

Pontificia Universidad Católica del Perú

Facultad de Derecho



Programa de Segunda Especialidad en Derecho Público y Buen Gobierno

**TITULO: BUEN GOBIERNO Y FISCALIZACION: IMPLICANCIAS DE LA ACTIVIDAD DE
POLICIA EN EL DESARROLLO ESTATAL**

FISCALIZACION DE INSUMOS QUIMICOS Y BIENES FISCALIZADOS

**Trabajo Académico para optar el grado de segunda especialidad en Derecho
Público y Buen Gobierno**

Autor: Annie Teresa Guadalupe Calderón Jiménez

Asesor: Cesar Higa Silva

Código de alumno: 20164594

2017

RESUMEN

INTRODUCCION

Cuando hablamos acerca del Estado de Derecho es inevitable hacer referencia a la defensa de los derechos fundamentales de las personas dentro de la sociedad, sin embargo el Estado de Derecho se encuentra estrechamente vinculado con los conceptos de Buen Gobierno y de Gobernanza. El primero hace referencia a la actuación de los poderes públicos en el marco de sus competencias constitucionales mientras que el segundo se encuentra vinculado al proceso de formación de nuevos y flexibles marcos regulatorios para orientar la interacción entre una pluralidad de actores públicos y privados en el proceso de toma de decisiones respecto de asuntos públicos. En el contexto del ejercicio de las funciones gubernamentales, la gobernanza es el proceso por el cual los gobiernos adoptan sus decisiones, conducen los asuntos públicos y gestionan sus recursos. Por lo tanto la gobernanza se encuentra referida “al conjunto de procesos de formación de marcos regulatorios mediante los cuales el Estado desempeña sus funciones o, en otras palabras, que determinan la forma en el que el Estado ejerce el poder” (Castro 2015:02)

La importancia de un buen gobierno dentro de un Estado de derecho Moderno radica en el establecimiento de principios, reglas, procedimientos y buenas prácticas para regular el ejercicio del poder Estatal. Pero no se trata de que el Estado ejerza su poder de cualquier manera, sino de garantizar un adecuado ejercicio del poder mediante el correcto desempeño de las funciones públicas. Por consiguiente, la organización y el funcionamiento del Estado, y las normas que regulan dichos aspectos, deben estructurarse en torno a un ideal común o valor fundamental que es el que determina aquel “correcto” ejercicio del poder estatal. (Castro 2015:03)

El Buen Gobierno es considerado como un principio de carácter constitucional, esto debido principalmente a su valor fundamental dentro de la jerarquía de nuestro sistema normativo por lo tanto su carácter de principio constitucionalizado se desprende de lo establecido en el artículo 44 de Nuestra Constitución que señala:

Son deberes primordiales del Estado: 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. Asimismo, es deber del Estado establecer y ejecutar la política de fronteras y promover la integración, particularmente latinoamericana, así como el desarrollo y la cohesión de las zonas fronterizas, en concordancia con la política exterior.

De lo anteriormente señalado podemos afirmar que de la conceptualización del principio de Buen Gobierno se desprenden otros principios dentro de los cuales se encuentra el principio de eficacia y el principio de legalidad, cuando hablamos acerca del principio de Eficacia hacemos referencia a que el Estado orienta su actuación hacia la consecución de objetivos públicos, en este sentido Alberto Castro plantea que la actuación se debe dar de la siguiente manera:

De manera proporcional, objetiva y razonable y con un manejo responsable y óptimo de los recursos públicos, con el fin de concretar las exigencias del Estado social y democrático de Derecho. Establece mecanismos para asegurar el cumplimiento de sus disposiciones y mandatos, así como para direccionar la actuación gubernamental para garantizar la calidad de los prestaciones y los servicios públicos Organiza sus procedimientos y sistemas de gestión para el logro de resultados en beneficio de los ciudadanos. (Castro 2015:03)

Mientras que al hablar del principio de legalidad hacemos referencia a que el accionar de la administración pública deberá darse conforme lo establecido en la normativa cumpliendo así un rol medular en la protección de los derechos fundamentales.

Por lo tanto, teniendo en cuenta que las entidades administrativas tienen como finalidad principal brindar servicios de excelencia a la comunidad, estas deberán establecer mecanismos ordenados en aplicación de los principios de debido procedimiento, celeridad, y predictibilidad (Guzmán 2013:390), los mismos que serán de vital importancia para el desarrollo eficiente de las mismas.

Para que una determinada Entidad pueda ejercer sus funciones de manera eficiente será necesario que tenga como parámetros la reforma y modernización del Estado y la Gestión Pública esto implica que el objetivo principal del proceso de modernización radica en poder obtener una gestión pública que coadyuve de manera directa en el desarrollo y bienestar de la sociedad, este objetivo podrá desarrollarse plenamente toda vez que los trámites y procedimientos al interior de una entidad se encuentren debidamente regulados ya que esta regulación va a permitir a la entidad brindar servicios eficientes, favoreciendo a los administrados, quienes podrán tener mayor acceso a los procedimientos que requieran.

Es necesario señalar que “para la obtención de un servicio de eficiencia las entidades públicas deberán someterse a mecanismos de simplificación administrativa” (Guzmán 2013:403), los mismos que van a servir para la correcta aplicación del principio de celeridad, es decir van a coadyuvar a que los trámites realizados al interior de una determinada entidad puedan ser realizados de manera sencilla y ágil. Por lo antes expuesto podemos señalar que una adecuada regulación del procedimiento administrativo es imprescindible en vista que la misma va a servir como vector para que una determinada entidad pueda brindar un servicio eficiente, el mismo que podrá ser accesible a los administrados de manera simple.

Teniendo como base fundamental el bienestar general dentro de nuestro Estado el numeral 22 del artículo 2 de nuestra Carta Magna reconoce como derecho fundamental de todo ciudadano gozar de un ambiente equilibrado y adecuado para el desarrollo de su vida¹. En ese sentido, con la finalidad que los ciudadanos ejerzan efectivamente este derecho, el Estado peruano implementa políticas para controlar la actuación de los particulares que realizan determinadas acciones o actividades que podrían afectar no solo al Estado sino también a los ciudadanos, estas políticas son implementadas a través de la actividad de policía materializada a través de la fiscalización. En este orden de ideas debemos de señalar que la fiscalización es una de las potestades más importantes con las que cuenta actualmente el Estado, esta potestad va a servir principalmente para coadyuvar al desarrollo del bienestar general dentro de una sociedad, es además de vital importancia que un Estado cuente con un sistema de fiscalización óptimo y que represente una forma de control idóneo sobre las diversas actividades a fin de garantizar que los administrados e incluso las propias entidades cumplan con la normativa establecida.

En el ámbito de fiscalización de Insumos Químicos y Bienes Fiscalizados el estado Peruano crea la Gerencia de Fiscalización de Insumos Químicos y Bienes Fiscalizados adscrita a la superintendencia Nacional de Aduanas y Administración tributaria encargada de la fiscalización, supervisión, control y sanción de las actividades que se realizan con insumos químicos y bienes fiscalizados con el fin de establecer medidas de control sobre los insumos y productos fiscalizados así como maquinaria y equipos utilizados para la elaboración de drogas ilícitas

¹CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL PERU

Artículo 2 : Toda persona tiene derecho a :

22. A la paz, a la tranquilidad, al disfrute del tiempo libre y al descanso, así como a gozar a de un ambiente equilibrado y adecuado al desarrollo de su vida

Es aquí donde radica la importancia de la presente investigación debido a que analizaremos el proceso de fiscalización de insumos químicos y bienes fiscalizados y podremos verificar si esta fiscalización se desarrolla de acuerdo a los principios de buen gobierno cuyo concepto jurídico se desarrolla como resultado de la evolución del Estado moderno. Por lo tanto podemos señalar que a través de la presente investigación podremos establecer mecanismos para asegurar la calidad de las intervenciones de los agentes Estatales esto debido a que para lograr un correcto desarrollo del proceso de fiscalización es necesario que las entidades cuenten con normas, procesos y procedimientos establecidos de manera correcta y específica, las mismas que van a facilitar a los funcionarios pertinentes la toma de decisiones acertada, respetando el derecho de los intervenidos y sobre todo cumpliendo con los principios y normas legales establecidas.

