad y de los derechos fundamentales, así como de sus instituciones de garantía, de forma adecuada a los fines típicos de cada relación*⁴³.

Por su parte, el Tribunal Constitucional español las define como:

“aquellas personas que se encuentran en una relación de dependencia especial respecto de la administración o vinculados con ella a través de relaciones que pertenecen a lo que una doctrina reciente denomina el círculo interior del Estado”^{44, 45}.

Sin embargo, critica Huergo que, desde el punto de vista del ordenamiento jurídico, no se puede aceptar el planteamiento que subyace a las Relaciones de Especial Sujeción, esto es, que cuando un ciudadano se integra a una organización (por prestarle servicios en forma estable) pierde relevancia como sujeto distinto a ella, al punto que la relación entre ambos (ciudadano y organización) ya no se trata jurídicamente como una relación intersubjetiva, sino como un asunto interno de la organización, justificándose por esa vía la intervención plena del reglamento y la posibilidad de prescindir de la Ley⁴⁶.

Otro aspecto débil del concepto de las Relaciones de Especial Sujeción es su relatividad. El Tribunal Constitucional español, a lo largo de décadas de jurisprudencia, fue incluyendo en el concepto de especial sujeción a círculos diversos de personas, tornando borrosa la posibilidad de delimitación del concepto. Al respecto, Ramírez hace un completo estudio sobre los asuntos calificados como ámbitos de especial sujeción por el Alto Tribunal español:

⁴³ Cfr. López Benítez, Mariano, Naturaleza y presupuestos constitucionales de las relaciones especiales de sujeción. Madrid: Civitas, 1994. Págs. 161-162. Citado por: Ramírez Torrado, María Lourdes. Consideraciones a la figura jurídica de las relaciones de sujeción especial en el ámbito español. En: Universitas. N° 118. enero-junio. Bogotá: 2009. Pág. 282. La autora considera a esta como la definición omnicomprendensiva de las que utilizan importantes autores españoles como Garrido Falla, Villar Palasi, Santamaría Pastor, Muñoz Quiroga y Nieto García.

⁴⁴ Sentencia 50/1983 del 14 de junio.

⁴⁵ En su Sentencia 61/1990. Fj. N° 6, el Tribunal Constitucional español definió a las Relaciones de Especial Sujeción como: *“esas peculiares relaciones y asimilables en las que entran en juego amplias facultades autoorganizativas, que confieren cierta prepotencia a la Administración para regularlas”*.

⁴⁶ Huergo Lora, Alejandro. Las sanciones administrativas. Madrid: Iustel, 2007. Pág. 175-178.

“Así, el Tribunal Constitucional ha considerado como relaciones de sujeción especial un sinnúmero de uniones diversas que se establecen entre ciertas personas con la administración. Es el caso de docentes, farmacéuticos, abogados, colegiados en general, funcionarios de una corporación local, concesionarios, notarios, miembros de cuerpos de seguridad del Estado, policía, guardia civil, militares, reclusos, el cuerpo de la administración del Estado, corredores de comercio, detectives, relaciones de los alumnos con su instituto, denominaciones de origen, profesores, funcionarios de prisiones, expendedores de tabaco, usuarios de centros de asistencia social, el mundo de los toros, banqueros, autotaxistas; aunque ello contradiga lo sostenido enfáticamente por el Tribunal Constitucional con respecto a que este tipo de relaciones debe ser siempre entendido “en un sentido reductivo o compatible con el valor preferente que corresponde a los derechos fundamentales”⁴⁷.

De ahí que un sector de la doctrina administrativista critica este relativismo y la poca concreción del concepto de especial sujeción, calificándolo incluso como “cajón de sastre”⁴⁸. Cotino Hueso, por su parte, rechaza este concepto y expresa su extrañeza frente a la vigencia en España de la categoría de las Relaciones de Especial Sujeción, a pesar de la entrada en vigencia del actual sistema constitucional, señalando:

“En España, el concepto fue traído de Alemania a finales de los años 70, luego de la dictadura, especialmente a través de un estudio de Gallego Anabitarte. En aquel momento se empleó de forma expansiva, sirviendo para legitimar diversos abusos de aquel poder no democrático. Las relaciones de supremacía especial tuvieron su particular aplicación restrictiva de derechos respecto de estudiantes y funcionarios. Como se ha afirmado con acierto “fue muy cómodo

⁴⁷ Ramírez Torrado, María Lourdes. Consideraciones a la figura jurídica de las relaciones de sujeción especial en el ámbito español. En: Universitas. N° 118. enero-junio. Bogotá: 2009. Pág. 279. Con amplias referencias sobre los específicos fallos en los que se emitieron estos pronunciamientos.

⁴⁸ Chinchilla Marín, Carmen. El nuevo régimen disciplinario de los alumnos no universitarios. En: Revista Española de Derecho Administrativo. Madrid: 1989. Pág. 547-568. Citada por: Ramírez Torrado, María Lourdes. Consideraciones a la figura jurídica de las relaciones de sujeción especial en el ámbito español. En: Universitas. N° 118. enero-junio. Bogotá: 2009. Pág. 279. También: Nieto, Alejandro. Derecho Administrativo Sancionador. 5ª edición. Madrid: Tecnos, 2012. Pág. 188. Si bien este autor reconoce el relativismo del concepto, aboga por una reformulación del mismo; sin embargo, alega una fuerte dificultad en diferenciar entre relación general y relación especial de sujeción.

*para la jurisprudencia tapar los déficits de legalidad utilizando ese ungüento mágico de las relaciones de especial sujeción*⁴⁹.

No podemos continuar profundizando el estudio de este aspecto, pero, de lo que se puede ver hasta aquí, es posible concluir que las Relaciones de Especial Sujeción, determinan la creación de espacios en los que la restricción de derechos fundamentales, su limitación o incluso su anulación, pretende justificarse sobre la base de esta supremacía especial, que es la contrapartida de la sujeción especial, a pesar de los esfuerzos de un sector importante de la doctrina administrativista por salvar este concepto, anclándolo a la Constitución y al modelo de Estado social y democrático de derecho⁵⁰.

A las objeciones teóricas que plantea este concepto, podemos oponer otra de carácter práctico: El concepto de especial sujeción trae consigo situaciones de injusticia en una realidad como la peruana, en la que la burocracia estatal no se organiza alrededor de una idea asentada de meritocracia, sino que muchas veces son otras consideraciones (la amistad, o la afinidad político-partidaria) las que determinan el ingreso, la permanencia, o la salida de un funcionario de la administración.

Sería pues altamente riesgoso para quienes se encuentran vinculados con la administración, que la potestad sancionadora-disciplinaria, quede

⁴⁹ Cotino Hueso, Lorenzo. Relaciones de especial sujeción: su diversa evolución en Alemania y España. (Particular seguimiento de la jurisprudencia constitucional, contencioso-administrativa y militar de la presente década). En Revista del Poder Judicial, 3ª época, N° 55. Madrid: 1999 (III), págs. 291-324, con referencias a otros autores.

⁵⁰ En 1951, cuando Gallego Anabitarte escribe por primera vez sobre el concepto de las Relaciones de Especial Sujeción en España, sostenía que cualquier definición que se pretenda hacer de ellas será siempre insuficiente e inútil, afirmando que debía desistirse de iniciar tal esfuerzo de definición. Explicaba este autor, que tal dificultad se explica por la gran diferencia que existe entre las figuras jurídicas que se comprenden bajo este concepto de la relación de sujeción especial y por ser ésta una institución que se desarrolló sin el debido rigor. Ver: Gallego Anabitarte, Alfredo. Las relaciones especiales de sujeción y el principio de legalidad de la administración. En: Revista de Administración Pública. Madrid: 1951. Pág. 24. Citado por: Ramírez Torrado, María Lourdes. Consideraciones a la figura jurídica de las relaciones de sujeción especial en el ámbito español. En: Vniversitas. N° 118. enero-junio. Bogotá: 2009. Pág. 280. Más contundente aún, Cotino Hueso señala: *“La noción de especial sujeción resulta, pues, inútil y confusa y por lo tanto, descartable. Pero además, hay que tener en cuenta que es ya imborrable la propia historia y evolución que ha tenido esta categoría. Al nombrar una relación de sujeción especial no puede evitarse pensar en la voluntad estatal de distanciarse del Derecho; tras este concepto subyacen antiguas limitaciones de derechos y libertades no justificadas constitucionalmente. En consecuencia, los efectos jurídicos del empleo de esta categoría difícilmente podrían distanciarse de forma radical del peso del pasado. Por todo ello, cabe ya pasar esta página de la historia”*. Cfr.: Cotino Hueso, Lorenzo. Relaciones de especial sujeción: su diversa evolución en Alemania y España. (Particular seguimiento de la jurisprudencia constitucional, contencioso-administrativa y militar de la presente década). En Revista del Poder Judicial, 3ª época, N° 55. Madrid: 1999 (III). Pág. 323.

desprovista de las limitaciones propias del *ius puniendi* estatal, bajo el pretexto de mediar una *Relación de Especial Sujeción*. Son contundentes al respecto las palabras del profesor Nieto, quien en 1970 expresaba: “*Con harta frecuencia las sanciones de este tipo no persiguen, como pudiera suponerse, la corrección del funcionario y el mejoramiento del actuar administrativo, sino que son meros pretextos o coberturas de una represión política.*”⁵¹.

A diferencia de otros países, en el Perú la jurisprudencia del Tribunal Constitucional admite, sin declararlo expresamente así, la existencia y constitucionalidad de estas zonas exentas de control constitucional. Así por ejemplo, véase lo expresado en la sentencia del 12 de enero de 2005, en el Exp. N° 3459-2004-AA/TC LIMA, asunto Ángeles Otárola:

“4. De otro lado y conforme a lo precisado por este Tribunal en la STC N.° 0094-2003-AA/TC (Caso Víctor Hugo Pacha Mamani), “[...] debe tenerse en cuenta que lo que se resuelve en el ámbito administrativo disciplinario es independiente del resultado del proceso penal [...]”, ello, debido a que se trata de dos procesos distintos por naturaleza y origen. Si lo resuelto en un proceso penal favorece a una persona sometida, a su vez, a un proceso administrativo disciplinario, el resultado de éste no se encuentra necesariamente vinculado al primero, ya que el proceso administrativo tiene por objeto investigar y, de ser el caso, sancionar una conducta funcional, tipificada como falta de carácter administrativo, mientras que el proceso jurisdiccional se instaura ante la tipificación de un delito que conlleva una sanción punitiva que puede, incluso, derivar en la privación de la libertad, siempre que se determine la responsabilidad penal.

(...)

8. Asimismo, importa señalar que el hecho de que el ente sancionador supere el plazo prescriptivo de la investigación, establecido en la normatividad correspondiente, no importa vulneración de derecho constitucional alguno – y en particular del

⁵¹ Cfr.: Nieto, Alejandro. Problemas capitales del Derecho disciplinario. En: Revista de Administración Pública N° 63. Madrid, 1970, p. 39.

derecho a un proceso sin dilaciones indebidas— toda vez que, conforme a lo establecido por este Tribunal en la STC N.° 0858-2001-AA/TC –que incluso supuso un cambio de jurisprudencia– el incumplimiento del plazo del proceso administrativo no origina la nulidad, cuando en él se ha respetado, en su contenido esencial, el ejercicio del derecho al debido proceso, existiendo, en todo caso, una falta de carácter disciplinario por parte de los integrantes de la Comisión de Procesos Administrativos por la demora, más no la extinción de la facultad sancionadora de la administración respecto de conductas de carácter funcional”.

En el fallo transcrito, el Alto Tribunal peruano nos brinda, por partida doble, un buen ejemplo de las consecuencias prácticas de asumir sin mayor cuestionamiento que el ordenamiento Disciplinario está regido por una especial sujeción, que conllevaría –según dice el Tribunal Constitucional- a deducir una (supuesta) diferente naturaleza conceptual de la infracción penal y la disciplinaria administrativa. Esto redundaría y coadyuvaría a la grave escasez de rigurosidad en la argumentación jurídica que se suele encontrar en la jurisprudencia nacional cuando se analiza la concurrencia de infracciones provenientes del ámbito penal y sancionador administrativo. Así, se justifica genéricamente la doble imposición de sanciones, sin mayor esfuerzo argumentativo que la alegación de que se trata de “órdenes jurídicos distintos”, conllevando a que en la práctica judicial -y también en la administrativa- el principio *ne bis in ídem* resulte inútil, ineficaz y se haya reducido a su casi inexistencia.

El Tribunal pudo, en cambio, hacer notar que las infracciones imputadas a la recurrente en el ámbito penal y administrativo eran *diferentes en su configuración típica*, por lo que no está presente en este caso el requisito de la concurrencia de dos sanciones sobre la misma infracción (*ne bis in ídem*). De otro lado, en el Fundamento 8, el Tribunal Constitucional valida una cuestionable fórmula genérica de autorización a ejercer la potestad sancionadora del Estado más allá del plazo de prescripción. Con esto, se deroga en la práctica el establecimiento de un plazo prescriptorio, y se abre la puerta al abuso. No existe, concepto alguno que pueda asumir el Relación

de Especial Sujeción, en el actual modelo de estado constitucional, que valide tal forma de proceder.

En el ámbito administrativo, y solo para mencionar un ejemplo, véase el sorprendente Acuerdo Plenario 01-2013-CG/TSRA del 25 de noviembre de 2013, del Tribunal Superior de Responsabilidades Administrativas de la Contraloría General de la República, el mismo que pretende diferenciar una responsabilidad administrativa del funcionario público que incurre en falta, de la responsabilidad disciplinaria que le competiría por sus actos indebidos en contra de la administración. Así, este Tribunal Administrativo estableció un precedente administrativo de observancia obligatoria en relación con la aplicación del Principio *ne bis In idem* en los casos de concurrencia de un proceso administrativo disciplinario iniciado por las Entidades de la Administración Pública, en ejercicio del poder disciplinario como Estado empleador, y de un procedimiento administrativo sancionador iniciado por los órganos competentes de la Contraloría General de la República. Sobre la base de una supuesta diferencia conceptual (de “fundamento”) en ambos tipos de responsabilidad, la conclusión de este Tribunal, es que:

“...en los casos de concurrencia de responsabilidad administrativa disciplinaria y de responsabilidad administrativa funcional con identidad en los sujetos y en los hechos, no opera el principio Non Bis in Idem porque no se presenta la identidad de fundamento, requisito esencial para su constitución, por lo cual la existencia de un proceso administrativo disciplinario en trámite, o sobre el cual ya se hubiese emitido una resolución de sanción o de archivamiento, no se encuentra encuadrada dentro del desarrollo del principio Non Bis in idem, como garantía de que ninguna persona pueda ser sancionada ni procesada dos veces por lo mismo (...) lo que no constituye impedimento para el ejercicio de las atribuciones que corresponden al Órgano Instructor y al Organo Sancionador de la Contraloría General de la República, dentro del procedimiento administrativo sancionador que le ha sido asignado por Ley, ni afecta la validez de las sanciones administrativas que como consecuencia de dicho procedimiento administrativo sancionador, se impongan a los

*funcionarios y servidores públicos que incurran en responsabilidad administrativa funcional...*⁵²

Los fallos anteriormente transcritos son especialmente significativos, ya que ponen en evidencia la gravedad que implica importar acriticamente una institución tan cuestionable como las *relaciones de especial sujeción*: en los casos mostrados, dicha *especial sujeción* permite que, para determinado grupo de personas, casi sin excepción, no exista la prohibición de doble sanción o procesamiento (*ne bis in ídem*) por parte del Estado. Es criticable que nuestro máximo intérprete constitucional permita, a través de su jurisprudencia, que determinados círculos de personas se encuentren exentas de la protección y supremacía de la Constitución por su condición funcional.

Pero eso no es todo, también nuestro legislador tiene aquí alguna perla que mostrar, pues el Artículo 229 de la Ley 27444, Ley de Procedimiento Administrativo General, en su redacción original, señalaba lo siguiente:

Artículo 229.- Ámbito de aplicación de este Capítulo

229.1 Las disposiciones del presente Capítulo disciplinan la facultad que se atribuye a cualquiera de las entidades para establecer infracciones administrativas y las consecuentes sanciones a los administrados.

229.2 En las entidades cuya potestad sancionadora está regulada por leyes especiales, este Capítulo se aplicará con carácter supletorio. La potestad sancionadora disciplinaria sobre el personal de las entidades se rige por la normativa sobre la materia.

Con ello, parecería indicar la citada Ley, que la potestad disciplinaria se encontraría exenta de las garantías previstas en el Artículo 230 de la misma⁵³. Creemos que esta redacción obedeció al traslado mecánico de

⁵² El texto completo del Acuerdo Plenario, se encuentra en: http://www.contraloria.gob.pe/wps/wcm/connect/04a5f0ab-c4de-40d7-ade-253299850f3c/Acuerdo_Plenario_N01-2013-CG-TSRA.pdf?MOD=AJPERES

⁵³ A esta misma conclusión llega: Pereira Chumbe, Roberto. La Potestad Sancionadora de la Administración y el Procedimiento Administrativo Sancionador en la Ley N° 27444. En: Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General Ley N° 27444. Segunda Edición. Lima: ARA, 2005. Pág. 291.

disposiciones análogas contenidas en la legislación de España⁵⁴, que contiene similares dispositivos, igualmente criticados. Pero además, este Artículo fue modificado a través del Decreto Legislativo N° 1029, publicado el 24 junio 2008, ampliando la redacción del segundo supuesto e incorporando un tercer inciso en el que se insiste en señalar que la potestad sancionadora disciplinaria sobre el personal de las entidades se rige por la normativa sobre la materia. Creemos que el legislador perdió aquí una gran oportunidad para enmendar esta posible interpretación peyorativa de las situaciones reguladas por el Derecho Disciplinario⁵⁵.

Retomando la definición de *Derecho Disciplinario* mencionada más arriba, podemos afirmar entonces que aquél no precisa del concepto de “especial sujeción” para cumplir con su finalidad. La potestad Disciplinaria implica a) una *organización* pública, b) la facultad de *imponer sanciones*, c) que el sujeto pasivo de la sanción sea *miembro de la organización*, y, d) *que los deberes infringidos se deriven de la pertenencia a la organización*.

La doctrina reconoce dos supuestos especiales que matizan la anterior definición, debido a que se aplican sanciones disciplinarias a *quienes no integran la Administración*: i) las sanciones a usuarios de servicios públicos sujetos a disciplina (internos en centros penitenciarios o estudiantes, por ejemplo); y, ii) las sanciones a titulados sujetos a disciplina en Colegios profesionales.

- En el primer caso, el sometimiento a disciplina se presenta como una exigencia del funcionamiento regular del servicio⁵⁶. En efecto, la ejecución de la pena privativa de la libertad implica la cohabitación de un colectivo de personas con intereses contrapuestos, haciendo necesario articular normas mínimas de convivencia que garanticen la estabilidad y el desarrollo armónico de la institución, más aun cuando

⁵⁴ Artículo 127.3 de la Ley 30/1992 del 26 de noviembre, de España.

⁵⁵ A pesar de ello, el Tribunal de Servicio Civil toma como referencia inmediata de sus decisiones los principios limitadores de la potestad sancionadora de la administración. Véase en la Resolución N° 3340-2012-SERVIR/TSC-Primera Sala del 15 de mayo de 2012. La misma que se encuentra disponible en: http://www.oas.org/juridico/PDFs/mesicic4_per_res03340.pdf. Del mismo modo lo hace el Tribunal Superior de las Responsabilidades Administrativas.

⁵⁶ García de Enterría, Eduardo y Tomás Ramón Fernández. Curso de Derecho Administrativo. Tomo II. Versión latinoamericana en base a la 12° edición. Palestra/Temis: Bogotá-Lima, 2011. Pág. 1070.

estos colectivos están compuestos por quienes no se caracterizan, precisamente, por seguir la disciplina social⁵⁷.

En nuestro país la ley⁵⁸ define al régimen disciplinario en los penales como el conjunto de medidas de seguridad, orden y disciplina que sirven para mantener la convivencia pacífica de los internos, estimular su sentido de responsabilidad y capacidad de autocontrol, en función de la *realización de los fines del tratamiento penitenciario*⁵⁹. Esta formulación normativa no está exenta de críticas, principalmente por parte de un sector doctrinal que considera excesivamente pretencioso dotar a la disciplina penitenciaria de un carácter tratamental, cuando una de las características básicas del tratamiento penitenciario es su *voluntariedad*, cosa que no puede predicarse del régimen disciplinario al que queda sometido el interno⁶⁰.

No obstante, desde nuestro punto de vista, la vigencia en nuestro orden constitucional de los principios de reeducación, readaptación y resocialización del reo a la sociedad⁶¹, obligan a que toda medida aplicada al interno debe estar orientada al cumplimiento de dichos fines, lo que incluye, claro está, el régimen disciplinario.

En esa misma línea de razonamiento, el Reglamento del Código de Ejecución Penal establece un régimen disciplinario aplicable a todos los internos, cualquiera sea su situación jurídica, o el régimen penitenciario en que se encuentren⁶², lo cual no solo zanja el debate sobre la posibilidad de imponer un régimen disciplinario a quien se encuentra preventivamente en prisión, sino que además permite que quienes se encuentran preventivamente presos, no sólo estén sujetos a un régimen puramente custodial, sino que su internamiento, a pesar de ser preventivo, también se oriente al cumplimiento de los fines preventivo especiales establecidos en la Constitución.

⁵⁷ Renart García, Felipe. El régimen disciplinario en el ordenamiento penitenciario español: luces y sombras. Zaragoza: Universidad de Alicante, 2002. Pág. 24-25.

⁵⁸ Código de Ejecución Penal, aprobado por Decreto legislativo N° 654, del 2 de agosto de 1991, y su Reglamento aprobado por Decreto Supremo N° 015-2003-JUS.

⁵⁹ Artículo 21 del Código de Ejecución Penal y 71 de su Reglamento.

⁶⁰ Renart García, Felipe. El régimen disciplinario en el ordenamiento penitenciario español: luces y sombras. Zaragoza: Universidad de Alicante, 2002. Pág. 45-46.

⁶¹ Artículo 139, numeral 22 de la Constitución.

⁶² Artículo 72 del Reglamento del Código de Ejecución Penal.

El régimen penitenciario es un ejemplo paradigmático en la doctrina sobre la vigencia de las *Relaciones de Especial Sujeción* en el derecho disciplinario. En Alemania, según explica Mapelli, la doctrina y la jurisprudencia coincidieron durante mucho tiempo en concebir que el penado se encuentra en una Relación de Especial Sujeción, de la que derivaba un modelo de ejecución penal no regulado jurídicamente, es decir, en la práctica, no existían derechos de los internos sino un elenco enorme de obligaciones orientadas al mantenimiento del orden y la disciplina del penal⁶³. Pero, como ya se dijo, el Tribunal Constitucional alemán rechazó desde muy temprano (1972) cualquier aplicación del derecho disciplinario al margen de las garantías reconocidas en la Ley fundamental, justamente a partir de un caso en el que se pretendía desconocer el ejercicio de los derechos fundamentales de internos en un establecimiento penitenciario. Ese Alto Tribunal señaló⁶⁴:

“...en múltiples ocasiones hasta hace poco, acudiendo a la figura legal de las relaciones de poder especiales, se sostuvo la opinión de que los derechos fundamentales de los prisioneros se encontraban restringidos en general mediante las condiciones establecidas para la ejecución de la sanción penal; se trata de unas limitaciones implícitas, que no deben estar establecidas expresamente en una ley formal. En contra del concepto tradicional se desarrolló paulatinamente la idea de que la Ley Fundamental, como un orden de valores objetivo que protege de manera amplia los derechos fundamentales, y a cuya realización está obligada la totalidad del poder público, no admite ipso iure una protección restringida de los derechos fundamentales para un determinado grupo de personas...”

En España, como también se explicó, el abandono del concepto de las Relaciones Especiales de Sujeción no tuvo la misma evolución que en Alemania. Así la categoría subsiste hasta nuestros días, aunque con

⁶³ Citado por: Renart García, Felipe. El régimen disciplinario en el ordenamiento penitenciario español: luces y sombras. Zaragoza: Universidad de Alicante, 2002. Pág. 29.

⁶⁴ Vid: Sentencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán del 14 de marzo de 1972 (BVerfGE 33,1 [Prisioneros]). Cfr.: Schwabe, Jürgen. Jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán. Extractos de las sentencias más relevantes compiladas por Jürgen Schwabe. Mexico D.F.: Konrad Adenauer Stiftung, 2009. Pág. 50.

menor intensidad que en su formulación original, de modo que hoy se admite sin dudas, en la jurisprudencia⁶⁵ y doctrina⁶⁶ de ese país, que el régimen disciplinario en general y el penitenciario en particular, no está exento del control constitucional y de las limitaciones que imponen los derechos fundamentales del interno.

Esta influencia es evidente en nuestra legislación, en la que el régimen de disciplina se sujeta a múltiples garantías, como la tipicidad y la garantía del procedimiento preestablecido⁶⁷, la exclusividad del órgano sancionador⁶⁸, la proporcionalidad de la reacción sancionadora (se reconoce criterios de responsabilidad individual, tentativa y grados de participación en el ilícito)⁶⁹, defensa⁷⁰, prescripción⁷¹, debido proceso⁷², o el derecho a impugnar⁷³.

Como se puede apreciar, nuestro ordenamiento sancionador también prevé reacciones contra personas que, sin pertenecer a la Administración, por la naturaleza del servicio que ésta brinda, se encuentran sujetos a disciplina; es decir a una serie de deberes y derechos que surgen de la particular configuración y organización del servicio que se presta, como se viene explicando. Estas mismas características surgen en otros ámbitos, como puede ocurrir con la disciplina a la que se encuentran sujetos los estudiantes de centros de educación pública, con algunos matices que más adelante se evidencian al analizar los modos de articulación de las diferentes manifestaciones del derecho sancionador público (ver: infra. 2.1).

- En cuanto al segundo grupo de casos que la doctrina identifica excepcionalmente como derecho disciplinario público, aplicado sobre no-funcionarios, se aprecia a las sanciones disciplinarias aplicadas a

⁶⁵ Véase por todas: la Sentencia del Tribunal Constitucional español 192/1996, del 26 de noviembre, que señala: *"la situación de sujeción especial de un interno en establecimiento penitenciario no puede implicar la eliminación de sus derechos fundamentales e impedir que la justicia se detenga en la puerta de las prisiones"* (fundamento 2).

⁶⁶ Por todos: Téllez Aguilera, Abel. Seguridad y disciplina penitenciaria. Un estudio jurídico. Madrid: Edisofer, 1998. Pág. 203 y sig.

⁶⁷ Artículo 73 del Reglamento del Código de Ejecución Penal.

⁶⁸ Artículo 35 del Código de Ejecución Penal y 74 del Reglamento.

⁶⁹ Artículo 78 del Reglamento del Código de Ejecución Penal.

⁷⁰ Artículo 34 del Código de Ejecución Penal y 84 del Reglamento.

⁷¹ Artículo 81 del Reglamento del Código de Ejecución Penal.

⁷² Artículo 82 del Reglamento del Código de Ejecución Penal.

⁷³ Artículo 89 del Reglamento del Código de Ejecución Penal.

profesionales titulados a través de sus colegios profesionales. En nuestro país no existe una norma que regule de manera genérica la actividad de los colegios profesionales. En España, en cambio, rige la Ley 2/1974, de 13 de febrero, sobre Colegios Profesionales, cuyo artículo 5.i señala como funciones de los Colegios profesionales: *Ordenar en el ámbito de su competencia, la actividad profesional de los colegiados, velando por la ética y dignidad profesional y por el respeto debido a los derechos de los particulares y ejercer la facultad disciplinaria en el orden profesional y colegial.*

En el Perú no contamos con una norma similar, cada colegio profesional, tiene una norma de creación en la que las facultades disciplinarias se prevén de distintas maneras. Sin embargo, si es posible calificar como auténtico derecho disciplinario público a la potestad que ejercen los gremios profesionales en nuestro ordenamiento jurídico, debido a lo siguiente:

Si bien no se cuenta en el Perú con una norma de rango legal que regule genéricamente la actividad de los Colegios Profesionales, el Artículo 20 de la Constitución Política del Perú les otorga cobertura constitucional, determinando que estos son instituciones autónomas con personería de derecho público⁷⁴.

Esta constitucionalización implica incorporar una garantía frente a la sociedad, de que los titulados actuarán correctamente en su ejercicio profesional, ya que son los propios ciudadanos los que finalmente recaban los servicios de los profesionales. La sociedad, pues, demanda el aseguramiento de la responsabilidad del profesional si éste no actúa de acuerdo con lo que se considera adecuado o correcto por el propio grupo profesional, de acuerdo con sus patrones éticos⁷⁵.

A partir de lo expuesto, es evidente la relevancia pública del servicio que brindan los colegios profesionales, razón por la cual, el Estado

⁷⁴ De acuerdo al Tribunal Constitucional, "*las personas de derecho público nacen por mandato expreso de la ley y no por voluntad de las partes (...) mediante ley formal, crea personas jurídicas de derecho interno*". Cfr.: Exp. N° 0045-2004-AI/TC (resolución de admisibilidad), Fundamento 6.

⁷⁵ Sentencia del Tribunal Constitucional del 11 de diciembre de 2006, en el Exp. N° 3954-2006-PA/TC Lima, asunto Silva Vallejo. Fundamento 7.

otorga a los gremios, en sus respectivas leyes de creación, una habilitación legal para imponer sanciones disciplinarias a los agremiados. Es decir, el Estado otorga a favor a los gremios una suerte de delegación de facultades sancionadoras, sobre la base de su necesidad de establecer garantías para los ciudadanos (sobre el correcto ejercicio profesional de los titulados) y en virtud de la competencia deontológica de los colegios profesionales, que evidentemente no puede ser ejercida directamente por el Estado.

En su Sentencia del 11 de diciembre de 2006, en el Exp. N° 3954-2006-PA/TC Lima, asunto Silva Vallejo, el Tribunal Constitucional delineó diversas características comunes a los Colegios Profesionales:

- i. Se trata de entidades creadas para tutelar intereses públicos, cuyos fines guardan estrecha relación, o están directamente conectados, con los intereses profesionales propios de sus integrantes. Su finalidad esencial (no la única), es el control del ejercicio profesional de sus miembros (Fundamento 8).
- ii. La existencia de los colegios profesionales facilita al Estado la supervisión de la práctica profesional como consecuencia de la culminación de la educación universitaria, constituyéndose en entes autónomos y vigilantes del desarrollo de la profesión (Fundamento 9).

En la misma sentencia precitada, el Tribunal Constitucional extiende las garantías del debido proceso a las instituciones con personalidad de derecho público, como los Colegios Profesionales, a fin de resguardar los derechos de sus agremiados, fortalecer sus sistemas de organización y, finalmente, lograr su propósito esencial de controlar la actividad de sus agremiados para que la práctica profesional responda a los parámetros deontológicos y de calidad exigidos, así como a los principios y fines estatutarios que persiguen⁷⁶.

⁷⁶ Fundamento 15

Por las razones expuestas, esta manifestación del derecho sancionador en nuestro país puede ser identificada como una manifestación del *ius puniendi*, pues no se trata de una expresión privada del derecho sancionador. Nótese cómo sus sanciones pueden inhabilitar a un profesional de la misma manera como lo hace el Derecho Administrativo Sancionador, el Derecho Disciplinario o incluso el Derecho Penal. No se trata pues de sanciones que tengan un efecto al interior del gremio profesional, sino que trascienden a la esfera de lo público. Por las mismas razones, estas sanciones deben estar sujetas a las garantías del *ius puniendi*.

Así por ejemplo, puede identificarse una *reserva de Ley*, ya que solo la habilitación legal permite a los Colegios profesionales imponer sanciones de carácter deóntico a sus afiliados⁷⁷. También puede apreciarse un alto nivel de respeto por el principio de Tipicidad en las normas que regulan las sanciones deónticas⁷⁸.

No podemos seguir profundizando este estudio. Dejamos esta manifestación del *ius puniendi* aquí planteada, y continuaremos describiendo las pautas generales del Derecho Disciplinario.

En la jurisprudencia comparada se ha querido echar mano del concepto de las Relaciones de Especial Sujeción y extenderlo al *Derecho Administrativo Sancionador*⁷⁹. A esta pretensión no es ajena la jurisprudencia peruana⁸⁰. Esta posibilidad es analizada por Nieto, quien señala que:

⁷⁷ Véase, por ejemplo, el Art. 5 de la Ley N° 1367, Ley de Colegio de Abogados, del 20 de diciembre de 1910, que crea el Ilustre Colegio de Abogados de Lima y a la vez sirve de pauta de creación de otros colegios de abogados; el Artículo 6 de la Ley N° 24648, Ley del Colegios de Ingenieros del Perú, del 20 de enero de 1987; el Artículo 7 de la Ley 14085, Ley de Creación del Colegio de Arquitectos del Perú; o el Artículo 12.a de la Ley N° 28456, Ley del Trabajo del Profesional de la Salud Tecnólogo Médico, del 20 de diciembre de 2004, entre otras.

⁷⁸ Muy detallados en cuanto a la determinación de las conductas consideradas faltas: El Código Deontológico del Colegio de Ingenieros del Perú, el Código de Ética del Colegio de Arquitectos del Perú, el Código de Ética de los Colegios de Abogados del Perú, entre otros.

⁷⁹ Así lo expresa la sentencia del Tribunal Supremo Español de 5 de junio de 2002 (3ª, 4ª, Ar. 8600), en la que se señala: "*la existencia de una relación especial de sujeción o supremacía no se encuentra estrictamente limitada al campo funcional (...)* luego, tampoco cabría alegar la falta de condición de *funcionario público de la demandante para vetar la imposición de una sanción administrativa*". Citada por: Nieto, Alejandro. *Derecho Administrativo Sancionador*. 5ª edición. Madrid: Tecnos, 2012. Pág. 468.

⁸⁰ Véase *infra* 2.3.2.2., el Acuerdo Plenario N° 1-2007/ESV-22, del 16 de noviembre de 2007, que establece como precedentes vinculantes los fundamentos jurídicos Cuarto y Quinto de Sentencia de la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema, del 7 de junio de 2006, en el Recurso de Nulidad N° 2090-2005 LAMBAYEQUE. Nótese como la Corte Suprema trata como sinónimos los conceptos de Derecho Disciplinario y Administrativo Sancionador.

“la administración no ha podido resistir siempre a la tentación de acudir a esta técnica para sancionar a ciertos grupos (concesionarios, contratistas) sin respetar las garantías más elementales del principio de legalidad y sin que los jueces acertaran tampoco a cortar este abuso, que empezaba a extenderse en términos peligrosos puesto que empezaban a generalizar los reglamentos sancionadores carentes por completo de cobertura legal o con cobertura notoriamente insuficiente. El Tribunal Constitucional –en sus sentencias 26/2005, de 3 de febrero y 54 y 91 del mismo año, de 14 de marzo y 8 de abril- salió al encuentro de esta tendencia recortando la relajación creciente (sobre expendeduras de tabacos). Una prudente llamada de atención ciertamente; pero que no ha logrado disipar en lo más mínimo la espesa confusión dominante en este punto”⁸¹.

Esta proclividad a recurrir a reglamentaciones sancionadoras exentas de cobertura legal -o con cobertura legal deficiente- como instrumento para la determinación de la materia sancionatoria, y la aplicación de ésta al margen de las garantías del derecho sancionador, es un riesgo que proviene del relativismo al que conlleva el concepto de las Relaciones Especiales de Sujeción en el Derecho Administrativo Sancionador. En efecto, ya se analizó cómo en el Derecho Disciplinario las garantías propias del derecho sancionador público se ven exentas de control en virtud de este concepto, por lo que puede apreciarse que este mismo efecto se repite en el Derecho Administrativo Sancionador. No resulta pues admisible que, a través de una definición tan cuestionable y poco clara (*especial sujeción*), se pretenda crear espacios liberados de los principios limitadores de la potestad punitiva pública, en el Derecho Administrativo Sancionador⁸², donde el riesgo es de

⁸¹ Nieto, Alejandro. Derecho Administrativo Sancionador. 5ª edición. Madrid: Tecnos, 2012. Pág. 192.

⁸² Esto no es un temor infundado. Véase como el Tribunal Superior de Justicia de Madrid, en su sentencia del 4 de febrero de 2003, N° 146/2003, señala: *“el poder de la administración en estos casos proyecta su “autoridad”, sobre quienes, al margen de su condición común de ciudadanos, adquieren el status específico de individuos sujetos a un poder público que no es el que, con carácter general, existe sobre el común de los ciudadanos. En virtud de esa sujeción especial, y en virtud de la efectividad que entraña ese sometimiento singular al poder público, el ius puniendi no es el genérico del Estado”*. Cfr.: Fuentes Bardají, Joaquín De (Coordinador). Manual de Derecho Administrativo Sancionador. Volumen 1. Madrid: Abogacía General del Estado-Thomson/Aranzadi, 2005. Pág. 110.

mayor intensidad, pues el directamente afectado por esta relajación de las garantías es el propio ciudadano⁸³.

Una característica relevante del Derecho Disciplinario en el Perú (que, como se verá, lo diferencia del Administrativo Sancionador) es su expresa cobertura constitucional. En efecto, a lo largo de su texto, la Constitución Política del Perú contiene referencias expresas a este poder sancionador del Estado para imponer sanciones *Disciplinarias*:

- El Artículo 41 dice que la ley establece la responsabilidad de los funcionarios y servidores públicos, así como el plazo de su inhabilitación para la función pública.
- El Artículo 154 señala que son funciones del Consejo Nacional de la Magistratura: (...) 3. Aplicar la sanción de destitución a los Vocales de la Corte Suprema y Fiscales Supremos y, a solicitud de la Corte Suprema o de la Junta de Fiscales Supremos, respectivamente, a los jueces y fiscales de todas las instancias. La resolución final, motivada y con previa audiencia del interesado, es inimpugnable.
- En el Artículo 168 señala que las leyes y los reglamentos respectivos *norman la disciplina de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional*.

