

El procedimiento administrativo sancionador en plano secuencia. Garantías para evitar el efecto Bombita*

The sanctioning administrative procedure in sequence shot. Guarantees to avoid the Bombita effect

Oscar ALEJOS GUZMÁN*

RESUMEN: Dentro de los poderes que tiene la administración pública, el poder de sancionar debe ser el que mayor impacto tiene en la ciudadanía. En estos casos, la administración no solo busca hacer cumplir la ley, sino que impone un castigo ejemplar a quien la infringe. Por ello, resulta trascendental conocer qué debe ocurrir antes de que se ejerza dicho poder, qué se puede hacer durante el procedimiento sancionador, y qué puede hacerse después cuando el castigo ya ha sido impuesto. Para explicar ese devenir de la potestad sancionadora me valdré de “Bombita”, uno de los Relatos Salvajes que mejor representa lo que sucede antes, durante y después de que la administración decide imponer un castigo.

PALABRAS CLAVE: Potestad sancionadora; procedimiento san-

* Agradezco los comentarios, sugerencias y agudas observaciones de Melisa Linares a un borrador previo de este artículo. Sin su inspiración, apoyo constante e impulso para escribir, este artículo no habría pasado de ser una idea flotando en el aire.

** Abogado por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Estudios de maestría concluidos en la Universidad de Piura. Adjunto de docencia en la Pontificia Universidad Católica del Perú. Asociado del Área de Derecho Administrativo y Contratación Pública en CMS Grau. Contacto: <oscar.alejos@cms-grau.com>. Fecha de recepción: 10-01-2023. Fecha de aprobación: 14 -02-23.

cionador; principios; legalidad; presunción de inocencia.

ABSTRACT: Within the powers of the administration, the power to sanction must be the one with major impact on citizens. In these cases, the administration not only seeks to enforce the law, but to punish people. Therefore, it is important to know what should happen before the execution of this power, what can people do during the procedure, and what can be done later. In order to explain this, I will use “Bombita”, from the film Wild Tales, which represents what happens before, during and after the administration decides to punish.

KEYWORDS: Penalty power; penalty procedure; principles; legality; presumption of innocence.

I. INTRODUCCIÓN

Dentro de los poderes que tiene la administración pública, el poder de sancionar debe ser el que mayor impacto tiene en la ciudadanía. Estamos hablando de la imposición deliberada de un castigo o del “mal infligido por la administración”¹ contra un ciudadano que, supuestamente, habría quebrantado la ley.

En estos casos, la administración no solo busca hacer cumplir la ley, sino que impone un castigo ejemplar a quien la infringe. La severidad del castigo, además, puede ser mayúscula, tanto si se trata de una sanción pecuniaria (con multas que alcanzan los millones de dólares) como de una sanción personal (como una inhabilitación que –en el mundo económico– equivale a la muerte).

Por ello, resulta trascendental conocer qué debe ocurrir antes de que se ejerza dicho poder, qué se puede hacer durante el procedimiento sancionador, y qué puede hacerse después cuando el castigo ya ha sido impuesto. Felizmente para el ciudadano, años de lucha han generado que la ley contemple el detalle de ese devenir, de manera que –en principio– todos deberíamos saber qué garantías tiene el ciudadano frente a la administración.

Mi propósito aquí es precisamente ese: explicar –basándome en la ley peruana²– qué se debe esperar (en realidad, qué se debe exigir) de la administración que ejerce potestad sancionadora.

¹ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón, *Curso de derecho administrativo*, 17ª ed., t. II, Madrid, Marcial Pons, 2022, p. 186.

² Por la misma razón, me remitiré principalmente a la doctrina peruana que ha estudiado el tema. En el Perú contamos con una ley que funge de norma común para todos los procedimientos administrativos, incluyendo los procedimientos sancionadores: la Ley 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, publicada el 11 de abril de 2001. En más de veinte años de vigencia, la ley ha sufrido modificaciones importantes (la más relevante para el régimen sancionador fue la ocurrida con el Decreto Legislativo 1272, publicada el 21 de diciembre de 2016), pero se ha mantenido como tronco común. En

Advierto que el análisis no será omnicomprendivo por razones de espacio, pero tratará de responder las preguntas que estimo esenciales.

Para explicar ese devenir de la potestad sancionadora me valdré del *efecto Bombita*, noción que surge a partir de uno de los *Relatos Salvajes*³ que mejor representa lo que sucede antes, durante y después de que la administración decide imponer un castigo. Me parece innecesario justificar por qué recorro a la fantasía cinematográfica como hilo conductor de este ensayo; sin embargo, si alguien necesita alguna explicación, me permito tomar las palabras de Martha Nussbaum que –sin duda– son más elocuentes que las mías: “Si no cultivamos la imaginación de esta manera, a mi juicio perderemos un puente esencial hacia la justicia social. Si renunciamos a la ‘fantasía’, renunciamos a nosotros mismos”⁴.

II. ANTES DEL PROCEDIMIENTO SANCIONADOR

[Son casi las 6 de la tarde. El trabajo ha terminado, pero el trajín del día no. Simón Fisher, más conocido como “Bombita” por ser un experto en demoliciones, se dirige en auto a una pastelería para recoger la torta que espera su hija, quien cumple años. El día está nublado y el tráfico es atroz, pero eso no afecta el humor de Bombita, que solo cuenta los minutos para ver a su hija. Sonríe al encontrar un lugar perfecto para estacionar su auto al frente de la pastelería. Sale del auto, revisa que no haya ninguna señal que prohíba estacionarse, y entra al local a recoger la torta. Despreocupado

lo que sigue –salvo indicación en contra– me referiré a esta norma como “la ley peruana”.

