

**PONTIFICIA UNIVERSIDAD
CATÓLICA DEL PERÚ**

FACULTAD DE DERECHO



Programa de Segunda Especialidad en Derecho Administrativo

La retroactividad benigna en los procedimientos administrativos
sancionadores

Trabajo académico para optar el título de Segunda Especialidad en
Derecho Administrativo

Autor:

Daniela de los Angeles Tramontana Hinostroza

Asesor:

Paul Nicolás Villegas Vega

Lima, 2021

A Dios, mi familia y mis profesores.



Resumen:

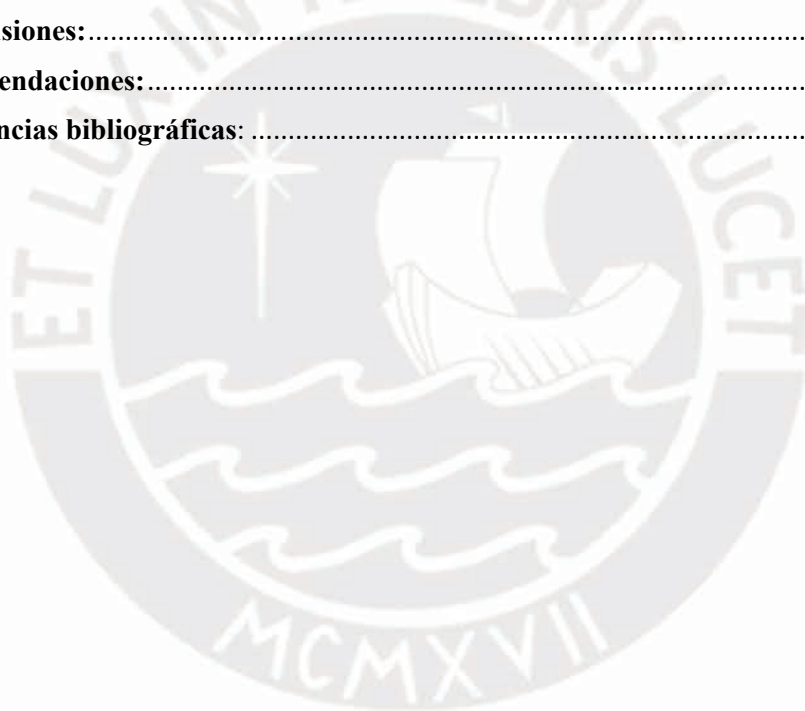
El presente tiene como objetivo principal conocer los lineamientos bajo los cuales diversas entidades públicas al ejercer la potestad sancionadora aplican el principio de retroactividad benigna para la resolución de procedimientos administrativos sancionadores. Ello con la finalidad de determinar si en el Perú existe un criterio único de interpretación sobre este principio o, por el contrario, algunas entidades poseen un razonamiento diferente. Para llevar a cabo la presente investigación, analizaremos las bases fundamentales del principio de retroactividad benigna, así como algunas resoluciones emitidas por los principales sectores del país.



Índice de contenido:

Contenido

I.	Introducción:	1
II.	Capítulo 1: Alcances de la retroactividad benigna en la normativa peruana:	2
2.1.	La retroactividad benigna en el derecho penal.....	2
2.2.	La retroactividad benigna en el derecho administrativo sancionador	3
III.	Capítulo 2: Aplicación de la retroactividad benigna en sectores específicos	7
3.1.	La retroactividad benigna en el OSCE (por el Tribunal de Contrataciones del Estado) 7	
3.2.	La retroactividad benigna en el OEFA (por el Tribunal de Fiscalización Ambiental) 10	
3.3.	La retroactividad benigna en el OSINERGMIN (por el Tribunal de Apelaciones y Sanciones en temas de Energía y Minería)	13
IV.	Conclusiones:.....	16
V.	Recomendaciones:.....	18
VI.	Referencias bibliográficas:	19



I. **Introducción:**

En el Perú, el principio de retroactividad benigna ha sido acuñado por el derecho administrativo sancionador partiendo de la base del derecho penal. Esta situación ha generado que algunos órganos administrativos acuñen el principio de retroactividad benigna en favor de los administrados al resolver los diferentes procedimientos administrativos sancionadores. Ahora bien, es necesario conocer cuáles son los métodos y razonamiento utilizados por las entidades públicas en relación a la aplicación del principio de retroactividad benigna con la finalidad de determinar si, en efecto, dicha interpretación genera no solamente beneficios al administrado, sino que es tomada en la medida del análisis del caso en concreto. Para lograr un análisis completo del razonamiento utilizado por diversas entidades, primero conoceremos la naturaleza del principio de retroactividad benigna en el derecho administrativo sancionador, posteriormente analizaremos resoluciones emitidas por entidades públicas que resuelven casos aplicando el principio de retroactividad benigna y por último concluiremos que si bien la retroactividad benigna debe ser aplicada en favor del administrado, es importante determinar las circunstancias del caso en concreto.