Partiendo de este marco constitucional, pueden identificarse expresiones de este derecho disciplinario, por ejemplo, en la Ley 27815, Ley del Código de Ética de la Función Pública, en el D. Leg. 276 (Ley de bases de la carrera administrativa y de remuneraciones del sector público)⁸⁴, en la Ley N° 29131, Ley de Disciplina Militar, etc.

⁸³ Entre nosotros, considera que en el derecho administrativo sancionador rigen las relaciones de especial sujeción: Guzmán Napurí, Christian. Tratado de la administración pública y del procedimiento administrativo. Lima: Ediciones Caballero Bustamante, 2011. Pág. 797. No obstante, este autor no vincula el concepto de especial sujeción a las definiciones que aquí se han referido, sino que lo deduce del concepto normativo de potestad, entendida como aquella situación de poder atribuida por el ordenamiento jurídico previo, que habilita a su titular a imponer conductas a terceros, con la posibilidad de que el sujeto pasivo de deba soportar las consecuencias de dicho poder, que podrían no ser ventajosas. Así afirma que: *"En el caso específico de la potestad sancionadora, las consecuencias del poder son eminentemente gravosas y la relación de sujeción se aplica de manera uniforme a todos los administrados en un ámbito determinado"*.

⁸⁴ Según la Ley de Bases de la Carrera Administrativa, Capítulo V, Del Régimen Disciplinario, las sanciones por falta disciplinarias pueden ser la Amonestación verbal o escrita; la suspensión sin goce de remuneraciones hasta por treinta días; el Cese temporal sin goce de remuneraciones hasta por doce meses; y la destitución. Los grados de sanción corresponden a la magnitud de las faltas según su menor o mayor gravedad, debiendo contemplarse en cada caso, no sólo la naturaleza de la infracción sino también los antecedentes del servidor, constituyendo la reincidencia serio agravante. Una falta será tanto más grave cuanto más elevado sea el nivel del servidor que la ha cometido.

En su Artículo 28°, la precitada norma tipifica diversos supuestos de infracción disciplinaria, recalcando que ninguna de estas sanciones puede ser impuesta sin un debido procedimiento.

1.1.3.- El Derecho Administrativo Sancionador.

El Derecho Administrativo Sancionador está presente en la interrelación cotidiana del Estado con sus administrados, es decir, aparece en cada sector de la vida diaria en que el Estado tiene presencia o interviene para regular dicha actividad. Así, si una empresa de telecomunicaciones infringe la normatividad del sector, puede ser pasible de una sanción si incurre en alguno de los supuestos calificados previamente como infracción. Igual sucede con el conductor de un vehículo: cuando infringe la normatividad del sector (el Código de Tránsito), se le impone una multa administrativa. Esta misma lógica puede apreciarse en el ámbito del transporte (aéreo, marítimo, fluvial), la libre competencia, la pesquería, el medio ambiente, la contratación pública, el ámbito tributario, etc.

La denominación “Derecho Administrativo Sancionador” es relativamente reciente e implica, según expresa el profesor Nieto, una toma de postura en relación con definiciones anteriores hoy superadas. Así, señala este autor que:

“durante mucho tiempo ha venido considerándosele como una simple manifestación del Derecho de Policía. Más adelante, cuando llegaron a España las ideas de James Goldschmidt –particularmente vulgarizadas a través de la obra de castellana de Roberto Goldschmidt-, estuvo en auge la expresión de “Derecho Penal Administrativo”, que todavía se mantiene en algunas sentencias aisladas y en las monografías de autores penalistas. En la

Otros artículos de esta norma señalan, por ejemplo:

Destitución automática: condena penal privativa –delito doloso

Artículo 29°.- La condena penal privativa de la libertad por delito doloso cometido por un servidor público lleva consigo la destitución automática.

Inhabilitación por un quinquenio:

Artículo 30°.- El servidor destituido no podrá reingresar al servicio público durante el término de cinco años como mínimo.

actualidad, sin embargo, se ha impuesto el término de “Derecho Administrativo Sancionador”, que es el habitual en la jurisprudencia y que la doctrina ha aceptado sin dificultades”⁸⁵.

En efecto, el término “Policía” surge a finales del siglo XVIII en Prusia, para identificar a la actividad de delimitación de derechos de los ciudadanos, con el objeto de prevenir los peligros que de su libre ejercicio podrían derivarse para la colectividad. Las más peculiares manifestaciones de esta actividad serían las órdenes, autorizaciones, sanciones y coacciones⁸⁶. Sin embargo, en el actual desarrollo de la administración, tal delimitación está desfasada, al existir construcciones teóricas más rigurosas y formas de intervención de la administración en la esfera privada más amplias que no serían abarcadas por el clásico concepto de Policía. Así cabe hacer referencia a la clasificación que formula García de Enterría sobre las formas de *incidencia de la acción administrativa sobre las situaciones jurídicas del administrado*, las cuales clasifica desde tres puntos de vista⁸⁷:

- La *creación y ampliación de situaciones activas favorables* (el acto administrativo como título).- Mediante la que se hace nacer en la esfera jurídica de los destinatarios privados derechos, facultades, poderes nuevos hasta entonces inexistentes, o bien se eliminan limitaciones que afectan a su extensión o su desenvolvimiento. El ejemplo paradigmático aquí es la autorización.
- La *creación y ampliación de situaciones pasivas* (operaciones de gravamen).- Los actos administrativos actúan sobre la esfera jurídica de sus destinatarios privados, restringiéndola, afectando la misma en sentido negativo, produciendo sobre ellos obligaciones, deberes, cargas, antes inexistentes, o bien restricciones, limitaciones o extinciones de titularidad activas previas. Aquí identifica este autor, por ejemplo, a la expropiación y a las sanciones.
- La delimitación administrativa de derechos privados.- Aquí la administración no se encuentra con situaciones jurídicas previas, sino

⁸⁵ Nieto, Alejandro. Derecho Administrativo Sancionador. 5ª edición. Madrid: Tecnos, 2012. Pág. 139

⁸⁶ García de Enterría, Eduardo y Tomás Ramón Fernández. Curso de Derecho Administrativo. Tomo II. Versión latinoamericana en base a la 12ª edición. Palestra/Temis: Bogotá-Lima, 2011. Pág. 1001.

⁸⁷ Para mayor referencia, nos remitimos al Capítulo XVIII de la obra precitada: García de Enterría, Eduardo y Tomás Ramón Fernández. Curso de Derecho Administrativo. Tomo II. Versión latinoamericana en base a la 12ª edición. Palestra/Temis: Bogotá-Lima, 2011. Pág. 998-1062.

que las crea, las configura, las delimita, a través de dos mecanismos: la eliminación total de las titularidades privadas previas y su traslado a la titularidad pública (concesión administrativa); y la configuración por la administración del contenido normal de los derechos privadas (no su delimitación ni su contenido), aquí se ubica, por ejemplo, la planificación urbana.

El precitado profesor español explica que el concepto de Policía solo abarcaría el segundo de los aspectos antes mencionados, por lo que ya no resulta adecuado para explicar las diversas formas de intervención de la administración en la esfera jurídica del administrado a las que hemos hecho referencia. Por ello, el concepto de Derecho de Policía, se encuentra en abandono por parte de la doctrina mayoritaria actual.

Por otro lado, la expresión *Derecho Penal Administrativo*, fue impuesta por James Goldschmidt⁸⁸, y suponía, desde ese entonces, una superación del concepto de policía, debido a que la administración resultaba un concepto más amplio. En efecto, este autor entendía que la administración posee fines propios que la potestad sancionadora coadyuvaba a alcanzar. Por tanto, la meta del Derecho penal administrativo fue la absoluta despenalización del injusto administrativo⁸⁹. La propuesta de Goldschmidt tuvo una fuerte influencia en Europa y América, llegando incluso a ser acogida normativamente en Alemania, en la Ley de Simplificación del Derecho Penal Económico de 1949, gracias al impulso que dio a las ideas del citado autor uno de sus discípulos más distinguidos: Eberhard Schmidt. En efecto, en dicha norma alemana, se incluyó una cláusula normativa (la "*Fórmula de Schmidt*"), que intentaba resolver, en el derecho material, la delimitación entre el hecho punible criminal y el administrativo, bajo los siguientes parámetros⁹⁰:

"Art. 6.-

⁸⁸ En su obra *Verwaltungsstrafrecht*, de 1902. Citado por: Nieto, Alejandro. Derecho Administrativo Sancionador. 5ª edición. Madrid: Tecnos, 2012. Pág. 142.

⁸⁹ Nieto, Alejandro. Derecho Administrativo Sancionador. 5ª edición. Madrid: Tecnos, 2012. Pág. 142.

⁹⁰ Cfr.: Tiedemann, Klaus. Derecho Penal Administrativo y Estado de Derecho. En: El mismo. Constitución y Derecho Penal. Lima: Palestra, 2003. Pág. 101.

(2) Una infracción es un delito económico cuando lesione en todo o en aspectos individuales el interés estatal en mantener y proteger el ordenamiento económico, sea que:

1. La infracción es idónea por su magnitud o sus efectos para afectar la efectividad del ordenamiento económico protegido por el Estado, o
2. El autor, con la infracción, manifiesta una actitud de desprecio a todo o a aspectos individuales del ordenamiento económico protegido por el Estado, especialmente cuando haya actuado en el marco de su oficio, buscando un provecho reprochable o de cualquier otro modo irresponsable, o cuando haya repetido las infracciones persistentemente.

(3) En todos los demás casos, la infracción es una contravención.”

La evidente indeterminación de esta fórmula imposibilitaba una eficaz diferenciación entre el injusto penal y administrativo⁹¹, por lo que no tuvo acogida. No obstante, Tiedemann subraya que el aporte más trascendente de la misma fue la creación de una nueva categoría jurídica que permitía ligar al concepto de infracción administrativa, el de multa administrativa o sanción pecuniaria: la contravención. En virtud de ello, surge –siempre en Alemania- en 1952, la Ley de Contravenciones, que contiene una parte general (similar a la Parte General del Código Penal) aplicable a las contravenciones de carácter federal. Esta norma establecía⁹²:

“Art. 1.

Si una conducta es conminada exclusivamente con una multa, entonces se trata de una contravención”.

La solución alemana tiene consecuencias evidentes en la práctica: No es posible la concurrencia de un delito y una contravención, debido a la diferencia de sus consecuencias jurídicas. Un tema distinto es el debate teórico: el concepto de contravención abarca lo que indiscutiblemente es considerado falta administrativa, pero también admite delitos de peligro

⁹¹ Un detallado análisis sobre las dificultades para diferenciar el injusto penal y administrativo, a partir de esta fórmula se encuentra desde muy temprano en Argentina, de la mano de la magistral pluma de Aftalión. Véase al respecto: Aftalión, Enrique. *El Derecho Penal Administrativo como Derecho Penal Especial*. En: *El mismo. Derecho Penal Administrativo*. Buenos Aires: Arayú, 1955. Pág. 94 y siguientes.

⁹² Cfr.: Tiedemann, Klaus. *Derecho Penal Administrativo y Estado de Derecho*. En: *El mismo. Constitución y Derecho Penal*. Lima: Palestra, 2003. Pág. 103.

abstracto. Pero esto no llevó a la doctrina alemana a cuestionar la pertinencia de la solución, sino a debatir si determinado supuesto debe considerarse contravención o delito⁹³.

Así para Jescheck⁹⁴, las contravenciones son una categoría de transgresiones castigadas con una sanción estatal represiva:

“...en el año 1945, junto a los delitos graves, menos graves y faltas, fue introducida una cuarta categoría de transgresiones que están castigadas con una sanción estatal represiva: las infracciones administrativas. Estas últimas recogen un antiguo derecho penal administrativo en sentido amplio, haciéndolo compatible con las exigencias del Estado de Derecho...”

En España, en cambio, los intentos por diferenciar ontológicamente el delito y la infracción administrativa persisten hasta la actualidad. La denominación de Derecho Administrativo Sancionador surge, a decir de Nieto, como fruto de la jurisprudencia contencioso administrativa de ese país, para *explicar la existencia de una potestad sancionadora de la Administración distinta de la penal, aunque muy próxima a ella, y además en dotar a su ejercicio de medios técnico jurídicos suficientes, potenciando al efecto, las garantías del particular*⁹⁵. Sin embargo, como se verá en un capítulo posterior de este trabajo, esta definición y la concepción que a ella subyace, no es pacífica. Aún hoy se discute si el Derecho Administrativo Sancionador es Derecho Penal.

El fenómeno ocurrido en España, es bastante rico en experiencias que pueden tomarse en cuenta en la realidad peruana. En efecto, tal como ahora ocurre en el Perú, antes de la entrada en vigencia de la Constitución española de 1978, en el ordenamiento jurídico español no existía una previsión constitucional que clarifique la existencia y el alcance de la

⁹³ Cfr.: Tiedemann, Klaus. Derecho Penal Administrativo y Estado de Derecho. En: El mismo. Constitución y Derecho Penal. Lima: Palestra, 2003. Pág. 104-111.

⁹⁴ Cfr.: Jescheck, Hans-Heinrich y Thomas Weigend. Tratado de Derecho Penal. Parte General. Traducción a la 5ª edición alemana de Miguel Olmedo Cardenete. Granada: Comares, 2002. Pág. 63. En cuanto a la evolución de la normativa sobre el derecho administrativo sancionador en España. Vid. Por todos: Cobo Del Rosal, Manuel y Tomás Vives Antón. Derecho Penal. Parte General. 5ª edición. Valencia: Tirant lo Blanch, 1999. Pág. 54 y sig.

⁹⁵ Nieto, Alejandro. Derecho Administrativo Sancionador. 5ª edición. Madrid: Tecnos, 2012. Pág. 144.

potestad sancionadora de la administración. Sumado a ello, acaecía en España una dictadura que no dudaba en echar mano de los distintos mecanismos represivos del Estado para enfrentar a sus adversarios. En este contexto, y con finalidad de dotar de determinadas garantías a la actividad sancionadora de la administración, aparecen construcciones doctrinales que buscan extender a ésta las garantías propias del Derecho Penal, a efectos de sujetarla a sus mismos principios y parámetros. Surgen entonces dos perspectivas: una que entiende la facultad sancionadora de la administración como una cuestión excepcional y transitoria, siendo lo más coherente que la sanción de dichas infracciones sea “devuelta” a los jueces penales cuando menos a través de mecanismos de revisión de la actividad sancionadora administrativa⁹⁶; y una segunda que considera que se trata de una potestad accesoria de la judicial (García de Enterría)⁹⁷.

Como lo explica Morcillo, durante la etapa preconstitucional española prevaleció como dogma la plena separación entre la potestad sancionadora de la administración y la jurisdicción penal, admitiéndose la posible acumulación de sanciones en uno y otro ámbito. Así, independientemente de que un hecho fuera o no considerado delito, podía constituir también una infracción administrativa sancionable por la administración, pudiendo el infractor ser objeto de una doble sanción, penal y administrativa. Es decir, la jurisprudencia asumió este criterio excluyendo toda incompatibilidad entre ambas sanciones, alegando que cada una de ellas (las infracciones penales y administrativas) operaba en ámbitos distintos⁹⁸.

En el contexto de este debate, ya hace más de 40 años, el 9 de febrero de 1972, del Tribunal Supremo español, establecía contundentemente lo siguiente:

“las contravenciones administrativas no pueden ser aplicadas nunca de un modo mecánico, con arreglo a la simple enunciación literal, ya que se integran en el supraconcepto del ilícito, cuya unidad

⁹⁶ Parada Vásquez, José Ramón. El Poder Sancionador de la Administración y la crisis del sistema judicial penal. En: Revista de Administración Pública. Nº 67. Madrid: 1972. Pág. 41-93

⁹⁷ Con más referencias: Nieto, Alejandro. Derecho Administrativo Sancionador. 4ª edición. Madrid: Tecnos, 2005. Pág. 86 y sig.

⁹⁸ Morcillo Moreno, Juana. Teoría y Práctica de las cuestiones prejudiciales en el ámbito del derecho administrativo. Las posibles contradicciones entre resoluciones de distintos órdenes jurisdiccionales. Madrid: La Ley, 2007. Pág. 406.

sustancial es compatible con la existencia de diversas manifestaciones fenoménicas, entre la cuales se encuentra tanto el ilícito administrativo como el penal, exigiendo ambos un comportamiento humano, positivo o negativo, una antijuridicidad, la culpabilidad, el resultado potencial o actualmente dañoso y la relación causal entre éste y la acción”

Cabe destacar que este criterio de equiparación entre injusto penal y administrativo, expresado en esta pionera decisión del Tribunal Supremo español, fue repetido poco tiempo después por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en su sentencia de 8 de junio de 1976 (caso Engel):

“El convenio no impide que cada Estado pueda elegir entre el uso de la potestad penal (judicial) y la sancionadora o disciplinaria (administrativa), sin que la calificación del ilícito como delito o infracción sea decisiva al respecto, para evitar que al socaire de tal opción puedan eludirse las garantías establecidas en el Convenio (...) El derecho penal y el administrativo, en este aspecto, no son compartimentos estancos y, por ello, la despenalización de conductas para tipificarlas como infracciones, cuya naturaleza intrínseca es la misma, no puede menoscabar los derechos fundamentales o humanos del imputado o acusador”⁹⁹

Con la Constitución Española de 1978, se pretendió zanjar el debate a través del Artículo 25, que señala:

1. Nadie puede ser condenado o sancionado por acciones u omisiones que en el momento de producirse no constituyan delito, falta o infracción administrativa, según la legislación vigente en aquel momento.

(...)

3. La Administración civil no podrá imponer sanciones que, directa o subsidiariamente, impliquen privación de libertad.

⁹⁹ En el mismo sentido se pronunció posteriormente el TEDH en las sentencias del 21 de febrero (caso Oztürk) y de 2 de junio de 1984 (caso Campbell y Fell) y de 22 de mayo de 1990 (caso Weber).

Conforme se aprecia, el inciso tercero del precitado artículo, interpretado a contrario, reconoce capacidad a la administración para imponer sanciones, siempre que éstas no signifiquen, directa o subsidiariamente, privación de la libertad. Es decir, con la entrada en vigencia de la Constitución española de 1978, se establece, ya desde un nivel constitucional, la facultad sancionadora de la administración, otorgándole el nivel de garantías que precisa para ser ejercido dentro del marco de un Estado de Derecho.

Pero lejos de apaciguarse los debates, hoy en día en España, surgen voces que reclaman una pretendida autonomía de la potestad sancionadora de la administración frente al Derecho Penal, respecto del cual –se dice- comparte sus categorías y extrae, con matices, sus principios, solo de manera referencial, habida cuenta del mayor desarrollo científico que posee el Derecho Penal¹⁰⁰.

En el ordenamiento peruano, la Constitución no reconoce expresamente una potestad sancionadora a la Administración¹⁰¹. Así puede verse en las siguientes normas constitucionales:

- Según el Artículo 12° de la Constitución, los fondos y las reservas de la seguridad social son intangibles y sus recursos se aplican en la forma y bajo la responsabilidad que señala la ley. Aquí parece dejarse en el rango legal el desarrollo de una facultad sancionadora, pues esta puede entenderse incluida en la frase “bajo la responsabilidad que señala la ley”, pues esa responsabilidad puede ser del nivel administrativo-sancionador.
- El Artículo 27° de la Constitución, señala que la ley otorga al trabajador adecuada protección contra el despido arbitrario. Con ello también se deja al desarrollo de rango legislativo el establecimiento de normas que

¹⁰⁰ En esta línea de razonamiento, por ejemplo: Nieto, Alejandro. Derecho Administrativo Sancionador. 5ª edición. Madrid: Tecnos, 2012. Pág. 55 y sig., con más referencias.

¹⁰¹ Del mismo parecer: Danós Ordoñez, Jorge. Notas acerca de la potestad sancionadora de la administración pública. En: *Ius Et Veritas*. Año V, N° 10. Lima: 1995. Pág. 150. Siguen este planteamiento: Guzmán Napurí, Christian. Tratado de la administración pública y del procedimiento administrativo. Lima: Ediciones Caballero Bustamante, 2011. Pág. 799. También: Pereira Chumbe, Roberto. La Potestad Sancionadora de la Administración y el Procedimiento Administrativo Sancionador en la Ley N° 27444. En: *Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General Ley N° 27444*. Segunda Edición. Lima: ARA, 2005. Pág. 282. Sin embargo, este último autor matiza su posición argumentando que el inciso 13 del artículo 2 de la Constitución, prohíbe que las asociaciones y fundaciones puedan ser disueltas por resolución administrativa, lo que permitiría encontrar un fundamento de la potestad sancionadora administrativa, ya que se estaría admitiendo que la administración tiene la posibilidad de establecer otro tipo de sanciones (ver: Pág. 283).

protejan y aseguren que el trabajador no sea despedido injustamente, lo que incluye, como un posible mecanismo de protección, la potestad de aplicar sanciones. Como se aprecia, la Constitución deja esa opción en manos del legislador.

- Según el segundo párrafo del art. 35 de la Constitución, la ley establece normas orientadas a asegurar el funcionamiento democrático de los partidos políticos, y la transparencia en cuanto al origen de sus recursos económicos y el acceso gratuito a los medios de comunicación social de propiedad del Estado en forma proporcional al último resultado electoral general. Esto implica claramente que la potestad sancionadora del JNE respecto de la actuación de los partidos políticos dentro de parámetros democráticos, nuevamente, es una opción que surge como decisión del legislador.
- El Artículo 40° señala que la ley regula el ingreso a la carrera administrativa, y los derechos, deberes y responsabilidades de los servidores públicos. También aquí la decisión sobre recurrir al derecho administrativo sancionador como una opción para atribuir responsabilidad, es de rango legal.
- En el Artículo 61 de la Constitución se señala que el Estado combate toda práctica que limite la libre competencia. De aquí se desprende que la particular decisión de combatir las prácticas limitadoras de la libre competencia, a través de la imposición de sanciones administrativas, es una opción del legislador, y no un imperativo que se desprenda directamente de la Constitución.

De esta “omisión” del constituyente, puede deducirse dos cosas: a) La potestad sancionadora en manos de Administración debe entenderse como una “delegación” de la potestad punitiva que ejercen los jueces¹⁰²; o, b) no hay delegación alguna, sino que la potestad sancionadora de la administración es autónoma, aunque se encuentra implícita en las potestades generales de la Administrativa (que si tiene previsión

¹⁰² Danós Ordoñez, Jorge. Notas acerca de la potestad sancionadora de la administración pública. En: *Ius Et Veritas*. Año V, N° 10. Lima: 1995. Pág. 150. También: Pereira Chumbe, Roberto. La Potestad Sancionadora de la Administración y el Procedimiento Administrativo Sancionador en la Ley N° 27444. En: *Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General Ley N° 27444*. Segunda Edición. Lima: ARA, 2005. Pág. 282. No obstante, el autor matiza sus opinión, ya que, de un lado admite la tesis de la competencia implícita de la administración para sancionar (Pág. 282), pero luego parece decantarse por considerarla como una facultad delegada (Pág. 285 y 287). También: Zúñiga Fernández, Tania. La potestad sancionadora de la administración pública. Consideraciones iniciales para un debate doctrinario. En: *Revista Jurídica del Perú*. Tomo 21. Abril. Lima: 2001. Pág. XIX.

constitucional) y le sirve para concretizar sus facultades para legislar, producir normas, o, en general, gestionar; puesto que para obtener un efecto obligatorio en las normas administrativas no solo se debe especificar en ellas las conductas obligadas, sino que se debe prevenir su incumplimiento reaccionando contra los actos de quienes, siendo los destinatarios de los mandatos normativos, no los obedecen.

Esta última es la opinión dominante en la doctrina española, incluso en la actualidad, pese a que la Constitución de ese país prevé expresamente la potestad sancionadora de la administración. Según se señala, tal concepción (potestad implícita) permite un mayor grado de sustantividad y flexibilidad en el Derecho Administrativo Sancionador, sin llegar a una desvinculación de las reglas constitucionales y penales¹⁰³.

Por nuestra parte, consideramos que, en efecto, la teoría de la potestad implícita de la Administración para sancionar resulta útil en la medida que permite legitimar la imposición de este tipo de sanciones, dentro del esquema de garantías diseñado por la Constitución. Sin embargo, a ello cabe formular dos atingencias:

- Nuestra Constitución no es elocuente al momento de establecer los fines a los que se encuentra sujeta la Administración¹⁰⁴. El Artículo 39 de la Constitución señala que todos los funcionarios y trabajadores públicos están al servicio de la Nación. El Artículo 40, indica que la ley regula los derechos, deberes y responsabilidades de los servidores públicos. El Artículo 43, que el Perú es una república democrática, social, independiente y soberana y que su gobierno es unitario, representativo y descentralizado, y se organiza según el principio de la separación de poderes; y el Artículo 44, que son deberes primordiales del Estado:

¹⁰³ Nieto, Alejandro. Derecho Administrativo Sancionador. 5ª edición. Madrid: Tecnos, 2012. Pág. 55-60, quien considera que se trata de una *atribución implícita* del ordenamiento administrativo, apoyándose en la opinión de De La Morena. También: Carretero Pérez, Adolfo y Adolfo Carretero Sánchez. Derecho Administrativo Sancionador. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado/Editoriales de derecho Unidas, 1992. Pág. 1 y sig. Tempranamente y en similares términos, pero usando la denominación de "derecho garantizador": Parada Vásquez, Ramón. Derecho Administrativo, Derecho Privado, Derecho Garantizador. En: Revista de Administración Pública, N° 52. Madrid: 1967, Pág. 84-85. Lo mismo podría deducirse del concepto de sanción que proponen: Falcón y Tella, María José y Fernando Falcón y Tella. Fundamento y Finalidad de la Sanción. ¿un derecho a castigar?. Madrid: Pons, 2005. Pág. 88-89.

¹⁰⁴ En contraposición, en España, el inciso 1 del Artículo 103 de la Constitución Española, señala: "La Administración Pública sirve con objetividad los intereses generales y actúa de acuerdo con los principios de eficacia, jerarquía, descentralización, desconcentración y coordinación, con sometimiento pleno a la ley y al Derecho."

defender la soberanía nacional; garantizar la plena vigencia de los derechos humanos; proteger a la población de las amenazas contra su seguridad; y promover el bienestar general que se fundamenta en la justicia y en el desarrollo integral y equilibrado de la Nación. De este modo, será principalmente la labor interpretativa, tanto de la doctrina como de los tribunales, así como el legislador, quienes deben encargarse de cubrir las lagunas dejadas por el constituyente, y desarrollar los parámetros sobre los cuales resulta válida la actuación administrativa sancionadora.

- La *anejidad* –o teoría del poder implícito- de la potestad sancionadora a las potestades normativas o de gestión de la Administración no puede entenderse en el sentido de que aquella se encuentra restringida a aquellos ámbitos en los que la Administración tuvo o tiene una previa intervención. Esto quiere decir que la potestad administrativa sancionadora no se limita únicamente a intervenir en aquellos ámbitos que la Administración gestiona o regula, sino que puede ocurrir que la actividad sancionadora no acompañe otras medidas adicionales de la administración (autorizaciones, licencias u otras). Así ocurre por ejemplo con las prohibiciones de consumo de tabaco en lugares públicos, que antes eran totalmente libres¹⁰⁵. El supuesto habilitante, entonces, para la intervención del Derecho Administrativo Sancionador, no es la previa intervención de la administración en el ámbito del que se trate, sino la *ilicitud de la conducta sancionada*, esto es, que solo debe ser objeto de sanción una conducta expresamente tipificada como infracción¹⁰⁶.

En el Perú, el Derecho Administrativo Sancionador puede describirse en función de las siguientes particularidades:

- La sanción es aplicada por una dependencia de la administración pública, ya sea de carácter nacional o local (Ministerios, organismos públicos, gobiernos regionales o locales).
- La sanción es aplicada por la propia Entidad encargada de regular el ámbito específico que se transgrede. Decir esto no es poco. Ya sea que

¹⁰⁵ En el Perú, regulados por la Ley 28705, su Reglamento (DS 015-2008-SA) y sus modificatorias. La atingencia y el ejemplo son extraídos de: Huergo Lora, Alejandro. Las sanciones administrativas. Madrid: lustel, 2007. Pág. 140-141

¹⁰⁶ Huergo Lora, Alejandro. Las sanciones administrativas. Madrid: lustel, 2007. Pág. 235

se entienda que las sanciones administrativas comparten la misma naturaleza que las sanciones penales (con diferencias de grado), o que las sanciones penales y administrativas son estructuralmente distintas (diferencia cualitativa), no está en duda su naturaleza represiva y limitadora de derechos (además, fundamentales). Por tanto, aceptar como válida la imposición de una sanción administrativa por parte de la propia administración, no sólo rompe el natural equilibrio que debiera existir entre la acusación y el juzgamiento para afirmar un **debido proceso** (toda vez que la propia administración, a través de sus órganos, lleva a cabo ambas funciones a la vez). Así pues, que el rompimiento de este equilibrio (acusación/juzgamiento) en el Derecho Administrativo Sancionador sea algo “necesario” para poder desplegar la actividad sancionadora del Estado, no debe entenderse como algo propio de la “menor afflictividad” de estas sanciones, sino como un recurso excepcional que debe ser rodeado de las garantías suficientes para no afectar más allá de lo estrictamente necesario los derechos del sancionado. Todo esto, además, implica una clara renuncia al principio de jurisdiccionalidad, derivado del principio de legalidad en el Estado Social y Democrático de Derecho (*nulla poena sine iudicium*).

- El procedimiento para aplicar la sanción es sumario.
- Para la imposición de una sanción existe una norma que otorga competencia a la entidad para aplicar sanciones.
- Para la imposición de una sanción existe una norma que prevé la conducta como infracción sancionable. No obstante se plantean problemas con el nivel de la norma que prevé la sanción, de cara al respeto del principio de legalidad, que serán analizados en un capítulo posterior.
- El sujeto sobre el que recae la sanción puede ser una persona natural o jurídica (esto se analiza con más amplitud, infra).

1.1.4.- Otras manifestaciones

Los procedimientos de ratificación de magistrados llevados a cabo por el Concejo Nacional de la Magistratura.-

De acuerdo a la postura aquí defendida, el listado de manifestaciones sancionadoras del Estado incluye a los procedimientos de ratificación de magistrados llevados a cabo por el Consejo Nacional de la Magistratura. Sin embargo, es de advertir que esta afirmación parece oponerse al texto de la Constitución Política del Perú, que señala en su Artículo 154.2, que *los jueces y fiscales no ratificados por el Consejo Nacional de la Magistratura no pueden reingresar al Poder Judicial ni al Ministerio Público*, y añade :

*“el proceso de ratificación es **independiente** de las **medidas disciplinarias**”*

Así también, el Tribunal Constitucional excluyó dicho procedimiento de ratificación del ámbito sancionador público, al negar que tenga el carácter de sanción. Véase lo resuelto por el Alto Tribunal en su Sentencia del 27 de enero de 2003, en el Exp. N° 1941-2002-AA/TC LIMA, asunto Almenara Bryson, en la que estableció:

“13. (...) el proceso de ratificación no tiene por finalidad pronunciarse sobre actos u omisiones antijurídicas que pudiera haber cometido el recurrente y que, en esa medida, la validez de la decisión final dependa del respeto del derecho de defensa. La decisión de no ratificar a un magistrado en el cargo que venía desempeñando no constituye una sanción disciplinaria; al respecto, es dable consignar que la sanción, por su propia naturaleza, comprenda la afectación de un derecho o interés derivado de la comisión de una conducta disvaliosa para el ordenamiento jurídico. En cambio, la no ratificación constituye un voto de confianza o de no confianza sobre la manera como se ha ejercido el cargo para el que se le nombró durante los siete años. Dicha expresión de voto es consecuencia de una apreciación personal de conciencia, objetivizada por la suma de votos favorables o desfavorables que emitan los consejeros con reserva.

14. Mientras que en el caso de la sanción disciplinaria, esta debe sustentarse en las pruebas que incriminan a su autor como responsable de una falta sancionable, impuesta luego de la

*realización de un procedimiento con todas las garantías; en cambio, en el caso de no ratificación, sólo se sustenta en un conjunto de indicios que, a juicio de los Consejeros del Consejo Nacional de la Magistratura, toman inconveniente que se renueve la confianza para el ejercicio del cargo. Por ello, el Tribunal Constitucional considera que, en la medida en que la "no ratificación" no obedece a una falta cuya responsabilidad se ha atribuido al magistrado, sino sólo a una muestra de desconfianza de la manera como se ha ejercido la función para la que fue nombrado durante los siete años, no existe la posibilidad de que se afecte el derecho de defensa alegado. A mayor abundamiento, el Tribunal Constitucional estima que el derecho de defensa que le asiste a una persona en el marco de un proceso sancionatorio en el que el Estado hace uso de su *ius puniendi*, ya sea mediante el derecho penal o administrativo sancionador, no es aplicable al acto de no ratificación, ya que éste no constituye una sanción ni el proceso de ratificación es, en puridad, un procedimiento administrativo penalizador”.*

La cita es larga pero importante. Dicho pronunciamiento genera más dudas que certidumbres sobre la validez de que el procedimiento de ratificación de magistrados se desenvuelva al margen de garantías tan elementales como la defensa. Que la Constitución afirme que se trata de un procedimiento distinto al disciplinario ¡no quiere decir que se trate de un ámbito ajeno al derecho sancionador público (*ius puniendi*)!. No se pretende negar que el procedimiento de ratificación tenga sus propias características y, por tanto, pueda instaurarse de manera ajena o hasta paralela a un procedimiento disciplinario. Pero de ahí a afirmar que se trata de una órbita ajena al derecho sancionador público, y a las garantías que a éste sostienen en un Estado Democrático y (curiosamente) de Derecho, es un gravísimo exceso. Otra vez, el Tribunal Constitucional deja aquí abierta una puerta al abuso y al desconocimiento de los derechos más elementales.

Sin embargo, una vez más en este trabajo, debemos lamentar que un análisis de mayor profundidad implique exceder nuestro ámbito de estudio, por lo que debemos detenernos en este punto y continuar describiendo otras manifestaciones del poder sancionador público.

Las consecuencias accesorias.

Existe una ardua discusión doctrinal sobre la naturaleza jurídica de las Consecuencias Accesorias. ¿Son penas?, ¿son sanciones administrativas?. Si fueran lo primero, contravendrían el principio *societas delinquere non potest*, es decir, la negación de la posibilidad de que la persona jurídica pueda cometer delitos (se suele argüir que la persona jurídica no actúa sino que lo hacen sus dependientes, que son personas naturales) o de su nula capacidad de culpabilidad (también se dice que la persona jurídica no tiene imputabilidad). Si se admitiera que se trata de sanciones administrativas, lo que se cuestiona es que éstas se encuentren reguladas en el Código Penal, y que sean aplicadas, también, por un juez penal. Con ello, además, se cuestionaría indirectamente su necesidad de previsión en el Derecho Penal, ya que bastaría la legislación administrativo-sancionadora para tal efecto. No existe una opinión doctrinaria dominante al respecto en nuestro país.

Una lectura global del ordenamiento jurídico, en la que se aprecie al Derecho Penal y al Administrativo Sancionador como dos aspectos, dos formas de respuesta o reacción, de un único *ius puniendi*, permite constatar que desde la consolidación de la categoría jurídica de las personas jurídicas, éstas siempre estuvieron en la potencialidad de cometer actos ilícitos de naturaleza penal, imputables a la organización como tal¹⁰⁷. Cosa distinta es que, políticamente se haya considerado que la respuesta suficiente frente a este tipo de criminalidad, sea la sanción administrativa. Sin embargo, la evolución de la sociedad y de la criminalidad, obligan a revisar estos criterios y a trasladar la respuesta punitiva de la esfera administrativo-sancionadora a la jurídico-penal, pues la empresa actúa como un importante factor criminógeno, además, favorecido por su propia estructura que tiende a crear una “irresponsabilidad organizada” (desviación de la responsabilidad a los niveles más bajos de decisión). Este hecho trae como consecuencia un favorecimiento de la criminalidad de individuos que sin la estructura de la

¹⁰⁷ García Cavero, Percy. Derecho Penal Económico. Tomo I Parte general. 2ª edición. Lima: Grijley, 2007. Pág. 654 y siguientes, remontándose al inicio de la discusión con Savigny (teoría de la ficción) y Gierke (teoría de la realidad).

persona moral difícilmente realizarían los comportamientos delictivos¹⁰⁸. Insistimos, en que estos cambios no operan desde la dogmática, sino desde la política criminal¹⁰⁹.

Al razonamiento antes expuesto podría oponerse que la dogmática del Derecho Penal admite, desde siempre, el principio *societas delinquere non potest*, mientras que en el Derecho Administrativo Sancionador se admite sin inconvenientes la posibilidad de sancionar a la persona moral. Sin embargo, no se debe caer en la tentación de reducir el debate a la simple fórmula de que en el Derecho Penal “no” se puede atribuir responsabilidad penal a la persona jurídica como tal, mientras que en el Derecho Administrativo Sancionador “sí”, porque éste no se rige por las mismas categorías que el Derecho Penal. Con lo descrito hasta aquí en el presente trabajo, puede ya apreciarse que esto es técnicamente imposible. El ilícito penal y el administrativo sancionador se deben construir, si se busca coherencia, bajo una misma estructura (la que se defiende en este trabajo, implica una tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad), por lo que las objeciones que se formulan a la punibilidad de la persona jurídica (incapacidad de acción y ausencia de imputabilidad) son predicables en los dos ámbitos (penal y administrativo sancionador) y deberían llevar, si se quiere ser riguroso, a las mismas consecuencias. En otras palabras, si se niega la posibilidad de sancionar a la persona jurídica en el derecho penal, no puede admitirse, a renglón seguido, que esto (*societas delinquere potest*) si es posible en el Derecho Administrativo Sancionador¹¹⁰.