³ Película argentina del 2014, escrita y dirigida por Damián Szifron.

⁴ NUSSBAUM, Martha, *Justicia poética. La imaginación literaria y la vida pública*, tra. de Carlos Gardini, Santiago de Chile, Editorial Andrés Bello, 1997, p. 21.

*como era de esperarse, hasta charla un rato con la dependienta. Recibe la torta y aun con una sonrisa en el rostro, sale de la tienda en dirección a su auto. Con sorpresa comprueba que su auto no está. Pensando lo peor (“¿me habrán robado?”) se acerca y descubre el bendito papel con las palabras que –como sabe Bombita y cualquier conductor– presagian su vía crucis: “Su auto ha sido llevado al depósito”.]*⁵

Toda historia tiene un origen y la historia de todo procedimiento sancionador no es la excepción. Cuando la administración decide ejercer su potestad sancionadora, no lo hace de forma abrupta; existe un momento previo en donde ciertas condiciones deben cumplirse para asegurarse que el ejercicio de dicha potestad sea adecuado.

Esas condiciones se deben presentar de ambos lados de la relación. Es decir, existen ciertas condiciones que deben cumplirse de cara al ciudadano, y otras que deben cumplirse de cara a la administración. Este apartado trata precisamente de ello: de lo que sucede *antes* del procedimiento.

A) ¿QUÉ TIENE QUE SABER EL CIUDADANO?

–Funcionario: Usted debería informarse sobre cómo funciona la ley. Que desconozca las normas no implica que esté exento de pagar las consecuencias por incumplirlas. Usted mañana mata a alguien y después dice: “no, no sabía que no se podía matar”. Va preso. Está bien, por ahí nadie se lo explicó, pero va preso igual. ¿Se entiende?

–Bombita: Este ejemplo que acabás de dar es bastante desacertado. Con ese criterio, yo tendría que saber de memoria cuáles son las calles en las que se puede estacionar y en las que no se puede estacionar, independientemente de que estén bien o mal señalizadas.

⁵ Cfr. SZIFRON, Damián (dir.) y ALMODÓVAR, Agustín *et al.* (prods.), *Relatos salvajes* [cinta cinematográfica], Argentina-España, Kramer & Sigman Films/ El Deseo/ Telefe, 2014.

–Funcionario: Exacto. La información está disponible en la página del Departamento de Tránsito.⁶

En esta sección me referiré a dos garantías esenciales que deben ser aplicadas desde antes del procedimiento sancionador, a fin de que cualquier intento de sanción sea legítimo. En particular, me centraré en los *principios de tipicidad y legalidad*, como garantías que –entre otras cosas– permiten al ciudadano conocer por qué y cómo podría ser sancionado. De ahí que sea relevante su aplicación *antes* del procedimiento sancionador. Ahora bien, como explicaré en breve, considero que ambas garantías deben redimensionarse a fin de que sean más eficaces.

Resulta bastante intuitivo pensar que un ciudadano no puede ser sancionado si no sabe por qué se le sanciona. Por algo nos desconcierta tanto el proceso seguido contra Josef K, quien nunca se llega a enterar por qué lo acusan ni por qué, finalmente, lo castigan. De ahí que la sanción se torne absurda si no viene precedida de información adecuada para el ciudadano.

¿Qué propósito cumpliría esa sanción? ¿Qué legitimidad tendría el castigo que reprende a un ciudadano que no sabe siquiera que estaba incumpliendo una norma? Sea cual sea la posición que adoptemos sobre la finalidad de la sanción –represiva, preventiva o ambas–, no queda duda que esta quedaría vacía si fuera aplicada a quien nunca supo qué hizo para merecerla.

Pese a lo intuitivo de esta necesidad de información previa, nos hemos visto forzados a consagrarla en una norma. Es así que la mayoría de ordenamientos jurídicos contemplan el llamado *principio de tipicidad*, según el cual la conducta sancionable debe estar previamente prevista en una ley y descrita de forma precisa⁷. Solo así es válido sancionar a una persona.

⁶ Cfr. SZIFRON, Damián (dir.) y ALMODÓVAR, Agustín *et al.* (prods.), *op. cit.*

⁷ Ley 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General
Artículo 248.- Principios de la potestad sancionadora administrativa

La anterior es la descripción que la ley y la doctrina suelen formular al referirse al principio de tipicidad⁸. Como tal, se trata de una garantía fundamental que debe respetarse si se quiere ejercer la potestad sancionadora. Pero cabe preguntarse: ¿es suficiente? Como Bombita, no puedo sino sentir un sinsabor al escuchar que “la información está disponible” en algún lugar (en el boletín de normas, por ejemplo) y que es mi deber “saber de memoria” todas las reglas que podría incumplir y que acarrearían una sanción. En un mundo cada vez más saturado de reglas, ¿es razonable pedir eso de un ciudadano?