II. Capítulo 1: Alcances de la retroactividad benigna en la normativa peruana:

2.1. La retroactividad benigna en el derecho penal

La norma principal que determina el alcance de la retroactividad benigna y su aplicación a casos concretos es la Constitución Política en su artículo 103, el cual señala que ninguna ley tiene fuerza ni efectos retroactivos, salvo en materia penal, cuando favorece al reo. Al respecto, dicho artículo de la Constitución Política contempla los siguientes lineamientos: (i) desde la entrada en vigencia de la ley, esta se aplica a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes, (ii) uno de los supuestos para no aplicar la ley vigente es la existencia de otra ley que contenga mayores beneficios para el reo, este supuesto será conocido como la retroactividad benigna, (iii) la retroactividad benigna puede ser aplicada para los casos penales siempre que favorezca al reo, y (iv) la retroactividad benigna es una manifestación del principio de legalidad.

Tal como podemos apreciar, la retroactividad benigna ha sido consignada en nuestra Constitución Política como una excepción a la aplicación de las normas vigentes en el tiempo, constituyendo sin lugar a dudas, una fuerte relación con el principio de legalidad, así, Luis Felipe Ruiz¹, señala que en efecto “una de las manifestaciones materiales del principio de legalidad en el ámbito del derecho penal es tanto la prohibición de dictar leyes con efectos retroactivos desfavorables, como de aplicarlas a hechos cometidos con anterioridad a su entrada en vigor y, de igual forma, en sentido perjudicial para el afectado”. El autor señala que, “se trata del reconocimiento de un ámbito de libertad al individuo, frente al derecho de castigar el Estado, y que desde los clásicos hasta nuestros días se resume en el pensamiento de que hay que estimar permitido todo aquello que no se halla expresamente prohibido.”²

¹ RUIZ, L (1989). *El principio de irretroactividad de la ley penal en la doctrina y la jurisprudencia*. En Ponencia presentada en las Primeras Jornadas de Protección Jurisdiccional de los Derechos Fundamentales y Libertades Públicas. Cáceres.

² Ídem.

Tal como podemos apreciar, en el derecho penal, el principio de retroactividad benigna debe ser entendido como uno de los pilares del Estado de Derecho puesto que en efecto beneficia al reo, quien siempre y cuando la norma lo favorezca, tendrá derecho a solicitar su aplicación.

Ahora bien, la jurisprudencia se ha pronunciado al respecto, así en el acápite 4 de la Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el expediente N° 02744-2010-PHC/TC se determina que:

“el principio de retroactividad benigna, entonces, propugna la aplicación de una norma penal posterior a la comisión del hecho delictivo, a condición de que dicha norma contenga disposiciones más favorables al actor. Ello, sin duda alguna, constituye una excepción al principio de irretroactividad de la aplicación de la ley sustentada en razones político-criminales, en la medida en que el Estado no tiene interés (o no en la misma intensidad) en sancionar un comportamiento que ya no constituye delito (o cuya pena ha sido disminuida) y, esencialmente, en virtud del principio de humanidad de las penas, el cual se fundamenta en la dignidad de la persona (artículo 1° de la Constitución).”

Es así como, el principio de retroactividad benigna en materia penal nace de la facultad sancionadora del Estado que determina si en efecto se le debe o no castigar al imputado, teniendo en cuenta no solo la naturaleza de los hechos sino de la normativa aplicable.

Ahora bien, sin duda la Constitución Política únicamente determina que el principio de retroactividad benigna debe aplicarse en materia penal, puesto que, en efecto, dicha materia tiene como fundamento principal la dignidad de la persona.

2.2. La retroactividad benigna en el derecho administrativo sancionador

Ahora bien, debemos tener en cuenta que “frente a lo que podría ser una situación perfecta de monopolio judicial del *ius puniendi* estatal, esto es, que solo los jueces pudieran imponer castigos a los ciudadanos, en todos los Estados se ha reconocido

con relativa amplitud la potestad sancionadora de la Administración.”³ Tal como podemos apreciar, con el pasar de los años, la Administración Pública adquirió la potestad de imponer sanciones a los administrados, afectando sus esferas jurídicas, motivo por el cual los conceptos que únicamente eran utilizados por el derecho penal pasaron a regir diversas actuaciones de la Administración Pública.