CAPÍTULO I: ESTADO MODERNO, BUEN GOBIERNO Y BUENA ADMINISTRACION

1.1 Estado Moderno y Buen Gobierno

Actualmente el buen gobierno es uno de los pilares fundamentales para el correcto desarrollo de un estado moderno a través de la correcta prestación de servicios en un marco de políticas públicas transparentes que permitan el correcto desarrollo social y estatal, el buen gobierno se encontrara estrechamente vinculado además al valor de democracia y al de estado de derecho a través de los cuales se “busca controlar el ejercicio de la discrecionalidad y brindar garantías a los ciudadanos contra posibles actos arbitrarios de los gobernantes” (CASTRO 2015:244), conforme lo señala dicho autor estos tres conceptos tendrán vinculación directa con el surgimiento y evolución estatal.(Castro 2015:244) Por lo tanto es necesario señalar que

“El Estado moderno es el resultado de un proceso histórico y continuo, cuyos contornos se van redefiniendo conforme a las exigencias de la sociedad de su tiempo. Así, podemos observar cómo el principio Estado de Derecho es el resultado de un proceso histórico que podemos ubicar de manera general entre los Siglos XVIII y XIX y que está vinculado a la formación del Estado liberal clásico. El principio estado de derecho busca controlar el ejercicio de la discrecionalidad y brindar garantías a los ciudadanos contra posibles actos arbitrarios de los gobernantes.”.(Castro 2015:244)

Es decir el Estado moderno no solo buscara la correcta prestación de servicios estatales sino además será parte fundamental de su desarrollo el respeto a los derechos de los ciudadanos a través de un correcto ejercicio estatal evitando actos cuya ejecución puedan devenir en arbitrarios. Es necesario precisar que el Estado de derecho se encuentra en constante proceso evolutivo, esto principalmente debido a que deberá de adaptarse a las necesidades de la sociedad, las mismas que se encuentran en

constante cambio debido a las exigencias que surgen cotidianamente como parte de la interacción de los ciudadanos con el estado, y de los ciudadanos entre ellos, en relación a esto el profesor Castro señala que “el Estado de Derecho ha estado sujeto a cambios que surgen como consecuencia de procesos de industrialización, modernización y configuración de nuevos grupos sociales, la consecución de estos sucesos dio origen al Estado Democrático de Derecho” (Castro 2015:244)

Al respecto Luciano Parejo propone la siguiente premisa:

“el principio democrático emergió redefiniendo las bases del Estado liberal, a la vez que preservando el contenido esencial del principio estado de derecho. El Estado moderno ha evolucionado de la mano con los principios estado de derecho y democracia, en un proceso que lo ha conducido desde el clásico Estado de Derecho Liberal hasta el Estado Social y Democrático de Derecho del Siglo XX. En el Estado Social y Democrático de Derecho, modelo según el cual el Estado se caracteriza por ser prestador de bienes y servicios, el principio democrático se conecta principalmente con los principios de pluralismo político y consentimiento, el principio Estado de derecho con la libertad y el principio Estado social con la igualdad”. (Parejo 1983:67)

En este contexto, podemos apreciar que la evolución que tuvo el Estado dan inicio a nuevas formas de actuación estatal, el nuevo Estado moderno tendrá un rol indispensable en el desarrollo individual a través de la correcta prestación de bienes y servicios, si bien es necesario precisar que el Estado no se constituirá como el principal prestador de estos tendrá un papel trascendental como garante en la eficacia de dichas prestaciones, en este orden de ideas debemos de señalar que “el derecho no estaría únicamente orientado a controlar el ejercicio de la discrecionalidad, sino también tendría como propósito direccionar el uso de ésta por medio de mecanismos regulatorios que faciliten la consecución de la calidad de la actuación de los poderes públicos” (Castro 2015:245), sin embargo la creación de nuevos mecanismos regulatorios no solo deberán estar orientados a regular la calidad de las prestaciones, sino también, deberá coadyuvar a que el ejercicio estatal se dé de manera transparente, evitando actos de arbitrariedad que puedan devenir en vulneraciones a derechos fundamentales.

Como hemos mencionado líneas arriba el proceso evolutivo del Estado se encuentra vinculado a la interacción que se desarrolla entre los ciudadanos y este (materializado a través del poder estatal), sobre esta figura Schmidt-Assmann desarrolló el concepto de Estado cooperativo, dicha figura se

desarrolla debido a la interacción que surge entre el sector privado y el Estado, los mismos que trabajaran de manera conjunta para la consecución de objetivos públicos dejando de ser el Estado el prestador de bienes y servicios para constituirse en el garante de la calidad de las prestaciones. (Schmidt-Assmann 2003:36-39)

Por lo tanto es en el marco del proceso de evolución del Estado Moderno surge el principio de buen gobierno, este principio se va a encontrar estrechamente vinculado con la estabilidad y seguridad jurídica, cuyo cumplimiento será indispensable para que el Estado pueda coadyuvar al cumplimiento de las necesidades de la sociedad. Al respecto el profesor Alberto Castro señala que “el buen gobierno como valor fundamental y como principio jurídico, representa el redimensionamiento de las funciones propias del Estado y de la actuación los poderes públicos.” (Castro 2015:245) Quedando así evidenciado, la importancia de este concepto en el desarrollo estatal.

En relación al contenido jurídico del buen gobierno el mencionado autor desarrolla tres definiciones conceptuales (sustantiva o material, prescriptiva, instrumental) las mismas que desarrollaremos a continuación (Castro 2015:246-249))

- Definición Sustantiva o Material.- Hace referencia al concepto de buen gobierno como herramienta analítica. Creando una vinculación entre el concepto de buen gobierno y el concepto de gobernanza refiriéndose a esta última como al conjunto de procesos de formación de marcos regulatorios mediante los cuales el Estado desempeña sus funciones o, en otras palabras, que determinan la forma en el que el Estado ejerce el poder.
- Definición Prescriptiva.- Mediante esta definición el buen gobierno puede ser concebido como el adecuado y responsable ejercicio del poder y del cumplimiento de los deberes de función estatal, garantizando la realización de los derechos humanos y la protección del interés público, proveyendo marcos institucionales transparentes y participativos para el eficaz funcionamiento del aparato estatal en el marco de un Estado Social y Democrático de Derecho, como medio para asegurar el desarrollo de todos los miembros de la sociedad en condiciones dignas y de igualdad. Que el buen gobierno sea definido como un valor fundamental hace que, dentro de la jerarquía de nuestro sistema normativo, pueda ser concretizado como un principio de rango constitucional.

- Definición Instrumental.- Esta nos permite conceptualizar al buen gobierno como un principio general del cual derivan un conjunto de otros principios (o sub-principios). Es necesario precisar que el surgimiento del principio de buen gobierno será el resultado del desarrollo de este grupo de principios de rango constitucional, los mismos que desarrollaremos a continuación

1.2 Principios Jurídicos del Buen Gobierno

El principio de buen gobierno busca garantizar la función orientadora del derecho. En la medida que el buen gobierno se enfoca en cómo las funciones públicas son ejercidas y las decisiones tomadas, se puede afirmar que se relaciona con el fenómeno del poder desde una perspectiva dinámica. Por ello, el principio de buen gobierno es de naturaleza procedimental. Asimismo, ofrece una perspectiva positiva del derecho por estar a favor del correcto ejercicio de la discrecionalidad y no en contra de ella, así como a favor de la calidad de las intervenciones públicas (Castro 2015:249-250)

Para efectos del presente trabajo recogeremos la definición establecida por el profesor Castro quien señala que

“Los principios jurídicos del buen gobierno son los elementos constitutivos del mismo, definen su contenido y determinan su posición constitucional, estos son los principios de corrección, transparencia, participación, rendición de cuentas y eficacia, son de raigambre constitucional y tienen vinculación directa con todos los poderes públicos. Su aplicación concretiza el principio de buen gobierno en cada uno de los poderes del Estado. De ellos derivan otras normas que en conjunto proveen los marcos regulatorios para el ejercicio de la función pública como parámetros de calidad” (Castro 2015:248)

De lo anteriormente señalado podemos precisar que la importancia de los Principios Jurídicos de Buen Gobierno radica en garantizar el correcto desarrollo estatal a través del adecuado funcionamiento de los órganos estatales y el estricto cumplimiento de la normatividad establecida dentro de un estado, permitiendo de esta manera que el accionar estatal se encuentre enfocado en el desarrollo de la sociedad, cumpliendo con la prestación de bienes y servicios de calidad que coadyuven al cumplimiento de los derechos de los ciudadanos a través de la implementación de políticas públicas que garanticen un accionar estatal transparente, eficaz, de calidad que no pueda dar origen a actos arbitrarios, por lo tanto es necesario señalar que los principios jurídicos de buen

gobierno se encuentran estrechamente vinculados con el principio de Estado de Derecho y Estado Democrático.