La realidad demuestra que el principio de tipicidad –tal como ha sido concebido hasta ahora– resulta insuficiente, si no viene precedido de reglas que garanticen que la información adecuada llegue al ciudadano. Claro está que eso depende del caso concreto. No pretendo exigir que se le recuerde a una persona todos los días que matar está prohibido. Sin embargo, sí parece razonable exigir que la administración cumpla con pintar las calles en donde no se puede estacionar, como forma de advertir al ciudadano acerca de la prohibición.

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

(...)

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

⁸ Sobre el principio de tipicidad, véase el reciente trabajo de BACA ONETO, Víctor, “El principio de proporcionalidad y el principio de tipicidad como límite al ejercicio de la potestad sancionadora y criterio de interpretación de las normas que tipifican infracciones”, en *Régimen administrativo sancionatorio. En homenaje a José Luis Meilán Gil*, t. I, Guayaquil, 2018, pp. 424-426.

Lo mismo cabe exigir en otros casos en donde esa *carga* en cabeza de la administración resulta más razonable que pedir al ciudadano que conozca todo el aparato normativo. Pensemos en las infracciones que abundan en sectores regulados y complejos (medio ambiente, energía, telecomunicaciones, etcétera). En estos casos, el buen uso de los *precedentes*⁹ –cuando no exceden ni desnaturalizan la ley– puede servir como guía para que el ciudadano comprenda bien los alcances de aquello que está prohibido.

Ahora bien, el principio de tipicidad no es el único que se vincula con aquello que el ciudadano debe saber para que el sistema sancionador sea legítimo. También tenemos al *principio de legalidad*¹⁰ que implica que solo por norma con rango de ley cabe

⁹ Ley 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General

Artículo VI.- Precedentes administrativos

1. Los actos administrativos que al resolver casos particulares interpreten de modo expreso y con carácter general el sentido de la legislación, constituirán precedentes administrativos de observancia obligatoria por la entidad, mientras dicha interpretación no sea modificada. Dichos actos serán publicados conforme a las reglas establecidas en la presente norma.
2. Los criterios interpretativos establecidos por las entidades, podrán ser modificados si se considera que no es correcta la interpretación anterior o es contraria al interés general. La nueva interpretación no podrá aplicarse a situaciones anteriores, salvo que fuere más favorable a los administrados.
3. En todo caso, la sola modificación de los criterios no faculta a la revisión de oficio en sede administrativa de los actos firmes.

¹⁰ Ley 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General

Artículo 248.- Principios de la potestad sancionadora administrativa

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

1. Legalidad.- Sólo por norma con rango de ley cabe atribuir a las entidades la potestad sancionadora y la consiguiente previsión de las consecuencias administrativas que a título de sanción son posibles de aplicar a un administrado, las que en ningún caso habilitarán a disponer la privación de libertad.

atribuir la potestad sancionadora y las correspondientes sanciones que se pueden aplicar.

La lógica detrás de esta regla no se encuentra solamente en el rango que debe tener la norma que establezca las sanciones, sino además en asegurar la *seguridad jurídica*: la predictibilidad. En buena cuenta, lo que se quiere es que los ciudadanos sepan de antemano qué sanciones se les pueden aplicar por aquellas conductas que son calificadas como infracciones. De ahí que los principios de legalidad (consideración previa de la sanción posible) y tipicidad (consideración previa de la infracción posible) vayan de la mano.

Uno podría preguntarse por qué queremos eso, es decir, por qué es importante que los ciudadanos sepan antes qué sanciones podrían recibir. Bueno, la razón es que, así como es importante que sepan las conductas que son calificadas como infracciones, también es importante que sepan la gravedad de estas. Acá no son bienvenidas las sorpresas.

Y esto, a su vez, es más importante en el régimen sancionador administrativo que en el régimen penal, porque si en este la mayoría de las conductas son dolosas, en aquél la mayoría de las conductas son negligentes. Siendo así, es necesario saber de antemano la gravedad de las infracciones y las sanciones para saber qué nivel de medidas de precaución se deben tomar. Mientras mayor sea la gravedad de la infracción y la consiguiente sanción, mayores serán las precauciones que uno debe tomar.

En cumplimiento de esta garantía esencial, las leyes que regulan los regímenes sancionadores en distintos sectores (energía, medio ambiente, recursos hídricos, competencia, etcétera) disponen las posibles sanciones por ley. Sin embargo, en muchos casos, esas disposiciones son una broma de mal gusto, porque no hay nada más alejado de la predictibilidad que una norma que prevé que las sanciones pueden ir en un rango que va desde una amonestación hasta diez millones de dólares. ¿Qué tipo de información se transmite así al ciudadano?

Por ello, para evitar ese problema, algunas regulaciones sectoriales califican la gravedad de las infracciones (leves, graves y muy graves), reduciendo así el rango de las sanciones posibles. Como es evidente, esta práctica solo es saludable si se realiza en una norma general para que los ciudadanos sepan de antemano la gravedad que sus conductas podrían revestir. Si se hace posteriormente, de nada sirve, lo mismo sería que mantuviéramos un rango amplísimo de sanciones o que sencillamente no se diga nada. Por esta razón, es equivocada la forma en que proceden algunas administraciones que recién califican la gravedad de la sanción cuando la van a imponer, es decir, al final de todo el procedimiento.

En suma, ambos principios –legalidad y tipicidad– juegan un rol trascendental como garantía del ciudadano frente al ejercicio de la potestad sancionadora. Sin embargo, su rol debe ser redimensionado a la luz de la realidad (reglas cada vez mayores en número y complejidad) y de las exigencias de predictibilidad. Caso contrario, estaremos ante garantías sin ninguna utilidad.