Los esfuerzos de la dogmática penal actual apuntan entonces a equiparar el deficiente desarrollo conceptual de la responsabilidad penal de la persona

¹⁰⁸ Al respecto, Berdugo Gómez de la Torre, Ignacio Berdugo, Viejo y Nuevo Derecho Penal. Principios y desafíos del Derecho Penal de Hoy. Madrid: Iustel, 2012, pp. 166 y 167.

¹⁰⁹ Hurtado Pozo, José. Manual de Derecho Penal. Parte General I. 3ª edición. Lima: Grijley, 2005. Pág. 687-703

¹¹⁰ Zugaldía Espinar, José Miguel, La responsabilidad criminal de las personas jurídicas, de los entes sin personalidad y de sus directivos. Valencia: Tirant lo Blanch, 2013. Pág. 17. Respecto al ordenamiento jurídico español, el citado autor señala: “Consecuentemente, admitida la posibilidad de sancionar a las personas jurídicas en el Derecho Administrativo sancionador, no existen verdaderos impedimentos dogmáticos para negar su responsabilidad penal. En este sentido, reconoce la Constitución claramente que el *ius puniendi* del Estado es uno solo y se manifiesta de dos formas: a través del Derecho administrativo sancionador y del Derecho Penal (arts. 9, 25 y 106 CCE). Por lo tanto, ambos sistemas sancionadores se deben regir por el mismo sistema de imputación. Desde esta premisa resulta evidente que sea cuál sea el modelo de responsabilidad de las personas jurídicas, en todo caso, los problemas dogmáticos que presenta la responsabilidad de este sujeto del Derecho no se pueden evitar por el hecho de mantenerlo exclusivamente en el ámbito del Derecho Administrativo, tal y como ha pretendido sostener un amplio sector de la nuestra doctrina durante tanto tiempo.”

jurídica, con la cada vez más asumida decisión político criminal de sancionarlas desde el Derecho Penal¹¹¹. Difícilmente podríamos reproducir aquí los argumentos y las diversas construcciones que se vienen proponiendo desde la dogmática penal¹¹².

De *lege lata*, el Artículo 105 del Código Penal establece que si el hecho punible fuere cometido en ejercicio de la actividad de cualquier persona jurídica o utilizando su organización para favorecerlo o encubrirlo el Juez penal aplicará todas o algunas de las medidas ahí descritas¹¹³. Esto parece indicarnos que la opción del legislador peruano fue admitir la posibilidad de sancionar a una persona jurídica por sus propios hechos, basado en la responsabilidad penal de la misma por la transgresión de los deberes de cuidado en la organización.

Al respecto, el Acuerdo Plenario N° 7-2009/CJ-116, del 13 de noviembre de 2009 sobre Personas jurídicas y consecuencias accesorias, señala:

11. (...) su estructura, operatividad, presupuestos y efectos permiten calificar a las [consecuencias accesorias] como sanciones penales especiales (...). En primer lugar, porque la legitimidad de su aplicación demanda que las personas jurídicas sean declaradas judicialmente como involucradas -desde su actividad, administración u organización- con la ejecución, favorecimiento u ocultamiento de un hecho punible, sobre todo por activos y criminógenos defectos de organización o de deficiente administración de riesgos. Y, en

¹¹¹ Zugaldía Espinar, José Miguel. La responsabilidad criminal de las personas jurídicas. Problemas generales de su tratamiento en el derecho español. En: Pariona Arana, Raúl (Coordinador). responsabilidad criminal de las personas jurídicas y otros estudios de derecho penal. Lima: Grijley, 2010. Pág. 29

¹¹² En el Perú, véase las propuestas de Abanto Vásquez, Manuel. El Derecho de la Libre competencia. Lima: San Marcos, 1997. Pág. 162 y siguientes. También: García Caveró, Percy. Derecho Penal Económico. Tomo I Parte general. 2° edición. Lima: Grijley, 2007. Pág. 651-790. También: Hurtado Pozo, José. Manual de Derecho Penal. Parte General I. 3° edición. Lima: Grijley, 2005. Pág. 687-703

¹¹³ Conforme a la actual redacción de este Artículo (modificado por Decreto Legislativo N° 982, del 22 julio 2007), tales medidas pueden ser: 1. Clausura de sus locales o establecimientos, con carácter temporal o definitivo. La clausura temporal no excederá de cinco años. 2. Disolución y liquidación de la sociedad, asociación, fundación, cooperativa o comité. 3. Suspensión de las actividades de la sociedad, asociación, fundación, cooperativa o comité por un plazo no mayor de dos años. 4. Prohibición a la sociedad, fundación, asociación, cooperativa o comité de realizar en el futuro actividades, de la clase de aquellas en cuyo ejercicio se haya cometido, favorecido o encubierto el delito. La prohibición podrá tener carácter temporal o definitivo. La prohibición temporal no será mayor de cinco años. Cuando alguna de estas medidas fuera aplicada, el Juez ordenará a la autoridad competente que disponga la intervención de la persona jurídica para salvaguardar los derechos de los trabajadores y de los acreedores de la persona jurídica hasta por un período de dos años. El cambio de la razón social, la personería jurídica o la reorganización societaria, no impedirá la aplicación de estas medidas.

segundo lugar, porque su imposición produce consecuencias negativas que se expresan en la privación o restricción de derechos y facultades de la persona jurídica al extremo que pueden producir su disolución. (...).

Al margen de los comentarios que podría generar este Acuerdo Plenario, es de destacar que el mismo denota la actualidad del debate en nuestro país, al punto que la Corte Suprema admite la responsabilidad penal de la persona jurídica. Así, puede reafirmarse sin dudas que hoy ya no se discute la necesidad de criminalizar la actuación de los entes colectivos. Se entiende incluso que la misma tiene mayor capacidad lesiva para bienes jurídicos protegidos por el Derecho Penal, que la de las personas naturales¹¹⁴.

A donde sea que lleve este debate, es decir, cualquiera que sea el modelo de imputación que finalmente se imponga como el criterio más seguro para determinar la responsabilidad penal de una persona jurídica, lo cierto – gústete o no a los reacios- es que tales conclusiones tendrán que ser observadas por el Derecho Administrativo Sancionador, para efectos de imponer alguna de las sanciones propias de su ámbito, si se quiere que las mismas respondan a la rigurosidad conceptual que exige la seguridad jurídica propia de un Estado de Derecho.

Los procedimientos parlamentarios de carácter sancionador.

La facultad sancionadora del Congreso de la República se manifiesta de dos maneras: en los procedimientos de Acusación Constitucional y en los procedimientos ante la Comisión de Ética Parlamentaria.

En el primer caso, la función congresal sancionadora, prevista en el primer párrafo del artículo 100° de la Constitución, tiene a su vez dos supuestos: a) cuando existe una sentencia condenatoria emanada del Poder Judicial, por los delitos funcionales en que incurran los funcionarios previstos en su

¹¹⁴ Zugaldía Espinar, José Miguel. La responsabilidad criminal de las personas jurídicas. Problemas generales de su tratamiento en el derecho español. En: Pariona Arana, Raúl (Coordinador). responsabilidad criminal de las personas jurídicas y otros estudios de derecho penal. Lima: Grijley, 2010. Pág. 25 y sig.

artículo 99°, b) cuando se configuran responsabilidades eminentemente políticas, aun cuando no exista la comisión de un delito de por medio.

Conforme lo expresa el Tribunal Constitucional, en su Sentencia del 1 de diciembre de 2003, en el Expediente N° 0006-2003-AI/TC LIMA sobre Acción de inconstitucionalidad interpuesta por 65 Congresistas de la República contra el inciso j) del artículo 89° del Reglamento del Congreso de la República:

19. (...) en la Carta Fundamental no solamente se encuentra consagrado el antejuicio, sino también el juicio político, esto es, aquel que permite iniciar un procedimiento a los funcionarios enumerados en su artículo 99°, en razón de las “faltas políticas” cometidas en el ejercicio de sus funciones, con la finalidad de “retirar el poder de quien hace mal uso de él e impedir que [...] pueda ser reinvestido de poder en el futuro.” (Broussard, Paulo. *O impeachment*. Editora Saraiva. 2da. Ed, 1992. p. 77). Al respecto, Bidart Campos refiere que “se lo denomina juicio “político” [...] porque no es un juicio penal; en él no se persigue castigar sino separar del cargo; no juzgar un hecho como delictuoso, sino una situación de gobierno como inconveniente para el Estado”. (Manual de Derecho constitucional argentino. Ediar., 1986. p. 612).

20. (...) En estos casos, la razón del despojo del cargo no tiene origen en la comisión de un delito, sino en la comisión de faltas que aminoran, en grado sumo, la confianza depositada en el funcionario, la que debe ir indefectiblemente ligada al cargo que ostenta.

Conforme al Artículo 100 de la Constitución Política del Perú, corresponde al Congreso, sin participación de la Comisión Permanente, suspender o no al funcionario sujeto de una Acusación Constitucional o inhabilitarlo para el ejercicio de la función pública hasta por diez años, o destituirlo de su función sin perjuicio de cualquiera otra responsabilidad. Asimismo, conforme al Artículo 99 de la Norma Fundamental, corresponde a la Comisión Permanente acusar ante el Congreso: al Presidente de la República; a los representantes a Congreso; a los Ministros de Estado; a los miembros del

Tribunal Constitucional; a los miembros del Consejo Nacional de la Magistratura; a los vocales de la Corte Suprema; a los fiscales supremos; al Defensor del Pueblo y al Contralor General por infracción de la Constitución y por todo delito que cometan en el ejercicio de sus funciones y hasta cinco años después de que hayan cesado en éstas.

El procedimiento para ejercer esta facultad sancionadora por parte del Congreso de la República se encuentra desarrollado en el Artículo 89 del Reglamento del Congreso. Dicho procedimiento puede resumirse en lo siguiente:

- El órgano competente para conocer las denuncias constitucionales es la Comisión Permanente. Si bien esta Comisión funciona normalmente durante los recesos parlamentarios, puede ser convocada durante el período ordinario o extraordinario de sesiones si resulta necesario tramitar una acusación constitucional¹¹⁵. Esta Comisión cuenta, a su vez, con una Subcomisión de Acusaciones Constitucionales, a la que se derivan las denuncias presentadas y se encarga de calificar la admisibilidad y procedencia de las denuncias, realizar la investigación, y emitir el informe respectivo.
- Los Congresistas, el Fiscal de la Nación o cualquier persona que se considere directamente agraviada pueden presentar denuncia constitucional contra los altos funcionarios del Estado. Los Congresistas que integran la Subcomisión de Acusaciones Constitucionales están impedidos de presentar denuncias constitucionales.
- Luego del procedimiento de investigación, en el que se brinda el derecho de defensa al investigado, la subcomisión de acusaciones constituciones emite su informe. El informe final puede concluir con la acusación del investigado o el archivamiento de la denuncia, y –luego de ello-, debe ser remitido a la Comisión Permanente. No es admisible otro tipo de conclusiones y/o recomendaciones.
- Si el informe que propone la acusación es aprobado, la Comisión Permanente nombra una Subcomisión Acusadora integrada por uno o más miembros de la Subcomisión de Acusaciones Constitucionales, a

¹¹⁵ Artículo 43 del Reglamento del Congreso.

- efecto de que sustente el informe y formule acusación en su nombre ante el Pleno del Congreso.
- Luego de la sustentación del informe y la formulación de la acusación constitucional por la Subcomisión Acusadora y el debate, el Pleno del Congreso vota, pronunciándose en el sentido de si hay o no lugar a la formación de causa a consecuencia de la acusación.
 - Si el Pleno decide aprobar la acusación constitucional, el acusado queda suspendido de sus derechos y sujeto a juicio según Ley.
 - El precitado acuerdo aprobatorio del Pleno obliga al Congreso a poner en debate y votación, en esa misma sesión, si se suspende o no al congresista acusado en el ejercicio de sus derechos y deberes funcionales.
 - El acuerdo aprobatorio de una acusación constitucional, por la presunta comisión de delitos en ejercicio de sus funciones, requiere la votación favorable de la mitad más uno del número de miembros del Congreso, sin participación de los miembros de la Comisión Permanente¹¹⁶.
 - El acuerdo aprobatorio de sanción de suspensión, inhabilitación o destitución por infracción constitucional se adopta con la votación favorable de los dos tercios (2/3) del número de miembros del Congreso, sin participación de la Comisión Permanente. En este caso, la aplicación de la sanción impuesta por el Congreso es inmediata.
 - En la votación están impedidos de participar los miembros de la Comisión Permanente y de la Subcomisión de Acusaciones Constitucionales que estuvieron presentes.

Cabe indicar que posteriormente, el Tribunal Constitucional determinó que para efectos de la tipificación de estas conductas (principio de legalidad en su expresión de taxatividad) que es tarea del Congreso de la República determinar, con criterios de razonabilidad y proporcionalidad si los hechos denunciados en un juicio político constituyen o no una infracción a la Constitución¹¹⁷.

¹¹⁶ Esto es así porque esta facultad sancionadora del Congreso solo puede ser ejercida después de que el funcionario es declarado culpable judicialmente, por lo que basta una mayoría simple para imponer la sanción. Véase al respecto la Sentencia del Tribunal Constitucional del 1 de diciembre de 2003, en el Expediente N° 0006-2003-AI/TC LIMA sobre Acción de inconstitucionalidad interpuesta por 65 Congresistas de la República contra el inciso j) del artículo 89° del Reglamento del Congreso de la República (fundamento 15).

¹¹⁷ Véase al respecto la Sentencia del Tribunal Constitucional del 4 de diciembre de 2006, en el Expediente N° 3593-2006-AA/TC LIMA, Asunto Salgado Rubianes y Lozada de Gamboa (Fundamento 9)

En cuanto al procedimiento que se sigue ante la Comisión de Ética Parlamentaria, está regulado por el Código de Ética Parlamentaria, aprobado por la Resolución Legislativa del Congreso N° 016-2003-CR y por su Reglamento¹¹⁸. Dichas normas se sujetan a lo establecido en el Artículo 35.d del Reglamento del Congreso, el mismo que establece que la Comisión de Ética Parlamentaria es la encargada de promover la ética parlamentaria, prevenir actos contrarios a la misma, absolver las consultas que se le formulen y resolver en primera instancia las denuncias que se formulen.

El Procedimiento ante esta Comisión puede resumirse en lo siguiente:

- Sus investigaciones se inician de oficio o a pedido de parte. Las denuncias de parte pueden ser presentadas por congresistas o por cualquier persona natural o jurídica afectada por la conducta de un Congresista. La parte denunciante puede participar en el procedimiento. Para actuar de oficio, se requiere el acuerdo de la mayoría simple de los integrantes de la Comisión.
- Luego del procedimiento de investigación respectivo, la Comisión de Ética puede, según la gravedad de la falta, imponer las siguientes sanciones:
 - i. Recomendación pública.
 - ii. Amonestación escrita pública.
 - iii. Amonestación escrita pública con multa.

De encontrarlo pertinente la Comisión recomienda al Pleno del Congreso la suspensión en el ejercicio del cargo y descuento de sus haberes desde tres hasta ciento veinte días de legislatura¹¹⁹.

- Toda apelación es resuelta por el Pleno del Congreso.
- Si la Comisión detecta indicios de la comisión de un delito o de una infracción constitucional, el caso será puesto en conocimiento de la Subcomisión de Acusaciones Constitucionales para los fines que correspondan.

¹¹⁸ Véase el texto en: <http://www.congreso.gob.pe/comisiones/2009/etica/relamento.htm>

¹¹⁹ Esto guarda concordancia con el Artículo 95 de la Constitución Política del Perú que prevé que las sanciones disciplinarias que impone el Congreso a los representantes y que implican suspensión de funciones no pueden exceder de 120 días de legislatura

En cuanto a la jurisprudencia, constituyen precedentes importantes al respecto, de un lado, la Sentencia del Tribunal Constitucional, del 8 de agosto de 2012, en el expediente N° 00156-2012-PHC/TC, sobre Habeas Corpus interpuesto por César Humberto Tineo Cabrera, en la que el demandado requería que se declare la invalidez absoluta del proceso político de antejuicio que conllevó a la emisión de la Resolución legislativa del Congreso N° 013-2003-CR que declaró haber lugar a formación de causa contra el recurrente y la nulidad del proceso judicial que se le seguía por diversos delitos supuestamente cometidos durante el ejercicio de su cargo como Juez de la Corte Suprema de Justicia de la República¹²⁰.

En dicho fallo el Tribunal Constitucional reitera la vigencia de las garantías del derecho al Debido Proceso no solo en los procedimientos jurisdiccionales, sino también en aquellos procedimientos que no siendo de carácter penal son expresión del poder punitivo del Estado, refiriéndose con ello a las sanciones administrativas sancionadoras y a las sanciones que se imponen en sede parlamentaria¹²¹. El Tribunal Constitucional sostiene que en sede parlamentaria, el debido proceso debe respetarse no solo en los procedimientos de antejuicio y de juicio político, sino también en los correspondientes a las comisiones investigadoras o a las comisiones ordinarias que, por encargo expreso del Pleno del Congreso, reciben facultades para actuar con las facultades y apremios que corresponden a las comisiones investigadoras; más aún, por tratarse el Congreso de la República de un órgano que decide por mayoría y actúa por criterios basados en la oportunidad y conveniencia¹²².

El Alto Tribunal desarrolla enunciativamente una serie de aspectos del debido proceso que también tienen vigencia en sede de los procesos sancionadores parlamentarios, como el principio de taxatividad, el derecho a la comunicación previa y motivada de la acusación, el derecho a conceder tiempo y medios adecuados para la defensa, al derecho de defensa, a la presunción de inocencia, a ser juzgado por autoridad independiente bajo

¹²⁰ Finalmente el Tribunal Constitucional declara Improcedente la demanda en algunos de algunos de sus extremos e infundada en otros.

¹²¹ Fundamento 2.

¹²² Fundamento 4.

criterios objetivos y razonables en sede parlamentaria (expresión del derecho a un juez imparcial), ne bis in ídem y el derecho al plazo razonable de la investigación.

Otro fallo relevante, es el emitido en sede de la justicia constitucional, mediante sentencia del 4 de abril de 2013, en el Expediente N° 00461-2013-0-1801-JR-CI-05, Asunto Diez Canseco Cisneros, el Quinto Juzgado Especializado en lo Constitucional declaró fundada la demanda de amparo interpuesta por el Congresista Javier Diez Canseco Cisneros contra el Informe Final N° 13, de la Comisión de Ética Parlamentaria, recaído en el Expediente N° 39-2011-2013/CEP-CR y la decisión del Pleno del Congreso de la República que acordó suspenderlo en el ejercicio de sus funciones por noventa días. Dicha resolución judicial declaró nulos el referido Informe Final y el Acuerdo del Pleno del Congreso.

La fundamentación del Juez Constitucional considera que en el caso de los procedimientos parlamentarios ante la Comisión de Ética, que son de tipo político, rigen los principios del derecho administrativo sancionador establecidos en los artículos 230.1 y 230.4 de la Ley 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General¹²³. Cabe indicar que discrepamos con dicha valoración del juez constitucional, pues, como se explica más adelante, tales procedimientos tienen, a nuestro juicio, una naturaleza de tipo sancionador – Disciplinario (ver infra 2.1).

Merece ser comentado -aun cuando no se trata de un caso de antejuicio político, ni de un procedimiento ante la Comisión de Ética Parlamentaria- el fallo del 27 de diciembre de 2013, de la Primera Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima, que en segunda y definitiva instancia se pronuncia sobre la demanda de Amparo interpuesta por el ex Presidente de la República del Perú, señor Alan Gabriel Ludwing García Pérez, contra la Comisión Multipartidaria del Congreso de la República, encargada de investigar la gestión del gobierno de dicho ex Presidente (integrada por los Señores Congresistas Sergio Fernando Tejada Galindo y Otros), a efectos

¹²³ Ver el fundamento noveno del fallo. Téngase presente que esta sentencia fue apelada por el Congreso de la República; pero, antes de conocerse el fallo de la segunda instancia ocurrió el fallecimiento del demandante. El texto íntegro de la sentencia se encuentra en: <http://www.terra.com.pe/noticias/pdf/sentencia-de-manda-javier-diez-canseco-cisneros.html>

de que se deje sin efecto lo actuado por dicha Comisión Investigadora, respecto de su persona, al haberse violentado, según el demandante, el debido proceso.

En dicha Sentencia, la Sala Superior determina la afectación al debido proceso en algunos aspectos de la demanda y rechaza otros, ciñéndose a los considerandos de la Sentencia del Tribunal Constitucional en el expediente N° 00156-2012-PHC/TC, asunto Tineo Cabrera, al que se hace referencia en los párrafos precedentes, con lo cual dichos considerandos han sido validados en sede jurisdiccional.

Por otro lado, conviene destacar una declaración hecha en el considerando sexagésimo noveno de la precitada Resolución de la Sala Superior, al momento de analizar las cualidades de los informes aprobados por las comisiones parlamentarias de investigación. Al respecto, señala el tribunal Superior que dichos Informes sirven de base o parámetro para que otras instancias en el procedimiento (Sub Comisión de Acusaciones Constitucionales, Comisión Permanente y Pleno del Congreso) tomen una decisión sobre sus conclusiones, por lo que:

“...tampoco puede negarse que, en realidad, se trata del punto de partida de una procedimiento que tiene la virtualidad de culminar con la inhabilitación política para el ejercicio de la función pública, lo que es una sanción prácticamente de contenido penal, aunque dictada por órgano político, pues con ello se pierden las libertades de una persona en orden a su participación política en la conducción del Estado, lo que es de la máxima gravedad y se presta al revanchismo político (Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Chitay Nech y Otros vs Guatemala)”

Tal extremo del fallo pone de relieve la trascendencia también práctica de evidenciar la naturaleza sancionadora de esta clase de procedimientos, conforme se viene explicando.

Las facultades disciplinarias de los jueces

El ordenamiento jurídico otorga al juez una facultad sancionadora que le permite imponer sanciones orientadas a preservar con el correcto desenvolvimiento del proceso. En efecto, conforme se desprende de lo señalado en el Artículo 52 del Código Procesal Civil¹²⁴, es deber del juez velar por que se conserve una conducta procesal correspondiente a la importancia y respeto de la actividad judicial. Esta facultad no se limita a las partes o a sus abogados, sino que puede ser aplicada a quienes alteren el desarrollo de las actuaciones procesales, ordenando su expulsión de las mismas¹²⁵, disponiendo suprimir frases o palabras expresadas o redactadas en términos ofensivos o vejatorios¹²⁶, imponiendo multas compulsivas y progresivas¹²⁷ o incluso ordenando la detención hasta por veinticuatro horas de quien resiste su mandato sin justificación, produciendo agravio a la parte o a la majestad del servicio de justicia¹²⁸. En el ámbito procesal penal, el Decreto Legislativo N° 957, permite al juez incluso expulsar al defensor de las partes de la Sala de Audiencias, previo apercibimiento, reemplazándolo por el que designe la parte dentro de veinticuatro horas o, en su defecto, por el de oficio¹²⁹. Esta misma norma impone al Fiscal el deber de velar porque la concurrencia de las personas autorizadas no interfiera en el normal desarrollo del acto e impartir instrucciones obligatorias a los asistentes para conducir adecuadamente las diligencias, estando facultado éste a excluirlos en cualquier momento si vulneran el orden y la disciplina¹³⁰.

En el caso de los abogados, el Artículo 292 de la Ley Orgánica del Poder judicial señala expresamente que los jueces sancionan a los abogados que formulen pedidos maliciosos o manifiestamente ilegales, falseen a

¹²⁴ En virtud de su primera Disposición Final y Complementaria, las normas de este Código se aplican supletoriamente a los demás ordenamientos procesales, siempre que sean compatibles con su naturaleza.

¹²⁵ Véase el Artículo 52.2 del Código Procesal Civil. Así también, el Artículo 135 de la Ley Orgánica del Poder Judicial prohíbe toda manifestación de censura o aprobación en el recinto de las Salas, debiendo ser expulsado el transgresor. En caso necesario se hace desalojar del local, continuando la audiencia en privado, sin perjuicio de someter a proceso a los infractores.

¹²⁶ Artículo 52.1 del Código Procesal Civil

¹²⁷ Artículo 53.1 del Código Procesal Civil

¹²⁸ Así lo señala textualmente el Artículo 53.2 del Código Procesal Civil. La misma facultad está contenida en el Artículo 185.3 de la Ley Orgánica del Poder Judicial; en el artículo 181 literal c) del Código de los Niños y adolescentes; y en el Artículo 364.1 del Nuevo Código Procesal Penal.

¹²⁹ Artículo 364.2 del Nuevo Código Procesal Penal.

¹³⁰ Artículo 338.2 del Nuevo Código Procesal Penal.

sabiendas la verdad de los hechos, o no cumplan determinados deberes que les son impuestos por Ley^{131,132}.

La precitada norma establece que las sanciones pueden ser de amonestación y multa no menor de una (01) ni mayor de veinte (20) Unidades de Referencia Procesal, así como suspensión en el ejercicio de la profesión hasta por seis meses. Las resoluciones que impongan sanción de multa superior a dos (02) Unidades de Referencia Procesal o de suspensión, son apelables en efecto suspensivo, formándose el cuaderno respectivo. Las demás sanciones son apelables sin efecto suspensivo.

Dice Jakobs que estas medidas representan reacciones a una infracción y deben poner de manifiesto la significación de la norma infringida a costa del autor (mediante multa o arresto); por lo que se trata, materialmente, de penas; siendo necesario, por tanto que se acredite la culpa del autor, la responsabilidad personalísima, y el dolo o imprudencia¹³³.

Acorde con lo precitado, el segundo párrafo del Artículo 53 del Código Procesal Civil, señala que el juez puede dejar sin efecto la multa, si considera que la desobediencia **tuvo o tiene justificación**.

La doctrina identifica diversos bienes jurídicos protegidos a través de estas normas, como el cumplimiento de los deberes procesales y el adecuado desarrollo del procedimiento, la posición institucional de la administración de justicia (lo que legitima que las sanciones se apliquen a quienes no forman parte del proceso), o el ejercicio estricto de la potestad jurisdiccional (en el caso de las multas coercitivas). Sin embargo, esto último permite cuestionar la naturaleza sancionadora de las multas coercitivas, ya que se tratarían de medios coactivos para modificar conductas renuentes a acatar las órdenes

¹³¹ La norma hace referencia a los siguientes deberes previstos en el Artículo 288: Actuar como servidor de la Justicia y como colaborador de los Magistrados; patrocinar con sujeción a los principios de lealtad, probidad, veracidad, honradez y buena fe; defender con sujeción a las leyes, la verdad de los hechos y las normas del Código de Ética Profesional; actuar con moderación y guardar el debido respeto en sus intervenciones y en los escritos que autorice; instruir y exhortar a sus clientes para que acaten las indicaciones de los Magistrados y guarden el debido respeto a los mismos y a todas las personas que intervengan en el proceso; abstenerse de promover la difusión pública de aspectos reservados del proceso aún no resuelto, en que intervenga; denunciar a las personas que incurran en el ejercicio ilegal de la abogacía; y, ejercer obligatoriamente, cuando menos una defensa gratuita al año.

¹³² En la misma línea, el Artículo 50.5 del Código Procesal Civil establece como deber del juez sancionar al Abogado o a la parte que actúe en el proceso con dolo o fraude.

¹³³ Jakobs, Günther. Derecho Penal. Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación. Traducción a la 2ª edición alemana. Madrid: Pons, 1997. Pág. 76

jurisdiccionales, por lo que formarían parte de la potestad jurisdiccional de los tribunales^{134,135}.

Con lo reseñado hasta aquí, ya podemos pasar, en el siguiente capítulo, a analizar cómo es que las distintas manifestaciones del derecho sancionador público, además de compartir rasgos y principios limitadores comunes, interactúan entre sí. Adelantamos desde ya, que no podemos profundizar en el estudio de todas esas formas de interacción, por lo que debemos asumir aquella que, quizá, fue más desarrollada por la doctrina y jurisprudencia: la articulación penal y administrativo-sancionadora.



¹³⁴ En el mismo sentido, Roxin distingue entre medios de orden (sanciones impuestas a conductas que infringen el orden procesal) y medios coactivos (que obligan a realizar determinada conducta). Estableciendo una similitud con la pena solo en el primer caso. Véase: Roxin, Claus. Derecho Penal. Parte General. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito. Traducción a la 2ª edición alemana. Madrid: Civitas, 1997. Pág. 75-76

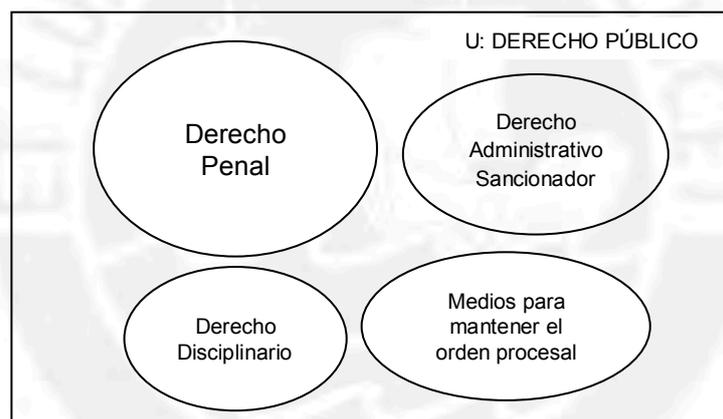
¹³⁵ Para mayor referencia, véase la detallada monografía de: Sánchez, Ricardo Juan. Sanciones a abogados y procuradores con ocasión de su actuación ante la administración de justicia. Valencia: Tirant lo Blanch, 2009. En particular las pág. 31 a 40.



Capítulo II
***La articulación entre las distintas manifestaciones
del derecho sancionador público.
Particular referencia a la relación entre el Derecho Penal y
el Derecho Administrativo Sancionador***

2.1.- La articulación entre las distintas manifestaciones del Derecho Sancionador Público.

Señala Roxin¹³⁶ que si bien el Derecho Penal es parte integrante del derecho público, no pertenecen al Derecho Penal, sino al derecho público en sentido estricto aquellos preceptos que conminan la conducta antinormativa con otras sanciones distintas a las del Derecho Penal criminal, como el Derecho Disciplinario y el derecho de las contravenciones (Derecho Administrativo Sancionador). Para este importante autor, el baremo para distinguir una reacción de la otra es el principio de subsidiaridad¹³⁷. Siendo que Roxin también considera como una manifestación del poder sancionador del Estado a los medios para mantener el orden procesal, su descripción del *ius puniendi*, a nuestro entender, puede graficarse así:



Desde su postura funcionalista radical, el profesor Jakobs¹³⁸ señala que hay normas mediante las cuales se puede codefinir la identidad de una sociedad, de un Estado o de una persona. Entre ellas se encuentran las normas centrales o nucleares del Código Penal, en la medida que garantizan el derecho a la existencia de cada ciudadano y los principios del orden constitucional. Alrededor de este centro o núcleo de normas penales, cuyos límites solo se pueden determinar difusamente, se encuentran círculos de normas derivadas (auxiliares) de importancia real o supuestamente decreciente, en las cuales el decrecimiento puede ir aproximando

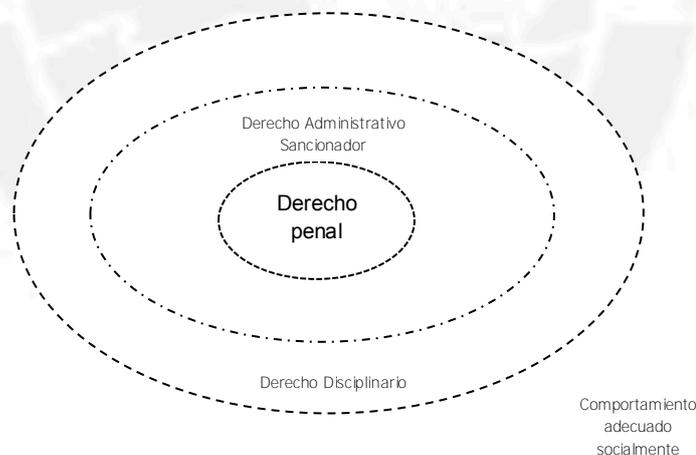
¹³⁶ Roxin, Claus. Derecho Penal. Parte General. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito. Traducción a la 2ª edición alemana. Madrid: Civitas, 1997. Pág. 43-44

¹³⁷ Roxin, Claus. Derecho Penal. Parte General. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito. Traducción a la 2ª edición alemana. Madrid: Civitas, 1997. Pág. 71

¹³⁸ Jakobs, Günther. Derecho Penal. Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación. Traducción a la 2ª edición alemana. Madrid: Pons, 1997. Pág. 63-76

progresivamente el comportamiento normado a lo adecuado socialmente. En los círculos externos se trata ya solo de evitar peligros abstractos (p.e. conducción bajo el efecto de bebidas alcohólicas) o de la garantía de que sigue siendo organizable el control estatal del comportamiento peligroso (p.e. circulación sin permiso de conducir). Cuanto menos evidente es la relación con el núcleo y cuanto más se aproxima el comportamiento antinormativo a lo adecuado socialmente, tanto menos necesario y con frecuencia asimismo menos tolerable es reaccionar ante una infracción del modo en que se reacciona frente a la infracción de las normas del núcleo. En ese descenso gradual no se trata de atenuar la medida de la sanción (p.e. algunas perturbaciones del régimen de funcionamiento de un órgano legislativo pueden castigarse más sensiblemente que un allanamiento de morada); más bien, la reacción tal como se despliega a consecuencia de la infracción de una norma central debe ceder ante la reacción que no esté cargada (también) de *odium* para contribuir a solucionar la criminalidad central.

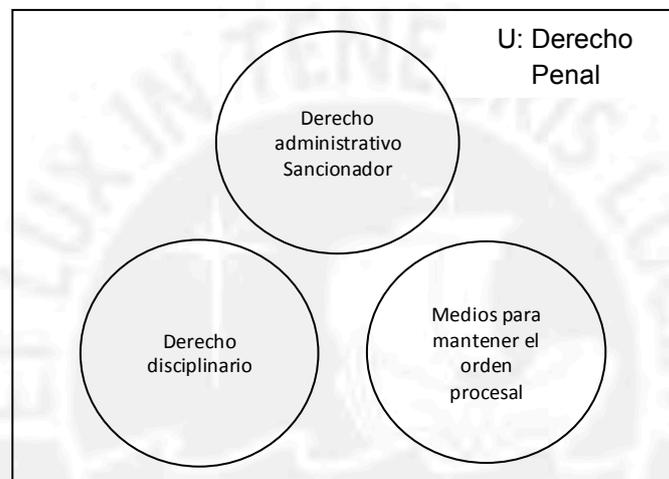
El esquema planteado por el distinguido profesor de Bonn, puede graficarse, entonces, así:



El esquema anterior pretende graficar lo opinado por el profesor Jakobs, en lo que respecta al control o la respuesta sancionadora frente a los comportamientos inadecuados, no obstante, si se tiene en cuenta que este autor considera que los “círculos” que rodean a las normas penales son normas auxiliares del mismo, de importancia real o supuestamente decreciente, puede entenderse que el precitado autor parte de la premisa la identidad entre el Derecho Penal y el Contravencional y entre aquél y el Derecho Disciplinario. Esto se confirma cuando más adelante este

autor expresa que no existe obstáculo para considerar al Derecho Penal como el Derecho Disciplinario general de la sociedad, administrado por el Estado (donde la depuración solo se efectúa por medio del internamiento de seguridad, desde que el extrañamiento está prohibido). Asimismo destaca que la sanción disciplinaria puede tener la función de medida de seguridad y de pena, aunque entendiendo que no se trata de una pena criminal. En definitiva, dice Jakobs, *“la infracción disciplinaria recibe el mismo tratamiento que el delito de infracción de deber”*¹³⁹.

En tal sentido, sus opiniones pueden graficarse en el siguiente esquema:



Esta certera diferenciación entre “lo penal” y lo que no es propiamente penal, puede ocurrir en el Derecho Penal alemán debido a la nítida separación que existe en la normativa de ese país entre delito y contravención, que ya explicamos en el Capítulo anterior. Entre nosotros, por tal razón, esta solución no resulta aplicable. Por ello, y en tanto no se implemente normativamente un criterio de diferenciación que brinde similar certeza, solo podemos formular respuestas teóricas al problema de la diferenciación entre los distintos órdenes sancionadores del Estado.

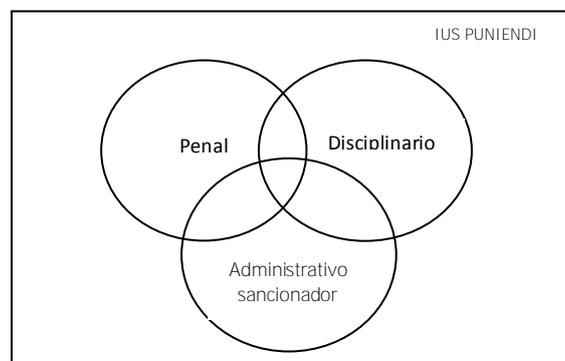
Por nuestra parte, a partir de lo estudiado en el Capítulo I, podemos advertir que las diversas manifestaciones que conforman el *Ius Puniendi* están orientadas a proteger indistintamente: i) a las personas; ii) al Estado; y, iii) a la relación entre el Estado y las personas. Se trata, entonces, de instrumentos de prevención y sanción de conductas que atentan contra alguno de estos ámbitos. Sin embargo, ello es aún

¹³⁹ Jakobs, Günther. Derecho Penal. Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación. Traducción a la 2ª edición alemana. Madrid: Pons, 1997. Pág. 75

muy genérico. Como se vio en el Capítulo anterior, la intervención de estos mecanismos sancionadores no se decide según determinada “naturaleza” de dichos instrumentos de sanción, sino, más bien, en función de las particularidades de la materia que se pretende regular y de la utilidad práctica que dicha intervención puede alcanzar en la solución de los conflictos que se generan. Así pues, corresponde al legislador decidir el instrumento sancionador óptimo para un determinado sector, mediante alguna de las modalidades en que se manifiesta el derecho sancionador público. Desde este punto de vista, el problema se traslada a la política criminal de Estado, como criterio rector de la actuación del legislador en orden a la toma de decisiones, en el marco de un Estado social y democrático de derecho.