Siendo ello así, los principios del Buen Gobierno, de acuerdo al autor antes mencionado son:

- 1.2.1 Principio de Corrección
- 1.2.2 Principio de Transparencia
- 1.2.3 Principio de Participación
- 1.2.4 Principio de Rendición de Cuentas
- 1.2.5 Principio de Eficacia

1.3 Relación entre Buen Gobierno y Buena Administración

“La buena administración recoge dos de los valores centrales del Estado democrático de derecho: el control de la discrecionalidad; y, la objetividad e imparcialidad en la actuación de los poderes públicos” (Santamaría 2004:113-115) como podemos apreciar el contenido de la buena administración se encuentra estrechamente vinculado con el contenido desarrollado previamente en relación a buen gobierno, ya que va a versar sobre el correcto accionar estatal a través del control discrecional y la imparcialidad de los poderes públicos, lo que permitirá que el accionar de los órganos estatales se realice con sujeción a los derechos fundamentales evitando actos arbitrarios en el ejercicio de la administración.

Como hemos mencionado previamente el principio de buen gobierno va a vincular a todos los poderes estatales, por lo tanto a través de este se tendrá como premisa fundamental buscar que el accionar de los poderes públicos se realice conforme a los sub principios contenidos en el numeral 1.2 del presente capítulo, buscando que estos se desarrollen no solo al interior de todos los poderes públicos sino además en los diferentes niveles de gobierno. Sobre el particular el profesor Alberto Castro señala

“la buena administración es consecuencia de la aplicación de los (sub)principios de buen gobierno en el ejercicio de actividad administrativa. A este nivel, corrección, transparencia, participación, rendición de cuentas y eficacia serán considerados a su vez como principios de buena administración. Del resultado de su aplicación podrán derivar otras normas con contenido y alcances específicos que orientarán la acción administrativa del Estado.” (Castro 2015:250)

Es necesario precisar que algunos autores han caracterizado a la buena administración “como un concepto compuesto de tres capas: la capa de las garantías procedimentales conectada con el reconocimiento de la buena administración como derecho; la capa de los principios que estructuran el ejercicio de las funciones administrativas para la realización del interés general; y finalmente la capa de las normas de buena conducta administrativa como normas de soft-law.” (Mendes 2009:4-6) De esta definición se puede desprender la importancia de la buena administración como parámetro de regulación de la actuación estatal enfocada en la calidad al momento de la prestación de bienes, servicios y de la actividad administrativa per se constituyéndose en una garantía y mecanismo de legitimación sobre la actuación estatal. En este orden de ideas debemos precisar que “el reconocimiento de la buena administración como un derecho está relacionado con la perspectiva garantista y el carácter procedimental de este concepto. Así, el derecho a la buena administración se vincula a los conceptos de “natural justice”, “due process of law”, o el de debido proceso (Castro 2015.253)

Es importante también, señalar la definición planteada por Juli Ponce Solé que establece que:

“la buena administración puede ser definida como un principio únicamente vinculado al proceso de toma de decisiones administrativas y en tal sentido comprende una serie de principios y garantías procesales. Una de las obligaciones derivadas de este principio sería el deber de la administración pública de tomar no solo decisiones legales, sino también buenas decisiones a través de la implementación de procedimientos que garanticen el ejercicio adecuado de la discrecionalidad” (Ponce 2001 : 127)

En base a esta definición podemos señalar que la buena administración se encontrara materializada a través de la implementación y desarrollo idóneo de los procedimientos administrativos, en el caso de la normativa peruana se encontrara establecido a través del ejercicio del debido procedimiento administrativo que se encuentra contenido en el Artículo IV numeral 1.2 de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General que establece “ Los administrados gozan de todos los derechos y garantías inherentes al debido procedimiento administrativo, que comprende el derecho a exponer sus argumentos, a ofrecer y producir pruebas y a obtener una decisión motivada y fundada en derecho. La institución del debido procedimiento administrativo se rige por los principios del Derecho Administrativo. La regulación propia del Derecho Procesal Civil es aplicable sólo en cuanto sea compatible con el régimen administrativo”

Si bien el debido procedimiento Administrativo se encuentra contenido en el cuerpo normativo supra mencionado, es preciso señalar que el Tribunal Constitucional ha reconocido el principio a la buena administración como principio constitucional, sobre el particular en el párrafo 10 de la Sentencia de fecha 18 de febrero del 2005 recaída en el Expediente N° 2235-2004-AA/TC² el Tribunal constitucional señala que:

“(…) se encuentra el principio constitucional de buena administración, implícitamente constitucionalizado en el Capítulo IV del Título II de la Constitución. (…) dicho principio quiere poner en evidencia no sólo que los órganos, funcionarios y trabajadores públicos sirven y protegen al interés general, pues “están al servicio de la Nación” (artículo 39° de la Constitución), sino, además, que dicho servicio a la Nación ha de realizarse de modo transparente. Transparencia que exige que el Estado prevea todos los medios organizacionales, procedimentales y legales destinados a evitar que determinados funcionarios y trabajadores públicos, con poder de decisión o influencia en la toma de decisiones trascendentales para la buena marcha de la administración, puedan encontrarse restringidos en mayor medida que otros servidores públicos en el ejercicio de determinados derechos fundamentales (…)”³

Por lo tanto podemos señalar que el desarrollo del principio de buena administración ha conducido a la expansión de los alcances de los principios que regulan el ejercicio de la función administrativa. Así, la buena administración, en tanto principio del buen gobierno, no se limita a evitar la mala conducta de los funcionarios públicos para proteger los derechos e intereses de los ciudadanos sino que además impone en ellos la obligación positiva del adecuado ejercicio de sus funciones para garantizar el interés general así como promover la confianza y aceptación de las decisiones administrativas (Castro 2015:255)

²<http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2005/02235-2004-AA.html> fecha de consulta 19 de Septiembre del 2016 a las 20:00

³Párrafo 10 de la Sentencia de fecha 18 de febrero del 2005 recaída en el Expediente N° 2235-2004-AA/TC Aunque el legislador no lo haya afirmado expresamente, cuestión que, por otra parte, no tiene por qué hacerlo cuando legisla, al Tribunal Constitucional no le cabe ninguna duda de que detrás de la disposición limitativa del derecho a ejercer libremente la profesión de quienes tienen la condición de Ejecutores Coactivos se encuentra el principio constitucional de buena administración, implícitamente constitucionalizado en el Capítulo IV del Título II de la Constitución. En lo que aquí interesa poner de relieve, dicho principio quiere poner en evidencia no sólo que los órganos, funcionarios y trabajadores públicos sirven y protegen al interés general, pues “están al servicio de la Nación” (artículo 39° de la Constitución), sino, además, que dicho servicio a la Nación ha de realizarse de modo transparente. Transparencia que exige que el Estado prevea todos los medios organizacionales, procedimentales y legales destinados a evitar que determinados funcionarios y trabajadores públicos, con poder de decisión o influencia en la toma de decisiones trascendentales para la buena marcha de la administración, puedan encontrarse restringidos en mayor medida que otros servidores públicos en el ejercicio de determinados derechos fundamentales. Es el caso, por ejemplo, de quienes ejercen el cargo de Congresistas, para quienes, de acuerdo con el tercer párrafo del artículo 92° de la Constitución, su cargo es incompatible con la condición de gerente, apoderado, representante, mandatario, abogado, accionista mayoritario o miembro del Directorio de empresas que tienen con el Estado contratos de obras, de suministro o de aprovisionamiento o que administran rentas públicas o prestan servicios públicos. Pero también es el de los Jueces, quienes tampoco pueden actuar como abogados, salvo casos muy excepcionales contemplados en la Ley Orgánica del Poder Judicial.