Es por dicho motivo, que incluso según Rebollo e Izquierdo, “resulta sumamente difícil establecer la frontera abstracta entre lo que debería ser delito penado por los jueces y lo que debería ser infracción administrativa sancionada por la Administración, frontera a la que tuviera que atenerse el legislador. Solo hay criterios orientativos: parece que las infracciones administrativas deben ser conductas menos lesivas que las infracciones penales y tener sanciones menos graves que estas.”⁴

Si bien concordamos con Rebollo al determinar que en efecto el derecho penal impone sanciones más graves que el derecho administrativo sancionador, no es menos cierto que en ambas situaciones se ponen en tela de juicio los hechos cometidos por los imputados y por los administrados. De esta manera, consideramos que la potestad sancionadora de la Administración si bien se rige bajo sus propios principios y directivas, al ser una potestad nacida del *ius puniendi* y que pone en riesgo los derechos de los administrados, adopta algunos principios y lineamientos del derecho penal que ayuden a salvaguardar los intereses y la dignidad de los administrados. En palabras de Víctor Baca⁵, “tanto en el ámbito penal como en el administrativo sancionador se impone una pena, las razones que justifican la aplicación retroactiva de la norma más favorable en el primero se darían también en el segundo, de modo que el reconocimiento constitucional del primero podría ampliarse al segundo, en virtud de una aplicación analógica in *bonam partem*”.

De esta manera, si bien en la Constitución Política, la retroactividad se aplica para los casos en materia penal, el Tribunal Constitucional ha establecido en diversos pronunciamientos como en la Sentencia recaída en el Expediente N° 04729-2015-

³ REBOLLO, M y IZQUIERDO, M (2015) Derecho Administrativo Sancionador: caracteres generales y garantías materiales. Grupo de Investigación de la Junta de Andalucía SEJ-196.

⁴ Ídem.

⁵ Baca, V. (2016). La retroactividad favorable en derecho administrativo sancionador. En Themis – Revista de Derecho. N° 69. Lima.

PHC/TC Lima, que el principio de retroactividad benigna no es privativo del ámbito penal sino que también puede ser aplicado en el derecho administrativo sancionador, toda vez que: (i) los principios de culpabilidad, legalidad, entre otros son aplicados al derecho administrativo sancionador, motivo por el cual, el principio de retroactividad benigna también deberá incluirse y, (ii) el inciso 5 del artículo 248⁶ del Texto Único Ordenado de la Ley del Procedimiento Administrativo General (“TUO LPAG”) reconoce el principio de retroactividad benigna a través de la irretroactividad, según el cual, son aplicables las disposiciones sancionadoras vigentes en el momento de incurrir el administrado en la conducta a sancionar, salvo que las posteriores le sean más favorables. De esta manera, las disposiciones sancionadoras producen efecto retroactivo en cuanto favorecen al presunto infractor o al infractor, tanto en lo referido a la tipificación de la infracción como a la sanción y a sus plazos de prescripción, incluso respecto de las sanciones en ejecución al entrar en vigencia la nueva disposición.

Es así que, la retroactividad benigna se convierte en uno de los principios de la potestad administrativa sancionadora, en palabras de Juan Carlos Morón⁷ “el fundamento de esta regla es que si luego de la comisión de la falta, el legislador considera suficiente una menor intervención gravosa sobre los bienes jurídicos de quien comete el ilícito, carece de sentido que el Estado siga sosteniendo la regla anterior en aras de la seguridad jurídica cuando lo considera innecesario ya.” De la misma manera, Juan Carlos Cassagne⁸ sostiene que “como excepción al principio de irretroactividad y a la consecuente ultractividad de la ley anterior, que continúa rigiendo para los hechos cometidos durante su vigencia aun después de su derogación, se admite la aplicación retroactiva de la ley más benigna.”

⁶ “**Artículo 248.- Principios de la potestad sancionadora administrativa**

La potestad sancionadora de todas las entidades está regida adicionalmente por los siguientes principios especiales:

5.- Irretroactividad. - Son aplicables las disposiciones sancionadoras vigentes en el momento de incurrir el administrado en la conducta a sancionar, salvo que las posteriores le sean más favorables.

Las disposiciones sancionadoras producen efecto retroactivo en cuanto favorecen al presunto infractor o al infractor, tanto en lo referido a la tipificación de la infracción como a la sanción y a sus plazos de prescripción, incluso respecto de las sanciones en ejecución al entrar en vigor la nueva disposición.”

⁷ Morón, J.C. (2020). *Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General*. Lima: Gaceta Jurídica.

⁸ Cassagne, J. C. (2010). *Derecho Administrativo*- Tomo II. Lima: Palestra Editores.

Tal como podemos advertir, la regla general en el procedimiento administrativo sancionador es la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras, sin embargo, en caso exista una norma favorable para el administrado que se emita durante el procedimiento, podrá ser aplicada.

Ahora bien, para la determinación de la ley más favorable y de aplicación al caso en concreto, Gómez Tomillo determina que deben ser las mismas disposiciones de la normativa que reflejen las pautas para la aplicación de la norma sobreviniente. Sin embargo, el mismo autor señala que en caso de no existir las disposiciones, en primer lugar, se debe operar en concreto y no en abstracto, es decir “no es suficiente con la comparación de los marcos sancionatorios establecidos en cada figura, sino que es preciso considerar la sanción que correspondería al caso concreto de aplicar la nueva ley, con todas las circunstancias que concurrieron en el caso y la totalidad de previsiones legales establecidas en una y otra norma”⁹. De esta manera, el primer paso será determinar si la nueva ley, en efecto, puede alinearse con la sanción impuesta, siendo de total aplicación en base a los hechos del caso.