Ahora bien, esta potestad del legislador para diseñar la reacción sancionadora que debe regir en determinado ámbito, no solo está delimitada por los principios limitadores del *ius puniendi* (como desarrollaremos con más detalle en el Capítulo III), sino que, además, no acarrea la creación infinita o indeterminada de formas de respuesta estatal ante la infracción. Además de las limitaciones que impone el modelo de Estado previsto en la Constitución, que ya mencionamos, a nuestro juicio, los pilares sobre los que el legislador construye las diversas manifestaciones del *ius puniendi*, son tres: el Derecho Penal, el Derecho Disciplinario y el Derecho Administrativo Sancionador. Todas las demás manifestaciones del *ius puniendi* que se estudiaron, derivan de las características de estos mecanismos de sanción o de su combinación.

La afirmación antes anotada puede graficarse del siguiente modo:



Así, desde el punto de vista que se defiende en el presente trabajo, existen “zonas de encuentro” entre estas tres manifestaciones principales o básicas del derecho sancionar público, de las que se derivan o surgen las demás estudiadas en el Capítulo I; por tanto, todas esas manifestaciones comparten características comunes y tienen características exclusivas, según se ha pretendido graficar. De ahí que:

- Entre el Derecho Administrativo Sancionador y el Derecho Penal: podemos ubicar, por ejemplo, las zonas del Derecho Penal que se catalogan como “administrativizadas” (el Derecho Penal del Medio Ambiente, o las Consecuencias Accesorias, por citar algunos ejemplos).
- Entre el Derecho Disciplinario y el Derecho Penal, ubicamos a los procesos parlamentarios sancionadores, los procesos de ratificación de magistrados ante el Concejo Nacional de la Magistratura, o las facultades sancionadoras que posee la administración penitenciaria respecto de los presos.
- En la confluencia entre el Derecho Administrativo Sancionador y el Derecho Disciplinario pueden identificarse manifestaciones como las facultades disciplinarias de los jueces o las sanciones a usuarios de servicios públicos sujetos a disciplina (estudiantes de instituciones públicas, por ejemplo).

Esta forma de visualizar las relaciones entre las distintas manifestaciones del derecho sancionador público no representa un nuevo “modelo” que pretenda solucionar aquello que la doctrina viene intentando desenmarañar desde hace más de un siglo (la diferenciación entre aquello estrictamente penal y lo administrativo). Menos aún se intenta justificar una administrativización del Derecho Penal desmedida o sin límites. Nuestro aporte busca, desde una constatación pragmática de los distintos ámbitos sancionadores, identificar grupos de casos para compatibilizarlos con el desarrollo conceptual hasta hoy alcanzado. Esto se complementa con las ideas que se desarrollan más adelante (ver el Punto 3.3) en relación con el bien jurídico protegido.

Así, por ejemplo, esta descripción nos muestra con evidente claridad que existen grupos de casos en los que determinadas infracciones administrativas pueden ser “elevadas” a la categoría de delitos y viceversa (penalización/despenalización); y otros en los que esa traslación no es posible (un asesinato será siempre penal y un aparcamiento indebido será siempre una sanción administrativa). Los casos concretos que se ubican en las zonas de exclusividad que aparecen en nuestro gráfico (que corresponden a infracciones puramente penales, disciplinarias o administrativo-sancionadoras) o en las zonas de convergencia, no pueden ser explicadas de forma genérica a partir de esta representación, sino que se identifican a través del estudio de las concretas figuras jurídicas, verificando si las mismas reúnen rasgos exclusivos del sector al que pertenecen, o si, más bien, presentan características comunes o compartidas con el sector intersectado.

Llegados a este punto, se puede tener al menos una noción aproximativa del objeto que pretendemos analizar en lo que resta de nuestra investigación: la “complementación” penal-administrativa. En lo que sigue, nos avocaremos pues únicamente a los aspectos relativos a las relaciones entre el Derecho Penal y el Administrativo sancionador, excluyendo las relaciones que se puedan tejer entre estos y el Derecho Disciplinario. Creemos que, en un plano teórico, esta segmentación es posible.

2.2.- Tesis sobre la articulación penal-administrativa

Como a continuación se verá, las diferencias entre el Derecho Penal y Derecho Administrativo Sancionador, para un sector de la doctrina, se resumen en aspectos puramente cuantitativos, es decir, que no existe, para esta corriente de opinión, una separación sustancial o de materia entre el Derecho Penal y el Administrativo Sancionador. Otra corriente doctrinal, en cambio, considera que la diferencia es más bien cualitativa, es decir que se trata de órdenes jurídicos diferentes. A la primera de dichas tendencias se la conoce genéricamente como tesis unitaria, mientras que a la segunda, como tesis diferenciadora. Cabe indicar que existen posiciones intermedias que consideran que la diferencia es cuantitativa, pero que trae consigo una diferencia cualitativa, a esta posición se la denomina postura ecléctica.

A continuación se realiza un repaso muy breve de estas opiniones, toda vez que son ampliamente conocidas y existe múltiple bibliografía que resume el debate, así que no nos detendremos a repetir aquello de lo que la doctrina se ha ocupado ya con amplitud y suficiencia, en algunos casos de manera notable.

2.2.1.- La tesis unitaria

La profesora Zúñiga menciona, al respecto:

“ Hay que decir en España resulta rotundamente mayoritaria la postura de identificación de ilícitos, considerando que simplemente existen diferencias de grado, cuantitativas entre una infracción penal y una administrativa, donde las más graves deben pertenecer al sistema penal y las más leves al ordenamiento administrativo sancionador.”¹⁴⁰

En el Perú, por ejemplo, estas “diferencias de grado” a que se refiere la profesora Zúñiga, encuentran sustento en casos como los de la Ley N° 28008, Ley de los Delitos Aduaneros, publicada el 19 de Junio de 2003 y vigente desde el 28 de agosto del mismo año, que establece lo siguiente:

Artículo 3°.- Contrabando Fraccionado

Incurrirá igualmente en los delitos contemplados en los tipos penales previstos en los artículos anteriores y será reprimido con idénticas penas, el que con unidad de propósito, realice el contrabando en forma sistemática por cuantía superior a dos Unidades Impositivas Tributarias, en forma fraccionada, en un solo acto o en diferentes actos de inferior importe cada uno, que aisladamente serían considerados infracciones administrativas vinculadas al contrabando.

¹⁴⁰ Zúñiga Rodríguez, Laura. Relaciones entre Derecho Penal y Derecho Administrativo Sancionador ¿Hacia una “administrativización” del derecho penal o una “penalización” del derecho administrativo sancionador? En: Libro Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos. In Memoriam. Cuenca: Universidad Castilla-La Mancha-Universidad de Salamanca, 2001. Pág. 1425

La precitada norma, debe ser leída en concordancia con el Artículo 33 de la misma norma, que señala:

Artículo 33°.- Infracción administrativa

Constituyen infracción administrativa los casos comprendidos en los artículos 1¹⁴¹, 2¹⁴², 6¹⁴³ y 8¹⁴⁴ de la presente Ley cuando el valor de las mercancías no exceda de dos Unidades Impositivas Tributarias, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 3° de la presente Ley.

Como se puede apreciar, la separación o diferenciación entre la infracción penal y administrativa, se identifica en este ejemplo, con la cuantía de la infracción. Si el monto de la mercadería ingresada al país como contrabando es superior a las dos unidades impositivas tributarias, se comete delito, y si es inferior a ese monto, se configura una infracción administrativa.

Cabe indicar que este ejemplo es particularmente útil para graficar con claridad los postulados de esta teoría, ya que el ámbito tributario es donde

¹⁴¹ *Artículo 1°.- Contrabando.-* El que se sustrae, elude o burla el control aduanero ingresando mercancías del extranjero o las extrae del territorio nacional o no las presenta para su verificación o reconocimiento físico en las dependencias de la Administración Aduanera o en los lugares habilitados para tal efecto, cuyo valor sea superior a dos Unidades Impositivas Tributarias, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cinco ni mayor de ocho años, y con trescientos sesenta y cinco a setecientos treinta días-multa. La ocultación o sustracción de mercancías a la acción de verificación o reconocimiento físico de la aduana, dentro de los recintos o lugares habilitados, equivale a la no presentación.

¹⁴² *Artículo 2°.- Modalidades de Contrabando.-* Constituyen modalidades del delito de Contrabando y serán reprimidos con las mismas penas señaladas en el artículo 1°, quienes desarrollen las siguientes acciones: a). Extraer, consumir, utilizar o disponer de las mercancías de la zona primaria delimitada por la Ley General de Aduanas o por leyes especiales sin haberse autorizado legalmente su retiro por la Administración Aduanera. b). Consumir, almacenar, utilizar o disponer de las mercancías que hayan sido autorizadas para su traslado de una zona primaria a otra, para su reconocimiento físico, sin el pago previo de los tributos o gravámenes. c). Internar mercancías de una zona franca o zona geográfica nacional de tratamiento aduanero especial o de alguna zona geográfica nacional de menor tributación y sujeta a un régimen especial arancelario hacia el resto del territorio nacional sin el cumplimiento de los requisitos de Ley o el pago previo de los tributos diferenciales. d). Conducir en cualquier medio de transporte, hacer circular dentro del territorio nacional, embarcar, desembarcar o transbordar mercancías, sin haber sido sometidas al ejercicio de control aduanero. e). Intentar introducir o introduzca al territorio nacional mercancías con elusión o burla del control aduanero utilizando cualquier documento aduanero ante la Administración Aduanera.

¹⁴³ *Artículo 6°.- Receptación aduanera.-* El que adquiere o recibe en donación, en prenda, almacena, oculta, vende o ayuda a comercializar mercancías cuyo valor sea superior a dos Unidades Impositivas Tributarias y que de acuerdo a las circunstancias tenía conocimiento o se comprueba que debía presumir que provenía de los delitos contemplados en esta Ley, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de seis años y con ciento ochenta a trescientos sesenta y cinco días-multa.

¹⁴⁴ *Artículo 8°.- Mercancías prohibidas o restringidas.-* El que utilizando cualquier medio o artificio o infringiendo normas específicas introduzca o extraiga del país mercancías por cuantía superior a dos Unidades Impositivas Tributarias cuya importación o exportación está prohibida o restringida, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de ocho ni mayor de doce años y con setecientos treinta a mil cuatrocientos sesenta días-multa.

menos discutible resulta afirmar la unidad entre Derecho Penal y Administrativo Sancionador¹⁴⁵.

Por su parte el profesor Bajo Fernández toma postura indicando que la finalidad de ambas sanciones, administrativa y penal, es la misma: castigar la conducta de un sujeto que infringe el ordenamiento jurídico. En este sentido –argumenta este importante autor-, la Ley de Contravenciones al Orden alemana aporta una clara definición del concepto de infracción administrativa, considerándolas delitos cuyas sanciones son impuestas por la Administración¹⁴⁶.

Abona a sustentar esta teoría que la identidad entre el injusto administrativo y penal fue admitida ya hace casi tres décadas por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en su sentencia de 21 de febrero de 1984 (Oztürk), en la que declara que el *“Convenio de Roma no impide a los Estados miembros establecer o mantener una distinción entre diferentes tipos de infracciones definidas por el derecho interno”*, haciendo hincapié en la necesidad de que ambos injustos sean abarcados por las mismas garantías¹⁴⁷.

2.2.2.- La tesis diferenciadora

¹⁴⁵ Así, señala Pérez Royo: *“tomando como criterio decisivo la índole de la reacción prevista por el ordenamiento jurídico para cada tipo de ilícito, aparece claramente que el correspondiente a las infracciones administrativas tiene un carácter claramente represivo o punitivo, que hace a estas instituciones sustancialmente idénticas a las de índole penal en sentido estricto. A diferencia de épocas anteriores, en que se ha presentado el ejercicio de la potestad sancionadora de la administración como algo diferenciable del Derecho penal en sentido estricto, en cuanto a la propia esencia de las instituciones, actualmente constituye opinión absolutamente mayoritaria la de que las diferencias entre estas sanciones (las administrativas) y las jurídicas penales propiamente dichas no son sustanciales, sino puramente formales... Las anteriores consideraciones son aplicables ciertamente en el específico ámbito de las infracciones y sanciones tributarias, que constituye uno de los ejemplos en que más visiblemente se aprecia esta identidad sustantiva entre las instituciones del Derecho penal y el de las infracciones administrativas”*. Cfr.: Pérez Royo, Fernando. Derecho Financiero y Tributario. Parte general. 7ª edición. Madrid: Civitas, 1997. Pág. 293. Citado por: López Díaz, Antonio. La concreta aplicación de las garantías reconocidas en materia penal y tributaria. En: Altamirano, Alejandro y Ramiro Rubinska (coordinadores). Derecho Penal Tributario. Tomo I. Buenos Aires: Pons de Argentina, 2008. Pág. 64

¹⁴⁶ Bajo Fernández, Miguel y Silvina Bacigalupo Saggese. Derecho Penal económico. 2ª edición. Madrid: Ceura, 2010. Pág. 81 a 105, especialmente pág. 89. El autor hace referencia a la *Gesetz über Ordnungswidrigkeiten, (OWiG)*, de 19 de febrero de 1987 modificada por Ley de 17 de mayo de 1988, la cual, en su § 1, señala lo siguiente: *“(1) Una infracción administrativa es una acción antijurídica y reprochable que realiza el tipo penal de una ley que permite el castigo por medio de una multa”*.

¹⁴⁷ Una amplia descripción del fallo en: Zúñiga Fernández, Tania. La potestad sancionadora de la Administración Pública. Consideraciones para un debate doctrinario. En: Revista Jurídica del Perú. N°21. Abril. Lima: 2001. p. XV. También: Rubio de las Casas, María Gracia. Potestad sancionatoria de la administración y garantías del administrado: Comentario a la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 21 de febrero de 1984: El caso Ozturk. En: Revista de Administración Pública. Núm. 104. May-Ago. Madrid, 1984. Pág. 375-390.

Ya hemos reseñado cómo la idea de demostrar que el ámbito sancionador administrativo tenía una existencia sustancialmente diferente y autónoma de las infracciones penales, surgió en Alemania a comienzos de siglo pasado de la mano de teoría del *Derecho Penal Administrativo* de Goldschmidt, desarrollada posteriormente por sus discípulos Schmidt, Wolf, y Schönke¹⁴⁸.

Goldschmidt consideraba que la diferencia ontológica entre el injusto administrativo y el penal radicaba en que el Derecho Penal se encaminaba a proteger derechos subjetivos o bienes jurídicos individualizados, mientras que el Derecho Penal Administrativo (denominación que él acuña) debía operar frente a la desobediencia de los mandatos surgidos de la Administración, que no protegen el valor justicia, sino meras desobediencias vinculadas con el bienestar público; asimismo, según Goldschmidt, la pena tiene un sentido ético, mientras que la infracción administrativa sería una pena de orden: sirve para alertar al ciudadano para que piense en sus deberes, es decir es un asunto administrativo que se aplica bajo el criterios de oportunidad, no da lugar a antecedentes penales, cabe la posibilidad de ser aplicada a personas jurídicas y no permite la prisión subsidiaria en caso de impago¹⁴⁹.

En la actualidad, el intento de una diferenciación cualitativa es retomado por importantes autores. Desde el lado administrativista, una opinión sin duda influyente es la del profesor Alejandro Nieto¹⁵⁰, y en el Perú, resalta la del profesor Guzmán Napurí¹⁵¹. En el Derecho Penal se aprecia la opinión del profesor Silva Sánchez, y en sede nacional la del profesor García Caveró. En el Capítulo anterior ya se desarrolló extensamente las opiniones sobre este tema del primero de los nombrados, de modo que expondremos muy sucintamente la posición de los demás autores mencionados. La valoración crítica de estas y otras opiniones se expone al finalizar el Capítulo.

¹⁴⁸ Cfr. Aftalión, Enrique. *El Derecho Penal Administrativo como Derecho Penal Especial*. En: El mismo. *Derecho Penal Administrativo*. Buenos Aires: Arayú, 1955. Pág. 84 y sig. También: Ramírez Gómez, Salvador. *El principio de Ne Bis In Idem en el ámbito tributario (Aspectos sustantivos y procedimentales)*. Madrid: Pons - Ediciones Jurídicas y Sociales, 2000. Pág. 19-20.

¹⁴⁹ Bajo Fernández, Miguel y Silvina Bacigalupo Saggese. *Derecho Penal económico*. 2ª edición. Madrid: Ceura, 2010. Pág. 87

¹⁵⁰ Nieto, Alejandro. *Derecho Administrativo Sancionador*. 5ª edición. Madrid: Tecnos, 2012. Pág. 148-153

¹⁵¹ Guzmán Napurí, Christian. *Tratado de la administración pública y del procedimiento administrativo*. Lima: Ediciones Caballero Bustamante, 2011. Pág. 794 y siguientes.

Según Guzmán Napurí:

“Si bien el principio de subsidiaridad funciona como una guía para tipificar, su aplicación no es tan sencilla. Si pensamos en el homicidio, por ejemplo, nos queda muy claro que en este caso es el ordenamiento penal el que debe reprimir dicha conducta, puesto que una multa –la típica sanción administrativa– no podría generar suficiente incentivo negativo ante una conducta tan grave. A su vez, queda claro que abrir un local comercial careciendo de licencia de funcionamiento constituye una infracción administrativa y no un delito o una falta, siendo absurdo activar al sistema judicial para reprimir dicha conducta”

Según Silva Sánchez,

“(…) Lo decisivo aquí vuelve a ser el criterio teleológico, la finalidad que persiguen, respectivamente, el derecho penal y el derecho administrativo sancionador. El primero persigue proteger bienes concretos en casos concretos y sigue criterios de lesividad o peligrosidad concreta y de imputación individual del injusto propio. El segundo persigue ordenar, de modo general, sectores de actividad (reforzar mediante sanciones, un determinado modelo de gestión sectorial.) Por eso no tiene por qué seguir criterios de lesividad o peligrosidad concreta, sino que debe más bien, atender a consideraciones de afectación general, estadística; asimismo, no tiene por qué ser tan estricto en la imputación, ni siquiera en la persecución (regida por criterios de oportunidad y no de legalidad.)”¹⁵²

En el Perú, García Cavero toma postura por una diferenciación cualitativa entre delito y sanción administrativa, haciendo referencia a que las normas administrativas aseguran expectativas de funcionamiento global de un sector del tráfico social, y tienen como finalidad únicamente que estos sectores no

¹⁵² Silva Sánchez, Jesús María. La expansión del derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades post industriales, 2da Edición. Barcelona: Civitas, 2001. p.125

colapsen. Por su parte, las normas penales, a juicio de este autor, protegen expectativas normativas derivadas de la identidad normativa esencial de la sociedad, o lo que es lo mismo, los aspectos que permiten en el sistema social concreto una realización personal¹⁵³.

2.2.3.- La tesis ecléctica

Una postura ecléctica es sostenida por Lascuráin:

“(...) cuando afirmo que las diferencias cuantitativas desembocan en diferencias cualitativas pretendo señalar que el que un sector se ocupe de sanciones más leves, y significativamente que tenga vedadas las privativas de libertad, y otro de las más graves, prisión incluida, va a comportar toda una serie de diferencias en la configuración de las normas, en su interpretación y en su aplicación, y que la razón de ello está en la conexión que existe entre el análisis de vigencia y principios y la cuantía de las sanciones.”¹⁵⁴

Trascendiendo la respuesta normativa brindada por el ordenamiento jurídico alemán a este asunto, Roxin plantea que la delimitación por el contenido entre infracciones penales y administrativas es mixta: cualitativa-cuantitativa¹⁵⁵. En efecto, este autor entiende que si bien la distinción entre ambos tipos de ilícito es predominantemente *cuantitativa*, hay un límite más allá del cual la cantidad se transforma en cualidad: no es admisible plantear el castigo de un asesinato, la toma de rehenes, o el asalto a un banco solo como contravenciones. En el campo nuclear del Derecho Penal, las exigencias de la protección subsidiaria de bienes jurídicos requieren necesariamente de un castigo penal en caso de delitos de un cierto “peso”. Pero en cambio –dice Roxin– aunque en principio se incluyan conductas como el hurto y la estafa en el ámbito nuclear y por ello su represión esté asignada al Derecho Penal, nada se opone a que los casos de bagatela en

¹⁵³ García Caveró, Percy. Derecho Penal Económico. Parte General. Lima: Ara, 2003. Pág. 71

¹⁵⁴ Lascuráin Sánchez. Juan Antonio. Por un derecho penal sólo penal... En: Libro Homenaje al profesor Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo. Navarra: Civitas, 2005. Pág. 619.

¹⁵⁵ Roxin, Claus. Derecho Penal. Parte General. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito. Traducción a la 2ª edición alemana. Madrid: Civitas, 1997. Pág. 71-73

este campo (p.e. el denominado en Perú, “hurto famélico”) se califiquen como contravenciones.

2.3.- ¿Qué tesis rige en el Perú?

A diferencia de lo que ocurre en Alemania, la normativa nacional no establece un criterio definitivo en cuanto a este debate, pero es posible indagar qué tesis rige en nuestro ordenamiento jurídico, a partir de las normas vigentes y los pronunciamientos de nuestros tribunales.

2.3.1- La normatividad vigente

2.3.1.1.- Normas de rango constitucional.

Como ya se analizó, nuestra Constitución no establece expresamente alguna cláusula que permita deducir una potestad sancionadora de rango constitucional por parte de la Administración. No obstante, existen normas que permiten identificar parámetros para la aplicación de todas las expresiones del derecho sancionador público. Así, el Artículo 2, 24, literal d) de la Constitución¹⁵⁶ establece el principio de legalidad; el Artículo 3 de la misma Norma Fundamental, amplía el catálogo de derechos fundamentales incluyendo no solo a los que establece la Constitución, sino a los que derivan de nuestro modelo constitucional de Estado (Social y Democrático de Derecho). Finalmente, la Constitución establece determinada manifestación del principio de prohibición de doble procesamiento (la cosa juzgada) que permite deducir la vigencia de dicho principio en todo nuestro ordenamiento¹⁵⁷.

¹⁵⁶ *Nadie será procesado ni condenado por acto u omisión que al tiempo de cometerse no esté previamente calificado en la ley, de manera expresa e inequívoca, como infracción punible; ni sancionado con pena no prevista en la ley.*

¹⁵⁷ Artículo 139 numeral 13.

También, dentro del bloque constitucional se encuentran las obligaciones internacionales que vinculan a nuestro Estado, tales como las garantías judiciales que establece la Convención Americana de Derechos Humanos¹⁵⁸ y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos¹⁵⁹.

Al respecto, y como parámetro interpretativo, cabe indicar que la Corte Interamericana de Derechos Humanos esbozó ciertos estándares sobre el debido proceso legal en la esfera administrativa, en su sentencia de 2 de febrero de 2001¹⁶⁰:

“Si bien el artículo 8 de la Convención Americana se titula “Garantías Judiciales”, su aplicación no se limita a los recursos judiciales en sentido estricto, “sino [al] conjunto de requisitos que deben observarse en las instancias procesales” a efectos de que las personas estén en condiciones de defender adecuadamente sus derechos ante cualquier tipo de acto del Estado que pueda afectarlos. Es decir, cualquier actuación u omisión de los órganos estatales dentro de un proceso, sea administrativo sancionatorio o jurisdiccional, debe respetar el debido proceso legal (...) La Corte observa que el elenco de garantías mínimas establecido en el numeral 2 del artículo 8 de la Convención se aplica a los órdenes mencionados en el numeral 1 del mismo artículo, o sea, la determinación de derechos y obligaciones de orden “civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter”. Esto revela el amplio alcance del debido proceso; el individuo tiene el derecho al debido proceso entendido en los términos del artículo 8.1 y 8.2, tanto en materia penal como en todos estos otros órdenes.

Es un derecho humano el obtener todas las garantías que permitan alcanzar decisiones justas, no estando la administración excluida de cumplir con este deber. Las garantías mínimas deben respetarse en el procedimiento administrativo y en cualquier otro procedimiento cuya decisión pueda afectar los derechos de las personas”.

¹⁵⁸ Artículo 8, de las Garantías Judiciales. Numerales 1 y 4

¹⁵⁹ Artículos 14.7 y 15.1

¹⁶⁰ Caso Baena Ricardo y otros. Sentencia de 2 de febrero de 2001. Serie C No. 72. Se transcriben los párrafos 124, 125 y 127.

2.3.1.2.- Normas penales

El Código Penal contiene una prohibición expresa del bis in ídem, sin embargo, esta se encuentra restringida al ámbito puramente penal¹⁶¹. No se señala ningún criterio de diferenciación y menos de articulación entre el ámbito penal y administrativo sancionador.

Por su parte, el nuevo Código Procesal Penal incluye en el Artículo III de su Título Preliminar la siguiente previsión:

“Interdicción de la persecución penal múltiple.- Nadie podrá ser procesado, ni sancionado más de una vez por un mismo hecho, siempre que se trate del mismo sujeto y fundamento. Este principio rige para las sanciones penales y administrativas. El derecho penal tiene preeminencia sobre el derecho administrativo”¹⁶².

El Código Procesal Penal, según se ve, es más explícito. Además de ello establece una formulación amplia de “sanciones administrativas”, que permitiría incluir dentro de la misma a las diversas manifestaciones del *ius puniendi* público, de carácter extrapenal.

Así también este nuevo código rituario establece la preeminencia del Derecho Penal (no del *procesal penal*) sobre el Administrativo Sancionador, lo que implica, desde nuestro punto de vista, una toma de postura en relación con la unidad sustancial entre el ilícito penal y el administrativo, ya que, reconoce implícitamente la posibilidad de una superposición de dichas materias, y decide por una solución acorde con los principios de lesividad y subsidiaridad: el orden administrativo sancionador, deberá abstenerse de conocer el caso a efectos de que el orden jurisdiccional se pronuncie sobre la relevancia jurídica de los hechos.

¹⁶¹ Artículo 90.

¹⁶² El segundo párrafo de la norma no forma parte del presente análisis. No obstante, este señala: “La excepción a esta norma es la revisión por la Corte Suprema de la sentencia condenatoria expedida en alguno de los casos en que la acción está indicada taxativamente como procedente en este Código”.

2.3.1.3.- Normas administrativas

La Ley 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, señala:

“Artículo 64.- Conflicto con la función jurisdiccional

64.1 Cuando, durante la tramitación de un procedimiento, la autoridad administrativa adquiere conocimiento que se está tramitando en sede jurisdiccional una cuestión litigiosa entre dos administrados sobre determinadas relaciones de derecho privado que precisen ser esclarecidas previamente al pronunciamiento administrativo, solicitará al órgano jurisdiccional comunicación sobre las actuaciones realizadas.

64.2 Recibida la comunicación, y sólo si estima que existe estricta identidad de sujetos, hechos y fundamentos, la autoridad competente para la resolución del procedimiento podrá determinar su inhibición hasta que el órgano jurisdiccional resuelva el litigio.

La resolución inhibitoria es elevada en consulta al superior jerárquico, si lo hubiere, aun cuando no medie apelación. Si es confirmada la resolución inhibitoria es comunicada al Procurador Público correspondiente para que, de ser el caso y convenir a los intereses del Estado, se apersona al proceso.

Por otro lado, la misma Ley N° 27444, regula en sus Artículos 229 a 237 lo que dicha ley denomina “Procedimiento Sancionador”. En particular, el Artículo 230 contiene los *Principios de la Potestad Sancionadora Administrativa*, en cuyo numeral 10 se señala:

“Non bis in idem.- No se podrán imponer sucesiva o simultáneamente una pena y una sanción administrativa por el mismo hecho en los casos en que se aprecie la identidad del sujeto, hecho y fundamento. Dicha prohibición se extiende también a las sanciones administrativas, salvo la concurrencia del supuesto de continuación de infracciones a que se refiere el inciso 7.”

A continuación se realiza una breve referencia enunciativa de otras normas que rigen en nuestro ordenamiento jurídico-administrativo, que permiten apreciar “soluciones” a la articulación entre el Derecho Penal y el Administrativo Sancionador:

- El Artículo 131° (De la concurrencia de infracciones con delitos) de la Ley N° 27809, Ley General del Sistema Concursal, señala que en los casos en que con motivo de haberse incurrido en cualquiera de las infracciones previstas en dicha Ley, se hubiere impuesto sanción administrativa al infractor, no cabe el inicio de la acción penal por tales hechos. La norma aclara que cuando, a criterio de la Comisión¹⁶³, la infracción observada reviste especial gravedad, ésta deberá inhibirse de pronunciarse sobre el caso y poner los actuados a disposición del Ministerio Público para los fines correspondientes. No obstante, unos artículos atrás, en el numeral 123°.3, la misma Ley señala:

Artículo 123°.- Incumplimiento de las funciones de las entidades administradoras y liquidadoras

(...)

123.3 Las sanciones podrán ser aplicadas tanto a la entidad como a sus representantes legales, apoderados, directores, accionistas, gerentes y a todo aquel que hubiera participado directamente en la infracción, sin perjuicio de la responsabilidad penal que les pudiera corresponder, de ser el caso. El procedimiento de sanción se sujetará a lo establecido en el Título VII.

- La Ley General de Aduanas, Decreto Legislativo N° 1053, publicado el 27 de junio de 2008 y vigente desde el 1 de octubre de 2010, regula en sus artículos 188 a 204 el régimen de infracciones y sanciones de este ámbito. Esta norma prevé sanciones de multa (Art. 192), suspensión (Art. 194), cancelación (Art. 195), Inhabilitación (Art.

¹⁶³ Según los Arts. 3.1 y 4.1 de la Ley, puede tratarse de la Comisión de Procedimientos Concursales del INDECOPI y a las Comisiones que se instalen en virtud de convenios que se celebren con las instituciones públicas o privadas, que el Directorio del INDECOPI designe con la finalidad de atender la demanda de servicios que pudiera presentarse por el régimen concursal.

196) y comiso de mercaderías (Art. 197). Asimismo, establece un régimen de incentivos para el pago de multas (Art. 200 a 203) y una gradualidad (Art. 204 que hace remisión al Reglamento). Esta norma fue reglamentada mediante Decreto Supremo N° 010-2009-EF.

- El Artículo 190¹⁶⁴ del Código Tributario (Autonomía de las penas por delitos tributarios) señala que las penas por delitos tributarios se aplicarán sin perjuicio del cobro de la deuda tributaria y la aplicación de las sanciones administrativas a que hubiere lugar.

2.3.2.- Pronunciamientos relevantes.

A la articulación penal y administrativa se le brindan múltiples soluciones en los pronunciamientos de nuestros Tribunales y dependencias. La gran mayoría están referidos a casos en los que se pone en tela de juicio la aplicación del principio *ne bis in idem*. Aquí intentaremos reseñar la diversidad de criterios que existe al respecto.

2.3.2.1.- En el Ministerio Público.

En el Dictamen Fiscal N° 385-2006 del 12 de febrero de 2007, la 45° Fiscalía Provincial Especializada en lo Penal de Lima¹⁶⁵, dispuso lo siguiente:

“(...) el principal y más gravoso mecanismo de sanción creada por el Estado, es el derecho penal (...) pero no es la actividad persecutoria penal única con la que cuenta el Estado (...) sino también existe el derecho administrativo sancionador (...) la infracción de la norma penal y administrativa, así como sus correspondientes sanciones, constituyen “una misma manifestación del ius puniendi del Estado...” (...) [de ahí que en el presente caso] es atendible la aplicación de la garantía constitucional non bis in idem, por cuanto en la infracción administrativa se le impuso la papeleta de tránsito al denunciado,

¹⁶⁴ Artículo sustituido por el Artículo 61 de la Ley N° 27038, publicada el 31 de diciembre de 1998.

¹⁶⁵ Citada por: Núñez Pérez, Fernando Vicente. La aplicación del principio non bis in idem en el delito de manejar en estado de ebriedad. Op. Cit. Pág. 389-392. El autor refiere que la Procuraduría Pública del Ministerio Público consintió los efectos del archivo definitivo, adquiriendo éste el status de cosa decidida.

igualmente concurre la identidad de hecho, la que está referida a las circunstancias de haber estado manejando el vehículo (...) en estado de ebriedad (...), lo que [también] afirma la identidad de sujeto y hecho; por último se presenta la identidad de fundamento, pues tanto en la órbita administrativa, como en la penal, el sustento del reproche penal es el haber generado un peligro para la seguridad pública de las personas y bienes, por lo que, el bien jurídico protegido es el mismo, la seguridad pública (...)

2.3.2.2.- En el Poder Judicial.

Mediante sentencia de 28 de marzo de 2005, dictada en el expediente 078-2005, sobre proceso constitucional de Habeas Corpus, el Trigésimo Noveno Juzgado Especializado en lo Penal de Lima, señaló:

76.- (...) la decisión adoptada no pretende desconocer la grave circunstancia de alarma y peligro social que en nuestro medio, vienen generando los frecuentes accidentes de tránsito, [pero] su gravedad no es motivo para que se inobserven garantías fundamentales de las personas, creadas precisamente para limitar y no hacer excesivas ni arbitrarias la represión estatal.

77.- (...) para evitar una duplicidad sancionadora, es importante que los ámbitos de las dos sanciones no se superpongan, pues conforme al principio “non bis in idem” no es posible sancionar una misma conducta de un mismo sujeto, ya sea por el Derecho penal (con la imposición de una pena o una medida de seguridad), ya por el derecho administrativo sancionador (con la imposición de una sanción administrativa), cuando exista el mismo fundamento...”¹⁶⁶

La Corte Suprema tomó postura sobre este asunto e, igualmente, con ocasión de un precedente en materia administrativa disciplinaria, en el Acuerdo Plenario N° 1-2007/ESV-22, del 16 de noviembre de 2007, estableció como precedentes vinculantes los fundamentos jurídicos

¹⁶⁶ Véase el fallo íntegro en: http://www.compuleg.com/arch_nove/Sentencia_Non%20bis%20in%20idem.pdf

Cuarto y Quinto de Sentencia de la Sala Penal Permanente, del 7 de junio de 2006, en el Recurso de Nulidad N° 2090-2005 LAMBAYEQUE, según los cuales:

*“...**Cuarto.**- Que el procedimiento administrativo sancionador busca garantizar sólo el funcionamiento correcto de la Administración Pública, las sanciones disciplinarias tienen, en general, la finalidad de garantizar el respeto de las reglas de conducta establecidas para el buen orden y desempeño de las diversas instituciones colectivas y, como tal, suponen una relación jurídica específica y conciernen sólo a las personas implicadas en dicha relación y no a todas sin distinción, como acontece en general con las normas jurídico penales; que las medidas disciplinarias constituyen la contrapartida de los deberes especiales a que están sometidos sus miembros y el Derecho Administrativo Sancionador no se rige por el principio de lesividad sino por criterios de afectación general, de suerte que la sanción administrativa no requiere la verificación de lesión o puesta en peligro bienes jurídicos y generalmente opera como respuesta ante conductas formales o de simple desobediencia a reglas de ordenación; que, en cambio, el delito siempre debe contener un mayor contenido del injusto y de culpabilidad, que la lesividad o peligrosidad de la conducta y el menoscabo al bien jurídico son siempre de mayor entidad en el delito con relación a la infracción administrativa...”*

2.3.2.3.- En el Tribunal Constitucional.

El Tribunal Constitucional, en su Sentencia del 20 de mayo de 2008, en el Exp. N° 7818-2006-PHC/TC Lima, Asunto Toledo Touzet, señala:

“7. Respecto a la supuesta violación del principio ne bis in ídem, este Colegiado advierte que no se ha producido, toda vez que el demandante fue sancionado por la infracción cometida con la suspensión de su licencia de conducir de acuerdo al récord del

conductor obrante a fojas 172, respecto al Reglamento de Tránsito, siendo éste un proceso de carácter administrativo. Asimismo, en cuanto a la alegada violación de motivación de resoluciones judiciales, tampoco se ha acreditado, puesto que el emplazado ha actuado de acuerdo a sus atribuciones y conforme a ley.”

Este fallo resume con carácter general los pronunciamientos reiterados de este Alto Tribunal.

2.3.2.4.- En la administración.

Los pronunciamientos administrativos siguen la misma tendencia diferenciadora que se observa en los Altos Tribunales nacionales.

Así, por ejemplo, mediante Resolución Vice Ministerial N° 547-2005-MTC/03 del 15 de noviembre de 2005, se declaró infundada la apelación a un administrado que solicitaba dejar sin efecto la sanción impuesta en sede administrativa, bajo los siguientes argumentos.

“El [administrado] en su recurso de apelación, argumenta que la entidad agraviada simultáneamente sancionó al recurrente (...) y recurrió al Poder Judicial interponiendo denuncia penal por el delito de hurto de espectro radioeléctrico, lo cual devino en la sentencia emitida (...) que le impuso pena privativa de la libertad de un (01) año más el pago de la reparación civil a favor del Ministerio de Transportes y Comunicaciones. Con ello indica que ha sido sancionado por el mismo hecho dos veces y que por ello, la resolución administrativa que lo sanciona debe ser revocada.

(...)

[de autos se advierte que se sancionó al administrado] con una multa (...), por cuanto incumplió una norma administrativa vigente, al operar una estación de radiodifusión sonora sin contar con el título habilitante para ello (...).

En tal sentido, el bien jurídico protegido en el caso de la sanción penal impuesta al recurrente es distinto al bien jurídico protegido en el caso de la sanción administrativa aplicada, en consecuencia, el

hecho de que ambos procesos se basen en los mismos hechos, no implica que se presenten supuestos del principio non bis in ídem, por cuanto corresponden a intereses distintos”.