B) ¿QUÉ TIENE QUE SABER LA ADMINISTRACIÓN?

–*Funcionario: El acta del oficial dice que su vehículo estaba en infracción. Nosotros no necesitamos más que eso. Entonces le vuelvo a reiterar: si quiere sacar su vehículo de acá, tiene que abonar. Caso contrario, le pido que se retire y me deje seguir atendiendo.*

–*Bombita: ¿Y si no tengo plata?*

–*Funcionario: Puede cancelarlo con tarjeta de crédito, débito o venir otro día. Lo que sí se le va a cobrar es el estacionamiento.*

–*Bombita: Sabés que sos un delincuente, ¿no?*

–*Funcionario: Estoy haciendo mi trabajo, señor.*¹¹

En la sección anterior me referí a las garantías que buscan que la sanción sea legítima, al brindar información al ciudada-

¹¹ Cfr. SZIFRON, Damián (dir.) y ALMODÓVAR, Agustín *et al.* (prods.), *op. cit.*

no sobre los incumplimientos que pueden ser sancionados y su gravedad. En esta sección, me referiré al otro lado de la relación, específicamente me centraré en qué información debe tener la administración si pretende iniciar un procedimiento sancionador. En particular, me referiré al valor probatorio que debe asignársele a las *actas de fiscalización* como uno de los medios de prueba que usa la administración para sustentar su acusación. Al igual que en la sección anterior, abogaré por una lectura diferente del valor que debe otorgarse a las actas.

El poder punitivo de la administración puede ser excesivo, violento y desmesurado. Por eso la ley impone límites que se traducen en garantías para el ciudadano. Quizá la principal de dichas garantías es la *presunción de inocencia*¹², entendida de dos formas: (i) como la carga que tiene la administración de recopilar pruebas suficientes para acusar y sancionar al ciudadano; y, (ii) como carga de la prueba, en el sentido que la administración debe demostrar que el ciudadano es responsable de la infracción que se le imputa, caso contrario se debe archivar la acusación¹³.

En ese contexto, surge la interrogante: ¿qué prueba es suficiente? Acá no pretendo centrarme en el espinoso problema del *estándar probatorio* que resulta óptimo para justificar una sanción. Solo pretendo quedarme en el análisis del *valor probatorio*

¹² Ley 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General
Artículo 248.- Principios de la potestad sancionadora administrativa
La potestad sancionadora de todas las entidades está regida adicionalmente por los siguientes principios especiales:

(...)

9. Presunción de licitud.- Las entidades deben presumir que los administrados han actuado apegados a sus deberes mientras no cuenten con evidencia en contrario.

¹³ Sobre el particular, permítanme remitir a Alejos Guzmán, Oscar, "Defensa de la presunción de inocencia como garantía esencial en el derecho administrativo sancionador", en *Revista Eurolatinoamericana de Derecho Administrativo*, vol. 8, n. 2, 2021, pp. 76-79.

que tienen las *actas de fiscalización*, como aquella que es usada contra Bombita como prueba irrefutable y suficiente.

El problema que aquí se presenta es que muchos funcionarios –a veces acompañados por un legislador o regulador demente– consideran que las actas marcan el inicio de la crónica de una muerte anunciada. En ese sentido, si el acta dice que se cometió la infracción, entonces el funcionario parece pensar que no necesita más que eso. Sin embargo, una idea así atenta contra la presunción de inocencia¹⁴, entendida en la primera acepción a la que me he referido líneas arriba.

A la administración le corresponde la carga de aportar los medios de prueba necesarios para justificar una acusación que de origen al procedimiento sancionador. Cuando se pretende que un solo documento –suscrito encima por un funcionario de la misma administración– valga como prueba suficiente, se está sacando la vuelta a la presunción de inocencia. Ello, sin dejar de mencionar que resulta insólito otorgar valor de verdad absoluta a la palabra del funcionario; no solo porque se trata de una persona parcializada con los intereses de la administración (si se quiere, con el interés público que defiende la administración), sino porque –aun en su condición de funcionario– es humano y, como tal, puede errar.

En ese sentido, debe quedar claro que las actas, los informes de supervisión y cualquier documento similar no puede nunca tener carácter de verdad absoluta ni valer como prueba irrefutable. Se trata simplemente de documentos con valor probatorio. Como tales, pueden ser desacreditados por el imputado o por la misma administración al momento en que los contrasta con otras pruebas.

Es cierto que una norma puede atribuirle *presunción de certeza* a las actas¹⁵, pero ello no implica que sea una presunción abso-

¹⁴ Sobre este tema, véase el reciente libro de TIRADO BARRERA, José Antonio, *Actividad de fiscalización en el procedimiento administrativo peruano*, Lima, ESAN, 2022, pp. 197-202.

¹⁵ Ley 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General
Artículo 244.- Contenido mínimo del Acta de Fiscalización

luta¹⁶. Siempre será relativa, de manera que siempre podrá romperse con las pruebas que aporte el imputado o con aquellas que recabe la administración¹⁷.