En segundo lugar, Gómez Tomillo determina que “los términos de comparación deberían ser la vieja y la nueva ley consideradas cada una en bloque”¹⁰. Es decir, no se deberían tomar los aspectos más favorables de una y otra y ello en razón de que se podría crear una nueva norma diferente a la antigua y a la nueva, es decir estaríamos ante una tercera norma.

Ahora, en relación a este tema, la Corte Suprema de Justicia de la República emitió en el 2006, el Acuerdo Plenario N° 2-2006/CJ-116, mediante el cual se reconoció al principio de combinación de leyes, en el sentido que resulta congruente que se puedan combinar los preceptos de las leyes con la finalidad de buscar un tratamiento más beneficioso para el reo, lo cual no colisionaría el principio de legalidad.

Al respecto, consideramos que la aplicación de la retroactividad benigna de las normas siempre debe favorecer al administrado, sin embargo, es necesario que se pueda conocer el contexto bajo el cual se aplicará dicho principio, ya que, en efecto,

⁹ Gómez, M (2017). Derecho Administrativo Sancionador – Parte general. Cuarta Edición. Madrid:Aranzadi.

¹⁰ Ídem.

las consecuencias por la aplicación de la nueva norma modificarán el enfoque bajo el cual se venía sancionando al administrado.

En base a lo anterior, primero se debe analizar la naturaleza de la nueva norma a ser aplicada, y determinar cuál es el marco jurídico a ser modificado. En segundo lugar, se debe determinar si la nueva norma modifica la situación del administrado y lo beneficia. En tercer lugar, será necesario analizar todo el bloque jurídico, es decir determinar que sanción le correspondería al caso en concreto en base a los hechos que hayan generado el ilícito considerando no solo los aspectos relevantes de cada una de las normas sino en conjunto.

Una vez que se hayan analizado estos pasos, se podrá determinar si resulta aplicable la retroactividad benigna en favor del administrado o, en el caso por desnaturalizarse los hechos del caso, la retroactividad benigna no puede ser aplicada.

III. Capítulo 2: Aplicación de la retroactividad benigna en sectores específicos

Tal como hemos apreciado, la retroactividad benigna es un principio acuñado por la normativa peruana. De esta manera, es aplicado por diversos órganos de última instancia en la resolución de casos por el Tribunal de Contrataciones del Estado adscrito al Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado (“OSCE”), el Tribunal de Fiscalización Ambiental perteneciente al Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental (“OEFA”), el Tribunal de Apelaciones y Sanciones en temas de Energía y Minería perteneciente al Organismo Supervisor de la Inversión en Energía y Minería (“OSINERGMIN”), entre otros. Para conocer con mayor claridad la aplicación del principio de retroactividad benigna en la práctica peruana, a continuación, pasaremos a evaluar diversas resoluciones emitidas por los organismos anteriormente mencionados, para después determinar el razonamiento de cada uno de los entes.

3.1. Aplicación de la retroactividad benigna por el Tribunal de Contrataciones del Estado en el OSCE (por el Tribunal de Contrataciones del Estado)

El Tribunal de Contrataciones del Estado es un órgano del OSCE, cuya finalidad es resolver, en última instancia administrativa, las controversias que se presenten tanto entre las entidades públicas como entre los administrados que participen de concursos efectuados por la Administración.

Ahora bien, para realizar el análisis de la aplicación del principio de retroactividad benigna en las resoluciones emitidas por el Tribunal de Contrataciones del Estado, tomaremos como ejemplo la Resolución N° 0751-2019-TCE-S2 emitida por dicho órgano el 24 de abril de 2019. A continuación, pasaremos a detallar los alcances generales del caso:

Administrado	Johnny Richard Olortegui Sifuentes
Hecho Imputado	Presentación de documentación falsa en el marco de la adjudicación directa.
Norma incumplida	Literal j del numeral 51.1. del artículo 51 de la Ley de Contrataciones del Estado aprobada mediante Decreto Legislativo N° 1017.
Tipificación	Literal b) del numeral 51.2 del artículo 51 de la Ley.
Sanción	Inhabilitación definitiva en los derechos para participar en procesos de selección y contratar con el Estado. La sanción fue impuesta por acumulación de sanciones (Resolución N° 1970-2015-TCE-S2 del 25 de septiembre de 2015).
Norma de tipificación favorable posterior	Literal c del numeral 50.4 del artículo 50 de la Ley de Contrataciones del Estado, aprobada por Decreto Legislativo N° 1444.