En otro fallo, la Resolución de Alcaldía N° 434 del 29 de noviembre de 2011, de la Municipalidad Metropolitana de Lima, señala lo siguiente:

“respecto de la aplicación del principio Non bis in ídem (sic) [el administrado] manifiesta que no se puede aplicar la sanción administrativa dispuesta mediante resolución Directoral materia de apelación, toda vez que “según lo dispuesto en la sentencia expedida por el [juez penal] la condena impuesta establece la INHABILITACIÓN por el mismo término de la condena (de 4 años de pena privativa de libertad suspendida por un período de prueba por tres años, condicionada al cumplimiento de reglas de conducta), para conducir cualquier tipo de vehículo” de modo que, manifiesta que ya en la sentencia se ha contemplado una sanción administrativa no pecuniaria, que haría que la sanción impuesta mediante la Resolución Directoral apelada configure una doble sanción administrativa de inhabilitación sobre la misma persona, por los mismo hechos y fundamentos, que incluso, modificaría lo dispuesto por el Poder Judicial, mediante resolución firme.

(...) si bien es cierto (...) existe identidad de sujeto y hecho, también lo es que en los términos señalados en el considerando anterior, no se produce identidad causal o de fundamento, toda vez que los bienes jurídicos protegidos en ambas instancias son distintos. Por un lado, el procedimiento administrativo sanciona la acción del administrado que altera el orden dispuesto mediante el Código de Tránsito y, por otro lado, el proceso penal sanciona la afectación de la vida humana por la acción del imputado¹⁶⁷.

2.4.- Toma de postura

¹⁶⁷ En: <http://www.munlima.gob.pe/resoluciones-de-alcaldia.html>

En el Perú, la doctrina y jurisprudencia admiten unánimemente que el Derecho Administrativo Sancionador y el Derecho Penal provienen de un único *ius puniendi* del Estado. Pero hasta ahí llega el acuerdo, es decir, se trata de una **unanimidad en el plano puramente enunciativo**.

Así, la Sentencia del Tribunal Constitucional, del 16 de abril de 2003, recaída en el Expediente 2050-2002-AA/TC, hace extensiva a la potestad sancionadora de la administración diversos principios que rigen su aplicación, como el de legalidad, el de tipicidad, motivación (interdicción de la arbitrariedad) y razonabilidad. Esta decisión alcanza el carácter de icónica y es múltiplemente citada en posteriores fallos del Tribunal Constitucional, del ámbito judicial y administrativo. Sin embargo, sin perjuicio de ella, lo que deducen tales órganos de decisión es, inversamente, que el Derecho Penal y el Administrativo Sancionador son órdenes distintos y, hasta podríamos decir, compartimientos estancos.

En efecto, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, de la Corte Suprema, y de los órganos administrativos que hemos pasado revista, en una tendencia que podemos denominar *goldschmidtiana* defiende ciegamente –sin negar, además la unidad del derecho sancionador- la diferenciación ontológica entre ambas figuras (penales y administrativas), sobre la base de un estribillo (no *razonamiento*, ni menos esfuerzo de *argumentación*) que prácticamente se ha convertido en un dogma de la jurisprudencia de nuestro país: el Derecho Penal y el Administrativo Sancionador –se repite mecánicamente- protegen **órdenes diferentes**.

Frente a esta toma de postura acrítica, y muchas veces carente de razonamiento de nuestra jurisprudencia, coincidimos con el profesor Bajo Fernández, quien afirma tajantemente:

“...Hemos sostenido, con la mayor parte de la doctrina, que la distinción entre injusto penal y administrativo no es cualitativa, ni tampoco cuantitativa, sino puramente formal. Es injusto penal el castigado por los jueces, mediante penas criminales entendidas así por las leyes penales y en aplicación de un procedimiento criminal. Es administrativo aquel injusto que es castigado por órganos

*administrativos, con sanciones administrativas, aunque fueran punitivas o retributivas, y mediante un procedimiento administrativo. Otra distinción de carácter sustancial no es posible...*¹⁶⁸

En efecto, no es posible obtener una diferencia sustancial entre el ilícito penal y administrativo. La diferencia entre el ilícito penal y administrativo es una opción de política criminal que corresponde al legislador¹⁶⁹, bajo ciertos parámetros¹⁷⁰. Como dice Jalvo en el Derecho Disciplinario, pero con validez en el Derecho Administrativo Sancionador, se trata de valoraciones políticas las que, en función de la realidad social, cultural o histórica de cada ordenamiento determinan la configuración de un hecho como delito o infracción administrativa¹⁷¹. Pero además, aclara Torío, no se trata de una decisión legislativa totalmente libre, sino que resulta de una valoración previa regida por las reglas de la lógica:

*“tal método valorativo presupone la descripción de rigurosa de las propiedades de la materia, es decir, del comportamiento, de su dirección de ataque, de su frecuencia, de las consecuencias sociales de su diseminación, etc., del significado de la norma infringida para la colectividad, de los efectos contraproducentes que la prohibición concreta conlleva, etc. Sobre tal cúmulo de datos emerge finalmente la valoración jurídica. Esta carece en el Estado de Derecho, por otra parte, del significado monolítico que posee en el Estado autoritario”*¹⁷².

¹⁶⁸ Bajo Fernández, Miguel. Nuevas tendencias en la concepción sustancial del injusto penal. Recensión a Bernardo Feijoo. Normativización del Derecho penal y realidad social. Bogotá (Universidad Externado de Colombia) 2007. Barcelona: Indret, 2008. En: http://www.indret.com/pdf/551_es.pdf

¹⁶⁹ Sobre el particular: Rando Casermeiro, Pablo. El modelo penal de la seguridad ciudadana en el derecho administrativo sancionador. En: Revista para el análisis del derecho (Indret). 1/2010. Pág. 9 y siguientes; quien analiza cómo las decisiones de política criminal pueden tener un reflejo en el Derecho Administrativo Sancionador, en función del cambio del paradigma del riesgo hacia un modelo securitario.

¹⁷⁰ Ya en 1955, Aftalión, al analizar si era viable considerar al derecho penal administrativo como una especialidad del derecho, con autonomía científica, afirmaba que: “En esta materia de las autonomías científicas, en vez de remontarse a los cerros de Ubeda, y afanarse vanamente por descubrir complicadas diferencias ontológicas o metodológicas, urge, a nuestro juicio, reconocer que se trata de una cuestión lisa y llanamente axiológica, valorativa. Casi diríamos, para ser más claros, que es un asunto de política jurídica, en cuanto el reconocimiento o la impugnación de la autonomía científica de una determinada rama jurídica acarrea, en la práctica, distintas soluciones a los problemas legislativos y jurisprudenciales”. Cfr. Aftalión, Enrique. El Derecho Penal Administrativo como Derecho Penal Especial. En: El mismo. Derecho Penal Administrativo. Buenos Aires: Arayú, 1955. Pág. 84 y sig.

¹⁷¹ Jalvo, Belén Marina. El régimen disciplinario de los funcionarios públicos. Fundamentos y regulación sustantiva. Tercera edición. Madrid: Lex Nova, 2006. Pág. 107 (nota a pie 177).

¹⁷² Torío López, Ángel. Injusto penal e injusto administrativo (presupuestos para la reforma del sistema de sanciones). En: Estudios sobre la constitución española. Homenaje al profesor E. García de Enterría. Tomo III. Madrid: Civitas, 1991. Pág. 2540. Citado por: Jalvo, Belén Marina. El régimen disciplinario de los

Afirmar la unidad entre el ilícito penal y el administrativo no conlleva a concluir que ambos deben diferenciarse por criterios cuantitativos. Al contrario, los parámetros numéricos o cuantitativos no son un criterio adecuado para diferenciar ambas clases de infracción. El fracaso de todo intento de diferenciación cuantitativa, es patente cuando se constata que en sede sancionadora extrapenal existen sanciones mucho más graves que en el Derecho Penal. Piénsese, en la inhabilitación **de por vida** que impone la no ratificación de magistrados por parte del Consejo Nacional de la Magistratura, por citar apenas un ejemplo.



funcionarios públicos. Fundamentos y regulación sustantiva. Tercera edición. Madrid: Lex Nova, 2006. Pág. 107 (nota a pie 179).



Capítulo III
***Los límites constitucionales al *Ius Puniendi* y su vigencia
en el Derecho Administrativo Sancionador en el Perú***

3.1.- La Constitución y el *Ius Puniendi*.

En el ámbito científico actual, existe un amplio consenso doctrinal en entender que el poder sancionador define sus principios tomando como base ineludible la Constitución. Además, el legislador y el aplicador de las normas sancionadoras están vinculados por las prescripciones de la Constitución y sujetos al control del Tribunal Constitucional. Desde esta perspectiva, los principios rectores del derecho sancionador adquieren una especial relevancia: no se consideran simples limitaciones del *ius puniendi*, sino que se estructuran como auténticos *principios constituyentes del derecho de castigar*. Todo esto es consecuencia del *valor directamente normativo* de la Constitución¹⁷³.

Tiedemann, por su parte, vincula las concretas categorías del delito (tipicidad, antijuridicidad, culpabilidad) a la Constitución, señalando que, aun cuando no existe una teoría jurídico-constitucional del delito, hay motivos para asumir que muy particularmente la teoría del tipo penal, así como también las categorías de la antijuridicidad y culpabilidad, son categorías abiertas a la valoración y a la influencia jurídico-constitucional¹⁷⁴.

Por nuestra parte, consideramos que los límites a la potestad punitiva del Estado se concretizan en una teoría del injusto que debe abarcar a todas las manifestaciones del derecho sancionador público. El tipo, la antijuridicidad o la culpabilidad, así como sus concretos elementos (el dolo, la imprudencia, las definiciones de autoría, participación, las causas de justificación o de exculpación, etc.) expresan en el plano de lo concreto los diversos límites a la potestad punitiva reconocidos en la Constitución¹⁷⁵.

Conforme se estudió en los Capítulos anteriores, la doctrina y la jurisprudencia nacional y comparada realizaron serios esfuerzos por identificar los principios limitadores de la potestad sancionadora de la administración, pudiéndose afirmar, sin duda, que en la actualidad existe consenso en reconocer no sólo que el

¹⁷³ Berdugo Gómez de la Torre, Ignacio y Otros. Curso de Derecho Penal. Parte General. Barcelona: Experiencia, 2004. Pág. 43-44. Si bien los autores se refieren al Derecho Penal, sus afirmaciones son válidas para el ordenamiento sancionador en general.

¹⁷⁴ Tiedemann, Klaus. Constitución y Derecho Penal. En: El mismo. Constitución y Derecho Penal. Lima: Palestra, 2003. Pág. 61-62

¹⁷⁵ Tal parece ser también la perspectiva de análisis de: Villavicencio Terreros, Felipe. Derecho Penal. Parte General. Lima: Grijley, 2006. Pág. 83-129

Derecho Administrativo Sancionador también se encuentra sujeto a límites desde la propia Constitución, sino que, además, estos son los mismos que rigen para el Derecho Penal, solo que, al momento de extrapolarlos, deben adaptarse a la especial materia sobre la que se proyectan (sanciones administrativas) por lo que deben ser matizados o flexibilizados¹⁷⁶.

Pero el esfuerzo doctrinario va un poco más allá, pues la extrapolación de los principios antes mencionados devino también, como es lógico, en la identificación y desarrollo dogmático de concretas categorías del ilícito administrativo. No obstante, todos estos esfuerzos se encuentran en plena construcción ya que, en el estado actual de la doctrina administrativista, pareciera existir acuerdo en admitir únicamente dos categorías en el injusto administrativo sancionador: la tipicidad y la culpabilidad o responsabilidad¹⁷⁷. La salvedad a esto, la constituye el Manual de Derecho Administrativo Sancionador del profesor Gómez Tomillo¹⁷⁸, quien, debido a su formación penalista, logra plasmar una teoría de la infracción administrativa que incorpora en buena medida (y con sólidos fundamentos doctrinarios) las categorías utilizadas en el Derecho Penal.

En los apartados que siguen, pretendemos descender al análisis de concretos aspectos de la infracción administrativa, pero analizados desde la perspectiva de los principios limitadores de la potestad sancionadora del Estado. Para ello, primero debemos plantear cuáles son en concreto los límites reconocidos en el ordenamiento constitucional peruano y en qué consisten, para luego someter a examen determinados fenómenos jurídicos que ocurren en nuestra normatividad. El resultado de esta confrontación nos permitirá responder si en el ordenamiento sancionador administrativo peruano rigen efectivamente las garantías que establece nuestra Constitución, o si más bien, los mandatos constitucionales –y la jurisprudencia constitucional- brindan su protección solo en apariencia.

¹⁷⁶ Por todos: Gómez Tomillo, Manuel. Derecho Administrativo Sancionador y Derecho Penal. Análisis del derecho positivo peruano. Especial consideración de los principios de legalidad, culpabilidad y oportunidad. En: Revista de Derecho de la Universidad de Piura. Vol.4. Piura: 2003.

¹⁷⁷ Nieto, Alejandro. Derecho Administrativo Sancionador. 5ª edición. Madrid: Tecnos, 2012. También: Garberí Llobregat, José y Guadalupe Buitrón Ramírez. El Procedimiento Administrativo Sancionador. 5ª edición. 2 tomos. Valencia: Tirant lo Blanch, 2008. También: Fuentes Bardají, Joaquín De (Coordinador). Manual de Derecho Administrativo Sancionador. 2 volúmenes. Madrid: Abogacía General del Estado-Thomson/Aranzadi, 2005. También: Palma del Teso, Ángeles de. El principio de culpabilidad en el derecho administrativo sancionador. Madrid: Tecnos, 1996. Entre otros que presentan esta misma bipartición en sus obras, sin hacer referencia a la categoría de la antijuridicidad.

¹⁷⁸ Gómez Tomillo, Manuel. Derecho Administrativo Sancionador. Parte General. Teoría General y Práctica del Derecho Penal Administrativo. 2ª edición. Navarra: Aranzadi/Thomson Reuters, 2010.

3.2.- Los Límites constitucionales al *Ius Puniendi*.

En el Derecho Penal, se entiende por “*potestad punitiva*” o *ius puniendi* la facultad exclusiva del Estado para imponer penas ante la comisión de un delito¹⁷⁹. Mir Puig analiza la problemática de la potestad punitiva del estado, resumiéndola en tres cuestiones principales: 1) ¿quién es el *titular* del derecho penal subjetivo?; 2) ¿en qué se *funda* el *ius puniendi* del Estado?, y 3) ¿dentro de qué *límites* puede ser ejercido?. A continuación se resume las ideas de este autor¹⁸⁰.

En cuanto a la *titularidad* del Derecho Penal subjetivo, Mir Puig señala que el carácter primordialmente público de los intereses afectados por el delito determina la pretensión del Estado de aparecer como el monopolizador del recurso a la coacción física. Así, pese a existir en el ordenamiento jurídico delitos de persecución privada (p.e. los delitos contra el honor previstos en el Código Penal), ello no impide afirmar que, incluso en estos casos, el Estado es el único titular legitimado para imponer penas y medidas de seguridad.

El *fundamento* del Derecho Penal, puede ser de dos clases: *funcional* y *político*.

- El *fundamento funcional* afirma que está justificado castigar porque es necesario realizar los objetivos que se atribuyen a la pena o a la medida de seguridad. Así, desde el punto de vista de las *teorías absolutas*, el fundamento del *ius puniendi* sería la *necesidad de realizar la justicia por medio de la pena*. Mientras que, desde el punto de vista de la *prevención*, el fundamento radica en la *necesidad de protección de la sociedad*. Ahora que, si bien puede ponerse en tela de juicio la legitimidad del recurso a la pena para proteger a la sociedad debido a la aparente inutilidad de la pena (altas tasas de reincidencia), señala Mir Puig que la eficacia de la pena no debe medirse en función de los que ya

¹⁷⁹ Bustos Ramírez, Juan. Obras Completas. Tomo I. Derecho Penal. Parte General. Lima: Ara, 2005, pág. 546, señala: “*podemos definir el Derecho Penal subjetivo o ius puniendi como una decisión político criminal plasmada en una norma que declara punible un hecho y perseguible a su autor. El ius puniendi es expresión del poder único y exclusivo del Estado para ejercer la violencia legítima*”.

¹⁸⁰ Mir Puig, Santiago. Introducción a las bases del derecho penal. 2º edición. Montevideo-Buenos Aires: BdeF, 2002, pág. 97 y sig. (la edición original de este texto apareció en 1976). En el Perú, asume posición en términos similares a los expuestos por Mir Puig: García Caveró, Percy. Derecho Penal. Parte General. Lima, Grijley, 2008. Pág. 71 y sig.

delinquieron, sino atendiendo a los que se abstienen de delinquir por la amenaza de la pena.

- El *fundamento político* responde a la pregunta de *por qué el derecho a castigar puede ser ejercido por el Estado*. Esta pregunta surge con el advenimiento del *Estado liberal*, pues en éste resulta nuclear la legitimación del Estado para privar al ciudadano, por medio de la pena, de sus derechos más elementales. Por ello, en un primer momento, el Derecho Penal se concibió como un derecho al servicio de la defensa de las garantías de los eventuales delincuentes. No obstante, a fines del siglo XIX el *positivismo criminológico* cuestionó al *liberalismo* haber permitido el aumento considerable de la delincuencia y de la reincidencia. Así, con el paso del *Estado liberal clásico* al *Estado social de derecho*, se admite la idea de un *Estado intervencionista*, el cual no solo se considera *facultado* sino *obligado* a incidir en la organización de lo social, desbordándose las barreras que separan la sociedad del Estado. Es este nuevo modelo el que permite que el Estado intervenga no solo en defensa del ciudadano como posible delincuente, sino también como activo instrumento de prevención de delitos dirigido a la protección de bienes jurídicos. El Derecho Penal es, desde esta perspectiva, un medio al servicio de la política criminal (von Liszt). No obstante, la aparición posterior del totalitarismo en Europa, puso al descubierto los peligros que la perspectiva intervencionista podía implicar para la garantía del individuo. Frente a ello, Mir Puig afirma que un Derecho Penal actual debería incorporar los postulados del planteamiento social, pero teniendo en cuenta que el *ius puniendi* debe respetar, en el ejercicio de su función, los límites que impone la garantía del individuo, afirmando que *“el derecho penal social no debe ser sustituido sino completar la unilateralidad del derecho penal liberal. La síntesis ha de alcanzarse en un derecho penal democrático”*.

En cuanto a los **límites**, estos se derivan de los fundamentos del Derecho Penal. Así el profesor Mir Puig afirma, en otro lugar, lo siguiente:

“El principio de Estado de Derecho impone el postulado de un sometimiento de la potestad punitiva al Derecho, lo que dará lugar a los límites derivados del principio de legalidad. La idea del Estado Social sirva para legitimar la

función de prevención en la medida que sea necesaria para proteger a la sociedad. Ello implica ya varios límites que giran en torno a la exigencia de la necesidad social de la intervención penal. Por último, la concepción del Estado democrático obliga en lo posible a poner el derecho penal al servicio del ciudadano, lo que puede verse como fuente de ciertos límites que hoy se asocian al respeto de principios como el de dignidad humana, igualdad y participación del ciudadano”¹⁸¹.

De lo expuesto se deduce que la legitimidad para imponer penas y medidas de seguridad recae en el Estado. En los Estados democráticos, dicha potestad está limitada desde la propia Constitución, como bien apuntalan Muñoz/García al señalar que:

“parece claro que el Derecho Penal, como una parte del ordenamiento jurídico debe adaptarse y ponerse en consonancia con el modelo de estado democrático de derecho y con los valores superiores que éste propugna. La legitimidad del Derecho penal o del poder punitivo del Estado proviene, pues, del modelo fijado en la constitución”¹⁸².

Es decir, como afirma Landa, *las bases del derecho penal no hay que buscarlas en las leyes, sino en la Constitución, entendida como orden jurídico fundamental del actual Estado Constitucional democrático*¹⁸³.

El desarrollo teórico expuesto es plenamente aplicable a nuestro ordenamiento jurídico, en la medida que, conforme al modelo previsto en la Constitución Política (Artículos 3 y 43 de la Norma Fundamental) *el Perú es un Estado Social y democrático de Derecho*. La potestad punitiva del Estado peruano, entonces, está

¹⁸¹ Mir Puig, Santiago. Derecho Penal. Parte General. 7ª edición. Montevideo-Buenos Aires: BdeF, 2005. Pág. 113-114. Antes, afirma el citado autor que el acogimiento de un modelo de Estado social y democrático de derecho impone al Derecho Penal una *función de prevención limitada*, esto es, que fuera de los límites impuestos por la Constitución la prevención penal pierde su legitimación en dicho contexto político (pág. 113).

¹⁸² Muñoz Conde, Francisco y Mercedes García Arán. Derecho Penal. Parte General. p.64. citado por: García Rivas, Nicolás. El Poder Punitivo en el Estado Democrático. Cuenca: Ediciones UC-LM, 1996. Pág. 44.

¹⁸³ Cfr. Landa Arroyo, César. Interpretación constitucional y Derecho Penal. En: Jurisprudencia y Doctrina Penal Constitucional. Segundo Seminario. Lima: Palestra, 2006. Pág. 263. Por su parte, Villavicencio Terreros, Felipe. Derecho Penal. Parte General. Lima: Grijley, 2006. Pág. 88, matiza esta idea afirmando que si bien los límites al poder punitivo se encuentran mayoritariamente en la Constitución, estos también pueden ubicarse en el ámbito legal, diferenciando entre límites intrínsecos (Constitucionales) y extrínsecos (principios específicos).

sujeta a un *Programa penal de la Constitución*¹⁸⁴, que articula los distintos principios que limitan el *ius puniendi* estatal. Entre las normas que constituyen dicho *Programa*, puede citarse:

- La norma constitucional prevista en el Artículo 2.24.”d”, según la que *nadie será procesado ni condenado por acto u omisión que al tiempo de cometerse no esté previamente calificado en la ley, de manera expresa e inequívoca, como infracción punible; ni sancionado con pena no prevista en la ley*. Si esta norma es leída en conjunto con el Artículo 102.1 de la misma Norma Fundamental, que establece como atribución del Congreso de la República la de *dar leyes*, se puede concluir que la Constitución otorga al Congreso de la República la facultad de tipificar conductas como delitos y establecer, como consecuencia de dichas conductas, sus correspondientes penas. Esto sin perjuicio de visualizar aquí también los límites propios del principio de legalidad (*taxatividad, irretroactividad, reserva de ley*) a los que se hará referencia más adelante.
- El Artículo 44 que señala que uno de los deberes primordiales del Estado, consiste en *“proteger a la población de las amenazas contra su seguridad; y promover el bienestar general que se fundamenta en la justicia”*. Conforme tuvo ocasión de explicar el Tribunal Constitucional¹⁸⁵, este precepto se materializa, en primer lugar, en el plano abstracto, con la tipificación de la conducta delictiva y de la respectiva pena, que amenaza con infligir un mal si se incurre en la conducta antijurídica (prevención general en su vertiente negativa). En segundo término, desde la perspectiva de su imposición, se renueva la confianza de la ciudadanía en el orden constitucional, al convertir una mera esperanza en la absoluta certeza de que, con la sanción del delito (prevención especial en su vertiente positiva), alcanza plena vigencia efectiva el derecho fundamental a la seguridad personal en su dimensión objetiva (inciso 24 del artículo 2º de la Constitución).

¹⁸⁴ El *“Programa penal de la Constitución”* es el conjunto de postulados político criminales que constituye el marco normativo en el seno del cual el legislador penal puede y debe tomar sus decisiones y en el que el juez ha de inspirarse para interpretar las leyes que le corresponda aplicar. Cfr. Arroyo Zapatero, Luis. *Fundamento y Función del sistema penal*. Pág. 101. Citado por: García Rivas, Nicolás. *El Poder Punitivo en el Estado Democrático*. Cuenca: Ediciones UC-LM, 1996. Pág. 45.

¹⁸⁵ Sentencia del Pleno Jurisdiccional del Tribunal Constitucional del 21 de Julio de 2005, en el Exp. Nº 0019-2005-PI/TC. Asunto: Demanda de inconstitucionalidad interpuesta por más del 25% del número legal de miembros del Congreso de la República contra el Artículo Único de la Ley Nº 28568, que modifica el artículo 47º del Código Penal (Caso de la denominada “Ley Wolfenson”). Fundamento 40.

- El Artículo 104 de la Constitución señala que el Congreso puede delegar en el Poder Ejecutivo la facultad de legislar, mediante *decretos legislativos*, sobre la materia específica y por el plazo determinado establecidos en la ley autoritativa, dejando en claro que no pueden delegarse las materias que son indelegables a la Comisión Permanente. Por tanto, y siendo que, de acuerdo a lo previsto en el Artículo 101 de la Norma Fundamental, la materia penal no se encuentra prohibida de delegación, puede colegirse la competencia constitucional del Poder Ejecutivo para legislar en materia penal, vía delegación de facultades.
- Los Gobiernos regionales y locales no gozan de competencias legislativas en materia penal, conforme se desprende de los artículos 192 y 195 de la Norma Fundamental.
- El Artículo 138 de la Constitución señala que la potestad de administrar justicia emana del pueblo y *se ejerce por el Poder Judicial a través de sus órganos jerárquicos con arreglo a la Constitución y a las leyes*. A su vez, el Artículo 139 establece como principios de la función jurisdiccional: La unidad y exclusividad de la función jurisdiccional, no pudiendo existir *ni establecerse* jurisdicción alguna independiente, con excepción de la militar y la arbitral (139.1). La independencia en el ejercicio de la función jurisdiccional, así, ninguna autoridad puede avocarse a causas pendientes ante el órgano jurisdiccional ni interferir en el ejercicio de sus funciones (139.2). El debido proceso y la tutela jurisdiccional, afirmándose que ninguna persona puede ser desviada de la jurisdicción predeterminada por la ley, ni sometida a procedimiento distinto de los previamente establecidos, *ni juzgada por órganos jurisdiccionales de excepción* ni por comisiones especiales creadas al efecto, cualquiera sea su denominación (139.3). El *no ser penado sin proceso judicial* (139.10). La *prohibición de ejercer función judicial por quien no es nombrado en la forma prevista por la Constitución o la ley* (139.19). Todo esto sin perjuicio de visualizar también aquí otros límites al poder sancionador del estado como la cosa juzgada (139.13), la prohibición de analogía (139.13), la motivación escrita de las resoluciones (139.5), la publicidad en los procesos (139.4), la pluralidad de instancia (139.6), o los fines de rehabilitación, reeducación y reincorporación del penado en la sociedad (139.22), entre otros.

- En su Artículo 149 la Constitución señala que las autoridades de las Comunidades Campesinas y Nativas, con el apoyo de las Rondas Campesinas, pueden ejercer las funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial de conformidad con el derecho consuetudinario, siempre que no violen los derechos fundamentales de la persona. La ley establece las formas de coordinación de dicha jurisdicción especial con los Juzgados de Paz y con las demás instancias del Poder Judicial.
- Finalmente, en el Artículo 173 la Norma Fundamental prevé que en caso de delito de función, los miembros de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional están sometidos al fuero respectivo y al Código de Justicia Militar. Las disposiciones de éste no son aplicables a los civiles, salvo en el caso de los delitos de traición a la patria y de terrorismo que la ley determina. Quienes infringen las normas del Servicio Militar Obligatorio están asimismo sometidos al Código de Justicia Militar.

De lo expuesto hasta aquí, se aprecia que la potestad punitiva del Estado está claramente establecida en la Constitución, definiéndose no solamente las materias que la comprenden (delitos y sanciones), sino los órganos competentes para legislar sobre dichas materias y para aplicar dichas leyes, además establece una serie de límites para el legislador y el juez al momento de tipificar o aplicar la materia penal, respectivamente.

Teniendo en cuenta estas premisas, el Tribunal Constitucional estableció que:

“El Derecho Penal es la rama del ordenamiento jurídico que regula el ius puniendi, monopolio del Estado, y que, por tal razón, por antonomasia, es capaz de limitar o restringir, en mayor o menor medida, el derecho fundamental a la libertad personal. De ahí que, desde una perspectiva constitucional, el establecimiento de una conducta como antijurídica, es decir, aquella cuya comisión pueda dar lugar a una privación o restricción de la libertad personal, sólo será constitucionalmente válida si tiene como propósito la protección de bienes jurídicos constitucionalmente relevantes (principio de lesividad). Como resulta evidente, sólo la defensa de un valor o un interés constitucionalmente relevante podría justificar la restricción en el ejercicio de un derecho fundamental.

Como correctamente apunta Carbonell Mateu,

“Por relevancia constitucional no ha de entenderse que el bien haya de estar concreta y explícitamente proclamado por la Norma Fundamental. Eso sí, habría de suponer una negación de las competencias propias del legislador ordinario. La Constitución contiene un sistema de valores compuesto por los derechos fundamentales, los derechos de los ciudadanos, aquellos que son necesarios y convenientes para hacer efectivos los fundamentales y los que simplemente se desprenden como desarrollo de aquellos. Por otra parte la interpretación que se realice de la norma fundamental no ha de ser estática sino dinámica; esto es adecuada a los cambios sociales y de cualquier otra índole que se vayan produciendo. De esta manera puede decirse que el derecho penal desarrolla, tutelándolos, los valores proclamados en la Constitución y los que de ella emanan; puede decirse, en fin, que detrás de cada precepto penal debe haber un valor con relevancia constitucional. (Derecho Penal: concepto y principios constitucionales. Valencia: Tirant lo blanch, 1999, p. 37)”¹⁸⁶

De otro lado, como ya se mencionó anteriormente, el Alto Tribunal estableció en su sentencia en el Exp. N° 2050-2002-AA/TC¹⁸⁷, que los principios constitucionales que limitan la potestad punitiva del Estado, y que son aplicados y desarrollados en el Derecho Penal, también rigen para el Derecho Administrativo Sancionador. Así, señaló:

“...es necesario precisar que los principios de culpabilidad, legalidad, tipicidad, entre otros, constituyen principios básicos del derecho sancionador, que no sólo se aplican en el ámbito del derecho penal, sino también en el del derecho administrativo sancionador, el cual incluye, naturalmente, al ejercicio de potestades disciplinarias en el ámbito castrense. Una de esas garantías es, sin lugar a dudas, que las faltas y sanciones de orden disciplinario deban estar previamente tipificadas y señaladas en la ley...” (Fj. N° 8)

¹⁸⁶ Sentencia del Pleno Jurisdiccional del Tribunal Constitucional del 21 de Julio de 2005, en el Exp. N° 0019-2005-PI/TC. Asunto: Demanda de inconstitucionalidad interpuesta por más del 25% del número legal de miembros del Congreso de la República contra el Artículo Único de la Ley N° 28568, que modifica el artículo 47° del Código Penal (Caso de la denominada “Ley Wolfenson”). Fundamento 35.

¹⁸⁷ Sentencia del Pleno Jurisdiccional del Tribunal Constitucional del 16 de abril de 2003, en el Exp. N° 2050-2002-AA/TC, Asunto Ramos Collque.

A continuación se pretende confrontar algunos casos específicos de la legislación y jurisprudencia administrativa sancionadora de cara a la vigencia de estos principios limitadores del *ius puniendi*, a efectos de verificar la constitucionalidad de dichos procedimientos y comprobar si se cumplen los dictados de la Constitución, interpretados y reforzados por el Tribunal Constitucional, acerca de una efectiva unidad del derecho sancionador en el Perú.

3.3.- La proyección del Principio de Mínima Intervención en el Derecho Administrativo Sancionador. Análisis de la problemática sobre los límites de la lesividad (alcances de la tipificación del peligro).

Existen diversos problemas específicos que atañen a la Mínima intervención como principio limitador del *ius puniendi*, que pueden tener un reflejo en la configuración de la infracción en el Derecho Administrativo Sancionador. Entre ellos, puede citarse como ejemplo, los referidos a la exclusiva protección de bienes jurídicos, la relevancia jurídica del ilícito intentado (tentativa), los criterios de oportunidad de la sanción. No es posible abarcar en el presente trabajo, y en menos de un Capítulo, el estudio de cada uno de estos problemas y las aristas que plantearían en el Derecho Administrativo Sancionador, pues cada uno de ellos puede abarcar un trabajo monográfico por sí mismo. A continuación sólo desarrollamos algunos aspectos importantes referidos al *bien jurídico como objeto de protección en el Derecho Administrativo Sancionador*. Nuestra pretensión, una vez más en este trabajo, es solo evidenciar la problemática más destacada sobre el tema elegido ya que se trata de un asunto con importantes consecuencias prácticas.

El Tribunal Constitucional tiene una larga tradición en el reconocimiento de la vigencia de la teoría del bien jurídico en nuestro ordenamiento. Así, en su sentencia del 15 de noviembre de 2001, en el expediente N° 005-2001-AI/TC Lima, sobre Acción de Inconstitucionalidad contra el Decreto Legislativo N° 895 y otras disposiciones, estableció la necesidad de una delimitación clara del bien jurídico protegido por las normas penales:

“El poder punitivo del Estado tiene límites impuestos por la Constitución. No puede ser arbitrario ni excesivo. Debe ser congruente con los principios constitucionales y razonablemente proporcionado no sólo al hecho delictivo,

sino también al bien jurídico protegido. Por eso, no sólo el delito debe estar claramente tipificado en la ley, de manera detallada y explícita, sino además, el bien jurídico protegido debe ser delimitado claramente, a fin de impedir que ciertos actos sean calificados o tipificados equívocamente por el juzgador, con las consecuencias de un proceso indebido y una pena injusta”

Posteriormente, el Alto tribunal amplió esta definición en la sentencia del Pleno Jurisdiccional del 15 de diciembre de 2006, en el Expediente N° 0012-2006-PI/TC, señalando:

29. De este modo, dentro de los límites que la Constitución establece, el legislador goza de un amplio margen para diseñar la política criminal del Estado. Entre tales límites no sólo se encuentra la proscripción de limitar la libertad personal más allá de lo estrictamente necesario, entre otros, sino también que la actividad punitiva del Estado sirva para la exclusiva protección de bienes constitucionalmente relevantes.

30. Si bien en la identificación de los niveles de protección de los bienes constitucionalmente relevantes es importante evaluar la dañosidad social de las conductas que pongan en peligro o afecten tales bienes, también lo es evaluar, dentro de esta dañosidad social, que el objeto de esta protección penal exprese necesariamente las posibilidades de libre desarrollo del individuo mediante su participación en la sociedad.

Como afirma Luzón Peña, los bienes jurídicos son “condiciones necesarias para el desarrollo de la vida del individuo y de la sociedad (o, si se prefiere, para el desarrollo de la vida de la persona, tanto como individuo en su esfera más íntima, cuanto en sus relaciones con la sociedad). Tales condiciones pueden consistir en objetos, materiales o inmateriales, relaciones, intereses o derechos, que en cualquier caso han de ser socialmente valiosos y por ello dignos de protección jurídica”.

El Derecho Administrativo Sancionador también protege bienes jurídicos. Tanto los tipos penales como los tipos administrativos sancionadores protegen bienes jurídicos, aun cuando se trate de intereses de la administración, pues los bienes

jurídicos penales y los bienes jurídicos administrativos son especies de un mismo género¹⁸⁸.

Esta afirmación también encuentra apoyo en el ámbito comparado, en la jurisprudencia asentada del Tribunal Supremo español, que declaró hace más de tres décadas:

*"Los principios del orden penal son de aplicación, con ciertos matices, al Derecho administrativo sancionador, dado que ambos son manifestaciones del ordenamiento punitivo del Estado, tal y como refleja la propia Constitución (art. 25, principio de legalidad), y una muy reiterada jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo (Sentencias de la Sala IV de 29 de septiembre, de 4 y 10 de noviembre de 1980), hasta el punto de que un mismo bien jurídico puede ser protegido por técnicas administrativas o penales"*¹⁸⁹.

En la misma línea de argumentación, apunta Moccia que el concepto de bien jurídico no está en condiciones de ofrecer una fórmula con la cual, mediante operaciones de subsunción y deducción, se pueda delimitar fácilmente la conducta punible de la que no lo es; no obstante, dice este autor, el bien jurídico si está en condiciones de proporcionarnos la indicación de *qué es lo que puede legítimamente ser tutelado con el derecho penal* (función negativa de legitimación del bien jurídico)¹⁹⁰. Consideramos que estas ideas son trasladables a la problemática de la vigencia del principio de exclusiva protección de bienes jurídicos en el Derecho Administrativo Sancionador.

Cabe entonces formularse la pregunta sobre qué es un bien jurídico y qué importancia tiene este concepto en el Derecho Administrativo Sancionador. Es de resaltar que el solo estudio del bien jurídico puede conllevar a la realización de una monografía autónoma, y aun así difícilmente se agotaría la discusión, por lo que no

¹⁸⁸ Lascurain Sánchez, Juan Antonio. Por un derecho penal sólo penal... En: Libro Homenaje al profesor Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo. Navarra: Civitas, 2005. Pág. 618. Con más referencias. También: Suay Rincón, Celia. Los delitos contra la salubridad y seguridad del consumo en el marco de las relaciones entre el derecho penal y el derecho administrativo sancionador. En: Revista Peruana de Ciencias Penales. Año IV. Nº 7/8. Lima, 1998. Pág. 927. También: Roxin, Claus. Derecho Penal. Parte General. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito. Traducción a la 2da edición alemana. Madrid: Civitas, 1997. Pág. 57.

¹⁸⁹ STS de 8 de abril de 1981.

¹⁹⁰ Moccia, Sergio. De la Tutela de bienes a la tutela de funciones. Entre ilusiones postmodernas y reflujo iliberales. En: Silva Sánchez, Jesús-María (editor). Política Criminal y nuevo Derecho Penal. Libro homenaje a Claus Roxin. Barcelona: Bosch, 1997. Pág. 114

podemos detenernos demasiado en su tratamiento¹⁹¹. Sin embargo, es importante dejar sentadas algunas ideas básicas relacionadas con el concepto de bien jurídico, ya que en los últimos años es objeto de fuertes críticas por un amplio sector doctrinal en el Derecho Penal, discutiéndose actualmente si dicho concepto debe ser preservado, reformulado o abandonado¹⁹². Estas mismas objeciones, entonces, deberían darse o tener reflejo en el Derecho Administrativo Sancionador.