Por lo anteriormente señalado queda establecida la importancia de la buena administración y su estrecha vinculación con el principio de buen gobierno, por lo tanto debemos de señalar que el buen gobierno se encontrara materializado en el accionar administrativo del Estado a través de la buena Administración, coadyuvando esta última a que las decisiones administrativas se realicen de manera eficiente y como factor de calidad, logrando de esta manera que el accionar estatal materializado a través de los operadores administrativos se dé teniendo en cuenta la adopción de la mejor decisión posible. Al respecto Juli Ponce Sole señala que “la buena administración es la manifestación más clara del nuevo paradigma que propugna el buen gobierno al centrarse en la forma en que las decisiones son tomadas como factor de calidad, para lo cual su preocupación no es el control de la discrecionalidad sino el direccionar el uso de la misma (Ponce 2001:127-132)”

Por otro lado la vinculación de la buena administración con el principio de eficacia se ve plasmada en la siguiente premisa:

“La buena administración se encuentra estrechamente vinculada al principio de eficacia esto debido a que la administración pública desde finales de la década de los 70’ del siglo pasado ha tenido, sin ninguna duda, un efecto en el derecho y en la perspectiva jurídica tradicional del principio de eficacia. Así, la preocupación por la calidad de las prestaciones por parte del Estado como fuente de legitimidad, ha originado que la eficacia como estándar normativo pueda también ser concebida desde una perspectiva operacional.” (Castro 2015:255)

La relación entre eficacia y buena administración y la importancia de la misma para garantizar el interés general ha sido establecida por nuestro Tribunal Constitucional que en el Fundamento 11 de la Sentencia de fecha 05 de Julio del 2004 recaída en el Expediente N° 0090-2004-AA/TC⁴ establece

“El interés público tiene que ver con aquello que beneficia a todos; por ende, es sinónimo y equivalente al interés general de la comunidad. Su satisfacción constituye uno de los fines del Estado y justifica la existencia de la organización administrativa. La administración

⁴<http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2004/00090-2004-AA.html> Fecha de consulta 17 de septiembre de 2016 20:31 horas

estatal, constituida por órganos jerárquicamente ordenados, asume el cumplimiento de los fines del Estado teniendo en cuenta la pronta y eficaz satisfacción del interés público (...)⁵

El concepto de buena administración nos provee de nuevas perspectivas en la forma como entendemos que las funciones administrativas y la discrecionalidad deben ser ejercidas. Por esta razón, puede contribuir a generar cambios en la cultura institucional y burocrática de las administraciones públicas. “El desarrollo de instrumentos de derecho administrativo desde la

⁵El interés público tiene que ver con aquéllo que beneficia a todos; por ende, es sinónimo y equivalente al interés general de la comunidad. Su satisfacción constituye uno de los fines del Estado y justifica la existencia de la organización administrativa. La administración estatal, constituida por órganos jerárquicamente ordenados, asume el cumplimiento de los fines del Estado teniendo en cuenta la pronta y eficaz satisfacción del interés público. El interés se expresa confluyentemente como el valor que una cosa posee en sí misma y como la consecuencia de la inclinación colectiva hacia algo que resulta atractivo, apreciable y útil. De allí que Fernando Sainz Moreno [“Reducción de la discrecionalidad: el interés público como concepto jurídico”, Revista española de Derecho Administrativo, disco compacto, Madrid, Civitas Ediciones, Revista N.º 008, enero - marzo de 1976] plantee que la noción interés público se entienda como expresiones del valor público que en sí mismo tienen ciertas cosas; o bien como expresión de aquello que únicamente interesa al público. Dicho interés es tan relevante que el Estado lo titulariza, incluyéndolo entre los fines que debe perseguir necesaria y permanentemente. En ese aspecto, Emilio Fernández Vázquez (“Diccionario de derecho público”. Buenos Aires: Astrea, 1981) enfatiza que “El Estado no puede tener más que intereses públicos”; razón por la cual éste está comprendido en un régimen de Derecho Público. Consecuentemente, el interés público es simultáneamente un principio político de la organización estatal y un concepto jurídico. En el primer caso opera como una proposición ético-política fundamental que informa todas las decisiones gubernamentales; en tanto que en el segundo actúa como una idea que permite determinar en qué circunstancias el Estado debe prohibir, limitar, coactar, autorizar, permitir o anular algo. Como bien refiere Fernando Sainz Moreno (vide supra), en sí misma, la noción de “interés público” se distingue, aunque no se opone, a la noción de “interés privado”. Dicha distinción radica en que, por su capital importancia para la vida coexistencial, el interés público no puede ser objeto de disposición como si fuese privado. Empero, el carácter público del interés no implica oposición ni desvinculación con el interés privado. No existe una naturaleza “impersonal” que lo haga distinto del que anima “particularmente” a los ciudadanos. Por el contrario, se sustenta en la suma de los intereses compartidos por cada uno de ellos. Por ende, no se opone, ni se superpone, sino que, axiológicamente, asume el interés privado. Es por eso que su preeminencia no surge de la valoración de lo distinto, sino de lo general y común. En ese contexto, la discrecionalidad opera cuando el ordenamiento jurídico atribuye a algún órgano competencia para apreciar, en un supuesto dado, lo que sea de interés público. Como lo manifiesta el mismo Sainz Moreno, “en el interés público se encuentra el núcleo de la discrecionalidad administrativa (...) y la esencia, pues, de toda actividad discrecional la constituye la apreciación singular del interés público realizada conforme a los criterios marcados por la legislación”. Es decir, la discrecionalidad existe para que la Administración pueda apreciar lo que realmente conviene o perjudica al interés público; esto es, para que pueda tomar su decisión librada de un detallado condicionamiento previo y sometida sólo al examen de las circunstancias relevantes que concurren en cada caso. Al respecto, Juan IgartuaSalaverría, citando a Eduardo García de Enterría, [“Principio de legalidad, conceptos indeterminados y discrecionalidad administrativa”, Revista española de Derecho Administrativo, disco compacto, Madrid, Civitas Ediciones, Revista N.º 092, octubre - diciembre de 1996], precisa que “la Administración, está obligada a justificar las razones que imponen la decisión en el sentido del interés público de una manera concreta y específica y no con una mera afirmación o invocación abstracta”. Por ello, para IgartuaSalaverría, las decisiones de la Administración no gozan de presunción alguna, y no basta que se expresen en formas típicas e iterativas. Al contrario, el ejercicio de una potestad discrecional debe acompañarse de una motivación que muestre puntualmente el nexo coherente entre el medio adoptado y el interés general circunscrito al que apunta. Es así que el interés público, como concepto indeterminado, se construye sobre la base de la motivación de las decisiones, como requisito sine qua non de la potestad discrecional de la Administración, quedando excluida toda posibilidad de arbitrariedad. En ese sentido, la potestad discrecional de la Administración, en el caso del pase a retiro por renovación de cuadros de los oficiales de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional, debe tener como sustento la debida motivación de las decisiones, las cuales, asimismo, tienen que estar ligadas a la consecución de un interés público que, en el caso de autos, está directamente vinculado a la finalidad fundamental de las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional: garantizar la independencia, soberanía e integridad territorial de la República, y garantizar, mantener y restablecer el orden interno, respectivamente, entre otras funciones que la Constitución y la ley le asignen, y al cumplimiento óptimo de sus fines institucionales en beneficio de todos y cada uno de los ciudadanos, mediante la renovación constante de los cuadros de oficiales, realizada en forma objetiva, técnica, razonada y motivada, excluyendo toda posibilidad de arbitrariedad

perspectiva del principio de la buena administración puede ser considerado un mecanismo adecuado para promover la calidad y la eficacia de la administración pública.” (Castro 2015: 255)

Desde esta perspectiva, la eficacia está vinculada, en primer lugar, al logro de los objetivos establecidos por la institución. Pero también se inserta dentro de una dimensión más amplia, relacionada con la calidad de los servicios, el funcionamiento y organización de la administración, y las necesidades que conlleva la adecuada implementación de las políticas públicas. Esta dimensión del principio de eficacia está conectada con el desarrollo del principio de buena administración. (Castro 2015: 255)

CAPÍTULO II: MARCO LEGAL

2.1 Actividad de Policía de la administración

Christian Guzmán Napuri define la actividad de policía de la administración como “una actividad de limitación que implica la facultad de la administración de limitar derechos fundamentales a fin de obtener la adecuación del comportamiento del particular al interés general².(GUZMAN 2013:22) Sobre el particular debemos de manifestar que esta actividad de la administración se encontrara estrechamente vinculada con la facultad de fiscalización de las entidades estatales, toda vez que se buscara la adecuación del comportamiento de los administrados, es decir se tiene como fin fundamental el cumplimiento de la normatividad para de esta manera poder satisfacer los intereses generales.

Es en uso y cumplimiento de la actividad de policía que la administración puede otorgar autorizaciones, licencias y permisos a fin de que los particulares desempeñen determinadas actividades. Pero la citada actividad no se restringe a ello, pues, la misma puede implicar además el establecimiento de prohibiciones e incluso obligaciones de dar o hacer que afectan a los administrados (Guzmán 2013: 22) Para efectos del presente trabajo debemos de señalar que el control de insumos químicos y bienes fiscalizados se encuentra estrechamente vinculado con la actividad de policía, en este caso en particular desarrollada a través de la Superintendencia Nacional de Aduanas y Administración Tributaria , que a través del Decreto Legislativo 1126 establece las condiciones para acceder a las autorizaciones y permisos para realizar actividades con los mencionados insumos.