Así, mediante Resolución N° 1970-2015-TCE-S2 del 25 de septiembre de 2015, la Segunda Sala del Tribunal de Contrataciones del Estado, sancionó al señor Johny Olortegui Sifuentes, con la inhabilitación definitiva en sus derechos para participar en procesos de selección y contratar con el Estado por la presentación de documentación falsa en el marco de la adjudicación directa, infracción tipificada en

la Ley de Contrataciones del Estado aprobada mediante Decreto Legislativo N° 1017 (“Antigua LCE”) y que se encontraba vigente al momento de comisión de la infracción, es decir en el año 2015.

Ahora bien, el 30 de enero de 2019 entró en vigencia la modificación de la Ley de Contrataciones del Estado, aprobada por Decreto Legislativo N° 1444 (“Nueva LCE”) y su Reglamento aprobado mediante Decreto Supremo N° 344-2018-EF (“Nuevo Reglamento LCE”).

De esta manera, ambas normas señalan lo siguiente:

Antigua LCE	Nuevo LCE
<p><i>Literal b del numeral 51.2 del artículo 51</i></p> <p><i>" b) La sanción de inhabilitación definitiva se impondrá cuando en un periodo de cuatro (4) años a una persona natural o jurídica se le impongan dos (2) o más sanciones que en conjunto sumen treinta y seis (36) o más meses de inhabilitación temporal (...)"</i></p>	<p><i>Literal c del numeral 50.4 del artículo 50</i></p> <p><i>"c) Consiste en la privación permanente del ejercicio del derecho a participar en cualquier procedimiento de selección y procedimientos para implementar o extender la vigencia de los Catálogos Electrónicos de Acuerdo Marco y de contratar con el Estado. Esta sanción se aplica al proveedor que en los últimos cuatro (4) años ya se le hubiera impuesto más de dos (2) sanciones de inhabilitación temporal que, en conjunto, sumen más de treinta y seis (36) meses, o que reincida en la infracción prevista en el literal j, en cuyo caso la inhabilitación definitiva se aplica directamente (..)" (Énfasis nuestro)</i></p>

Así, el administrado solicitó que se aplique la Nueva LCE ya que le resultaría favorable pues la consecuencia de la nueva norma constituiría una sanción de inhabilitación temporal y no definitiva como se contemplaba en la Anterior LCE.

Ante dicho escenario, el Tribunal de Contrataciones del Estado en el acápite 6 determinó que “la aplicación del principio de retroactividad benigna no implica una

reevaluación de los hechos que ya fueron determinados sino solo de la comparación de la normativa que estuvo vigente a la fecha de determinación de la sanción, con aquella posterior que sea más favorable, aplicando esta última en tanto en concreto le sea más favorable al administrado.”

De esta manera, y tomando en cuenta que anteriormente el administrado había sido sancionado con una inhabilitación temporal previa, concluye que no cabría la imposición de sanción de inhabilitación definitiva, en la medida que, a luz de la Nueva LCE, se requiere que los proveedores cuenten con más de dos sanciones que en conjunto sumen más de treinta y seis (36) meses, situación que, en el caso concreto no se habría ocurrido.

Ahora, si bien el Tribunal de Contrataciones del Estado determina la aplicación del principio de retroactividad benigna, no deja de señalar que la variación de la sanción no implica dejar sin efecto el periodo de inhabilitación que ya transcurrió, pues se trataría de una sanción consumada que permanecería invariable. De esta manera, la nueva sanción a ser impuesta queda establecida como un antecedente en el record de infracciones del administrado.

3.2. Aplicación del principio de retroactividad benigna por el Tribunal de Fiscalización Ambiental del OEFA

El Tribunal de Fiscalización Ambiental es el órgano encargado de resolver en segunda y última instancia administrativa las apelaciones de las resoluciones emitidas por los órganos de línea del OEFA.

Ahora bien, para realizar el análisis de la aplicación del principio de retroactividad benigna en las resoluciones emitidas por el Tribunal de Fiscalización Ambiental, tomaremos como ejemplo la Resolución N° 041-2014-OEFA/TFA emitida por dicho órgano el 28 de febrero de 2014. A continuación, pasaremos a detallar los alcances generales del caso:

Administrado	Interoil Perú S.A.
Hecho Imputado	INTEROIL realizó la perforación de los pozos 13103D, 13114D, 13119D y 13169D en ubicaciones no autorizadas en el EIA.
Norma incumplida	Artículo 9 del Reglamento para la Protección Ambiental en las Actividades de Hidrocarburos, aprobado mediante Decreto Supremo N° 015-2006-EM.
Tipificación	Numeral 3.4.4 de la Tipificación de infracciones y escala de multas y sanciones del OSINERGMIN, aprobada mediante Resolución de Consejo Directivo N° 028-2003-OS/CD.
Sanción	1,372. 40 UIT.
Norma de tipificación favorable posterior	Inciso 2 del artículo 4 de la Resolución de Consejo Directivo N° 049-2013-OEFA/CD.