Ahora bien, más allá de un problema jurídico sobre el valor de las actas, existe un problema de fondo que se genera partir de dicha presunción de certeza. Las reglas, una vez impuestas, reordenan el esquema de incentivos de las partes involucradas. Una regla que determina la presunción de certeza de las actas genera el incentivo perverso en el funcionario fiscalizador para dormirse en sus laureles y no recabar más pruebas que confirmen su hipótesis. En otras palabras, mientras más valor se les otorgue a las actas, menos incentivos tendrá el funcionario para obtener más y mejores pruebas. Como es evidente, este escenario está reñido con lo que debería ser el correcto ejercicio de la potestad sancionadora, al menos si coincidimos en que la administración solo debe sancionar a quien se lo merece.

Por ello, si algo debe quedar claro en este acápite es que la administración solo tendrá legitimidad para mover su maquinaria sancionadora, cuando haya cumplido con su deber de recabar el material probatorio suficiente que sostenga su acusación. Siendo así, no solo urge comprender adecuadamente el real valor probatorio de las actas, sino además redimensionar la presunción de certeza (siempre relativa) que se predica de ellas. El objetivo debe ser compatibilizar dicha presunción con el deber de la adminis-

(...)

244.2 Las Actas de fiscalización dejan constancia de los hechos verificados durante la diligencia, salvo prueba en contrario.

¹⁶ Al respecto, véase lo señalado por Tirado Barrera, José Antonio, *obra citada*, p. 187 y ss.

¹⁷ Ley 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General
Artículo 167. Elaboración de actas

(...)

167.2 En los procedimientos administrativos de fiscalización y supervisión, los administrados, además, pueden ofrecer pruebas respecto de los hechos documentados en el acta.

tracción de buscar todas las pruebas que resulten necesarias para sostener una acusación sólida.

III. DURANTE EL PROCEDIMIENTO SANCIONADOR

*[El lugar es sombrío, pequeño y asfixiante. Parece diseñado para desanimar o para elevar los niveles de estrés al máximo. Así es la oficina de la autoridad administrativa en la que se encuentra Bombita, lugar al que tiene que ir para pagar su multa o defenderse. La cola es interminable y parece el camino de la serpiente; el diseño de la cola no tiene otro propósito que marear. Cuando por fin le toca su turno, una barrera de cristal lo separa del funcionario. Se sabe de antemano que esa interacción puede ir más allá de las palabras. La barrera no solo busca separar, sino desesperar. Bombita se ve forzado a levantar la voz para ser escuchado. Este es el escenario en que debe defenderse.]*¹⁸

El escenario descrito –relativamente fiel al de la película– no difiere mucho del escenario en el que se desarrolla un procedimiento sancionador. Parece zona de guerra. La autoridad no es ni puede ser imparcial (al menos no como lo es un juez), porque tiene un interés que defender en el procedimiento: el *interés público*. Y para ello hace uso de un bagaje extenso de herramientas: por ejemplo, como hemos visto, les otorga presunción de certeza a las actas de fiscalización.

Por eso la ley prevé diversas garantías que sirven como contrapeso para que el ciudadano se pueda defender. Cual gladiador en coliseo romano, tiene un repertorio de armas tendidas en el piso para defenderse. Dependiendo del caso concreto y del enemigo, se podrán usar las armas de ausencia de tipicidad, antijuri-

¹⁸ Cfr. SZIFRON, Damián (dir.) y ALMODÓVAR, Agustín *et al.* (prods.), *op. cit.*

dicidad, culpabilidad o demás eximentes de responsabilidad, así como otras armas más formales como la prescripción o la caducidad.

A) ¿CÓMO SE PUEDE DEFENDER EL CIUDADANO?

–*Bombita: El cordón estaba sin pintar. Yo creo que deberías mandar a alguien a la dirección donde me levantaron el auto para verificar que tengo razón. (...)*¹⁹

Como ya adelanté, me referiré aquí a las garantías que tiene el ciudadano dentro del procedimiento sancionador. En principio, podríamos decir que el ciudadano puede alegar *defensas de fondo* (por ejemplo, ausencia de tipicidad) y *defensas de forma* (por ejemplo, prescripción). Dentro de las defensas de fondo, tenemos las que *questionan directamente un elemento de la infracción* (por ejemplo, ausencia de culpabilidad) y las que *questionan tangencialmente uno de dichos elementos* (por ejemplo, la legítima defensa que determina que no exista antijuricidad). El imputado puede también aceptar su responsabilidad: finalmente, entre la espada y la pared, siempre se puede elegir la espada²⁰. La ventaja es que –al menos bajo la ley peruana– la espada no provoca una herida mortal, en la medida que el *reconocimiento* de responsabilidad constituye un atenuante de la sanción²¹.

¹⁹ *Idem.*

²⁰ Tomo la frase de GUERRIERO, Leila, *Frutos extraños*, Madrid, Alfaguara, 2020, p. 20.

²¹ Ley 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General
 Artículo 257.- Eximentes y atenuantes de responsabilidad por infracciones
 (...)
 2.- Constituyen condiciones atenuantes de la responsabilidad por infracciones las siguientes:
 a) Si iniciado un procedimiento administrativo sancionador el

Pues bien, en esta oportunidad, me referiré específicamente a las defensas de fondo en donde se cuestiona tangencialmente un elemento de la infracción. Estas defensas son denominadas en la ley peruana como *eximentes de responsabilidad*.

La ley peruana ha dedicado un artículo específico para regular estos eximentes²². Los eximentes de responsabilidad son hechos específicos que excluyen la posibilidad de atribuir responsabilidad al imputado. Su fundamento es diverso, como diversos son los elementos que componen una infracción administrativa. En ese sentido, si una infracción es una acción típica, antijurídica y culpable (y punible, según algunas teorías); entonces los eximentes son hechos que implican la ausencia de alguno de dichos elementos.