Si bien es cierto, que a través de la actividad de policía la administración busca coadyuvar al desarrollo del interés general mediante la imposición de parámetros a los particulares, es necesario precisar que esta tiene ciertas limitaciones a fin de que la actuación de la administración no se realice de manera arbitraria.

Al respecto debemos de precisar que el primer parámetro es que solo la ley faculta a la administración para que la misma pueda limitar dichos derechos (García De Enterría: 112) y como segundo parámetro tenemos que la limitación de los derechos esenciales (Parejo 1983: 116)

2.2 Potestad Fiscalizadora del Estado

Teniendo como base fundamental el bienestar general dentro de nuestro Estado el numeral 22 del artículo 2 de nuestra Carta Magna reconoce como derecho fundamental de todo ciudadano gozar de un ambiente equilibrado y adecuado para el desarrollo de su vida⁶. En ese sentido, con la finalidad que los ciudadanos ejerzan efectivamente este derecho, el Estado peruano implementa políticas para controlar la actuación de los particulares que realizan determinadas acciones o actividades que podrían afectar no solo al Estado sino también a los ciudadanos, estas políticas son implementadas a través de la Fiscalización. En este orden de ideas debemos de señalar que la fiscalización es una de las potestades más importantes con las que cuenta actualmente el Estado, esta potestad va a servir principalmente para coadyuvar al desarrollo del bienestar general dentro de una sociedad, es además de vital importancia que un Estado cuente con un sistema de fiscalización óptimo y que represente una forma de control idóneo sobre las diversas actividades a fin de garantizar que los administrados e incluso las propias entidades cumplan con la normativa establecida.

La fiscalización es el poder de una determinada entidad de comprobar e investigar los hechos, actos, situaciones, actividades y demás circunstancias que determinan la realización del hecho imponible, esta facultad debe tener como parámetro la discrecionalidad, siendo la Administración la encargada de establecer que se fiscalizara.

Al respecto debemos de señalar que la calidad de la fiscalización y sanción de la regulación en el Perú obtiene un puntaje de 0,5 sobre un total de 1 en el Index Rule of Law del 2015. “Según este reporte, las regulaciones en el Perú no son efectivamente aplicadas o, son efectivamente aplicadas a

⁶CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL PERU

Artículo 2 : Toda persona tiene derecho a :

22. A la paz, a la tranquilidad, al disfrute del tiempo libre y al descanso, así como a gozar a de un ambiente equilibrado y adecuado al desarrollo de su vida

medias”, señala la asociación Contribuyentes por Respeto (CpR), en su informe “¿(Detección del) Crimen o castigo? Hacia un nuevo enfoque de la fiscalización y sanción en el Perú”,⁷

En este sentido Desarrollaremos primeramente:

2.2.1 La potestad Sancionadora del Estado

El origen de la potestad sancionadora del Estado se da “como consecuencia del movimiento de la ilustración el Estado Liberal de derecho tuvo la necesidad no solo de monopolizar la potestad sancionadora del Estado, sino además racionalizarlo y someterlo a los mecanismos de limitación y control de poder” (Pietro 1985:290) esto principalmente para que la actuación de la administración no se encuentre contenidas por una serie de mecanismos que puedan constituirse en una fuente de vulneración de los derechos de los administrados

Carbonell Mateu afirma que “La potestad sancionadora de la Administración equivale a otorgar al ejecutivo no solo la capacidad de imponer sanciones sino sobre todo, de determinar cuándo, cómo y a quien se impone. Si se aceptase eso sería la propia administración la que establecería las conductas a sancionar y las sanciones con una evidente merma del principio de Legalidad” (Carbonell 1996:86)

La potestad Sancionadora del Estado es única y conforme lo señala Mestre “se expresa a través del derecho penal o del derecho administrativo sancionador en función de una serie de criterios fundamentalmente político criminales como la relevancia del bien jurídico, la relevancia de la conducta que se pretende sancionar, la eficacia que se requiere en la persecución de dichas conductas, entre otros” (Mestre ⁸ En este orden de ideas debemos de señalar que la potestad sancionadora del estado se encontrara estrechamente vinculada con la fiscalización que se realiza a nivel Estatal, esto principalmente debido a que a través de las diversas acciones de Fiscalización que implemente una determinada entidad se podrá detectar una conducta que vulnere el ordenamiento jurídico, correspondiendo en todo caso la imposición de unas sanción. En el caso de los Insumos químicos y Bienes Fiscalizados debemos de señalar que las sanciones que impondrá el Estado en conformidad con la potestad sancionadora se encontraran debidamente tipificadas en los artículos 272 y 296 – B del Código Penal, las mismas que abordaremos en el siguiente capítulo. Al respecto Roberto Pereira señala que “el poder sancionador de la Administración Pública constituiría

⁷ <http://elcomercio.pe/economia/peru/fiscalizacion-peru-como-lograr-que-mejore-noticia-1910624> Hora de consulta 17:40

⁸ Citado por DANOS ORDÓÑEZ, Jorge “Notas acerca de la Potestad Sancionadora de la Administración Pública en IUS ET VERITAS (PUC) Año V N°10 p. 149

una suerte de facultad implícita, tacita o inherente a la misma, es decir aquella sin la cual no es posible que la Administración cumpla con los fines asignados por la constitución” (Pereira : 282)

Como hemos mencionado anteriormente Alberto Castro señala que “el buen gobierno es un principio de carácter Constitucional, esto debido principalmente a su valor fundamental dentro de la jerarquía de nuestro sistema normativo, que se desprende de lo establecido en el artículo 44 de la Constitución Política del Perú” (Castro 2015:245), en este orden de ideas es necesario señalar que la mencionada norma también se encontrara estrechamente relacionada con la potestad sancionadora del Estado, en este sentido Pereira Chumbe señala “ La constitución al establecer en su artículo 44 como deber esencial del Estado la protección de los derechos humanos, la seguridad de la población, así como promover el bienestar general, mandatos que constituyen el fundamento de la potestad punitiva general del Estado” (Pereira: 282) , quedando establecido, de esta manera no solo la importancia de la potestad punitiva del Estado, sino además su estrecha vinculación con el Buen gobierno.

La fiscalización de insumos Químicos y bienes Fiscalizados se encuentra estrechamente vinculada con la potestad sancionadora previamente desarrollada, y es de vital importancia para el correcto desarrollo estatal, esto se debe a que conforme lo señala la UNODC – United Nation Office on Drugs and Crime

“la producción de casi todas las drogas ilícitas requieren de productos químicos para ser transformadas hasta su forma final (drogas "orgánicas") o son, directamente, el producto de una síntesis química entre distintos componentes químicos (drogas sintéticas o "de diseño") La cocaína, por ejemplo, es un alcaloide que se encuentra puro dentro de la hoja de coca y mediante un proceso que requiere de varios productos químicos (ácido sulfúrico, acetona, permanganato de potasio, etc.) es extraído hasta su forma final en cocaína (clorhidrato de cocaína). Sin la presencia de estas sustancias químicas, obviamente no se puede fabricar las drogas. A estas sustancias las llamamos "precursores" Por esta razón, la comunidad internacional reconoce que el control de los precursores es una herramienta clave en la lucha contra el narcotráfico, y que sumada a otras medidas buscan evitar directamente la producción de drogas ilícitas”.⁹

⁹ <https://www.unodc.org/peruandecuador/es/02AREAS/DIQ/desvo-de-insumos-quimicos.html>

Si bien es necesario señalar que la utilización de estas sustancias llamadas precursoras, es completamente legal, e incluso imprescindible para la fabricación y elaboración de otros productos tales como pinturas, alimentos, etc, es necesario que exista por parte del estado mecanismos de fiscalización que permitan el control de las mismas, garantizando su correcto uso sin imponer restricciones exageradas al libre tráfico sin perjudicar la economía de las empresas.

2.2.2 Medidas Correctivas y Fiscalización

Cuando hablamos de medidas correctivas debemos de señalar primeramente que estas se emiten en el marco de la función de policía de la Administración Pública de velar por la Legalidad o, en otros términos, de “tutelar el cumplimiento del ordenamiento jurídico, y que ello a su vez repercute en el interés general de los ciudadanos.” (Cuadra 2012: 242) Sobre el particular debemos de señalar que las fuentes del poder de policía están en la constitución, las leyes, y en los reglamentos y tienden a la protección integral de los derechos esenciales, por ende sus límites están en la normatividad, es decir, el respeto a la normatividad. Andre De Laubadere ¹⁰ considera “el poder de policía una intervención de la administración a la que llama policía administrativa, que ejercen algunas autoridades administrativas. Señala que su objeto es imponer limitaciones a las libertades de los individuos con el propósito de asegurar el orden público”

2.2.3 Facultad de discrecionalidad del Procedimiento de Fiscalización.

Las facultades dentro del procedimiento de fiscalización se constituyen como una serie de límites a la Administración que sirve para que dicho procedimiento se desarrolle en estricto cumplimiento del marco jurídico, asegurando el respeto de los usuarios fiscalizados.