Así, mediante Resolución Sub directoral N° 049-2013-OEFA-DFSAI-SDI del 24 de enero del 2013, el OEFA comunicó a INTEROIL el inicio de un procedimiento administrativo sancionador, mediante el cual se le imputaba haber realizado la perforación de ciertos pozos en ubicaciones no contempladas en su instrumento de gestión ambiental, incurriendo, de esta manera en un incumplimiento a la normativa ambiental vigente. El OEFA tipificó la infracción en base al numeral 3.4.4 de la Tipificación de infracciones y escala de multas y sanciones del OSINERGMIN, aprobada mediante Resolución de Consejo Directivo N° 028-2003-OS/CD (“RCD 028”)

Ahora bien, en el marco de la regulación ambiental, el 18 de diciembre de 2013, se expidió la Resolución de Consejo Directivo N° 049-2013-OEFA/CD (“RCD 049”) sobre la tipificación de infracciones administrativas que contempló una escala de sanciones relacionadas con los Instrumentos de Gestión Ambiental y el desarrollo de actividades en zonas prohibidas¹¹. Esta norma entró en vigencia mientras el Tribunal de Fiscalización Ambiental se encontraba resolviendo el recurso de

¹¹ La norma entró en vigencia el 21 de diciembre de 2013.

apelación que presentó el administrado sobre la Resolución Sub directoral N° 049-2013-OEFA-DFSAI-SDI.

De esta manera, las normas establecían lo siguiente:

RCD 018	RCD 049
<i>“No cumple con los compromisos establecidos en los Estudios Ambientales y/o instrumentos de gestión ambiental.”</i>	<i>“Si la Autoridad de Supervisión Directa considera que la actividad u obra desarrollada por el administrado no corresponde específicamente a lo previsto en el Instrumento de Gestión Ambiental, pero constituye una mejora manifiestamente evidente que favorece la protección ambiental o los compromisos socioambientales, no calificará dicha falta de correspondencia como un hallazgo que amerite el inicio de un procedimiento sancionador.” (Énfasis nuestro)</i>

Ante dicho escenario, el Tribunal de Fiscalización Ambiental determina que, en base a la excepción de la retroactividad benigna, se debe aplicar al caso la consecuencia jurídica de la RCD 049, puesto que resulta ser más beneficiosa para el administrado en cuanto, al tratarse el cambio de ubicación de los pozos una mejora manifiestamente evidente, entonces, no se le debe iniciar un procedimiento sancionador al administrado.

El Tribunal de Fiscalización Ambiental entonces revoca la Resolución Sub directoral N° 049-2013-OEFA-DFSAI-SDI mediante la cual se inició el procedimiento administrativo sancionador a Interoil Perú S.A., sin embargo, no establece ninguna medida sobre el supuesto daño ocasionado al ambiente por las nuevas perforaciones efectuadas. Debemos recalcar que el administrado no solicitó en su recurso de apelación la aplicación del principio de retroactividad benigna, sino que el Tribunal de Fiscalización Ambiental lo aplicó de oficio.

3.3. Aplicación del principio de retroactividad benigna por el Tribunal de Apelaciones y Sanciones en temas de Energía y Minería del OSINERGMIN

El Tribunal de Apelaciones y Sanciones en temas de Energía y Minería (“TASTEM”), es un órgano de segunda y última instancia que se encarga de resolver los recursos de apelación de acuerdo a lo establecido por el Consejo Directivo del OSINERGMIN.

Ahora bien, para realizar el análisis de la aplicación del principio de retroactividad benigna en las resoluciones emitidas por el TASTEM, tomaremos como ejemplo la Resolución N° 393-2018-OS/TASTEM-S2 emitida por dicho órgano el 23 de octubre de 2018. A continuación, pasaremos a detallar los alcances generales del caso:

Administrado	Milpo Andina Perú S.A.C.
Hechos Imputados	i) Ocho ventiladores principales no estaban provistos de silenciadores para minimizar los ruidos. ii) Cinco equipos con motores petróleo excedían el límite máximo de 500 ppm de monóxido de carbono.
Norma incumplida	i) Numeral 3 del literal g del artículo 236 del Reglamento de Seguridad y Salud Ocupacional en Minería. ii) Numeral 2 del literal d del artículo 104 del Reglamento de Seguridad y Salud Ocupacional en Minería.
Tipificación	i) Numeral 1.1.10 del Rubro B del Cuadro de Tipificación de Infracciones y Escala de Multas y Sanciones de Seguridad y Salud Ocupacional para las Actividades Mineras, aprobado por Resolución de Consejo Directivo N° 286-2010-OS/CD. ii) Numeral 3.9.2 del Rubro C del Cuadro de Tipificación de Infracciones y Escala de Multas y Sanciones de Seguridad y Salud Ocupacional para las Actividades Mineras, aprobado por Resolución de Consejo Directivo N° 286-2010-OS/CD.