Por ejemplo, cuando la ley peruana consagra el eximente por fuerza mayor, en realidad se niega la existencia de infracción porque no existe una acción atribuible causalmente al imputado.

infractor reconoce su responsabilidad de forma expresa y por escrito.

- ²² Ley 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General
Artículo 257.- Eximentes y atenuantes de responsabilidad por infracciones
- 1.- Constituyen condiciones eximentes de la responsabilidad por infracciones las siguientes:
- a) El caso fortuito o la fuerza mayor debidamente comprobada.
 - b) Obrar en cumplimiento de un deber legal o el ejercicio legítimo del derecho de defensa.
 - c) La incapacidad mental debidamente comprobada por la autoridad competente, siempre que esta afecte la aptitud para entender la infracción.
 - d) La orden obligatoria de autoridad competente, expedida en ejercicio de sus funciones.
 - e) El error inducido por la Administración o por disposición administrativa confusa o ilegal.
 - f) La subsanación voluntaria por parte del posible sancionado del acto u omisión imputado como constitutivo de infracción administrativa, con anterioridad a la notificación de la imputación de cargos a que se refiere el inciso 3) del artículo 255.

Cuando consagra el eximente por cumplimiento de un deber legal, en realidad se niega la existencia de infracción porque no hay una conducta antijurídica. Asimismo, cuando se incluye el eximente por subsanación voluntaria, en realidad se está excluyendo la punibilidad de la conducta²³.

Entre tantos otros, la ley peruana reconoce el eximente que se debe al “error inducido por la administración”. En estos casos, la conducta sigue siendo típica y antijurídica²⁴, pero no es posible atribuirla a título de culpa. El que la comete no incurre en dolo: no tiene conocimiento real de que está incumpliendo la norma porque ha sido inducido a error por la administración; tampoco tiene voluntad real de incumplirla, en tanto no quiere el resultado. El que la comete tampoco incurre en negligencia, porque el nivel de diligencia exigido no puede implicar que reconozca y supere los casos de error inducido por la misma administración.²⁵

²³ Sobre el particular, véase lo escrito en HUAPAYA TAPIA, Ramón; SÁNCHEZ POVIS, Lucio y ALEJOS GUZMÁN, Oscar, “El eximente de responsabilidad por subsanación voluntaria en la Ley del Procedimiento Administrativo General”, en *El Derecho Administrativo como instrumento al servicio del ciudadano. Memorias del VIII Congreso de Derecho Administrativo*, Lima, Universidad de Piura – Palestra, 2018, pp. 588-590.

²⁴ Sin embargo, se sostiene también que, en estos casos, no habría antijuridicidad porque el ciudadano no cree que su conducta sea contraria a derecho. En ese sentido, MORÓN URBINA, Juan Carlos, *Comentarios a la ley de procedimiento administrativo general*, t. II, 14ª ed., Lima, Gaceta Jurídica, 2019, p. 520.

²⁵ De acuerdo con Víctor Baca, la norma peruana debe interpretarse en el sentido que solo el *error invencible* exonera de responsabilidad: “(...) únicamente el error invencible debería justificar una exoneración de responsabilidad, de modo que el error vencible no sería otra cosa que un supuesto de acción negligente, lo que es suficiente en derecho administrativo para imponer un castigo”. BACA ONETO, Víctor, “El principio de culpabilidad en el derecho administrativo sancionador, con especial mirada al caso peruano”, en *Revista Digital de Derecho Administrativo*, núm. 21, 2019, p. 327.

Este eximente se sustenta principalmente en el principio de seguridad jurídica que, como se sabe, garantiza –entre otros– la confiabilidad y la predictibilidad.²⁶ En efecto, este principio (y sus derivaciones) garantizan que el ciudadano pueda *confiar* en que la administración ha actuado correctamente y respetará su posición previa; asimismo, garantizan que el ciudadano pueda *predecir* con relativa solidez en que la administración actuará de cierto modo.

La ley peruana consagra ambas manifestaciones de la seguridad jurídica en lo que llama *principio de buena fe*²⁷ (y la regla de actos propios que se deriva) y *principio de predictibilidad*²⁸ (y el principio de confianza legítima que se deriva), respectivamente.

²⁶ Véase lo señalado por ÁVILA, Humberto, *Teoría de la seguridad jurídica*, trad. de Laura Criado, Madrid, Marcial Pons, 2012, p. 231.

27 Ley 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General
Artículo IV. Principios del procedimiento administrativo

1. El procedimiento administrativo se sustenta fundamentalmente en los siguientes principios, sin perjuicio de la vigencia de otros principios generales del Derecho Administrativo:

(...)

1.8. Principio de buena fe procedimental.- La autoridad administrativa, los administrados, sus representantes o abogados y, en general, todos los partícipes del procedimiento, realizan sus respectivos actos procedimentales guiados por el respeto mutuo, la colaboración y la buena fe. La autoridad administrativa no puede actuar contra sus propios actos, salvo los supuestos de revisión de oficio contemplados en la presente Ley.

Ninguna regulación del procedimiento administrativo puede interpretarse de modo tal que ampare alguna conducta contra la buena fe procedimental.