Al respecto, el Tribunal Constitucional, mediante la Resolución N°081-2008-PA/TC, establece que la facultad discrecional de la Administración en la fiscalización no puede ser ejercida de manera irrazonable desconociendo principios y valores constitucionales, ni al margen de los derechos fundamentales de las personas pues se negaría la esencia propia del Estado constitucional que se caracteriza por controlar el ejercicio arbitrario del poder del Estado.

¹⁰ Citado por CERVANTES Dante. Manual de Derecho administrativo sexta edición. Lima: Rodhas, 2000 p. 132

Teniendo como premisa el criterio establecido por el Tribunal Constitucional debemos de señalar que el proceso de fiscalización debe darse en estricto cumplimiento de la normativa pertinente generándose así un procedimiento transparente y eficiente para una correcta imposición de sanciones en caso de detectarse alguna falta, debemos señalar además, que esta facultad se encontrara estrechamente vinculada con el desarrollo del buen gobierno ya que queda demostrado que el correcto accionar estatal a través del proceso de fiscalización, debe darse en estricto cumplimiento del control discrecional.

Al respecto Oscar Cabanillas Bazán señala que en aplicación de esta facultad, “la Administración según su juicio de oportunidad puede decidir los sectores a fiscalizar, el tipo de actuación a ser aplicada, los procedimientos de fiscalización, entre otros; teniendo en consideración el interés público en desmedro del interés particular; sin embargo, esta discrecionalidad no debemos confundirla con arbitrariedad” (CABANILLAS 2012:220)

2.2.4 Límites y Finalidad del Procedimiento de Fiscalización

Los límites del procedimiento de fiscalización están enfocados en asegurar que este se desarrolle en estricto cumplimiento del marco normativo vigente, que como lo indicáramos anteriormente es vital para asegurar la relación entre fiscalización buen gobierno y buena administración. Sobre el particular, Oscar Cabanillas señala que “todas las actuaciones de la Administración deben enmarcarse dentro del marco legal respectivo, caso contrario sus actos devendrían en nulos” (CABANILLAS 2012: 221)

En relación a la importancia de que la administración realice sus actos conforme a ley para asegurar el respeto de los derechos fundamentales de los ciudadanos, el Tribunal Constitucional en su sentencia recaída en el expediente 0858-2003-AA/TC ¹¹ establece que “el Estado, en efecto, tiene, en relación con los derechos fundamentales, un deber especial de protección (...), los derechos fundamentales constituyen el orden material de valores en los cuales se sustenta todo el ordenamiento constitucional”.

Cuando hablamos acerca de la finalidad del procedimiento de fiscalización debemos de señalar que esta principalmente se da para que la administración pueda asegurar el cumplimiento de las normas establecidas en una determinada materia, en el caso del presente trabajo, la fiscalización estará enfocada en la detección del cumplimiento del uso adecuado de los insumos químicos y bienes fiscalizados, y la posterior sanción en caso del incumplimiento del marco normativo vigente.

¹¹ <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2004/00858-2003-AA.html>, Fecha de consulta 29/10/2016

Por otro lado, es pertinente señalar que el objetivo general de la función de fiscalización, está orientado al logro de una mayor eficacia de la gestión de la Administración (CABANILLAS 2012: 221) teniendo como fin principal que los usuarios tengan un mejor comportamiento a futuro a través de un mayor cumplimiento de las normas.

Es de vital importancia mencionar que la detección del incumplimiento de una norma por parte de los usuarios es el pilar fundamental de la fiscalización, sin embargo a través de dicha detección se buscara implementar una serie de cambios y mejoras en el marco normativo que coadyuven directamente al desarrollo de un buen gobierno.

CAPÍTULO III: FISCALIZACIÓN DE INSUMOS QUÍMICOS Y BIENES FISCALIZADOS

3.1 Definición de Insumos Químicos y Bienes Fiscalizados.

Los bienes fiscalizados son definidos como todo aquel insumo químico, productos, sub productos o derivados, maquinarias y equipos utilizados, directa o indirectamente en la elaboración de drogas ilícitas conforme lo establecido en el artículo 2 del Decreto Legislativo N°1126, como hemos señalado anteriormente la actividad de policía de la administración se constituye como una actividad de limitación por parte de la administración a fin de obtener la adecuación del comportamiento del particular al interés general, en el caso particular debemos de señalar que dicha actividad se verá reflejada a través del proceso de fiscalización, que buscara no solo que los administrados realicen actividades con insumos químicos y bienes y bienes fiscalizados conforme lo establecido en la norma, sino además implementara los mecanismos correspondientes para su cumplimiento así como para las sanciones en caso de vulneración.

Es necesario precisar que la importancia de ejecutar la actividad de policía por parte del Estado materializada a través de la fiscalización de insumos químicos y bienes fiscalizados se encuentra basada en la protección no solo a la salud y al medio ambiente, sino a la adopción de un conjunto de medidas enfocadas en la lucha contra actividades ilícitas, encontrándose así estrechamente vinculado también, a la realización de un buen gobierno.

3.1.1 Insumos químicos, productos, subproductos y derivados sujetos al registro, control y fiscalización en el territorio nacional

Como lo hemos mencionado anteriormente el artículo 5 del Decreto Legislativo N° 1126 señala que los insumos químicos, productos y sus subproductos o derivados, que sean utilizados para la elaboración de drogas ilícitas, serán fiscalizados, cualquiera sea su denominación, forma o

presentación, estableciendo a través del Decreto Supremo N°024-2013-EF la lista de insumos químicos y bienes fiscalizados sujetos a fiscalización. Es pertinente señalar que mediante Decreto Supremo N°348-2015-EF se aprueba una nueva lista de insumos químicos y bienes fiscalizados (anexo 1) que se encontraran sujetos a control y fiscalización dentro del territorio nacional, siendo estos:

1. Acetato de Etilo
2. Acetato de n-Propilo
3. Acetona
4. Ácido Antranílico
5. Ácido Clorhídrico y/o Múriatico
6. Ácido Fórmico
7. Ácido Nítrico
8. Ácido Sulfúrico
9. Amoníaco
10. Anhídrido Acético
11. Benceno
12. Carbonato de Sodio
13. Carbonato de Potasio
14. Cloruro de Amonio
15. Éter Etílico
16. Hexano
17. Hidróxido de Calcio
18. Hipoclorito de Sodio
19. Isosafrol
20. Kerosene
21. Metil Etil Cetona
22. Metil Isobutil Cetona
23. Oxido de Calcio
24. Permanganato de Potasio
25. Piperonal
26. Safrol

27. Sulfato de Sodio

28. Tolueno

29. Xileno

3.1.2 Fiscalización de Insumos Químicos y Bienes Fiscalizados en zona de régimen Especial.

Cuando hablamos acerca de las zonas de régimen especial, hacemos referencia a aquellas zonas geográficas dentro de las cuales existe una mayor incidencia de elaboración de drogas ilícitas, para las cuales se hace indispensable el uso de bienes fiscalizados, motivo por el cual es indispensable que el Estado, en salvaguarda de los intereses generales establezca mayores mecanismos de control y fiscalización.

Al respecto, el artículo 34 del Decreto Legislativo 1126 establece que “en las áreas ubicadas en zonas geográficas de elaboración de drogas ilícitas, se implemente un Régimen Especial para el control de Bienes Fiscalizados. El régimen especial comprende medidas complementarias a las establecidas en el presente Decreto Legislativo vinculadas a la comercialización para uso artesanal o doméstico de los Bienes Fiscalizados”

El Ministerio del Interior fijó las zonas geográficas para la implementación del régimen especial de bienes fiscalizados con el Decreto Supremo N° 009-2013-IN publicado el 1 de junio de 2013, que entró en vigencia el 27 de agosto de 2013, modificado por el Decreto Supremo N° 013-2013-IN, y modificado por el Decreto Supremo N° 009-2016-IN. El cual establece como zonas de régimen especial a las zonas de Ayacucho, Cusco, Junín, Huancavelica y Huánuco.