Sanción	37.72 UIT.
Norma de tipificación favorable posterior	Inciso 2 del artículo 4 de la Resolución de Consejo Directivo N° 049-2013-OEFA/CD.

Así, mediante Resolución N° 1467-2017, el OSINERGMIN impuso una multa total de 37.72 UIT al administrado por incumplir con el Reglamento de Seguridad y Salud Ocupacional en Minería aprobado por Decreto Supremo N° 055-2010-EM (“Antiguo Reglamento”).

Ahora bien, el 29 de julio del 2016, entró en vigencia el nuevo Reglamento de Seguridad y Salud Ocupacional en Minería aprobado por Decreto Supremo N° 24-2016-EM, el cual deroga el Antiguo Reglamento (“Nuevo Reglamento”).

De esta manera, las normas establecían lo siguiente:

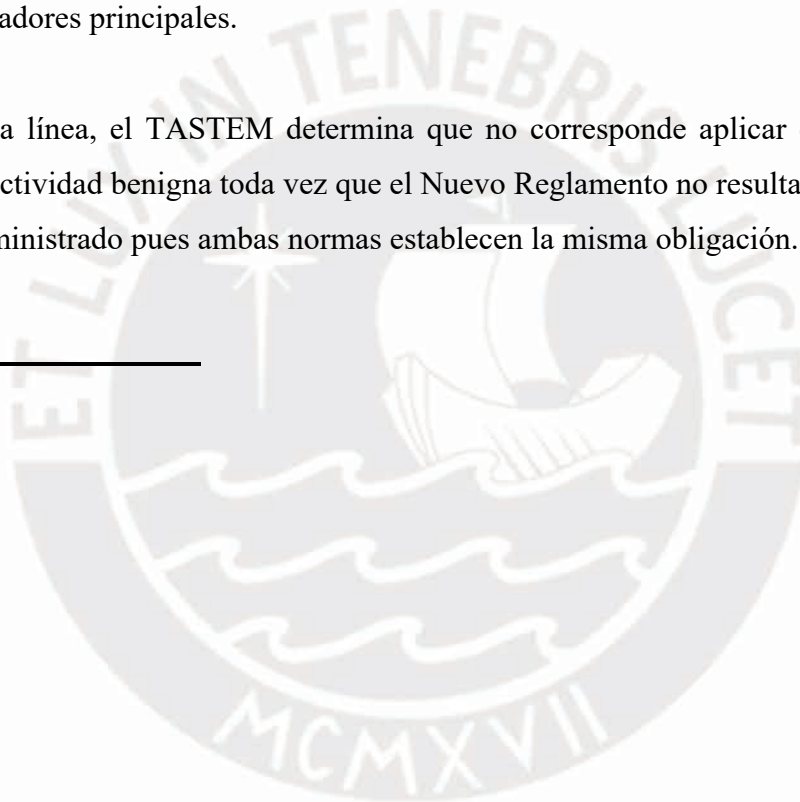
Antiguo Reglamento	Nuevo Reglamento
<p><i>“Se tomará todas las providencias del caso para evitar la destrucción y paralización de los ventiladores principales. Dichos ventiladores deberán cumplir las siguientes condiciones:</i></p> <p>(...)</p> <p><i>Estar provistos de dispositivos automáticos de alarma para el caso de disminución de velocidad o paradas y provistos de los respectivos silenciadores para minimizar ruidos”.</i></p>	<p><i>“Se tomarán todas las providencias del caso para evitar la destrucción y paralización de los ventiladores principales. Dichos ventiladores deberán cumplir las siguientes condiciones:</i></p> <p>(...)</p> <p><i>Estar provistos de silenciadores para minimizar los ruidos en áreas de trabajo o en zonas con poblaciones donde puedan ocasionar perjuicios en la salud de las personas”.</i> (Énfasis nuestro)</p>

Así, el administrado solicitó que se le impute el Nuevo Reglamento, según el cual, los ventiladores serán únicamente exigibles cuando los ventiladores principales se

encuentren ubicados en lugares donde el ruido que generen pueda ocasionar perjuicio en la salud de las personas, lo cual, en el presente caso no ocurriría.

Ante dicho escenario, el TASTEM señaló que lo único que habría variado en relación a las normas fue la finalidad de la norma, la cual sería más específica en el Nuevo Reglamento. Es decir, los ventiladores principales deben estar provistos de silenciadores y ello con la finalidad que se minimicen los ruidos en las áreas de trabajo o en zonas con poblaciones, por lo que no puede entenderse que la norma ha prescrito condiciones previas para la instalación de los silenciadores en los ventiladores principales.

En esa línea, el TASTEM determina que no corresponde aplicar el principio de retroactividad benigna toda vez que el Nuevo Reglamento no resulta favorable para el administrado pues ambas normas establecen la misma obligación.