A la discusión actual sobre el bien jurídico contribuye el hecho de que, a la fecha, no existe acuerdo en la doctrina sobre un concepto más a menos perfilado del mismo¹⁹³. Si se analiza las definiciones de quienes participan del debate sobre la existencia de un bien jurídico penal protegible por las normas penales, la variedad de puntos de vista abarca desde aquellos que consideran un concepto de bien jurídico anclado en los individual (Hassemer), hasta quienes toman en cuenta, en la antípoda, las condiciones vitales de la humanidad (Schünemann); ubicándose entre estos dos extremos, distintas variantes¹⁹⁴. A esto, debe añadirse las posturas que, partiendo de una noción diferente de la pena, toman distancia de la idea tradicional de bien jurídico como elemento legitimador de la protección penal (tiene fuerte arraigo en Latinoamérica la tesis de Jakobs)¹⁹⁵. Y, por si fuera poco, existen posturas intermedias que pretenden aproximar ambos extremos¹⁹⁶.

¹⁹¹ Me remito al completo resumen de la evolución del concepto que ofrece: Silva Sánchez, Jesús-María. Aproximación al Derecho Penal contemporáneo. Segunda edición ampliada y actualizada. Montevideo-Buenos Aires: BdeF, 2010. Pág. 424-442 y 501-504. También: Villavicencio Terreros, Felipe. Derecho Penal. Parte General. Lima: Grijley, 2006. Pág. 95-106.

¹⁹² Una mirada actual y completa de la discusión puede verse en: Hefendel, Roland (Editor). La teoría del bien jurídico. ¿Fundamento de la legitimación del Derecho Penal o juego de abalorios dogmático?. Madrid: Marcial Pons, 2007.

¹⁹³ Así: Roxin, Claus. Derecho Penal. Parte General. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito. Traducción a la 2da edición alemana. Madrid: Civitas, 1997. Pág. 54; quien señala: "hasta ahora no se ha logrado precisar el concepto de bien jurídico de modo que pudiera ofrecer una delimitación jurídicamente fundada y satisfactoria de su contenido".

¹⁹⁴ Seher, Gerhard. La legitimación de las normas penales basada en principios y el concepto de bien jurídico. En: Hefendel, Roland (Editor). La teoría del bien jurídico. ¿Fundamento de la legitimación del Derecho Penal o juego de abalorios dogmático?. Madrid: Marcial Pons, 2007. Pág. 73-76. Una clasificación propia que incluye las diversas definiciones de bien jurídico en el devenir histórico es llevada a cabo por el profesor Polaino. Véase al respecto: Polaino Navarrete, Miguel. ¿Por qué existe y para qué sirve la pena?. La función actual del derecho penal: bien jurídico versus la vigencia de la norma. En: Maier, Julio y Otros (Directores). Dogmática penal. Entre el naturalismo y el normativismo. Libro homenaje a Eberhard Struensee. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2011. Pág. 461-483.

¹⁹⁵ Jakobs, Günther. Derecho Penal. Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación. Traducción a la segunda edición alemana. Madrid: Marcial Pons, 1997. Pág. 43 y sig. Este autor afirma: "se debe definir como el bien a proteger la firmeza de las expectativas normativas esenciales frente a la decepción, firmeza frente a las decepciones que tiene el mismo ámbito que la vigencia de la norma puesta en práctica; este bien se denominará a partir de ahora bien jurídico-penal".

¹⁹⁶ Resume estas posturas: Villavicencio Terreros, Felipe. Derecho Penal. Parte General. Lima: Grijley, 2006. Pág. 105-106; quien ubica en esta posición a los profesores Alcácer Guirao, Hurtado Pozo, Ragues I Vallés, entre otros (ver referencias en el texto citado).

Tomando en cuenta los desarrollos dogmáticos actuales, tomamos postura entendiendo que el injusto penal se fundamenta en la protección a un bien jurídico-penal, por lo cual, no son de recibo las posturas que se alejan de tal formulación. Asimismo, siguiendo a Shünemann, quien toma como base el Contrato Social y la idea rectora de que el Estado debe asegurar la posibilidad de libre desarrollo del individuo, consideramos que el Derecho Penal debe proteger los bienes que el individuo necesita para su libre desarrollo, pero no los bienes usurpados a costa del desarrollo de los demás, y, los bienes compartidos por todos, necesarios para una próspera vida en común; excluyéndose de dicha protección aquellos intereses que no resulten perentorios para la próspera vida en común de los individuos¹⁹⁷. Teniendo en cuenta esta amplia definición, la fundamentación material del injusto implica la protección de bienes jurídico-penales.

Sin perjuicio de lo anterior, es de apreciar que hasta el momento actual, la discusión acerca de la utilidad del concepto de bien jurídico-penal no vislumbra una luz al final del túnel, debido a que se lo quiere instituir como el elemento delimitador del injusto penal (contenido material), pretendiendo obtener de él respuestas al cuándo y en qué medida castigar, sin girar la vista hacia el resto del ordenamiento sancionador, del cual el Derecho Penal es solo un integrante. El error radica, a nuestro juicio, en que la dogmática jurídico penal y la política criminal orientadora del legislador penal, pretenden definir el bien jurídico penal, y delimitar sus alcances y la necesidad de su protección, sobre la base de una definición de dicho concepto desarrollada en el seno del propio Derecho Penal. Tal planteamiento resulta, pues, parcial.

Ante ello, puede contribuir a aclarar las dudas acerca cuándo el legislador se encuentra en la necesidad de sancionar una conducta mediante una pena, y cuándo debe dejar que dicha conducta sea abarcada por una sanción extrapenal (por ejemplo, administrativa sancionadora), si se analiza el alcance la intervención del Derecho Penal, a través de la protección del bien jurídico-penal, teniendo en cuenta íntegramente el contexto del derecho sancionador público en el que aquél actúa. Y es que, la protección de determinado aspecto de un bien jurídico a través de normas sancionadoras (penales o de otra índole) se debiera regir por criterios de una política criminal entendida de manera amplia, esto es, que abarque en su

¹⁹⁷ Shünemann, Bernd. El principio de protección de bienes jurídicos como punto de fuga de los límites constitucionales de los tipos penales y de su interpretación. En: Hefendel, Roland (Editor). La teoría del bien jurídico. ¿Fundamento de la legitimación del Derecho Penal o juego de abalorios dogmático?. Madrid: Marcial Pons, 2007. Pág. 197-226 (en particular, pág. 208)

evaluación para la toma de decisión sobre la intervención del ius puniendi estatal, a todas las manifestaciones de éste, es decir a los mecanismos penales, administrativos sancionadores u otros que se estudiaron en el Capítulo I.

Por ello, desde el planteamiento que aquí se defiende, no es correcto preguntarse qué bienes jurídicos protege el Derecho Penal y qué bienes jurídicos protege el resto del derecho sancionador. La pregunta correcta, debiera ser: ¿qué aspectos del bien jurídico son mejor tutelados por el Derecho Penal y qué otros aspectos debieran dejarse en manos de otros sectores del ordenamiento sancionador?. En este esquema, incluso, se puede echar mano de mecanismos extra-sancionadores para hacer frente a la protección o promoción del bien jurídico, como el derecho civil, el administrativo u otros.

Es decir, para responder a la pregunta de cuándo y en qué medida se debe castigar, no debe recurrirse a la definición del bien jurídico-penal, que es un problema distinto, sino que debe partirse de la idea, admitida por la doctrina mayoritaria, de que no todos los aspectos de un bien jurídico ameritan protección por el Derecho Penal, lo cual tiene como corolario que solo algunos aspectos de un bien jurídico pueden ameritar tutela por el Derecho Penal (es el caso de los bienes jurídico-penales) y otros no¹⁹⁸. Entonces, la respuesta a la interrogante arriba planteada, es que la intervención penal, administrativa sancionadora u otra, se rige por criterios de eficiencia en la protección del concreto aspecto del bien jurídico que se pretende tutelar, lo que hace necesario que el legislador plantee tal defensa del bien jurídico, a través de una estrategia coherente e integral. En este contexto, el principio de Ultima Ratio pasa a ser un principio de complementación, más que de subsidiaridad¹⁹⁹ y, por tanto, permite que el legislador diseñe su estrategia preventiva de la lesión al bien jurídico, echando mano de todos los medios sancionadores que tiene a su disposición, teniendo en cuenta, como se ha explicado, su utilidad y eficacia, así como los fines de la pena, la gravedad del

¹⁹⁸ Tampoco es necesario que el concepto de bien jurídico delimite exhaustivamente los contornos del objeto de protección, pues, como señala Lampe, el concepto de “bien jurídico” solamente proporciona los requisitos generales necesarios de todo delito; la mayor precisión de los bienes jurídicos y su relación sistemática entre ellos se consigue recién en la parte especial. Al respecto: LAMPE, Gedankem zum materiellen Straftatbegriff”, Libro-Homenaje a Rudolf Schmitt, Tubinga, 1992. Pág. 80, 88 y s., 94, citado por: Abanto Vásquez, Manuel. Acerca de la Teoría de los bienes jurídicos. En: Revista Penal. Nº 18. Madrid: 2006. Pág. 5

¹⁹⁹ Así: Schünemann, Bernd. Protección de bienes jurídicos, Última Ratio y victimodogmática. Sobre los límites inviolables del Derecho Penal en un Estado de Derecho liberal. En: Hirsh, Andrew von y Otros. Límites al Derecho Penal. Principios operativos en la fundamentación del castigo. Barcelona: Atelier, 2012. Pág. 63 y sig.

ataque, la intensidad de afectación al bien jurídico, así como la necesidad de su protección.

En el Perú, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional aún no desarrolla conceptualmente el principio de exclusiva protección del bien jurídico en el ámbito administrativo sancionador, por el contrario pareciera que en este ámbito no admite un criterio de lesividad. Así este Alto Tribunal señala:

“es pertinente señalar que el derecho administrativo sancionador opera como respuesta a conductas reguladas por su propio ordenamiento legal, y de ningún modo actúa rigiéndose por el principio de lesividad²⁰⁰”.

En cuanto a la Doctrina, el profesor Gómez Tomillo en alusión al Derecho Administrativo Sancionador peruano, afirma que el Derecho Penal protege bienes jurídicos “centrales”, y el Derecho Administrativo Sancionador bienes jurídicos “periféricos”²⁰¹. Con ello, el precitado autor expresa su adhesión a las tesis de identidad sustancial entre el ilícito penal y el administrativo sancionador, no obstante, busca establecer un criterio de preferencia del Derecho Penal sobre el administrativo, vinculado a la gravedad o a la importancia del bien jurídico. Pero, como se ha explicado, el ilícito penal y el ilícito administrativo sancionador -ambos- protegen bienes jurídicos. Además protegen *los mismos* bienes jurídicos. Por citar un ejemplo, el bien jurídico “administración pública” que se protege con el Derecho Penal, es *el mismo* que protege el Derecho Administrativo Sancionador. Otra cosa es identificar si en un caso concreto, una norma del Derecho Administrativo Sancionador y una Penal, protegen “lo mismo” en relación con un bien jurídico determinado. La diferencia, entonces, como se ha dicho, radica en el ámbito concreto del bien jurídico que es protegido por cada clase de infracción (penal, administrativa sancionadora u otra).

Partiendo de esta constatación, pueden identificarse tres grupos de casos de concurrencia en la protección del bien jurídico: en el primero, el Derecho Penal protege un aspecto el bien jurídico y el Derecho Administrativo Sancionador otro aspecto distinto del mismo bien jurídico. Así por ejemplo, en el caso de los bienes

²⁰⁰ Sentencia del Tribunal Constitucional del 17 de abril de 2006, en el expediente EXP. N.º 2405-2006-PHC/TC Lima, Asunto Llerena Mejía, fundamento 12.

²⁰¹ Ver: Gómez Tomillo, Manuel. Derecho Administrativo Sancionador y Derecho Penal. Análisis del derecho positivo peruano. Especial consideración de los principios de legalidad, culpabilidad y oportunidad. En: Revista de Derecho de la Universidad de Piura. Vol.4. Piura: 2003. Pág. 31.

jurídicos vida o salud individual, la protección penal ocurre a través de los tipos penales previstos en los Artículos 106 a 129 del Código penal. Igualmente, este mismo bien jurídico, pero en otros aspectos que lo constituyen (y en concurrencia con la protección de otros bienes jurídicos) es protegido a través de distintas normas penales como el Artículo 288²⁰². Por su parte, el Derecho Administrativo Sancionador protege *el mismo bien jurídico* pero en un aspecto diferente, como ocurre con las normas administrativas sobre salubridad en locales abiertos al público (p.e. podría ocurrir que en un local de expendio de comida no se tomen los niveles de cuidado adecuados para proteger la salubridad de los concurrentes, y aun así, nadie resulte afectado en su salud al comer en dicho lugar)²⁰³. Esto no se opone a que en estos casos existan otros bienes jurídicos “intermedios” que también se protejan a través de las normas administrativas o incluso penales. Pero es innegable que el mismo bien jurídico protegido por la norma penal también aparece protegido “en cierto modo”, es decir, en un determinado ámbito de dicho bien jurídico²⁰⁴.

En un segundo grupo de supuestos, el Derecho Penal y el Derecho Administrativo Sancionador protegen el mismo “sector” o “aspecto” de un bien jurídico (los riesgos que regulan son idénticos). El caso de los delitos tributarios es paradigmático. No hay diferencia material entre el delito tributario y la infracción administrativa (sancionadora) tributaria. El “ámbito” del bien jurídico protegido por ambos tipos de infracciones es el mismo, la diferencia es puramente cuantitativa o numérica, que es definida arbitrariamente por el legislador. Un ejemplo de este grupo de casos se vio al describir la tesis unitaria (ver supra núm. 2.2.1). A nuestro entender, a partir de este grupo de casos, un sector doctrinal pretende encontrar justificación para diferenciar el ilícito penal y el administrativo a través de criterios puramente cuantitativos. Sin embargo, como se viene apreciando, estos no son todos los

²⁰² Artículo 288.- Producción, comercialización o tráfico ilícito de alimentos y otros productos destinados al uso o consumo humano.- El que produce, vende, pone en circulación, importa o toma en depósito alimentos, aguas, bebidas o bienes destinados al uso o consumo humano, a sabiendas de que son contaminados, falsificados o adulterados, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de ocho años. Cuando el agente actúa por culpa, la pena privativa de libertad será no mayor de dos años. (Texto conforme a la modificación de la Ley N° 29675, publicada el 12 abril 2011).

²⁰³ Los límites de cuidado se determinan aquí en función de dos normas: el Reglamento sobre Vigilancia y Control Sanitario de Alimentos y Bebidas, aprobado por el D.S. N° 007-98-SA y la Norma Técnica Sanitaria 071-MINSA/DIGESA-V.01, “Norma Técnica Sanitaria que establece los criterios microbiológicos de calidad sanitaria e inocuidad para los alimentos y bebidas de consumo humano”, aprobada por Resolución Ministerial N° 591-2008/MINSA, publicada el 29 de agosto de 2008 en el Diario Oficial El Peruano. Esto sin perjuicio de lo dispuesto en el D. Leg. N° 1062, que aprobó la Ley de Inocuidad de Alimentos, publicada en El Peruano el 28 de junio de 2008.

²⁰⁴ Cfr.: Abanto Vásquez, Manuel. Acerca de la Teoría de los bienes jurídicos. En: Revista Penal. N° 18. Madrid: 2006. Pág. 15 y sig., quien con apoyo en las tesis de Roxin, diferencia entre “bien jurídico”, “objeto de protección” y “objeto del ataque”.

casos en los que se puede apreciar una superposición del Derecho Penal y el Derecho Administrativo Sancionador.

En adición a los dos grupos de casos anteriores, existe un tercer grupo, que es, en sí, una variante del segundo: se trata de casos en los que la identidad entre el Derecho Penal y en el Administrativo Sancionador se presenta también debido a una superposición o concurrencia de protección sobre un mismo aspecto del bien jurídico; pero, ocurre en estos casos que el legislador omite establecer un límite cuantitativo o numérico para diferenciar el ilícito penal del administrativo sancionador. Un ejemplo claro se da en el caso de la concurrencia del delito de conducción en estado de ebriedad (Artículo 274 del Código Penal²⁰⁵) y la infracción administrativa prevista en el Código de Tránsito por conducir en estado ebriedad o drogadicción²⁰⁶. En estos casos, la diferenciación entre ilícito penal y administrativo sancionador no tiene una respuesta unívoca y queda sujeta a la indeterminación. Se trata, por tanto, de una técnica legislativa equivocada, que debería desterrarse, pero que lamentablemente se ha convertido en una práctica recurrente del legislador, que se ve reafirmada por la –errónea a nuestro juicio- coincidencia de criterios que los distintos tribunales e instancias de nuestro país tienen al respecto, considerando que el Derecho Penal y el Administrativo Sancionador protegen ámbitos estancos, distintos, conforme hemos mostrado en los Capítulos anteriores.

Para solucionar estos casos difíciles, debe atenderse al nivel de “superposición” que exista entre los sectores del bien jurídico que se protegen de manera simultánea por el Derecho Penal y el Administrativo Sancionador. Si la infracción (tipicidad) prevista en el Derecho Penal contiene a la del Administrativo Sancionador, entonces debe afirmarse la identidad y preferirse únicamente la aplicación del tipo penal. Si la continencia del tipo administrativo sancionador en el penal (continente) no puede demostrarse, la identidad se descarta y da pie a la concurrencia de la infracción penal y administrativa. Este es un trabajo interpretativo, por tanto la primera guía del intérprete es el alcance literal del tipo

²⁰⁵ “Artículo 274.- El que encontrándose en estado de ebriedad, con presencia de alcohol en la sangre en proporción mayor de 0.5 gramos-litro, o bajo el efecto de drogas tóxicas, estupefacientes, sustancias psicotrópicas o sintéticas, conduce, opera o maniobra vehículo motorizado, será reprimido con pena privativa de la libertad no menor de seis meses ni mayor de dos años o con prestación de servicios comunitarios de cincuenta y dos a ciento cuatro jornadas e inhabilitación, conforme al artículo 36 inciso 7)”. Texto conforme a la modificación introducida por la Ley N° 29439, del 19 noviembre 2009.

²⁰⁶ Infracción M2: “Conducir con presencia de alcohol en la sangre en proporción mayor de 0,5 gramos por litro de sangre o bajo los efectos de estupefacientes, narcóticos y/o alucinógenos comprobada con el examen respectivo o por negarse al mismo”. Cfr: TUO del Reglamento Nacional de Tránsito, aprobado por D.S. N° 016-2009-MTC

penal y del administrativo sancionador, no obstante, tal interpretación de la literalidad de la norma no puede extender el alcance de la protección del tipo más allá de lo que el bien jurídico permite. De ahí la importancia de avanzar en el desarrollo dogmático de esta figura, que debe llevar necesariamente a profundizar en el estudio del concurso de infracciones administrativas y penales.

En cuanto a la legislación, el Artículo 230 de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General vincula la idea de bienes jurídicos a la determinación de la sanción, lo cual resulta absolutamente insatisfactorio. Dicha norma señala:

(...)

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

a) La gravedad del daño al interés público y/o bien jurídico protegido;

b) El perjuicio económico causado;

(...)

e) El beneficio ilegalmente obtenido;

(...)

Esta regulación resulta absolutamente cuestionable, debido a que vincula, por un lado, los criterios de determinación de la sanción a parámetros tan abstractos como el daño al *interés público* o el *bien jurídico* protegido, pese a que la gran cantidad de tipos administrativos sancionadores prevén situaciones de peligro abstracto puro, es decir, conductas absolutamente alejadas de la lesión (¿daño?) al bien jurídico. Por otro lado, la norma confunde los criterios de determinación de la sanción²⁰⁷ con el fundamento de la prohibición (la protección del interés jurídico tutelado).

²⁰⁷ Sobre los criterios que propone la doctrina para la determinación de la sanción en el ámbito sancionador administrativo, véase: Calderón López, Andrés. Una pena entre dos...¿duele menos?: análisis de la responsabilidad en la Ley de Libre Competencia. En: Revista de Derecho Administrativo. Año 1, N° 2, Lima: 2006. Pág. 345-362. También: León Untiveros, Miguel Ángel. El principio de proporcionalidad en el procedimiento sancionador. Metodología para la determinación de la sanción administrativa. En: Ius et Veritas. N° 38. Lima, 2009. Pág. 296-310. También: Ruiz Díaz, Gonzalo. Aspectos conceptuales sobre la determinación de las multas en los casos de Libre Competencia. En: Revista de Derecho Administrativo. N° 10. Año 6. Noviembre. Lima: CDA, 2011. Pág. 117-128

Al respecto, como un ejemplo, véase cómo en el ámbito de las contrataciones públicas Pedreschi identifica, a nuestro entender correctamente, los bienes jurídicos protegidos por tales normas sancionadoras (los principios que rigen la contratación), lo cual es de gran utilidad para determinar el *ámbito de lo prohibido*, y de ese modo excluir conductas que no son abarcadas por el tipo sancionador administrativo, sin embargo, a pesar de lo que señala el Artículo 230.3 de la Ley N° 27444, antes citado, tal constatación no le es útil para definir el quantum de la sanción a imponer²⁰⁸.

De otro lado, hay otros aspectos con los que la teoría del bien jurídico contribuyó a la evolución del Derecho Penal y que podrían ser aprovechados en el Derecho Administrativo Sancionador. La idea de bien jurídico como objeto –ineludible- de protección –también- por el Derecho Administrativo Sancionador, posiblemente coadyuvaría a determinar que la prohibición de contraer nupcias sin autorización del Superior Jerárquico en el ámbito policial no protege ningún bien jurídico, y que, por tanto, debe ser expulsada del ordenamiento²⁰⁹. Así también –además de su excesiva indeterminación- la prohibición del uso de “polos escotados” no protege en realidad ningún bien jurídico; y, la orden a los trabajadores de una entidad pública de retirar imágenes religiosas, no está orientada a proteger ningún interés de la administración –ni la igualdad de credos, o la laicidad del Estado- sino que constituye el nudo ejercicio de un poder de mando vacío de contenido, es decir, prepotencia, inadmisibles en un Estado democrático. Así también, a nuestro juicio, el Tribunal Constitucional perdió una gran oportunidad para analizar el alcance del bien jurídico y su relevancia en el ámbito disciplinario, que conviene citar aquí, en el caso de un cadete de la Escuela de Oficiales del Ejército que fue expulsado de la institución por mantener una relación sentimental con una compañera de escuela²¹⁰.

De otro lado, una de las diferencias que se ha pretendido esgrimir entre el Derecho Penal y el Administrativo Sancionador, es que aquél protege la lesión efectiva a un bien jurídico, mientras que éste último protege meros riesgos, desobediencias o

²⁰⁸ Pedreschi Garcés, Willy. Notas sobre el ejercicio de la potestad sancionadora del Tribunal de Contrataciones del Estado en el régimen general actualmente vigente. En: *Ius et Veritas*. N° 41. Lima: 2010. Pág. 199-219.

²⁰⁹ Véase cómo la sentencia del Tribunal Constitucional del 24 de noviembre de 2004, en el Exp. N° 2868-2004-AA/TC ÁNCASH asunto Álvarez Rojas llega a la misma conclusión, pero alegando la afectación a otros bienes jurídicos, pero no a la mínima intervención.

²¹⁰ Sentencia del Tribunal Constitucional del 22 de junio de 2011, en el Exp. N° 02098-2010-PA/TC Lima, asunto Guzmán Hurtado.

inobservancias. Nieto, por ejemplo, afirma que el rasgo distintivo del Derecho Administrativo Sancionador, es que no se orienta a evitar directamente el resultado lesivo concreto para el bien jurídico protegido, sino la utilización de medios idóneos para producirlo, no se trata –dice- de castigar la lesión, sino más bien prevenir la posibilidad de que se produzca²¹¹.

Al respecto, Huergo admite que con mucha frecuencia las infracciones administrativas son tipos de peligro abstracto, porque para su comisión no es necesario en modo alguno que se haya producido una situación de riesgo concreto y menos aún de lesión para el bien jurídico protegido; en este sentido, asiente, las sanciones administrativas “escoltan” al Derecho Penal, pues con ellas el Estado “adelanta la defensa” estableciendo una primera valla preventiva ante posibles daños, que de producirse, deberán ser sancionados penalmente. En el Derecho Penal, en cambio, los tipos de peligro abstracto serían, a su juicio, excepcionales²¹². Pese a ello, puntualiza con agudeza este autor, hay que advertir que **tanto en el Derecho Penal se sancionan infracciones de peligro abstracto, como en el Derecho Administrativo Sancionador se prevén tipos de peligro concreto**²¹³. Por tanto, la técnica de tipificación (peligro abstracto) no es privativa del Derecho Administrativo Sancionador y, más aún, no es admisible que en ambos sectores (penal y administrativo) se recurra a técnicas tipificadoras distintas²¹⁴. Dichas técnicas, a decir de Gómez Tomillo, son de cuatro tipos²¹⁵:

- Infracciones de lesión.- las que requieren el efectivo menoscabo del bien jurídico protegido. Así por ejemplo, la Ley 29338, Ley de Recursos Hídricos, y su Reglamento aprobado por Decreto Supremo 001-2010-AG establecen como infracción (grave o muy grave, dependiendo de la entidad del daño causado): *“Contaminar las fuentes naturales de agua, superficiales o subterráneas, cualesquiera fuese la circunstancia que lo genere”*.

²¹¹ Nieto, Alejandro. Derecho Administrativo Sancionador. 5ª edición. Madrid: Tecnos, 2012. Pág. 147-151. Con estas notas características, según el autor, se reivindica al Derecho Administrativo Sancionador como heredero del Derecho de Policía.

²¹² Huergo Lora, Alejandro. Las sanciones administrativas. Madrid: lustel, 2007. Pág. 153-154

²¹³ Huergo Lora, Alejandro. Las sanciones administrativas. Madrid: lustel, 2007. Pág. 155

²¹⁴ A la misma conclusión llega expresamente: Gómez Tomillo, Manuel. Derecho Administrativo Sancionador. Parte General. Teoría General y Práctica del Derecho Penal Administrativo. 2ª edición. Navarra: Aranzadi/Thomson Reuters, 2010. Pág. 357-358.

²¹⁵ Gómez Tomillo, Manuel. Derecho Administrativo Sancionador. Parte General. Teoría General y Práctica del Derecho Penal Administrativo. 2ª edición. Navarra: Aranzadi/Thomson Reuters, 2010. Pág. 352-358.

- Infracciones de peligro concreto.- requieren que la acción desplegada implique un riesgo para el bien jurídico, pero al mismo tiempo, para que la infracción se consuma, se exige un resultado (efectiva situación de peligro para el bien jurídico). Por ejemplo, el Artículo 134 del Reglamento de la Ley de Radio y Televisión aprobado por Decreto Supremo N° 005-2005-MTC determina como Interferencias perjudiciales *“aquellas ocasionadas por una estación radioeléctrica que compromete el funcionamiento de una estación de telecomunicaciones degradando gravemente su señal, interrumpiendo repetidamente o impidiendo su funcionamiento”*.
- Infracciones de peligro abstracto.- es decir, infracciones de aptitud abstracta o de peligro hipotético, posible o potencial. Aquí, incluso se pueden diferenciar dos subtipos: las *infracciones de aptitud abstracta* y el *peligro abstracto puro*. A decir del precitado autor, en estas infracciones se encuentra el núcleo de la tipificación en el derecho administrativo sancionador.
 - a) Las infracciones de aptitud abstracta exigen (solo) una acción apta (posibilidad, no realidad) para producir la lesión del bien jurídico protegido. Así por ejemplo, el literal S.2 del Anexo de infracciones y Sanciones del Reglamento Nacional de Tránsito, señala como infracción: *“Utilizar vehículos que no cuenten con alguno cualquiera de los elementos de seguridad y emergencia, siguientes: i) Extintores de fuego que no cumplan en número o capacidad lo dispuesto por la norma técnica respectiva (NTP 833.032); ii) Conos o triángulos de seguridad; iii) Botiquín equipado para brindar primeros auxilios”*.
 - b) En las infracciones de peligro abstracto puro, el peligro es un mero dato estadístico ajeno al tipo. Por ejemplo, el Código 7.4 del Anexo del cuadro de sanciones del Reglamento de Inspecciones y Sanciones Pesqueras y Acuícolas (RISPAC), aprobado por Decreto Supremo N° 016-2007-PRODUCE, señala como infracción: *“Llevar a bordo artes, aparejos o sistemas de pesca diferentes a los permitidos”*.

- Infracciones por acumulación.- Prevén conductas que no encierran ni siquiera un peligro estadístico respecto del bien jurídico, pero cuya generalización si tendría capacidad de afectarlo. Así, la Ley 27308, Ley Forestal y de Fauna Silvestre, y su Reglamento aprobado por Decreto Supremo 014-2001-AG establecen como infracción: *“Comercializar especies de fauna silvestre procedentes de caza deportiva, de subsistencia, científica o sanitaria”*.

Nada hay pues de novedoso en las técnicas de tipificación utilizadas en el Derecho Administrativo Sancionador. Estas fueron desarrolladas por la dogmática del Derecho Penal y, aun cuando no están exentas de cuestionamientos, son admitidas en él²¹⁶ junto con el principio de –exclusiva- protección de bienes jurídicos. Puede decirse entonces que recurrir predominantemente a las técnicas de tipificación del peligro en el Derecho Administrativo Sancionador no conlleva a desterrar dicho principio en esta área del ius puniendi.

El Derecho Administrativo Sancionador, por tanto, a pesar de su constante remisión a tipos de peligro, no puede renunciar al análisis del bien jurídico protegido y a utilizar, por lo menos, criterios de peligro para la determinación de las prohibiciones²¹⁷.

3.4.- La proyección del Principio de Legalidad en el Derecho Administrativo Sancionador. Análisis de las remisiones normativas.

El principio de Legalidad como elemento imprescindible de un Estado de Derecho²¹⁸ tiene una importante influencia en el debate sobre la configuración del Derecho Administrativo Sancionador. Al igual que sucede respecto de los demás principios limitadores de la potestad sancionadora del Estado, existen diversos problemas

²¹⁶ Una vez exposición detallada en: Silva Sánchez, Jesús-María. La expansión del derecho penal. Aspectos de política criminal en las sociedades postindustriales. 3º edición. Madrid: Edisofer, 2011. En particular, véase: Pág. 150 y siguientes.

²¹⁷ Puede advertirse como en el Derecho Administrativo Sancionador también rige el concepto “negativo” de bien jurídico, que lo sitúa como un principio limitador de la actividad del legislador. Ver más respecto a la concepción negativa del bien jurídico, situándolo en la lógica constitucional de la prohibición de exceso, en: Hassemer, Winfried. ¿Puede haber delitos que no afecten un bien jurídico penal?. En: Hefendel, Roland (Editor). La teoría del bien jurídico. ¿Fundamento de la legitimación del Derecho Penal o juego de abalorios dogmático?. Madrid: Marcial Pons, 2007. Pág. 97-98

²¹⁸ Resalta la importancia de este principio como postulado básico del Estado de Derecho: Roxin, Claus. Derecho Penal. Parte General. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito. Traducción a la 2ª edición alemana. Madrid: Civitas, 1997. Pág. 137 y sig.

concretos referidos a la infracción y sanción en el Derecho Administrativo Sancionador que deben ser resueltos tomando como parámetro este Principio. Entre ellos, puede citarse como ejemplo las causas de exclusión de la tipicidad, la retroactividad, o el estudio de los elementos normativos del tipo. Como se advierte ya tantas veces en este trabajo, no es posible abarcar el estudio de todos estos problemas y sus necesarias respuestas en el presente trabajo, pues su extensión nos alejaría del objeto que pretendemos analizar. Hemos elegido desarrollar aquí algunos aspectos referidos a las *remisiones normativas* como categorías que pueden ser incluidas en el análisis de la configuración de la infracción administrativa. No obstante, dejamos evidenciada la riqueza del debate doctrinario que está pendiente de desarrollar en el Derecho Administrativo Sancionador peruano.

Según el artículo 2.24.d de la Constitución, *nadie será procesado ni condenado por acto u omisión que al tiempo de cometerse no esté previamente calificado en la ley, de manera expresa e inequívoca, como infracción punible; ni sancionado con pena no prevista en la ley*. Partiendo de aquí, el Tribunal Constitucional se ha pronunciado en reiterada jurisprudencia sobre el contenido de este principio. Así en el expediente N° 1805-2005-HC/TC, Lima, asunto Cáceda Pedemonte, señaló:

27.- *Conforme lo ha sostenido en reiteradas oportunidades este Tribunal, "[E]l principio de legalidad exige que por ley se establezcan los delitos y que las conductas prohibidas estén claramente delimitadas previamente por la ley. Como tal, garantiza la prohibición de la aplicación retroactiva de la ley penal (lex praevia), la prohibición de la aplicación de otro derecho que no sea el escrito (lex scripta), la prohibición de la analogía (lex stricta) y de cláusulas legales indeterminadas (lex certa).*

28.- *Este Tribunal considera que el principio de legalidad penal se configura como un principio, pero también como un derecho subjetivo constitucional de todos los ciudadanos. Como principio constitucional, informa y limita los márgenes de actuación de los que dispone el Poder Legislativo al momento de determinar cuáles son las conductas prohibidas, así como sus respectivas sanciones, en tanto que, en su dimensión de derecho subjetivo constitucional, garantiza a toda persona sometida a un proceso o procedimiento sancionatorio que lo prohibido se encuentre previsto en una*

norma previa, estricta y escrita, y también que la sanción se encuentre contemplada previamente en una norma jurídica”.

Conforme a lo expresado por el Tribunal Constitucional en su Sentencia del 16 de abril de 2003, recaída en el Expediente 2050-2002-AA/TC, previamente citada, el Principio de Legalidad rige también para el Derecho Administrativo Sancionador. Esto es concordante con la enunciado reiterado (mecánicamente, a nuestro juicio) por la jurisprudencia del máximo interprete constitucional, según la cual los límites del Derecho Penal rigen también en el Derecho Administrativo Sancionador, aunque con diferente intensidad.

Es de apreciar dos niveles en cuanto a la remisión normativa de carácter administrativo sancionador en el Perú. Por un lado, se aprecian las *normas autoritativas de facultades sancionadoras*. Estas, consisten en cláusulas abiertas (auténticos “cheques en blanco”) de delegación de facultades indeterminadas que emite el legislador a favor de la administración, para tipificar conductas consideradas infracciones (y sus correspondientes sanciones). He aquí un grave problema relacionado con la constitucionalidad del principio de legalidad en materia sancionadora, pues se atenta directamente contra el *Principio de Reserva de Ley*, independientemente de que la materia a la que nos referimos sea Administrativa Sancionadora. No es admisible que el legislador delegue de manera abierta, y sin controles, una facultad que le es inherente, y que constituye el fundamento político del principio de legalidad en materia penal.

De todo esto, pareciera deducirse que el Principio de Reserva de Ley implica que la regulación administrativa sancionadora debe hacerse también a través de Leyes formales, emanadas del Congreso de la República, o de normas con rango de Ley²¹⁹. Esta deducción no es novedosa entre nosotros, ya Danós²²⁰ razonaba en el mismo sentido a partir del actual texto constitucional, incluso antes de que entrara en vigencia la Ley de Procedimiento Administrativo General (Ley N° 27444). Conforme señalaba este renombrado profesor nacional, el Principio de Legalidad o de Reserva de Ley supone la prohibición de la imposición de sanciones desprovistas de cobertura legal y la prohibición de que los reglamentos establezcan

²¹⁹ En el ordenamiento peruano se entiende que las normas con rango de Ley son las contenidas en el numeral 4 del artículo 200 de la Constitución: leyes, decretos legislativos, decretos de urgencia, tratados, reglamentos del Congreso, normas regionales de carácter general y ordenanzas municipales.

²²⁰ Danós Ordoñez, Jorge. Notas acerca de la potestad sancionadora de la administración pública. En: *Ius Et Veritas*. Año V, N° 10. Lima: 1995. Pág. 153.

infracciones y sanciones por iniciativa propia, sin el amparo de normas con rango de Ley; esto es, el *aspecto formal* del citado Principio exige la intervención de normas con rango de Ley y la colaboración, con ciertos límites, de los reglamentos. Esto conlleva –explica Danós– a determinar que las remisiones incondicionadas, incluso otorgadas por Ley, no se adecúan a los parámetros constitucionales. Como ejemplos de estas remisiones incondicionadas, proponía el referido autor dos casos:

- La Ley 26322, que introdujo algunas modificaciones al Decreto Legislativo N° 420, Código de Tránsito. Entre ellas, la derogación del Título referido a las infracciones y sanciones, procediendo a delegar la legislación sobre estos asuntos al Poder Ejecutivo, obviamente, mediante Decreto Supremo. Producto de ello, señala Danós, se emitió el Decreto Supremo N° 17-94-MTC, Reglamento de infracciones y sanciones de Tránsito.
- La Ley del Sistema Nacional de Control, Decreto Ley N° 26162, que concedió al Contralor General de la República la potestad incondicionada de dictar reglamentos de multas, el mismo que se aprobó mediante Resolución de Contraloría N° 006-95-CG del 21 de enero de 21995. Esta norma señalaba: *Son atribuciones y deberes del Contralor General de la República: (...) n.- Expedir el Reglamento de Multas, con facultades coactivas, que deberá aplicarse a los servidores, funcionarios, cesantes y entidades que estén sujetos al Sistema, o hayan sido contratados por la Contraloría General de la República.*

Así, veamos qué pasó con estos casos, con posterioridad a la entrada en vigencia de la Ley N° 27444 y analicemos si la regulación contenida en ésta logró superar las incongruencias evidenciadas por el profesor Danós Ordoñez en el texto antes citado.