Es necesario señalar que mediante el anexo 2 del Decreto Supremo N°348-2015-EF se establece los insumos químicos y bienes fiscalizados que serán objetos de fiscalización dentro de las zonas de régimen Especial.

3.2 Mecanismo para control de Insumos Químicos y Bienes Fiscalizados

La fiscalización de insumos químicos y bienes fiscalizados se encuentra a cargo de la Superintendencia Nacional de Aduanas y Administración Tributaria, a través de la Gerencia de Fiscalización de Bienes fiscalizados, cuyo marco de actuación se encuentra normado conforme lo establecido por el Decreto Legislativo N°1126, y que haciendo uso de la actividad de policía ha implementado una serie de requisito y mecanismos para el adecuado control de las actividades que realizan los usuarios de estos productos, a fin de proteger los intereses generales del estado.

3.2.1 El Registro para el Control de los Bienes Fiscalizados

El Registro para el control de los Bienes fiscalizados (RCBF) fue creado a través del artículo 6 y del Decreto Legislativo 1126 y contiene toda la información relativa a los bienes fiscalizados así como las actividades y usuarios.

La Superintendencia Nacional de Aduanas y Administración Tributaria es la encargada de su implementación y mantenimiento para el correcto funcionamiento del mismo, es importante señalar que el Usuario para desarrollar cualquiera de las actividades fiscalizadas requiere contar con su inscripción vigente en el Registro.

Dicho Registro cuenta con una base de datos centralizada, con información actualizada permanentemente, interconectado con las instituciones públicas y privadas relacionadas al control de los Bienes Fiscalizados, con acceso restringido respecto a terceros u otras entidades competentes y cuenta con mecanismos que aseguran la seguridad de la información.¹²

El RCBF incorpora a todos los usuarios que realizan actividades sujetas a fiscalización tales como producción, fabricación, preparación, envasado, re envasado, comercialización, transporte, servicio de transporte, almacenamiento, servicio de almacenamiento, transformación, utilización o prestación de servicios en el territorio nacional, regímenes y operaciones aduaneras para el ingreso y salida del país, referido a los Bienes Fiscalizados debiendo estar previamente inscritos para la realización de cualquiera, conforme lo establecido en el artículo 7 del decreto legislativo previamente mencionado.

La inscripción en el Registro tiene una vigencia de dos (2) años, la cual podrá ser renovada por el Usuario antes de su expiración. Expirado dicho plazo sin que se haya culminado con el trámite de renovación de la inscripción, el Usuario quedará inhabilitado para desarrollar cualquiera de las actividades fiscalizadas hasta que se culmine con el referido trámite. El plazo de tramitación para la renovación se especificará en el Reglamento, no pudiendo ser mayor a sesenta (60) días hábiles, siéndole de aplicación el silencio administrativo negativo¹³

¹² SUNAT: <http://orientacion.sunat.gob.pe/index.php/empresas-menu/insumos-quimicos/introduccion-a-insumos-quimicos> fecha de consulta: 10 de noviembre del 2016

¹³ Artículo 8 Decreto Legislativo 1126

3.2.2 Inspecciones para control y Fiscalización de los bienes Fiscalizados

Otra de las actividades que realiza la SUNAT fin de llevar un adecuado control de las actividades que realizan los usuarios con bienes fiscalizados son las inspecciones, estas se dan principalmente para verificar el adecuado uso de los bienes fiscalizados, encontrándose la SUNAT en la facultad de requerir la intervención de la Policía y del Ministerio Público. Es indispensable señalar que los usuarios se encuentran en la obligación de facilitar el ingreso y proporcionar la documentación necesaria a fin del correcto desarrollo de las inspecciones, al respecto el artículo 11 del Decreto Legislativo 1126 establece “(...) los usuarios facilitaran el ingreso a sus instalaciones (...) para que la SUNAT pueda desarrollar su labor conforme a sus atribuciones”

Como ha sido mencionado a lo largo del presente trabajo, la principal función de actividades tales como las inspectivas o fiscalizadoras es poder establecer parámetros a las actividades realizadas por particulares a fin de que con su accionar no vulneren el bienestar general, es necesario señalar que en caso de no cumplir con las normas y que estas sean detectadas en el proceso de control posterior (Inspección o fiscalización) dicho incumplimiento conllevara a la aplicación de una sanción, el presente caso la sanción se materializa a través de la suspensión de la inscripción en el Registro, cuando en el proceso de evaluación previa o controles posteriores, se verifique el uso de instrumento falso o presentación de información falsa, para obtener la incorporación o renovación del Registro. Asimismo, la suspensión procederá cuando el Usuario no permita el ingreso de los funcionarios públicos encargados del control y fiscalización de los Bienes Fiscalizados a sus instalaciones, hasta por dos (2) veces consecutivas o alternas¹⁴ Otra de las sanciones que aplica en caso de incumplimiento a la normativa de insumos químicos y bienes fiscalizados es la baja en el registro, debidamente contemplada en el artículo 9 del Decreto Legislativo 1126¹⁵

3.2.3 Registro de Operaciones

Los Usuarios tienen la obligación de llevar y mantener diariamente el Registro de sus Operaciones con Bienes Fiscalizados, por cada uno de los establecimientos que hayan inscrito en el Registro y de acuerdo con las Actividades Fiscalizadas declaradas en aquel, es importante señalar que las operaciones que se deben registrar son de ingreso, egreso, producción, uso, transporte y

¹⁴ Artículo 10 del Decreto Legislativo 1126

¹⁵ Artículo 9.- De la baja definitiva en el Registro: La condena firme por tráfico ilícito de drogas o delitos conexos, respecto de los Usuarios o de sus representantes legales o directores, generará la baja definitiva del Usuario en el Registro. También corresponde la baja definitiva de la inscripción en el Registro, cuando exista condena firme del Usuario o de alguno de sus accionistas, representantes legales o directores y responsables del manejo de los Bienes Fiscalizados, por haber obtenido la incorporación o renovación en el Registro presentando documentación y/o información falsa. La baja de la inscripción en el Registro obligará al cese inmediato de las actividades relacionadas con los Bienes Fiscalizados

almacenamiento de los Bienes Fiscalizados, sin excepción alguna, dependiendo de la actividad económica que desarrollen, conforme lo establecido en el artículo 12 del Decreto Legislativo N° 112

Los Usuarios deberán conservar los libros, registros y documentación sustentatoria que contengan la información de las operaciones realizadas con Bienes Fiscalizados por un período no menos de 04 años; dicho plazo se computa a partir del primer día calendario del año siguiente a aquel en que se anotó la operación en el Registro Diario de Operaciones.

El Registro Diario de Operaciones se deberá conservar en cada establecimiento al que correspondan las operaciones registradas, debiendo estar a disposición de la SUNAT cada vez que ésta lo requiera, brindándose para ello las facilidades y el equipo técnico de recuperación de la información, de ser el caso.

La Gerencia de Operaciones del Registro de Bienes Fiscalizados administra el proceso de control de declaraciones juradas del registro de operaciones, determinando aquellos que han cumplido con su obligación y los omisos a la declaración del registro de operaciones.

Mediante Decreto supremo N° 010-2015-EF se aprobó la tabla de infracciones y sanciones sobre los usuarios que no cumplan las disposiciones sobre el registro de operaciones, es de vital importancia señalar que el Estado a través de la SUNAT ha desempeñado una serie de acciones para el correcto control del funcionamiento de este registro y así reducir el porcentaje de omisos, dentro de las cuales tenemos¹⁶:

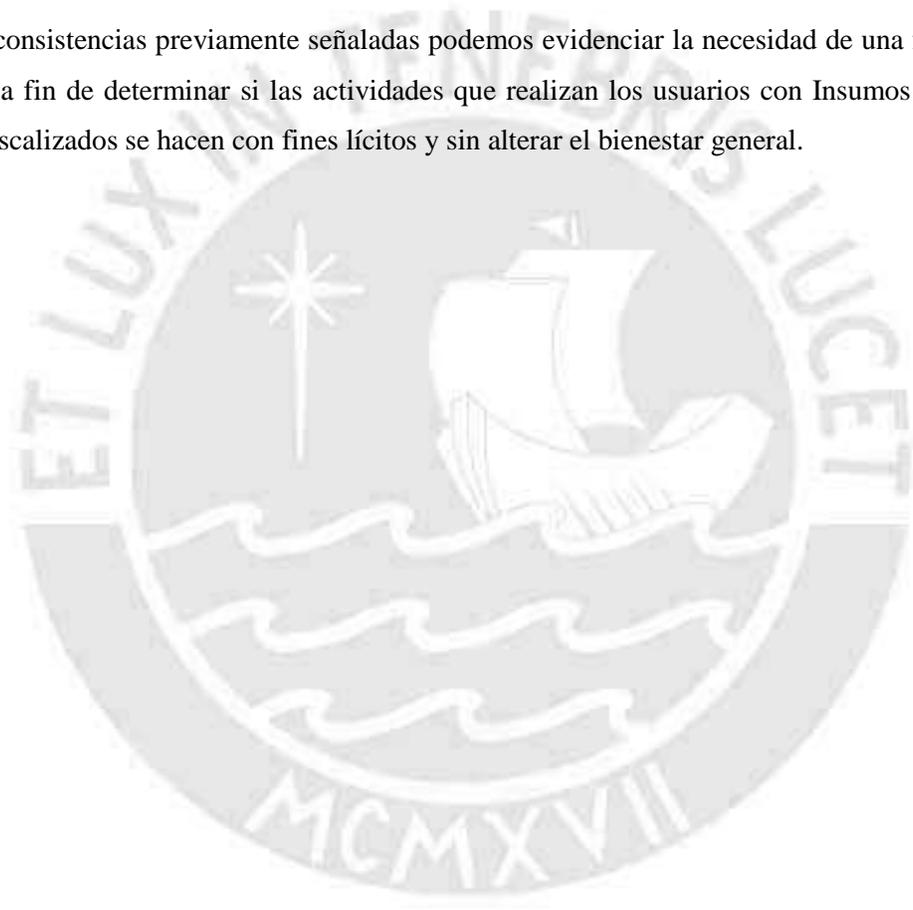
- a) Emisión de cartas y esquelas de omisos.
- b) Envío de correos electrónicos a los usuarios informando que se encuentra omisos y adjuntando el procedimiento de declaración.
- c) Realización de charlas de capacitación.
- d) Llamadas telefónicas a los usuarios.
- e) Atención personalizada

Sin embargo, a pesar de las acciones previamente mencionadas, existen una serie de inconsistencias en la información que declaran los contribuyentes, dentro de las principales inconsistencias que señala la SUNAT tenemos:

¹⁶ SUNAT: <http://orientacion.sunat.gob.pe/index.php/empresas-menu/insumos-quimicos/introduccion-a-insumos-quimicos> fecha de consulta 12 de noviembre del 2016

- a) La cantidad adquirida de bienes fiscalizados supera la cantidad autorizada.
- b) Inconsistencias en las importaciones declaradas.
- c) Inconsistencias de operaciones de producción y uso.
- d) Omisos a la declaración del Registro de Operaciones.
- e) Se encontraron operaciones en las que no se declara el proveedor.
- f) Inconsistencias en los saldos y stock de los usuarios

De las inconsistencias previamente señaladas podemos evidenciar la necesidad de una fiscalización posterior a fin de determinar si las actividades que realizan los usuarios con Insumos Químicos y Bienes Fiscalizados se hacen con fines lícitos y sin alterar el bienestar general.



CONCLUSIONES

1. La actividad de policía que efectúa el Estado materializada a través de la fiscalización y controles posteriores, es de vital importancia para la consecución de un buen gobierno, la misma que debe de encontrarse enmarcada en parámetros que permitan que la actuación estatal se desarrolle en estricto respeto de los derechos fundamentales de los administrados.
2. La implementación de políticas públicas al interior de un Estado democrático es necesaria para el desarrollo colectivo e individual al interior del mismo, sin embargo; el desarrollo de dichas políticas a través de las entidades encargadas de su desarrollo debe de ser controlado, esto a través de la fiscalización, que permitirá al Estado controlar que el accionar de los particulares no afecte los derechos tutelados por el mismo.
3. La actividad de policía debe ser considerada al interior de las entidades estatales como una forma de poder crear nuevos marcos regulatorios que enmarquen la conducta de los particulares, modernizando la normativa estatal, creando marcos regulatorios más transparentes y eficientes ante la constante aparición de conductas sancionables por parte de los particulares.
4. La acción de policía materializada a través de la fiscalización de insumos químicos y bienes fiscalizados es indispensable para un correcto desarrollo social, toda vez, que la falta de fiscalización de dichos insumos deviene en ilícitos penales que contravienen el interés general
5. Es necesaria una mejora en la normativa de fiscalización a nivel Nacional de manera que se genere uniformidad de criterio en los fiscalizadores para poder generar mayor confianza de los ciudadanos en el accionar estatal.
6. Para que una determinada Entidad pueda ejercer sus funciones de manera eficiente será necesario que tenga como parámetros la reforma y modernización del Estado y la Gestión Pública esto implica que el objetivo principal del proceso de modernización radica en poder obtener una gestión pública que coadyuve de manera directa en el desarrollo y bienestar de la sociedad, este objetivo podrá desarrollarse

plenamente toda vez que los trámites y procedimientos al interior de una entidad se encuentren debidamente regulados ya que esta regulación va a permitir a la entidad brindar servicios eficientes, favoreciendo a los administrados, quienes podrán tener mayor acceso a los procedimientos que requieran. Por lo tanto, al hablar de una correcta fiscalización de insumos químicos y bienes fiscalizados, debemos de señalar que la SUNAT como ente rector de dicha función se encuentra en la obligación de crear marcos regulatorios que permitan su correcto desarrollo



RECOMENDACIONES

1. A fin de mejorar la fiscalización de insumos químicos y bienes fiscalizados considero que es necesario que la SUNAT como ente rector de dicha tarea realice la regulación del proceso de toma de muestras a fin de que se pueda establecer de manera fehaciente que el producto que se fiscaliza se encuentra dentro de los parámetros establecidos a fin de ser considerados fiscalizados, asegurándose de esta manera la administración que el accionar estatal se realiza en estricto cumplimiento y respeto del derecho de los ciudadanos.
2. Es necesario la uniformización de criterios para los profesionales encargados de la fiscalización de insumos químicos y bienes fiscalizados para que de esta manera al momento de la imposición de una determinada sanción los administrados tengan la certeza que la misma se dio en estricto respeto de los principios de eficacia y transparencia.
3. La creación de un registro que permita verificar la posible existencia de inconsistencias en la información que declaran los contribuyentes, a fin de que el estado pueda tener certeza que la actuación de los particulares no contravenga la normativa especializada.

BIBLIOGRAFIA

1. CASTRO, Alberto
2015 “El Ombudsman y el control no jurisdiccional de la Administración Publica como garantía del Derecho a la Buena Administración” p. 2
2. CASTRO, Alberto:
2015 “Buen Gobierno y Derechos Humanos Nuevas Perspectivas en el Derecho Público para fortalecer la Legitimidad Democrática de la Administración Publica en el Perú”. P. 244
3. GUZMÁN NAPURI, Christian,
2013 “Capítulo XVII: La legalidad del procedimiento y los mecanismos de simplificación administrativa” Manual del Procedimiento Administrativo. Lima: Instituto Pacífico SAC, p.390
4. PAREJO. Luciano
1983 “Estado social y administración pública. Los postulados constitucionales de la reforma administrativa”. Madrid: Editorial Civitas, p. 67.
5. SCHMIDT-ASSMAN, Eberhard
2003 “La teoría general del derecho administrativo como sistema”. Marcial Pons: Madrid, pp. 36-39
6. SANTAMARÍA PASTOR J.A..
2004 “Principios de Derecho Administrativo General” Madrid: Iustel, Vol. 1, pp.113-115
7. MENDES, J.

2009 “Good administration in EU Law and the European Code of Good Administrative Behavior. European University Institute. EUI Working Papers, Law 2009/09, pp. 4-6.

8. PONCE SOLÉ, Juli.

2001 “Deber de buena administración y procedimiento administrativo debido. Las bases constitucionales del procedimiento administrativo y del ejercicio de la discrecionalidad” Valladolid: Lex Nova, pp. 127-132.

9. PIETRO SANCHEZ, Luis

1984 “La Filosofía Penal de la Ilustración. Aportación a su estudio en : anuario de Derechos Humanos num. 3 Universidad Complutense p. 290

10. CARBONELL MATEU, Juan Carlos

1996 “Derecho Penal : Conceptos y Principios constitucionales” en Valencia, Tirant lo blanch p. 86

11. PEREIRA CHUMBE Roberto

“La potestad Sancionadora de la Administración y el Procedimiento Administrativo Sancionador en la Ley 27444” p. 282

12. CUADRA MORENA Mauricio

2012 “ El nuevo enfoque de la Fiscalización ambiental” en Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental p. 242