IV. Conclusiones:

Del análisis efectuado a través de las tres resoluciones emitidas tanto por el Tribunal de Contrataciones del Estado, el Tribunal de Fiscalización Ambiental y el TASTEM, podemos concluir:

- a. Es necesario que las entidades se pronuncien sobre los hechos de cada caso al evaluar la aplicación del principio de retroactividad benigna, es decir, no basta que se establezca un cambio normativo en la norma para que se determine que resulta aplicable en favor del administrado. De esta manera, resulta importante que las entidades conozcan los hechos a detalle y en base a ello determinen la aplicación del principio de retroactividad benigna.
- b. Para la aplicación del principio de retroactividad benigna, la norma siempre debe favorecer al administrado, es decir, cambiar su situación jurídica para bien, de lo contrario, se estaría incurriendo en una reforma en peor.
- c. En el Perú, la base de la aplicación de la retroactividad benigna parte de la aplicación directa del TUO LPAG, así, en el análisis efectuado por las entidades, la base será lo contemplado en el inciso 5 del artículo 248 de dicho cuerpo normativo.
- d. Es importante que las entidades motiven la aplicación del principio de retroactividad benigna para que posteriormente se determine la subsunción del caso en el tipo legal. Así, no basta que las entidades únicamente se remitan a disposiciones generales y sin análisis alguno apliquen el principio de retroactividad benigna.
- e. En el caso del Tribunal de Contrataciones del Estado, podemos señalar que la argumentación que se realiza no parte únicamente de la norma o del cambio normativo que se genera, sin duda, el órgano analiza de manera conjunta tanto las implicancias del hecho efectuado como la normativa aplicable. Es por dicho motivo, que en el caso estudiado no solo aplica el principio de retroactividad

benigna, sino que señala las implicancias de la modificación de la sanción impuesta al administrado.

- f. En el caso del Tribunal de Fiscalización Ambiental, consideramos que en el caso analizado no se llevó a cabo un correcto análisis detallado de las implicancias y hechos que conllevó la modificación de la sanción. De esta manera, el órgano no se pronuncia sobre el daño ocasionado al ambiente, aún cuando en la misma resolución señala que se debe tener en cuenta la política ambiental al momento de resolver los casos.
 - g. En el caso del TASTEM, podemos señalar que dicho órgano parte de un análisis que, si bien se fundamenta en el TUO LPAG, analiza de cerca el cambio normativo que se habría generado, partiendo de los hechos efectuados por el administrado y de las consecuencias jurídicas a partir del cambio normativo.
 - h. En base a lo anterior, podemos concluir de manera general que, en el Perú, tanto el Tribunal de Contrataciones del Estado como el TASTEM – limitándonos a los órganos analizados - primero analizan la naturaleza de la nueva norma a ser aplicada, y determinan cuál es el marco jurídico a ser modificado. En segundo lugar, se determinan si la nueva norma modifica la situación del administrado y lo beneficia. En tercer lugar, analizan si la sanción correspondiente o su no aplicación debe realizarse en base a los hechos que hayan generado el ilícito considerando no solo los aspectos relevantes de cada una de las normas sino en conjunto.
-

V. **Recomendaciones:**

- Es necesario que cuando las entidades administrativas analicen la aplicación del principio de retroactividad benigna a un caso, no evalúen únicamente si la norma es favorable en el sentido normativo, sino que puedan basar la aplicación del principio en base a los hechos.
- Los administrados tienen el derecho a solicitar la aplicación de la retroactividad benigna cuando les sea favorable.



VI. Referencias bibliográficas:

- Baca, V. (2016). La retroactividad favorable en derecho administrativo sancionador. En *Themis* – Revista de Derecho. N° 69. Lima.
- Cassagne, J. C. (2010). *Derecho Administrativo-* Tomo II. Lima: Palestra Editores.
- Gómez, M (2017). *Derecho Administrativo Sancionador – Parte general*. Cuarta Edición. Madrid:Aranzadi.
- Morón, J.C. (2020). *Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General*. Lima: Gaceta Jurídica.
- Nieto, A (2006). *Derecho administrativo sancionador*. Madrid. 4ta edición: Tecnos.
- Rebollo, M y Izquierdo, M (2015) *Derecho Administrativo Sancionador: caracteres generales y garantías materiales*. Grupo de Investigación de la Junta de Andalucía SEJ-196.
- Rebollo, M (2021) Sucesión de normas administrativas sancionadoras: irretroactividad y excepciones. En *REALA*. N° 16. España.
- Ruiz, L (1989). *El principio de irretroactividad de la ley penal en la doctrina y la jurisprudencia*. En Ponencia presentada en las Primeras Jornadas de Protección Jurisdiccional de los Derechos Fundamentales y Libertades Públicas. Cáceres.