- La Ley de Procedimiento Administrativo General fue publicada en abril de 2001 y mientras transcurría su *vacatio legis*, en julio de 2001, entró en vigencia el Nuevo Código de Tránsito, aprobado por Decreto Supremo N° 033-2001-MTC, que rige hasta hoy (a través del TUO del Código de Tránsito aprobado por Decreto Supremo 016-2009-MTC). Es decir, contrariamente a lo que podría pensarse, la entrada en vigencia de la Ley de Procedimiento Administrativo General no logró consagrar la efectiva vigencia del Principio de Reserva de Ley

en nuestro ordenamiento. Lo anecdótico de este asunto, es que el Decreto Supremo 033-2001-MTC, al entrar en vigencia *derogó* al Decreto Legislativo N° 420. Es decir, con una norma de rango reglamentario se derogó una norma de nivel legal, y además de eso, se institucionalizó la tipificación de infracciones de tránsito a través de Decreto Supremo.

- La Ley Orgánica del Sistema Nacional de Control y de la Contraloría General de la República, Ley N° 27785, fue publicada en Diario Oficial El Peruano en julio de 2002, En el literal j) del Artículo 29 de dicha norma se señala como facultades del Contralor General de la República: *Expedir el Reglamento de Infracciones y Sanciones, con facultades coactivas. Asimismo podrá nombrar a los Ejecutores Coactivos que para tal efecto sean necesarios.*

Puesta en vigencia la Ley 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, se introdujo en su Artículo 230.4, una formulación del principio de legalidad como principio de la potestad sancionadora de la administración:

4. Tipicidad.- Sólo constituyen conductas sancionables administrativamente las infracciones previstas expresamente en normas con rango de ley mediante su tipificación como tales, sin admitir interpretación extensiva o analogía. Las disposiciones reglamentarias de desarrollo pueden especificar o graduar aquellas dirigidas a identificar las conductas o determinar sanciones, sin constituir nuevas conductas sancionables a las previstas legalmente, salvo los casos en que la ley permita tipificar por vía reglamentaria.

Acorde con esta previsión, por ejemplo, la Norma IV del Título Preliminar del Código Tributario, establece la reserva de la Ley en materia de Derecho Administrativo Sancionador Tributario²²¹. Así también, la Ley Orgánica de Municipalidades, Ley N° 27972, Publicada el 27 de mayo de 2003, establece en su Artículo 46, una reserva de Ley en materia sancionadora municipal²²².

²²¹ Sólo por Ley o por Decreto Legislativo, en caso de delegación, se puede: (...) d) Definir las infracciones y establecer sanciones (...)

²²² Artículo 46°.- Sanciones.- Las normas municipales son de carácter obligatorio y su incumplimiento acarrea las sanciones correspondientes, sin perjuicio de promover las acciones judiciales sobre las responsabilidades civiles y penales a que hubiere lugar. Las ordenanzas determinan el régimen de sanciones administrativas por la infracción de sus disposiciones, estableciendo las escalas de multas en función de la gravedad de la falta, así como la imposición de sanciones no pecuniarias. Las sanciones que aplique la autoridad municipal podrán ser las de multa, suspensión de autorizaciones o licencias, clausura, decomiso, retención de productos y mobiliario, retiro de elementos antirreglamentarios, paralización de obras, demolición, internamiento de vehículos, inmovilización de productos y otras (...).

A pesar de que estas disposiciones demuestran la plena viabilidad de una Reserva de Ley en materia sancionadora administrativa, y con base en las últimas frases contenidas en el precitado Artículo 230.4 de la Ley N° 27444, el legislador generaliza el recurso a las habilitaciones indeterminadas a favor de la Administración, como las que en su momento denunció el profesor Danós.

Este tipo de técnicas, sin embargo, también es rechazado por la jurisprudencia constitucional comparada. Así, el Tribunal Constitucional español, en su Sentencia 42/1987, del 7 de abril, declaró como una exigencia ineludible del Principio de Legalidad en el ámbito del Derecho Administrativo Sancionador, que la infracción y su consecuente sanción deben estar suficientemente definidas en una norma que tenga rango de Ley. Así expresa este Tribunal en dicho fallo:

"el art. 25.1 C.E. obliga al legislador a regular por sí mismo los tipos de infracción administrativa y las sanciones correspondientes, en la medida necesaria para dar cumplimiento a la reserva de Ley. Desde otro punto de vista, y en tanto aquella regulación legal no se produzca, no es lícito, a partir de la Constitución, tipificar nuevas infracciones ni introducir nuevas sanciones o alterar el cuadro de las existentes por una norma reglamentaria cuyo contenido no esté suficientemente predeterminado o delimitado por otra de rango legal"²²³

²²³ Asimismo, en la Sentencia del Tribunal Constitucional español 132/2001 se afirma: "5. (...) el art. 25.1 CE proscribía toda habilitación reglamentaria vacía de contenido material propio. Esta doctrina ha sido luego pormenorizada y especificada para distintos supuestos de colaboración reglamentaria en la tipificación de infracciones y sanciones. De esta forma hemos precisado, (...) que la Ley sancionadora ha de contener los elementos esenciales de la conducta antijurídica y la naturaleza y límites de las sanciones a imponer (...) el art. 25.1 CE obliga al legislador a regular por sí mismo los tipos de infracción administrativa y las sanciones que le sean de aplicación, sin que sea posible que, a partir de la Constitución, se puedan tipificar nuevas infracciones ni introducir nuevas sanciones o alterar el cuadro de las existentes por una norma reglamentaria cuyo contenido no esté suficientemente predeterminado o delimitado por otra con rango de Ley; (...) nuestra jurisprudencia viene identificando en el art. 25.1 CE una exigencia de tipificación de los elementos esenciales de las infracciones administrativas y de sus correspondientes sanciones, correspondiendo al Reglamento, en su caso, el desarrollo y precisión de los tipos de infracciones previamente establecidos por la Ley (...) sobre la Ley de Haciendas Locales, expusimos una concepción flexible de la reserva de Ley en relación con las tasas y los precios públicos locales y, por consiguiente, un amplio ámbito de regulación para las Ordenanzas dictadas por los Ayuntamientos (...) Expresamente dijimos entonces que el ámbito de colaboración normativa de los Municipios, en relación con los tributos locales, era mayor que el que podría relegarse a la normativa reglamentaria estatal. Dos datos normativos consideramos entonces (...): que las ordenanzas municipales se aprueban por un órgano -el Pleno del Ayuntamiento- de carácter representativo (...); y que la garantía de la autonomía local (...) impide que la ley contenga una regulación agotadora de una materia -como los tributos locales- donde está claramente presente el interés local. Con todo (...) aquella concepción flexible de la reserva de ley tributaria -en relación con las ordenanzas fiscales- no toleraba la renuncia de la ley a todo encuadramiento normativo de la potestad tributaria local (...) la reserva de ley sancionadora del art. 25.1 CE es más estricta que la [reserva de Ley tributaria] del art. 133.1 CE; ello se debe a que, mientras la reserva de ley tributaria sirve al fin de la autodisposición en el establecimiento de los deberes tributarios, así como a la preservación de la unidad del ordenamiento y de una básica posición de igualdad de los contribuyentes (...), la reserva de ley sancionadora garantiza la posición jurídica de cada ciudadano en relación con el poder punitivo del Estado".

No se puede agotar aquí la casuística. Bastan dos ejemplos adicionales para apreciar la grave problemática que existe con relación a la habilitación indeterminada del legislador a favor de la Administración, y del uso indiscriminado que esto ha conllevado en el ordenamiento administrativo sancionador, despojándolo en la práctica de toda garantía de una Reserva de Ley:

- La Ley 28296, Ley General del Patrimonio Cultural de la Nación, del 22 de Julio de 2004, establece en su Artículo 49.1 que, sin perjuicio de las penas que imponga el Código Penal por delitos cometidos contra el Patrimonio Cultural de la Nación y en concordancia con las leyes de la materia, el Instituto Nacional de Cultura, la Biblioteca Nacional y el Archivo General de la Nación, según corresponda, quedan facultados para imponer sanciones administrativas. Siguiendo este dispositivo, mediante el Decreto Supremo N° 011-2006-ED, Reglamento de la Ley General de Patrimonio Cultural de la Nación, se faculta a los organismos competentes a emitir las disposiciones necesarias para reglamentar sus respectivos procedimientos sancionadores y los criterios para la imposición de sanciones. En virtud de esta norma, mediante Resolución Directoral Nacional N° 1405-INC, fechada el 23 de diciembre de 2004, se emitió el Reglamento General de aplicación de sanciones administrativas por infracciones en contra del Patrimonio Cultural de la Nación, el mismo que establece las infracciones y la escala de sanciones que corresponde a cada infracción de este ámbito.
- En el ámbito sancionador minero-ambiental, transcribimos los considerandos de la Resolución del Tribunal de Fiscalización Ambiental N° 213-2012-OEFA/TFA, del 23 de octubre de 2012²²⁴, que rechazó la apelación de un administrado, que alegaba una excesiva indeterminación de la prohibición (infracción al principio de legalidad), señalando:

“La legalidad de la Resolución Ministerial N° 353-2000-EMNMM se estableció a través de la Ley General de Minería con el texto concordado publicado por Decreto Supremo N° 014-92-EM, Texto Único Ordenado de la Ley General de Minería, de conformidad con lo establecido en la Tercera Disposición Final de la Ley N° 26821, Ley Orgánica para el Aprovechamiento Sostenible de los Recursos Naturales; que permite la

²²⁴ Puede encontrarse en: http://www.oefa.gob.pe/?wpfb_dl=2644

remisión a disposiciones reglamentarias para el ejercicio de la potestad sancionadora en el sector minero²²⁵.

En efecto, de acuerdo al literal 1) del artículo 101° del Texto Único Ordenado de la Ley General de Minería, corresponde imponer sanciones y multas a los titulares de derechos mineros que incumplan con sus obligaciones o infrinjan las disposiciones señaladas en dicha Ley, su Reglamento y el Código del Medio Ambiente²²⁶. Bajo este marco se emite la Resolución Ministerial N° 353-2000-EMNMM, norma que estableció la Escala de Multas y Penalidades por incumplimientos, entre otros, de obligaciones ambientales, dentro de las cuales se encuentran aquellas contenidas en la Resolución Ministerial N° 011-96-EMNMM.

A su vez, con relación a la vigencia de la citada Resolución Ministerial, corresponde señalar que, a través del Decreto Supremo N° 001-2010-MINAM, en concordancia con la Primera Disposición Complementaria Final de la Ley N° 29325, se aprobó el inicio del proceso de transferencia de funciones de supervisión, fiscalización y sanción en materia ambiental del OSINERGMIN al OEFA, siendo que por medio de su artículo 4° se autorizó a este Organismo a sancionar las infracciones en materia ambiental empleando el marco normativo y escalas de sanciones que venía aplicando el regulador²²⁷.

Asimismo, se tiene que mediante Ley N° 28964, Ley que transfiere competencias de supervisión y fiscalización de las actividades mineras al OSINERGMIN, se declaró que en tanto se aprueben por el regulador los procedimientos de fiscalización de las actividades mineras a su cargo, seguirán vigentes las disposiciones sobre esta materia contenidas, entre otras, en la Escala de Sanciones y Multas aprobada por Resolución

²²⁵ Ley 26821. Ley Orgánica para el Aprovechamiento de los Recursos Naturales. Disposiciones Finales.- Vigencia de convenios de estabilidad y de leyes especiales sobre recursos naturales. (...) Tercera.- Mantienen su plena vigencia, entre otras, las siguientes leyes sobre recursos naturales promulgadas con anterioridad a la presente, incluyendo sus modificatorias o complementarias: (...) Ley General de Minería con el texto concordado publicado por Decreto Supremo No 014-92-EM, Texto Unico Ordenado de la Ley General de Minería

²²⁶ Decreto Supremo N° 014-92-EM. Texto Único Ordenado de la Ley General de Minería. Artículo 101°.- Son atribuciones de la Dirección General de Minería, las siguientes: 1) Imponer sanciones y multas a los titulares de derechos mineros que incumplan con sus obligaciones o infrinjan las disposiciones señaladas en la presente Ley, su Reglamento y el Código de Medio Ambiente.

²²⁷ Decreto Supremo N° 001-2010-MINAM. Aprueban Inicio del Proceso de Transferencia de Funciones de Supervisión, Fiscalización y Sanción en Materia Ambiental del OSINERGMIN al OEFA. Artículo 4°.- Referencias Normativas: Al término del proceso de transferencia de funciones, toda referencia a las funciones de supervisión, fiscalización y sanción en materia ambiental que realiza el Organismo Supervisor de la Inversión en Energía y Minería -OSINERGMIN, se entenderá como efectuada al Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental - OEFA, pudiendo este último sancionar las infracciones en materia ambiental que hayan sido tipificadas mediante normas y reglamentos emitidos por el OSINERGMIN, aplicando la escala de sanciones que para tal efecto hubiere aprobado dicho organismo regulador.

Ministerial N° 353-2000-EMNMM, siendo de aplicación todas las normas complementarias de estas disposiciones que se encontraban vigentes a la fecha de la promulgación de esta Ley. Por lo tanto, la legalidad de la Escala de Multas y Sanciones, aprobada por Resolución Ministerial N° 353-2000-EMNMM, viene dada por la Ley General de Minería y complementada por las indicadas Leyes N° 28964 y N° 29325”.

Increíblemente puede notarse cómo la propia entidad tiene dificultades para ordenar su explicación sobre el iter que ha seguido su “habilitación” para imponer sanciones. Nos eximimos de hacer mayor comentario. La realidad es tan arrolladora que el lector puede obtener su propia opinión sobre el asunto que venimos desarrollando.

Por otro lado, un segundo nivel de remisiones encontradas en nuestro ordenamiento son los supuestos de leyes en blanco, elementos normativos del tipo, y, en general, la técnica de la *colaboración reglamentaria*. Al respecto, existen tres sistemas de interacción en que operan entre el Derecho Penal y el Derecho Administrativo²²⁸:

- i) Modelo de plena independencia del Derecho Penal: Los tipos penales se formulan sin referencia alguna a conceptos administrativos. Aquí se privilegian en el Derecho Penal la protección específica a bienes jurídicos individuales.
- ii) Modelo de relativa accesoriedad del Derecho Penal respecto del administrativo: En estos modelos se admite que el injusto penal se construya sobre la base de la infracción de normas o autorizaciones administrativas. Este es un modelo más flexible de interacción entre ambos órdenes que permite proteger adecuadamente bienes colectivos como el medioambiente.
- iii) Modelo de plena accesoriedad del Derecho Penal al administrativo: Los sistemas jurídicos que tienen este modelo diseñan sus normas en función de un aseguramiento de la normativa administrativa.

²²⁸ Con mayores detalles véase: Heine, Günther. Accesoriedad administrativa en el Derecho Penal del Medio Ambiente. En: Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, Tomo 46, Fasc/Mes 1, Madrid: 1993. Págs. 289-316.

Es evidente que los casos de leyes penales en blanco responden a la adopción del segundo y tercer modelo antes reseñado. Ahora bien, para identificar los casos problemáticos que en el Derecho Administrativo Sancionador colisionan con el Principio de Legalidad, es necesario recordar cómo operan estas técnicas de tipificación en el Derecho Penal, los cuestionamientos que ahí reciben, y las respuestas que brindan para compatibilizarlos con la Constitución. Con tal fin, repasemos lo que nuestro Tribunal Constitucional señala en relación con la predictibilidad de un tipo legal por razones de taxatividad. Este Tribunal declaró en su sentencia en el expediente N° 010-2002-AI²²⁹ lo siguiente:

49. En esta perspectiva, el Derecho Penal admite la posibilidad de que existan tipos abiertos que, frente a la indeterminación, sobre todo de los conceptos valorativos, delegan al juzgador la labor de complementarlos mediante la interpretación.

(...)

*51. El límite de lo admisible, desde el punto de vista constitucional, quedará sobrepasado en aquellos casos en que el tipo legal no contenga el núcleo fundamental de la materia de prohibición y, por lo tanto, la complementación ya no sea solo cuantitativa, sino eminentemente cualitativa (BUSTOS R., Juan: *Introducción al Derecho Penal. Temis. Bogotá, 1986, p. 62; VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe: Lecciones de Derecho Penal. Parte General. Cultural Cuzco S.A. Editores. Lima, 1990, p.61).**

Posteriormente en su sentencia del 11 de octubre de 2004, en el Expediente N° 2192-2004-AA /TC Tumbes, Asunto Costa Gómez y Ojeda Dioses, señaló:

“5. (...) El subprincipio de tipicidad o taxatividad constituye una de las manifestaciones o concreciones del principio de legalidad respecto de los límites que se imponen al legislador penal o administrativo, a efectos de que las prohibiciones que definen sanciones, sean éstas penales o administrativas, estén redactadas con un nivel de precisión suficiente que permita a cualquier ciudadano de formación básica, comprender sin dificultad lo que se está proscribiendo bajo amenaza de sanción en una determinada disposición legal.

²²⁹ Sentencia del Tribunal Constitucional del 3 de enero de 2003, en el Exp. N° 010-2002-AI/TC Lima asunto Marcelino Tineo Silva y más de 5,000 ciudadanos.

6. (...) la resolución impugnada que establece (...) la destitución de los recurrentes, tiene como respaldo legal el artículo 28°, incisos a) y d) del Decreto Legislativo N.° 276 (...).

7. Este Tribunal considera que las dos disposiciones invocadas (...), son cláusulas de remisión que requieren, de parte de la administración municipal, el desarrollo de reglamentos normativos que permitan delimitar el ámbito de actuación de la potestad sancionadora, debido al grado de indeterminación e imprecisión de las mismas; consecuentemente, la sanción impuesta sustentada en estas disposiciones genéricas es inconstitucional, por vulnerar el principio consagrado en el artículo 2,° inciso 24, literal d), de la Constitución (...).

En el ámbito del reenvío y las técnicas de colaboración reglamentaria, se admite como constitucional el reenvío de una norma penal a otra reglamentaria para la integración de las exigencias típicas. En la jurisprudencia -incluso constitucional-comparada esto es admitido siempre que se cumplan determinados requisitos. Así, el Tribunal Constitucional español en sus sentencias 62/1994, de 28 de febrero; 118/1992, de 16 de septiembre; y 127/1990, de 5 de julio, admiten la validez de la norma en la cual la conducta, o la consecuencia jurídico-penal, no se encuentran totalmente previstas en ella, debiendo para ello acudir a otra norma distinta, condicionando, sin embargo, la concurrencia de tres requisitos ineludibles que deben cumplirse para considerar que el reenvío compatible con la Constitución:

- Que el reenvío normativo sea expreso y esté justificado en razón a la naturaleza del bien jurídico protegido;
- Que la norma penal, además de señalar la pena, contenga el núcleo esencial de la prohibición;
- Que se satisfaga la exigencia de la certeza, es decir que se dé la suficiente concreción para que la conducta calificada de delictiva quede suficientemente precisada con el complemento indispensable de la norma a la que la Ley Penal se remite, resultando de esta forma salvaguardada la función de garantía del tipo, con la posibilidad de conocer cuál sea la actuación penalmente castigada.

En el Derecho Penal se entiende que la falta de precisión ocurre, por ejemplo, en los casos de “remisión en cadena”, es decir, cuando la norma reenviada, remite, a su vez, a una tercera norma para delimitar el ámbito de la prohibición. En estos

casos de multi-reenvío, se considera que la entidad de la prohibición se relaja, haciéndola menos tajante y absoluta, y por tanto, excluyéndola del merecimiento de la tutela penal, al ya no depender la prohibición de una decisión del legislador sino de “algún” órgano de la administración²³⁰.

Véase, por ejemplo, la sentencia del Tribunal Supremo español 2495/2001 del 9 de febrero, en la que este Alto Tribunal declara que no podían verificarse los requisitos constitucionales de concreción que toda norma penal en blanco también debe cumplir, en un caso en el que se discutía si la tenencia, posesión o uso de determinado tipo de “spray” configuraba el tipo de tenencia ilegal de armas (Artículo 563 del Código Penal español). Es el caso que el Tribunal detecta que el listado de “sprays” autorizados para la defensa personal, no se encontraba en el Reglamento de Armas (norma reenviada por el tipo penal) sino en una aprobación del Ministerio de Sanidad y Consumo, además, previo informe de la Comisión Interministerial Permanente de Armas y Explosivos. Ante este múltiple reenvío, el Tribunal Supremo español declaró que:

“la declaración del “spray” de defensa personal como arma prohibida no se hace depender de una concreta voluntad de la norma reglamentaria, a través de una previsión concreta que por sí misma y directamente permita conocer anticipadamente aquella condición de “prohibida”, sino que al final se hace depender de la posible autorización de un órgano administrativo. Por ello, con relación a los “sprays” de defensa personal previstos en el artículo 5 del Reglamento de Armas, no pueden entenderse cumplidos los requisitos constitucionales de concreción que toda norma penal en blanco requiere de la norma a la que se hace el reenvío para su plena satisfacción, lo que conduce a la exclusión de tales instrumentos del ámbito del artículo 563 del Código Penal. Esta Sala ya declaró que sólo la infracción de una prohibición tajante o absoluta de un tipo de armas que por su acusada peligrosidad ha determinado al legislador a su exclusión radical del mercado, tiene entidad suficiente para integrar una conducta penalmente sancionable (Sentencia de 6 de febrero de 1995 [RJ 1995\708]). Y la Sentencia de 21 de diciembre de 1998 (RJ 1998\9801) declaró que todo ello obliga a excluir, a los efectos del concepto de arma prohibida del artículo 563 del Código Penal, tanto el artículo 4.1.h), como

²³⁰ En el Perú, véase como opera el reenvío múltiple en el caso del delito de Usura, en: Yon Ruesta, Roger. ¿Usura en el Perú?. En: Ius Et Veritas. Año XI N° 22. Lima: 2001. Pág. 225-236

los supuestos del artículo 5 que incluye prohibiciones meramente relativas y condicionadas. En consecuencia el uso de “spray” carece de significación delictiva, sin perjuicio de las consecuencias que pudiera tener en el ámbito administrativo sancionador.”

Planteadas así las cosas en el Derecho Penal, analicemos ahora de qué modo es también admisible en sede del Derecho Administrativo Sancionador la técnica de las leyes en blanco. Sobre este punto, Cury Urzúa, señala:

“...si en un Estado de derecho se quiere consagrar penas administrativas o disciplinarias en leyes en blanco, estas deben cumplir exigencias semejantes a las que establecen las penas estatales. Esto es evidente desde los puntos de vista del nulla poena sine lege praevia et scripta. Pero también hay que afirmarlo a partir del nulla poena sine lege stricta. Pues en estos casos no se puede exigir una precisión rigurosa a la descripción del hecho sancionable, debido a la naturaleza de la materia regulada, entonces con mayor razón hay que evitar el empleo indiscriminado de un procedimiento legislativo que tiende a acentuar la indeterminación...”²³¹

En el Derecho Administrativo Sancionador también se deben cumplir los tres elementos para admitir la validez de la técnica de las leyes o normas en blanco, esto es:

- Que el reenvío normativo sea expreso y esté justificado en razón a la naturaleza del bien jurídico protegido;
- Que la norma sancionadora, además de señalar la sanción, contenga el núcleo esencial de la prohibición;
- Que se satisfaga la exigencia de la certeza, es decir que se dé la suficiente concreción para que la conducta tipificada como infracción administrativa sancionable quede suficientemente precisada con el complemento indispensable de la norma a la que se realiza la remisión, resultando de esta forma salvaguardada la función de garantía del tipo, con la posibilidad de conocer cuál sea la actuación castigada.

²³¹ Cury Urzúa, Enrique. La Ley penal en blanco. Bogotá: Temis, 1988. Pág. 143-144

De ocurrir el caso, la solución a la remisión en cadena, en el Derecho Administrativo Sancionador se encuentra, a nuestro entender, en el ámbito de la **determinación de la sanción**. En efecto, no puede equipararse las consecuencias del multi-reenvío en el Derecho Penal con las que un fenómeno similar conllevaría en el Administrativo Sancionador, puesto que, sin importar cuántas veces ocurra tal (re)remisión, la configuración del injusto siempre se mantendrá en el ámbito del Derecho Administrativo Sancionador. Por esa razón, este reenvío múltiple solo puede tener un reflejo en el quantum de la sanción a imponer, pues, en la medida que exista un mayor número de reenvíos, la capacidad del administrado para identificar el ámbito de lo prohibido será menor, además que se encontrará más expuesto al arbitrio de la administración para determinar el contenido de la prohibición y no de la Ley, como ordena el Principio de Legalidad. Tales ventajas para la administración y desventajas para el administrado, deben reflejarse en una disminución en el quantum de la sanción a imponer

3.5.- La proyección del Principio de Culpabilidad en el Derecho Administrativo Sancionador. Análisis de la problemática del dolo y la imprudencia.

Existen diversos problemas específicos que atañen a la Culpabilidad como principio limitador del *ius puniendi*, que pueden tener un reflejo en el debate sobre la configuración del Derecho Administrativo Sancionador. Entre ellos, puede citarse como ejemplo, los referidos a la autoría y participación, el dolo o la imprudencia, los concursos de infracciones, o la imputabilidad. Sucede, pues, lo mismo que en los anteriores casos que venimos analizando: el objeto de la presente investigación obliga a escoger, entre estos temas, uno que resulte de trascendental importancia y permita trasladar el razonamiento que en él se haga a las demás instituciones. Por ello, a continuación sólo desarrollamos algunos aspectos referidos al *dolo y la culpa* como categorías que pueden ser incluidas en el análisis de la configuración de la infracción administrativa. La pretensión de esta parte del trabajo, como en puntos anteriores, es solo evidenciar la problemática más saltante sobre el tema elegido.

Afirmar que el Derecho Penal y el Derecho Administrativo Sancionador son expresiones de un único *Ius Puniendi* del Estado, debería llevar, para ser consecuentes, a asumir la proscripción de responsabilidad objetiva como

consecuencia de la vigencia del Principio de Culpabilidad. Al respecto, el Tribunal Constitucional español señala:

“en efecto, la Constitución española consagra sin duda el principio de Culpabilidad como principio estructural básico del Derecho Penal y ha añadido que, sin embargo, la consagración constitucional de este principio no implica en modo alguno que la Constitución haya convertido en norma un determinado modo de entenderlo (...) este principio de culpabilidad rige también en materia de infracciones administrativas, pues en la medida en que la sanción de dicha infracción es una de las manifestaciones del ius puniendi del estado resulta inadmisibles en nuestro ordenamiento un régimen de responsabilidad objetiva”²³².

En la misma lógica de argumentación, el Tribunal Constitucional peruano tiene declarado que:

“un límite a la potestad sancionatoria del Estado está representado por el principio de culpabilidad. Desde este punto de vista, la sanción, penal o disciplinaria, solo puede sustentarse en la comprobación de responsabilidad subjetiva del agente infractor de un bien jurídico. En ese sentido, no es constitucionalmente aceptable que una persona sea sancionada por un acto o una omisión de un deber jurídico que no le sea imputable”²³³.

Pero la idea de admitir que el tipo legal de la infracción administrativo sancionadora abarca un tipo subjetivo (dolo/imprudencia) no es pacífica. Así, la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, por ejemplo, reduce también aquí el ámbito de la tipicidad subjetiva a un puro criterio de cuantificación de la sanción. Así se deduce de lo previsto en su Artículo 230.3:

3. Razonabilidad.- Las autoridades deben prever que la comisión de la conducta sancionable no resulte más ventajosa para el infractor que cumplir las normas infringidas o asumir la sanción. Sin embargo, las sanciones a ser aplicadas deberán ser proporcionales al incumplimiento calificado como

²³² Sentencia del Tribunal Constitucional español N° 246/1991, de 19 de diciembre. Fundamento N° 2

²³³ Sentencia del 24 de noviembre de 2004, Exp. N° 2868-2004-AA/TC, Asunto Álvarez Rojas, Fundamento N° 21

infracción, debiendo observar los siguientes criterios que en orden de prelación se señalan a efectos de su graduación:

(...)

f) La existencia o no de intencionalidad en la conducta del infractor."

De otro lado en el Artículo 236-A de la Ley 27444²³⁴ se introducen las siguientes atenuantes de la responsabilidad por Infracciones:

Constituyen condiciones atenuantes de la responsabilidad por la comisión de la infracción administrativa, las siguientes:

(...)

2.- Error inducido por la administración por un acto o disposición administrativa, confusa o ilegal."

Un sector de la doctrina administrativista nacional²³⁵ acoge la formulación de la citada Ley esgrimiendo como argumento para descartar el análisis del dolo en el Derecho Administrativo Sancionador que, en este ámbito, a diferencia del penal, sí se sanciona a la persona jurídica, lo cual sería inviable –según se entiende de dicho razonamiento- si se admitiera el análisis del tipo subjetivo (dolo/imprudencia) en la infracción administrativa. Es decir –siguiendo este razonamiento-, la supresión del análisis del dolo en el tipo atribuible a las personas jurídicas, demostraría la existencia de un tipo especial de injusto (una construcción teórica ad-hoc) propia del Derecho Administrativo Sancionador, que, se caracterizaría por contar con un tipo de injusto compuesto únicamente por elementos objetivos, y prescindiendo del tipo subjetivo (dolo/imprudencia).

Pero, como ya señalamos en su momento²³⁶, la atribución de un injusto a la persona jurídica se enfrenta a idénticas dificultades en el Derecho Administrativo Sancionador y en el Derecho Penal (o al menos así debería ser). El razonamiento al que nos acabamos de referir, conlleva -a quienes lo sostienen- a admitir, por simple rigurosidad lógica, que las mismas razones que fundamentarían la pretendida extracción del tipo subjetivo (dolo/imprudencia) del injusto atribuible a las personas jurídicas en el Derecho Administrativo Sancionador, se presentan también respecto

²³⁴ Artículo incorporado por el Artículo 1 del Decreto Legislativo N° 1029, publicado el 24 junio 2008.

²³⁵ Por todos: Guzmán Napurí, Christian. Tratado de la administración pública y del procedimiento administrativo. Lima: Ediciones Caballero Bustamante, 2011. Pág. 822-825.

²³⁶ Ver el acápite referido a las consecuencias accesorias en: supra num. 1.1.4

de la acción (y en general del tipo), de la antijuridicidad (causas de justificación) y la culpabilidad. Siendo esto así, tendría que admitirse que en el Derecho Administrativo Sancionador se impone sanciones a la persona jurídica prescindiendo de un concepto de infracción (injusto), lo cual nos dejaría en la pura responsabilidad objetiva, o a lo más, en una responsabilidad por el daño. Tal argumentación, por ello, debe descartarse.

La toma de postura que expresa la Ley 27444 en relación con el tipo subjetivo de la infracción administrativa sancionadora no es, pues, técnicamente correcta, a menos que se pretenda admitir que en el Derecho Administrativo Sancionador la responsabilidad penal de la persona jurídica es una nuda presunción de culpabilidad, asunto que resultaría inadmisibile. El argumento de la exclusión del tipo subjetivo en el Derecho Administrativo Sancionador, no puede ser, por estas consideraciones, compartido. Nada de esto obsta para seguir desarrollando criterios de atribución de responsabilidad a la persona jurídica tanto en el Derecho Administrativo Sancionador como en el Derecho Penal. Sin embargo, como se ve, ello no pasa por la simple “retirada” de ciertos elementos de la teoría del delito que pueden resultar problemáticos o incómodos a la hora de construir una teoría del ilícito administrativo sancionador.

Sería contrario al principio de unidad del ordenamiento jurídico sostener que en el Derecho Penal el dolo forma parte de la tipicidad, pero en el Derecho Administrativo Sancionador es un mero criterio de determinación de la sanción (gravedad de la sanción). Esto resulta completamente antisistémico. En el ordenamiento sancionador (penal, administrativo, disciplinario y sus variantes), desde nuestra perspectiva, el dolo debe analizarse en el **tipo**; donde también, con una estructura típica distinta, se analiza la imprudencia. Es previsible además que, debido a la preponderancia en el Derecho Administrativo Sancionador de los tipos de peligro abstracto, el elemento subjetivo doloso habrá de reducir a la mínima expresión su componente volitivo, quedando predominantemente constituido por el elemento cognitivo (conocimiento de la peligrosidad concreta de la conducta realizada), pero ello no puede llevar a confundir la intencionalidad con la imprudencia, al punto de hacerlos indistinguibles²³⁷, impidiendo una valoración diferenciada (¡en el tipo!) de la

²³⁷ Así parece deducirse de lo expresado por el Tribunal Supremo español: “*porque en la esfera del derecho administrativo sancionador en esta materia no se requiere una conducta dolosa, sino simplemente irregular en la observancia de las normas*” (STS 2220/1985 del 22 de abril).

gravedad de la infracción dolosa frente a la imprudente, y no reduciendo dicha diferencia al quantum de la sanción.

Tal diferenciación de injustos, proviene pues de la propia esencia del principio de Culpabilidad, como lo ha dejado establecido el Tribunal Constitucional, en su sentencia en el Exp. N° 2192-2004-AA /TC Tumbes, asunto Costa Gómez y Ojeda Dioses:

“16.- El principio de proporcionalidad ha sido invocado en más de una ocasión por este Tribunal, ya sea para establecer la legitimidad de los fines de actuación del legislador en relación con los objetivos propuestos por una determinada norma cuya constitucionalidad se impugna (Exp. N° 0016-2002-AI/TC), ya sea para establecer la idoneidad y necesidad de medidas implementadas por el Poder Ejecutivo a través de un Decreto de Urgencia (Exp. N° 0008-2003-AI/TC), o también con ocasión de la restricción de derechos fundamentales en el marco del proceso penal (Exp. N° 0376-2003-HC/TC). No obstante, este Colegiado no ha tenido ocasión de desarrollar este principio aplicándolo al control de la potestad sancionadora de la Administración, ámbito donde precisamente surgió, como control de las potestades discrecionales de la Administración”

Si bien es cierto el precitado fallo proviene de un asunto propio del derecho disciplinario, es válido tomarlo en cuenta para la argumentación desarrollada en el presente trabajo²³⁸, más aun si con ello se afianza la idea de que, para el Tribunal Constitucional, no resultaría extraña o imposible la consideración del dolo o la

²³⁸ El Alto Tribunal peruano continúa señalando: “20.- En el presente caso debe observarse, además, que el propio Decreto Legislativo N.º 276, en su artículo 27º, establece que: “(...) los grados de sanción corresponde a la magnitud de las faltas, según su menor o mayor gravedad (...) debiendo contemplarse en cada caso, no sólo la naturaleza de la infracción sino también los antecedentes del servidor (...)”. Esto implica un claro mandato a la administración municipal para que, en el momento de establecer una sanción administrativa, no se limite a realizar un razonamiento mecánico de aplicación de normas, sino que, además, efectúe una apreciación razonable de los hechos en relación con quien los hubiese cometido; es decir, que no se trata sólo de contemplar los hechos en abstracto, sino “en cada caso” y tomando en cuenta “los antecedentes del servidor”. Por tanto, una decisión razonable en estos casos supone, cuando menos:

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

imprudencia como elementos diferenciadores de la gravedad del injusto, en el ámbito sancionador de la administración, adecuando éste a las exigencias derivadas del principio de Culpabilidad en un Estado Democrático.

Luego de analizar estas concretas figuras jurídicas de cara a los límites del ius puniendi, verificando su vigencia en el Derecho Administrativo Sancionador, finalizamos afirmando que la vía más adecuada para incorporar formalmente estos mecanismos de limitación del Derecho Administrativo Sancionador como expresión del ius puniendi estatal, es la dación, por parte del Congreso de la República, de una Ley que regule de modo general la potestad sancionadora de la administración. Existen experiencias comparadas en las que una norma de estas características ya está vigente, como en Alemania, España o Argentina. Se trata de normas muy similares a la Parte General del Código Penal, en las que se establecen los principios generales de aplicación del Derecho Administrativo Sancionador. Creemos, luego de lo estudiado, que urge implantar un dispositivo similar en nuestro país, pues ello permitiría:

- Estandarizar la vigencia de los principios limitadores del ius puniendi.
- Individualizar al Derecho Administrativo Sancionador y dotarlo de autonomía respecto al Derecho Administrativo.
- Evidenciar la mayor proximidad del Derecho Administrativo Sancionador con el Derecho Penal y, por tanto, exigiría un mayor nivel de rigurosidad en la vigencia y aplicación de los límites al ius puniendi en el Derecho Administrativo Sancionador.
- Permitiría que el Derecho Administrativo Sancionador adquiriera un desarrollo dogmático propio.



Conclusiones

Primera conclusión

Los límites constitucionales al *ius puniendi* se irradian con distintos matices a las distintas manifestaciones de ese poder sancionador público. En ese sentido, el Derecho penal, por su especial desarrollo dogmático, ha profundizado en su estudio y en los alcances que tales limitaciones tienen de cara a la aplicación de la sanción en un Estado Social y Democrático de Derecho.

Segunda conclusión

Es válida la aseveración de que no se puede aplicar los límites constitucionales del *ius puniendi* desarrollados en el Derecho Penal, al Derecho Administrativo Sancionador en bloque, sino que deben ser objeto de matices. Pero más allá de declaraciones retóricas o la repetición de enunciados importados de la jurisprudencia extranjera, lo que realmente interesa, es proyectar real y efectivamente las garantías constitucionales del *Ius Puniendi* al Derecho Administrativo Sancionador.

Tercera conclusión

Los matices dependen de las particulares características que constituyen cada rama del ordenamiento sancionador. Así, puede variar la intensidad de las garantías que ofrece un concreto límite constitucional, individualmente considerado, en comparación a cómo se aplica en otros sectores (p.e. pueden relajarse las exigencias de legalidad, o adelantarse los parámetros de riesgo), pero en ningún caso se pueden eliminar por completo sus alcances.