²⁸ Ley 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General

Artículo IV. Principios del procedimiento administrativo

1. El procedimiento administrativo se sustenta fundamentalmente en los siguientes principios, sin perjuicio de la vigencia de otros principios generales del Derecho Administrativo:

(...)

1.15. Principio de predictibilidad o de confianza legítima.- La autoridad administrativa brinda a los administrados o sus representantes

Cuando Bombita estaciona su auto confiando en que está permitido dado que el cordón no está pintado, en realidad incurre en un error; sin embargo, se trata de un error inducido por la negligencia de la administración que no cumplió con pintar el cordón. En ese sentido, bajo la ley peruana, Bombita tendría razón y no debería ser sancionado.

Como es evidente, esta es solo una de las posibles defensas. Abarcar todas implicaría un estudio mucho más amplio que el permitido en estas páginas. Sin embargo, lo que interesa dejar en claro es que la ley le otorga al ciudadano una serie de armas para defenderse y cuestionar la acusación que ha formulado la administración.

B) ¿CÓMO PUEDE ATACAR LA ADMINISTRACIÓN?

–*Funcionario: El acta de infracción dice que el auto estaba mal estacionado, y eso se considera prueba suficiente. (...).*

–*Bombita: ¿Vos me estás escuchando? Prueba suficiente, las pelotas. Te estoy diciendo que el cordón estaba sin pintar.*²⁹

información veraz, completa y confiable sobre cada procedimiento a su cargo, de modo tal que, en todo momento, el administrado pueda tener una comprensión cierta sobre los requisitos, trámites, duración estimada y resultados posibles que se podrían obtener. Las actuaciones de la autoridad administrativa son congruentes con las expectativas legítimas de los administrados razonablemente generadas por la práctica y los antecedentes administrativos, salvo que por las razones que se expliciten, por escrito, decida apartarse de ellos.

La autoridad administrativa se somete al ordenamiento jurídico vigente y no puede actuar arbitrariamente. En tal sentido, la autoridad administrativa no puede variar irrazonable e inmotivadamente la interpretación de las normas aplicables.

²⁹ Cfr. SZIFRON, Damián (dir.) y ALMODÓVAR, Agustín *et al.* (prods.), *op. cit.*

En esta sección me centraré en ciertas pautas que debe seguir la administración al momento de sustentar su acusación en el procedimiento. Así, me referiré a tres pautas que considero imprescindibles: (i) el deber de la administración de verificar los elementos de la infracción; (ii) el deber de respetar los principios, en particular el principio de razonabilidad y de verdad material; y, (iii) el deber de la administración de revisar su propia competencia para sancionar. Como es evidente, estas pautas o deberes se traducen en garantías para el imputado.

Para empezar, volvamos una vez más al valor de los medios de prueba que recaba la administración cuando ejerce su potestad sancionadora. Para el funcionario de la película, el acta de fiscalización sería prueba suficiente. Ello le permite ignorar lo que alega Bombita, pero también le permite descartar cualquier intento probatorio adicional. Por eso se rehúsa a verificar si el cordón estaba pintado a pesar de que no se necesitaría un despliegue monumental de personal.

Cuando pregunto cómo puede atacar la administración, podría responder basándome en el estándar del funcionario de la película. En ese sentido, podría partir de una administración obstinada y necia que solo busca anular las defensas del ciudadano y sostener su acusación hasta la sanción final, sin importar nada más. Pero eso sería aceptar que la administración puede jugar sucio. Prefiero creer que no necesariamente debe suceder así, aunque a veces eso sea exactamente lo que pasa.

Con esta visión esperanzadora no pretendo negar que la administración puede actuar sesgada. De hecho, creo que es así. Como indiqué líneas atrás, la administración no es ni puede ser imparcial al tramitar un procedimiento sancionador. Ello genera que su proceder esté marcado por un *sesgo de confirmación* desde el inicio (incluso antes, durante la fiscalización) hasta el final (incluso después, durante el procedimiento recursivo). Su constante búsqueda de satisfacer el interés público acentúa ese sesgo que le impulsa a confirmar la acusación inicial en todas las etapas siguientes del procedimiento sancionador. Como en una carrera de

postas, la administración solo quiere seguir corriendo hasta llegar a la meta (sancionar).

Sin embargo, este hecho no implica que la administración juegue sucio o que deba actuar sin rectitud. Consciente del sesgo mencionado, la ley fija ciertas pautas de conducta (principios y reglas) que la administración debe seguir a fin de no caer en arbitrariedad al momento de ejercer su potestad sancionadora.

Dicho ello, esbozaré tres pautas sobre cómo debe actuar la administración en un procedimiento sancionador, partiendo de la premisa de que su defensa del interés público no colisiona con la rectitud.

En primer lugar, como es evidente, la administración debe verificar que concurren los elementos de la infracción. En ese sentido, la administración –de oficio– debe asegurarse de que está ante una conducta típica, antijurídica y culpable. Aun si el imputado no alega dichas defensas, es deber de la administración probar que dichos elementos están presentes.

En segundo lugar, la administración debe respetar los principios que rigen su actuación. La ley peruana tiene la particularidad de contemplar una serie de principios de forma explícita, tanto a nivel general (legalidad, debido procedimiento, informalismo, etcétera) como a nivel sancionador (tipicidad, irretroactividad, *ne bis in idem*, etcétera). Todos son aplicables para el ejercicio de la potestad sancionadora; sin embargo, me interesan destacar aquellos que –aunque menos obvios– resultan particularmente pertinentes y lamentablemente olvidados.