Cuarta conclusión

Estas conclusiones pueden ser extendidas a las demás ramas que conforman el Derecho Sancionador público y también al privado.



Bibliografía

Bibliografía

Derecho Administrativo Sancionador

Libros relacionados

- Aftalión, Enrique. Derecho penal administrativo. Buenos Aires: Arayú, 1955.
- Altamirano, Alejandro y Ramiro Rubinska (coordinadores). Derecho penal tributario. 2 tomos. Madrid-Barcelona-Buenos Aires: Marcial Pons, 2008.
- Amoedo Souto, Carlos Alberto. Poder policial y derecho administrativo. La Coruña: Universidade Da Coruña, 2000.
- Bacigalupo, Enrique. Sanciones Administrativas (derecho español y comunitario). Madrid: Colex, 1991.
- Ballbé Mallol, Manuel y Carlos Padrós Reig. La prejudicialidad administrativa en el proceso penal. Madrid: Thomson-Civitas-UAB, 2004.
- Barnaus, José Félix. Derecho Contravencional. Edictos policiales comentados. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1981.
- Calderón Aguilar, Lourdes y Otros. Derecho y práctica de la infracción administrativa. Análisis teórico y práctico de infracciones y sanciones del sistema tributario peruano. Lima: CAET, 2004
- Carretero Pérez, Adolfo. Derecho Administrativo Sancionador. Madrid: Edersa, 1992.
- Cobo Olvera, Tomás. El procedimiento administrativo sancionador tipo. Legislación, jurisprudencia, doctrina y formularios. 3º edición. Barcelona: Bosch, 2008.
- Falcón y Tella María José y Fernando Falcón y Tella. Fundamento y finalidad de la sanción: ¿un derecho a castigar? Madrid: Marcial Pons, 2005.
- Flores Dapkevicius, Rubén. Derecho penal administrativo. El procedimiento disciplinario. 3º edición. Montevideo: Amalio Fernández, 2009.
- Foerster, Gerhard y Andrés García Florez. La sanción administrativa y el derecho penal administrativo. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana, 1991.
- Fuentes Bardají, Joaquín De (Director). Manual de Derecho Administrativo Sancionador. 2 tomos. Navarra: Aranzadi-Ministerio de Justicia, 2005.
- Garberí Llobregat, José y Guadalupe Buitrón Ramírez. El procedimiento administrativo sancionador. Comentarios, jurisprudencia, formularios y legislación. 5º edición. 2 volúmenes. Valencia: Tirant lo Blanch, 2008.
- García Belsunce, Horacio. Derecho Tributario Penal. Buenos Aires: Depalma, 1985.
- García de Enterría, Eduardo. Las transformaciones de la justicia administrativa: de excepción singular a la plenitud jurisdiccional. ¿un cambio de paradigma?. Navarra: Thomson-Civitas, 2007.
- García Gómez de Mercado, Francisco. Sanciones administrativas. Garantías, derechos y recursos del presunto responsable. Granada: Comares, 2002.
- Gómez Pavajeau, Carlos Arturo. Dogmática del derecho disciplinario. 3º edición. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2004.
- Gómez Tomillo, Manuel e Iñigo Sanz Rubiales. Derecho Administrativo Sancionador. Parte General. Teoría general y práctica del Derecho Penal Administrativo. 2º edición. Navarra: Aranzadi-Thomson Reuters, 2010.
- Gómez Tomillo, Manuel. Derecho Administrativo Sancionador. Parte General. Teoría general y práctica del Derecho Penal Administrativo. Navarra: Aranzadi, 2008.

- Gurfinkel de Wendy, Lilian y Eduardo Ángel Russo. Ilícitos tributarios en las leyes 11.683 y 23.771. Buenos Aires: Depalma, 1990.
- Huergo Lora, Alejandro. Las sanciones administrativas. Madrid: lustel. 2007
- Jalvo, Belén Marina. El régimen disciplinario de los funcionarios públicos. 3º edición. Valladolid: Lex Nova, 2006.
- Linde Paniagua, Enrique. (Coordinador). Parte Especial del Derecho Administrativo. La intervención de la Administración en la sociedad. Madrid: Colex, 2007.
- Maljar, Daniel. El derecho administrativo sancionador. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2004.
- Manzana Laguarda, Rafael. Derechos y deberes del funcionario público. Valencia. Tirant lo Blanch, 2006
- Martínez Lago, Miguel Ángel (coordinador). Delitos e infracciones tributarias. Teoría y práctica. Valladolid: Lex Nova, 1991.
- Mayer, Otto. Derecho Administrativo Alemán. Tomo II. Parte Especial. Poder de Policía y Poder Tributario. 2da Edición. Buenos Aires: Depalma, 1982.
- Morillo Méndez, Antonio. Las sanciones tributarias. Valencia: Tirant lo Blanch, 1996.
- Navas Rondón, Carlos. La potestad sancionadora en las contrataciones que realiza el Estado. 3º edición. Lima: s/e, 2010.
- Nevado Moreno, Pedro. La función pública militar. Régimen jurídico del personal militar profesional. Madrid: Pons, 1997.
- Nieto, Alejandro. Derecho Administrativo Sancionador. 5º edición. Madrid: Tecnos, 2012.
- Nieto, Alejandro. Estudios de Derecho y Ciencia de la Administración. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001.
- Núñez Pérez, Fernando Vicente. El Non Bis In Idem y la cosa juzgada en el ordenamiento jurídico peruano: una perspectiva desde el derecho constitucional, los derechos humanos y el derecho penal. Lima: caballero Bustamante, 2010.
- Ossa Arbeláez, Jaime. Derecho administrativo sancionador. Una aproximación dogmática. 2º edición. Bogotá: Legis, 2009
- Paillet, Michel. La responsabilidad administrativa. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2001.
- Palma del Teso, Ángeles De. El principio de culpabilidad en el derecho administrativo sancionador. Madrid: Tecnos, 1996
- Pons Cànovas, Ferran. Las medidas provisionales en el procedimiento administrativo sancionador. Barcelona: Marcial Pons, 2001.
- Ramírez Gómez, Salvador. El principio Ne Bis In Idem en el ámbito tributario (aspectos sustantivos y procedimentales). Madrid-Barcelona: Marcial Pons, 2000.
- Rancaño Martín, María Asunción. El Delito de defraudación Tributaria. Madrid: Marcial Pons, 1997
- Rando Casermeiro, Pablo. La distinción entre el derecho penal y el derecho administrativo sancionador. Valencia: Tirant lo Blanch, 2010.
- Renart García, Felipe. El régimen disciplinario en el ordenamiento penitenciario español: luces y sombras. Zaragoza: Universidad de Alicante, 2002.
- Rodas Monsalve, julio César. Responsabilidad penal y administrativa en el derecho ambiental colombiano. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2005.

- Rodríguez- Villasante y Prieto, José Luis (Coordinador). Comentarios de la ley disciplinaria de las fuerzas armadas. (Ley orgánica 8/1998) con jurisprudencia y formularios. Madrid: Ministerio de Defensa, 2000. Pág. 53-67.
- Rodríguez- Villasante y Prieto, José Luis (Coordinador). Comentarios de la ley disciplinaria de las fuerzas armadas. (Ley orgánica 8/1998) con jurisprudencia y formularios. Madrid: Ministerio de Defensa, 2000.
- Rodríguez- Villasante y Prieto, José Luis (Coordinadores). Comentarios de la ley disciplinaria de las fuerzas armadas. (Ley orgánica 8/1998) con jurisprudencia y formularios. Madrid: Ministerio de Defensa, 2000.
- Rojas-Hernández, Jesús David. Los principios del procedimiento administrativo sancionador como límites a la potestad administrativa sancionatoria. Caracas: Paredes, 2004.
- Sanabria, Rubén. Derecho Tributario e Ilícitos Tributarios. 4ta Edición. Lima: Grafica Horizonte, 1999.
- Sánchez Morón, Miguel. Derecho de la función pública. 2º edición. Madrid: Tecnos, 1997.
- Sánchez, Ricardo Juan. Sanciones a abogados y procuradores con ocasión de su actuación ante la administración de justicia. Valencia: Tirant lo Blanch, 2009.
- Trayter Jiménez, Manuel y Vicenç Aguado i Cudolà. Derecho administrativo sancionador: materiales. Barcelona: Cedecs, 1995.

Derecho Administrativo Sancionador

Artículos en revistas

- Aldana, Martha Inés. La regulación administrativa de la protección de la calidad de agua en las actividades de hidrocarburos: un enfoque de salud ambiental. En: Revista de Derecho Administrativo. N° 6. Año 3. Agosto. Lima, 2008. Pág. 117-129.
- Baca Oneto, Víctor Sebastián. ¿Es objetiva la responsabilidad patrimonial de la administración pública en el derecho peruano?. Razones para una respuesta negativa. En: Revista de Derecho Administrativo. N° 9. Año 5. Diciembre. Lima, 2010. Pág. 253-248.
- Baldeon Guere, Norma Alejandra. Sanción administrativa tributaria y aplicación del principio non bis in idem. En: Revista Jurídica del Perú. Tomo 88. Jun. Lima, 2008. Pág. 189-195.
- Blanke, Hermann-Josef. El principio de proporcionalidad en el derecho Alemán, Europeo y Latinoamericano. En: Revista de Derecho Administrativo. N° 9. Año 5. Diciembre. Lima: CDA, 2010. Pág. 343-351.
- Buteler, Alfonso. Límites de la potestad sancionatoria de la administración. En: La Ley. Tomo 2011-A. Buenos Aires: 2011. Pág. 667-675.
- Calderón López, Andrés. Una pena entre dos... ¿duele menos?. Análisis de la responsabilidad en la Ley de Libre Competencia. En: Revista de Derecho Administrativo. Año 1. N° 2. Lima, 2006. Pág. 345-362.
- Cano Campo, Tomas. Derecho administrativo sancionador. En: Revista Española de Derecho Constitucional. Año 15. N° 43. 1995. Pág. 339-348.
- Castillo Blanco, Federico. La renovación de la dogmática del derecho disciplinario: a propósito de las infracciones y sanciones en el personal estatutario de la seguridad social. En: Revista de Administración Pública. N° 155. May-Ago. Madrid, 2001. Pág. 7-49

- Chávez Gonzales, Marco. El principio de presunción de inocencia y la responsabilidad objetiva por comisión de infracciones en el Código Tributario Peruano. En: Vectigalia. N° 3. Año 3. Lima, 2007. Pág. 17-22.
- Cid Moliné, José. Garantías y sanciones (argumentos contra la tesis de la identidad de garantías entre las sanciones punitivas). En: Revista de Administración Pública. Núm. 140. May-Ago. Madrid, 1996. Pág. 131-172.
- Cores Ferradas, Robert y Percy Bardales Castillo. La aplicación de la prohibición de la reforma peyorativa en el ámbito del procedimiento administrativo sancionador. En: Vectigalia. N° 4. Año 4. Lima, 2008. Pág. 10-17.
- Danós Ordoñez, Jorge. Notas acerca de la potestad sancionadora de la administración pública. En: Ius et Veritas. Año V. N° 10. Lima. 1995. Pág. 149-159.
- Díaz Cabello, Jorge Luis. El derecho administrativo sancionador y los principios que lo regulan. En: Revista Jurídica del Perú. Tomo 78. Ago. Lima, 2007. Pág. 57-65.
- Federico, Lorenzo Del. Sanciones indirectas, impropias y atípicas en el ordenamiento tributario italiano. En: Revista iberoamericana de derecho tributario. N° 4. Madrid, 1997. Págs. 201-228
- Foffani, Luigi. Obstaculización de la función de vigilancia y tutela penal de las autoridades administrativas independientes: apuntes sobre la experiencia italiana. En: Nuevas tendencias en derecho penal económico. Seminario internacional de derecho penal (Jerez, 24 – 26 setiembre 2007). Cádiz: Universidad de Cádiz, 2008.
- Galino, Roger. Garantías y límites constitucionales al poder sancionador del Estado. En: Participación del supremo tribunal federal de Brasil en el seminario Constitución y potestad sancionadora del estado, 22-25 de febrero 2010, Cartagena de Indias. (separata).
- García De Enterría y Martínez-Carande, Eduardo. La construcción técnica del principio de legalidad de la administración. En: Miscelánea en Honor de Juan Becerril y Antón-Mirallas. Tomo II. Revista de Occidente. Madrid. 1974. Pág. 151-182.
- García Manrique, Álvaro. Medidas disciplinarias impuestas por el empleador distintas al despido. Las sanciones menores dispuestas durante la relación laboral. En: Revista Jurídica del Perú. Tomo 103. Sep. Lima, 2009. Pág. 35-45.
- Garrido Falla, Fernando. Los medios de policía y la teoría de las sanciones administrativas. En: Revista de Administración Pública. Año X. Núm. 28. Ene-Abr. Madrid, 1959. Pág. 11-50.
- Gómez Apac, Hugo. El rol instructor de la Secretaría Técnica de la Comisión de Defensa de la Libre Competencia. En: Revista de Derecho Administrativo. N° 7. Año 4. Mayo. Lima, 2009. Pág. 472-483.
- Gonzales La Rosa, Daniel. El principio de tipicidad y la cláusula de efecto equivalente en la legislación de libre competencia. En: Revista de Derecho Administrativo. N° 8. Año 4. Noviembre. Lima, 2009. Pág. 365-371.
- Greciet García, Esteban. Parlamento e infracciones disciplinarias de los funcionarios: ¿el final de algunas perplejidades?. En: anuario de Derecho Parlamentario. N° 22. Madrid: 2009. Pág. 77-98
- Guzmán Napurí, Christian. El principio de causalidad y sus implicancias. La responsabilidad objetiva del administrado. En: Revista Jurídica del Perú. Tomo 112. Jun. Lima, 2010. Pág. 15-20.
- Ivanega, Miriam Mabel. Consideraciones acerca de las potestades administrativas en general y de la potestad sancionadora. En: Revista de Derecho Administrativo. Año III. N° 4. Enero. Lima: CDA, 2008. Pág. 107-154.

- Izu Belloso, Miguel José. Las garantías del procedimiento administrativo sancionador: reflexiones sobre órganos instructores. En: la protección jurídica del ciudadano (procedimiento administrativo y garantía jurisdiccional). Estudios en homenaje al profesor Jesús Gonzales Pérez, dirigidos por Lorenzo Martín-Retortillo Baquer. Vol. I. Madrid: Civitas, 1993.
- Laza Barco, Carlos. ¿y después de la Ley qué?. La exigibilidad del cumplimiento de la regulación. En: Derecho & Sociedad. Año XIX. Lima, 2008. Pág. 250-256.
- León Untiveros, Miguel Ángel. El principio de proporcionalidad en el procedimiento sancionador. Metodología para la determinación de la sanción administrativa. En: Ius et Veritas. N° 38. Lima, 2009. Pág. 296-310.
- Lorenzo de Membiela, Juan. Potestad disciplinaria y administración pública. En: QDL. N° 12. Oct. Madrid, 2006. Pág. 124-134
- Lozano, Blanca. El principio de la oficialidad de la acción sancionadora administrativa y las condiciones necesarias para garantizar su efectividad. En: Revista de Administración Pública N° 161. May-Ago. Madrid, 2003. Pág. 83-120
- Lozano, Blanca. La responsabilidad de la persona jurídica en el ámbito sancionador administrativo (a propósito de la STC 246/1991, de 19 de diciembre). En: Revista de Administración Pública. Núm. 129. Sep-Dic. Madrid, 1992. Pág. 211-239.
- Lozano, Blanca. Panorámica General de la Potestad Sancionadora de la Administración en Europa: “despenalización” y garantía. En: Revista de Administración Pública. N° 121. Ene-Abr. 1990. Madrid. Pág. 393-414
- Lucchetti Rodríguez, Alfieri Bruno. Algunos alcances en la aplicación de principio de razonabilidad de las decisiones administrativas. En: Revista de Derecho Administrativo. N° 7. Año 4. Mayo. Lima, 2009. Pág. 484-489.
- Marina Jalvo, Belén. La problemática solución de la concurrencia de sanciones administrativas y penales. Nueva doctrina constitucional sobre el principio non bis in idem (comentario de la sentencia del tribunal constitucional 2/2003). En: Revista de Administración Pública N° 162. Sep. Dic. Madrid, 2003. Pág. 175-188.
- Marina Jalvo, Belén. Non bis in idem e irreprochabilidad penal de los funcionarios de policía. En: Revista de Administración Pública. N° 155. May-Ago. Madrid, 2001. Pág. 183-191.
- Martín-Retortillo Baquer, Lorenzo. Las sanciones administrativas en relación con la defensa de los consumidores con especial referencia a la publicidad de las mismas. En: Revista de Administración Pública. Núm. 126. Sep-Dic. Madrid, 1991. Pág. 133-252.
- Melgar Córdova, Eduardo. Quien mucho abarca poco aprieta: algunas consideraciones a favor de la utilización de la tipificación indirecta en el derecho administrativo sancionador (con una breve referencia a la tipificación de infracciones y sanciones a cargo de organismos reguladores de servicios públicos). En: Revista de Derecho Administrativo. Año 1. N° 2. Lima, 2006. Pág. 273-304.
- Moncada Lorenzo, Alberto. Significado y técnica jurídica de la policía administrativa. En: Revista de Administración Pública. Año X. Núm. 28. Ene-Abr. Madrid, 1959. Pág. 51-118.
- Morón Urbina, Juan Carlos. Los actos-medidas (medidas correctivas, provisionales y de seguridad) y la potestad sancionadora de la administración. En: Revista de Derecho Administrativo. N° 9. Año 5. Diciembre. Lima, 2010. Pág. 135-157
- Nieto, Alejandro. El principio “Non bis in idem”. En: Revista Vasca de administración. v. 28, 1990 Pág. 157-170.

- Nieto, Alejandro. Problemas capitales del derecho disciplinario. En: Revista de Administración Pública. N° 63. Madrid, 1970. Pág. 39-83.
- Ortega, Luis. La responsabilidad civil en la administración pública. En: Themis. N° 32. Lima, 1995. Pág. 17-22.
- Pando Vílchez, Jorge. Actividad sancionadora administrativa en materia de contrataciones y adquisiciones del Estado: sanciones por infracciones incurridas por los contratistas. En: Revista de Derecho Administrativo. Año III. N° 4. Enero. Lima: CDA, 2008. Pág. 157-165.
- Pando Vílchez, Jorge. El “non bis in idem” y la falsa premisa de preeminencia del Derecho Penal sobre el Derecho Administrativo. En: Boletín del Abogado. Colegio de Abogados de Lima. Año I. N° 7. Sep. Lima, 2010. Pág. 9-11.
- Pando Vílchez, Jorge. La transformación del non bis in idem en el procedimiento administrativo sancionador. ¿hacia el “con bis in idem”? En: Revista Jurídica del Perú. Tomo 112. Jun. Lima, 2010. Pág. 23-30.
- Parada Vásquez, José Ramón. Derecho administrativo, derecho privado, derecho garantizador. En: Revista de Administración Pública. N° 52, Madrid, 1967. Pág. 60-99.
- Parada Vásquez, José Ramón. El poder sancionador de la administración y la crisis del sistema judicial penal. En: Revista de Administración Pública. N° 67, Madrid, 1972. Pág. 41-93.
- Pedreschi Garcés, Willy. Notas sobre el ejercicio de la potestad sancionadora del Tribunal de Contrataciones del Estado en el régimen general actualmente vigente. En: Ius et Veritas. N° 41. Lima. Pág. 199-219.
- Pemán Gavín, Ignacio. Dificultades para una delimitación sustantiva del concepto de sanción. Pautas para un replanteamiento de la cuestión. En: Revista Aragonesa de Administración Pública. N° 14. 1999. Pág. 131-200.
- Pereira Chumbe, Roberto. La potestad sancionadora de la administración y el procedimiento administrativo sancionador en la Ley N° 27444. En: Comentarios a la Ley N° 27444. 2° edición. Lima: Ara, 2005. Pág. 279-303.
- Raviriego Picón, Fernando. Relaciones de sujeción especial y derechos fundamentales. Algunos apuntes sobre el derecho a la intimidad de los centros penitenciarios. En: Revista Derechos y Libertades. Revista del instituto Bartolomé de las Casas. Volumen 13. 2004. Pag. 87-108.
- Real Ferrer, Gabriel. La solidaridad en el derecho administrativo. En: Revista de Administración Pública N° 161. May-Ago. Madrid, 2003. Pág. 123-179.
- Rebollo Puig, Manuel y Otros. Panorama del derecho administrativo sancionador en España. Los derechos y las garantías de los ciudadanos. En: Revista de Estudios Socio Jurídicos. N° 1. Vol. 7. Ene-Jun. 2005. Bogotá. Pag. 23-74.
- Río Gonzales, Oscar Mario Del. El ilícito administrativo en la carrera pública. Apuntes referidos al procedimiento sancionador. En: Revista Jurídica del Perú. Tomo 76. Jun. Lima, 2007. Pág. 117-128.
- Rodríguez Lovatón, Antonio. Supervisar y castigar, el procedimiento sancionador en la esfera de OSIPTEL. En: Revista de Derecho Administrativo. Año III. N° 4. Enero. Lima: CDA, 2008. Pág. 167-188.
- Rubio de las Casas, María Gracia. Potestad sancionatoria de la administración y garantías del administrado: Comentario a la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 21 de febrero de 1984: El caso Ozturk. En: Revista de Administración Pública. Núm. 104. May-Ago. Madrid, 1984. Pág. 375-390.
- Ruiz Díaz, Gonzalo. Aspectos conceptuales sobre la determinación de las multas en los casos de Libre Competencia. En: Revista de Derecho Administrativo. N° 10. Año 6. Noviembre. Lima: CDA, 2011. Pág. 117128.

- Soria Fernández-Mayoralas, Pedro. Derecho administrativo sancionador y derecho penal: principios comunes. En: Actualidad Administrativa N° 5. Febrero 1988. Pág. 265-273.
- Sotelo Castañeda, Eduardo y Luis Vargas León. Poder de Policía, guías de remisión e infracciones: algunas reflexiones a partir de nuestro derecho positivo. En: lus et Veritas. N° 21. Lima. 2000. Pág. 132-165
- Suay Rincón, José. El derecho administrativo sancionador: perspectivas de reforma. En: Revista de Administración Pública N° 109. Ene-Abril. Madrid, 1986. Pág. 185-215.
- Suay Rincón, José. La discutible vigencia de los principios de imparcialidad y de contradicción en el derecho administrativo sancionador. En: Revista de Administración Pública. Núm. 123. Sep-Dic. Madrid, 1990. Pág. 153-184.
- Sueiro, Carlos Christian y Bibiana Birriel. La teoría del error y sus limitaciones frente a la administrativización del derecho penal. En: Revista Jurídica del Perú. Tomo 76. Jun. Lima, 2007. Pág. 223-236.
- Teso Gamella, Pilar. Medidas cautelares y derecho sancionador. En: Actualidad Administrativa N° 2. Enero 2000. Pg. 59 - 75.
- Thury Cornejo, Valentín. Fundamentos y Límites de la Potestad Sancionadora de los Entes Reguladores de Servicios Públicos (en especial referencia a ENRE y ENERGAS). En: RAP N° 207, diciembre. Madrid, 1995.
- Tirado Barrera, José Antonio. Relación de jurisprudencia establecida por el Tribunal Constitucional en materia ambiental. En: Revista de Derecho Administrativo. N° 6. Año 3. Agosto. Lima, 2008. Pág. 416-432.
- Vera Esquivel, Germán. El principio precautorio en el derecho peruano. En: Revista de Derecho Administrativo. N° 6. Año 3. Agosto. Lima, 2008. Pág. 87-101.
- Vilchez Chinchayán, Ronald. Algunos criterios para diferenciar los delitos de peligro de las infracciones administrativas en el aspecto objetivo. En: Urquiza Videla, Gustavo (Coordinador). Estudios Críticos de Derecho Penal Peruano. Lima: Gaceta Jurídica, 2011.
- Zegarra Valdivia, Diego. El marco institucional y normativo del Organismo Supervisor de la Inversión Privada en telecomunicaciones – OSIPTEL. En: Revista de Derecho Administrativo. N° 5. Año 3. Abril. Lima, 2008. Pág. 132-149.
- Zegarra Valdivia, Diego. La figura de la prescripción en el ámbito administrativo sancionador y su regulación en la Ley N° 27444 – Ley del Procedimiento Administrativo General. En: Revista de Derecho Administrativo. N° 9. Año 5. Diciembre. Lima, 2010. Pág. 207-214.
- Zubizarreta Rondón, Gloria. Graduación de sanciones en la responsabilidad del abogado por las faltas cometidas por personas no obligadas que se encuentran bajo su supervisión. En: Derecho PUC. N° 62. Lima, 2009. Pág. 289-302.
- Zúñiga Fernández, Tania. La potestad sancionadora de la Administración pública. Consideraciones iniciales para un debate doctrinario. En: Revista Jurídica del Perú. Tomo 21. Abril. 2001. Lima. Pág. XI-XXIII.

Derecho Penal

Libros y artículos en revistas

- Abanto Vásquez, Manuel. Los delitos contra la administración pública en el Código Penal peruano. 2º edición. Lima: Palestra, 2003
- Abanto Vásquez, Manuel. Acerca de la Teoría de los bienes jurídicos. En: Revista Penal. N° 18. Madrid: 2006.

- Aftalión, Enrique (Director). Tratado de Derecho Penal Especial. Tomo I. Buenos Aires: La Ley, 1969.
- Albrecht, Peter-Alexis. La Insostenible Situación del Derecho Penal. Granada: Comares, 1999
- Bajo Fernández, Miguel. Nuevas tendencias en la concepción sustancial del injusto penal. InDret. N° 3. Julio. Barcelona, 2008.
- Berdugo Gómez de la Torre, Ignacio y Otros. Curso de Derecho penal. 2° edición. Barcelona: Experiencia, 2004.
- Berdugo Gómez de la Torre, Ignacio. Temas de derecho penal. Lima: Cultural Cuzco, 1993.
- Bustos Ramírez, Juan. Obras Completas. Tomo I. Derecho penal. Parte general. Lima: ARA, 2005.
- Cerezo Mir, José. Límites entre el Derecho penal y el Derecho administrativo. En: Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales. N° XXVIII. Madrid. 1975. Pág. 159-173.
- Cobo del Rosal, Manuel y Tomás Vives Antón. Derecho Penal. Parte General. 5° edición. Valencia: Tirant lo Blanch, 1999
- Cuesta Aguado, Paz María De la. Madrid: Dykinson-UCA, 2003.
- Cury, Enrique. La ley penal en blanco. Bogotá: Temis, 1988.
- Díaz y García Conlledo, Miguel y Juan Antonio García Amado (Editores). Estudios de la filosofía del derecho penal. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2006.
- Díaz y García Conlledo, Miguel. El error sobre los elementos normativos del tipo penal. Madrid: La Ley, 2008.
- Fiandaca, Giovanni y Enzo Musco. Derecho Penal. Parte General. Bogotá: Temis, 2006.
- García Alberto, Ramón. "Non bis in Idem" material y concurso de leyes penales. Barcelona: Cedecs, 1995.
- García Cavero, Percy. Derecho Penal Económico. Parte General. Lima: ARA-Universidad de Piura, 2003.
- García Cavero, Percy. Derecho Penal Económico. Tomo I Parte general. 2° edición. Lima: Grijley, 2007.
- García Cavero, Percy. Lecciones de Derecho Penal. Parte General. Lima: Grijley, 2008.
- García Pablos de Molina, Antonio. Derecho Penal. Parte General. Fundamentos. Lima: INPECCP-CEURA, 2009.
- García Rivas, Nicolás. El poder punitivo en el estado democrático. Cuenca: UC-LM, 1996.
- Hassemer, Winfried y Francisco Muñoz conde. La responsabilidad por el producto en el derecho penal. Valencia: Tirant lo Blanch, 1995.
- Hassemer, Winfried. Fundamentos del Derecho penal. Barcelona: Bosch, 1984.
- Hassemer, Winfried. Persona, mundo y responsabilidad. Bases para una teoría de la imputación en el derecho penal. Valencia: Tirant lo blanch, 1999.
- Hefendehl, Roland (editor). La teoría del bien jurídico. ¿Fundamentos de la legitimación del derecho penal o juego de abalorios dogmáticos?. Madrid-Barcelona: Marcial Pons-Ediciones Jurídicas y Sociales, 2007.
- Hendler, Edmundo. Una regla que confirma sus excepciones: ne bis in idem. En: El mismo (Compilador). Las garantías penales y procesales. Enfoque histórico-comparado. Buenos Aires: Del Puerto, 2001. Pág. 131-148
- Hurtado Pozo, José. Manual de Derecho Penal. Parte General I. 3° edición. Lima: Grijley, 2005

- Jakobs, Günther. Derecho penal. Parte general. Fundamentos y teoría de la imputación. 2º edición corregida. Madrid: Pons, 1997.
- Jescheck, Hans-Heinrich y Thomas Weigend. Tratado de Derecho Penal. Parte General. Traducción a la 5º edición alemana por Miguel Olmedo Cardenete.. Granada: Comares, 2002.
- León Villaba, Francisco Javier De. Acumulación de sanciones penales y administrativas. Sentido y alcance del principio “ne bis in idem”. Barcelona: Bosch, 1998.
- López Barja de Quiroga, Jacobo. El principio Non Bis In Idem. Madrid: Dykinson, 2004.
- Luzón Peña, Diego-Manuel. Curso de derecho Penal I. Madrid: Universitas, 1996
- Manzini, Vincenzo. Tratado de Derecho Penal. Tomo I. Primera Parte. Teorías Generales. Volumen I. Buenos Aires: Ediar, 1948.
- Martínez-Buján Pérez, Carlos. Derecho penal económico y de la empresa. Parte general. 2º edición. Valencia: Tirant lo Blanch, 2007.
- Martínez-Buján Pérez, Carlos. Derecho penal económico. Parte general. Valencia: Tirant lo Blanch, 1998.
- Martínez-Buján Pérez, Carlos. Los delitos contra la hacienda pública y la seguridad social. Madrid: Tecnos, 1995.
- Maurach, Reinhart. Derecho penal. Parte General 1. Teoría general del derecho penal y estructura del hecho punible. Buenos Aires: Astrea, 1994.
- Meini Méndez, Iván. La comisión por omisión: una interpretación alternativa del Artículo 13 CP. En: Anuario de Derecho Penal. Aspectos fundamentales de la Parte General del Código Penal Peruano. Lima: Pucp, 2003.
- Meini Méndez, Iván. Responsabilidad penal del empresario por los hechos cometidos por sus subordinados. Valencia: Tirant lo Blanch, 2003.
- Mendoza, Blanca. Principio de precaución, derecho penal de riesgo y delitos de peligro. En: Romeo Casabona, Carlos María. Principio de Precaución, Biotecnología y Derecho. Granada: Comares, 2004. Pág. 436-473
- Mir Puig Santiago y Diego Manuel Luzón Peña (coordinadores). Responsabilidad penal de las empresas y sus órganos y responsabilidad por el producto. Barcelona: Bosch, 1996.
- Mir Puig, Santiago. Derecho Penal. Parte General. 7º edición. Montevideo-Buenos Aires: BdeF, 2005.
- Mir Puig, Santiago. Introducción a las bases del derecho penal. 2º edición. Buenos Aires: B de F. 2002.
- Mir Puig, Santiago. Valoraciones, normas y antijuridicidad penal. En: Díaz y García Conlledo, Miguel y Juan Antonio García Amado (Editores). Estudios de la filosofía del derecho penal. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2006. Pág. 427-449
- Moccia, Sergio. El derecho penal entre ser y valor. Función de la pena y sistemática teleológica. Buenos Aires: B de F, 2008.
- Molina Fernández, Fernando. Antijuridicidad penal y sistema del delito. Barcelona-Bogotá: Bosch-Universidad Externado de Colombia, 2003.
- Navarro Cardoso, Fernando. El principio ne bis in idem a la luz de la sentencia del tribunal constitucional 177/1999: Exposición y crítica. En: Arroyo Zapatero, Luis e Ignacio Berdugo Gómez de la Torre (Directores). Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos: In memoriam. Volumen I. Cuenca: UC-LM/Universidad de Salamanca, 2001. Pág. 1217-1230
- Pariona Arana, Raúl (Director). 20 años de vigencia del Código Penal peruano. Desarrollos dogmáticos y jurisprudenciales. Lima: Grijley, 2012.

- Polaino Navarrete, Miguel. Derecho Penal. Modemas Bases Dogmáticas. Lima. Grijley. 2004.
- Prieto Sanchís, Luis. Una perspectiva normativa sobre el bien jurídico. En: Díaz y García Conlledo, Miguel y Juan Antonio García Amado (Editores). Estudios de la filosofía del derecho penal. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2006. Pág. 453-487
- Quintero Olivares, Gonzalo. La autotutela. Los límites al poder sancionador de la administración pública y los principios inspiradores del derecho penal. En: Revista de Administración Pública. Núm. 126. Sep-Dic. Madrid, 1991. Pág. 253-293.
- Rando Casermeiro, Pablo. El modelo penal de la seguridad ciudadana en el derecho administrativo sancionador. En: InDret. Barcelona. 2010. Pág. 2-27
- Reátegui Sánchez, James. La garantía del Ne Bis In Idem en el ordenamiento jurídico peruano. Lima: Jurista, 2006.
- Rojas Vargas, Fidel. Delitos contra la Administración Pública. 2º edición. Lima: Grijley, 2001.
- Rojas Vargas, Fidel. Delitos contra la administración pública. 4º edición. Lima: Grijley, 2007.
- Roxin, Claus. Derecho penal. Parte general. Tomo I. Fundamentos, la estructura de la teoría del delito. Madrid. Civitas, 1997
- Roxin, Claus. Teoría del tipo penal. Tipos abiertos y elementos del deber jurídico. Buenos Aires: Depalma, 1979.
- Serrano-Piedecabras Fernández, José Ramón. Conocimiento científico y fundamentos del derecho penal. Lima: Gráfica Horizonte, 1999.
- Silva Sánchez, Jesús María. Aproximación al derecho penal contemporáneo. 2º edición. Montevideo-Buenos Aires: BdeF, 2010.
- Silva Sánchez, Jesús María. La expansión del derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales. 2º edición. Madrid: Civitas, 2001.
- Silva Sánchez, Jesús María. La expansión del derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales. 3º edición. Montevideo-Buenos Aires: BdeF-Edisofer, 2011.
- Silva Sánchez, Jesús-María (Director). ¿Libertad económica o fraudes punibles? Riesgos penalmente relevantes e irrelevantes en la actividad económico-empresarial. Madrid: Marcial Pons, 2003. Pág. 307-332.
- Silva Sánchez, Jesús-María. Política Criminal y nuevo derecho penal. Libro homenaje a Claus Roxin. Barcelona: Bosch, 1997.
- Stratenwerth, Gunter. Derecho penal. Parte general I. El hecho punible. Traducción a la 4º edición alemana por Manuel Cancio Maliá y Marcelo Sancinetti. Buenos Aires: Hammurabi, 2005
- Suay, Celia. Refutación del Ius Puniendi. En: Arroyo Zapatero, Luis e Ignacio Berdugo Gómez de la Torre (Directores). Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos: In memoriam. Volumen I. Cuenca: UC-LM/Universidad de Salamanca, 2001.
- Terradillos Basoco, Juan. Cuestiones actuales de derecho penal económico y la empresa. Lima: ARA, 2010.
- Tiedemann, Klaus. Constitución y Derecho Penal. Lima: Palestra, 2003.
- Tiedemann, Klaus. Derecho Penal Económico. Introducción y parte general. Lima: Grijley, 2009.
- Tiedemann, Klaus. El Derecho Penal económico en la Comunidad Europea. En: Revista de derecho y Ciencias Políticas. UNMSM. Vol. Nº 50. Lima, 1993. Pág. 417-436.

- Tiedemann, Klaus. Manual de derecho penal económico. Parte Especial con importantes textos legales y reglamentos. Lima: Griljey, 2012.
- Tribunal Constitucional. Jurisprudencia y Doctrina Penal Constitucional. Segundo Seminario. Lima: Palestra, 2006.
- Villavicencio, Felipe. Derecho Penal. Parte general. Lima: Grijley, 2006.
- Yon Ruesta, Róger. Huaypethue: ¿infracción administrativa o delito penal?. Acercamiento a la realidad penal tributaria. En: Themis. N° 41. Lima, 2000. Pág. 221-230.
- Yon Ruesta, Roger. ¿Usura en el Perú?. En: Ius Et Veritas. Año XI N° 22. Lima: 2001. Pág. 225-236
- Zugaldía Espinar, José Miguel (director). Fundamentos de derecho Penal (Parte general). 4° edición. Valencia: Tirant lo Blanch, 2010

Derecho administrativo y procesal administrativo

- Cervantes Anaya, Dante. Manual de Derecho Administrativo. 4° edición. Lima: Rodhas, 2004.
- Fernández, Tomás-Ramón. Discrecionalidad, arbitrariedad y control jurisdiccional. Lima: Palestra, 2006.
- García de Enterría, Eduardo y Tomás-Ramón Fernández. Curso de Derecho Administrativo. Tomos I y II. Lima-Bogotá: Temis- Palestra, 2006.
- Parada, Ramón. Derecho Administrativo I. Parte General. 13° edición. Madrid: Marcial Pons-Ediciones jurídicas y Sociales, 2002.
- Priori Posada, Giovanni. Manual de derecho procesal administrativo. Lima: Caballero Bustamante, 2010.
- Guzmán Napurí, Christian. Tratado de la Administración Pública y del Procedimiento Administrativo. Lima: Caballero Bustamante, 2011.
- Muñoz Machado, Santiago. Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General. Tomo I. Madrid: Civitas, 2004.
- Retamozo Linares, Alberto. Contrataciones y adquisiciones del estado y normas de control. Análisis y comentarios. Lima: Jurista, 2010