Los obvios son los principios que regula la ley peruana en la parte sancionadora: tipicidad, razonabilidad, irretroactividad, concurso de infracciones, culpabilidad, etcétera. Fuera de que no todos son principios propiamente dichos³⁰ (algunos son reglas),

³⁰ Alejandro Nieto ya advertía sobre el uso indiscriminado del término “principios”, cuando en realidad la ley se refiere a veces a principios y otras veces a reglas. Véase NIETO, Alejandro, *Derecho Administrativo Sancionador*, 3ª ed., Madrid, Tecnos, 2002, p. 41.

lo cierto es que son elementales en el análisis que realiza la autoridad al ejercer su potestad sancionadora. Sin embargo, también es cierto que la mayoría de estos principios son utilizados para la primera pauta que mencioné anteriormente: analizar si se cumplen los elementos de la infracción. Para eso se usa la tipicidad o la culpabilidad.

En ese sentido, aquí me refiero a los principios menos obvios, los que –en la ley peruana– se encuentran en la parte inicial porque aplican para todo procedimiento administrativo. En particular, me refiero a los *principios de razonabilidad y verdad material* que cumplen un rol trascendental en el ejercicio de la potestad sancionadora.

El *principio de razonabilidad* –tal como está previsto en la ley peruana³¹– exige que la administración evalúe si las acciones que va a tomar son las más idóneas, necesarias y proporcionales, considerando las circunstancias del caso concreto. En ese sentido, le otorga cierto margen de discrecionalidad al momento de decidir si ejercita cierta potestad y –quizá más importante– cómo debe hacerlo. Bajo esta perspectiva de *regulación responsiva*³², la ad-

³¹ Ley 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General.
Artículo IV. Principios del procedimiento administrativo
1. El procedimiento administrativo se sustenta fundamentalmente en los siguientes principios, sin perjuicio de la vigencia de otros principios generales del Derecho Administrativo:
(...)
1.4. Principio de razonabilidad.- Las decisiones de la autoridad administrativa, cuando creen obligaciones, califiquen infracciones, impongan sanciones, o establezcan restricciones a los administrados, deben adaptarse dentro de los límites de la facultad atribuida y manteniendo la debida proporción entre los medios a emplear y los fines públicos que deba tutelar, a fin de que respondan a lo estrictamente necesario para la satisfacción de su cometido.

³² Sobre el principio de razonabilidad, puede verse lo señalado en HUAPAYA TAPIA, Ramón y ALEJOS GUZMÁN, Oscar, en *Derecho PUCP*, N° 76, 2016,

ministración puede decidir si inicia o no un procedimiento sancionador, o si resulta más razonable emplear otros mecanismos (por ejemplo, medidas correctivas que solo busquen restablecer la legalidad). No siempre es necesario usar el garrote, cuando una zanahoria puede ser más efectiva.

Por otro lado, tenemos el *principio de verdad material* que impone a la administración utilizar todos los medios que tenga a su alcance para resolver conforme a la verdad de los hechos³³. Como es evidente, este principio juega en pared con la regla de presunción de inocencia. En efecto, no basta con una regla que imponga la carga de probar, es necesario resaltar que la administración

p. 166. “Los principios de la potestad sancionadora a la luz de las modificaciones del Decreto Legislativo 1272”, en *Revista de Derecho Administrativo*, N° 17, 2019, p. 59. Sobre la regulación responsiva y su adopción en el Perú, puede verse lo escrito por Ochoa Mendoza, Francisco, “¿Es posible hacer cumplir la ley sin sancionar? Aplicando de manera “responsiva” la regulación en el Perú, a propósito del caso de abogacía de la competencia sobre las barreras burocráticas en el mercado de servicios públicos”.

³³ Ley 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General.

Artículo IV. Principios del procedimiento administrativo

1. El procedimiento administrativo se sustenta fundamentalmente en los siguientes principios, sin perjuicio de la vigencia de otros principios generales del Derecho Administrativo:

(...)

1.11. Principio de verdad material.- En el procedimiento, la autoridad administrativa competente deberá verificar plenamente los hechos que sirven de motivo a sus decisiones, para lo cual deberá adoptar todas las medidas probatorias necesarias autorizadas por la ley, aun cuando no hayan sido propuestas por los administrados o hayan acordado eximirse de ellas.

En el caso de procedimientos trilaterales la autoridad administrativa estará facultada a verificar por todos los medios disponibles la verdad de los hechos que le son propuestos por las partes, sin que ello signifique una sustitución del deber probatorio que corresponde a estas. Sin embargo, la autoridad administrativa estará obligada a ejercer dicha facultad cuando su pronunciamiento pudiera involucrar también al interés público.

debe buscar las pruebas pertinentes para tomar una decisión (sea sancionar o archivar un caso) que sea acorde a la realidad de los hechos.

La relevancia de este principio se aprecia en la escena en que Bombita discute con el funcionario. Cuando este le indica que lo señalado en el acta es “prueba suficiente”, en realidad está trastocando el principio de verdad material, renunciando a la actividad probatoria que debe realizar. De ahí que no debe olvidarse este principio al momento de ejercer la potestad sancionadora. Es más, resulta mucho más relevante aquí, en el escenario en donde se va a imponer un castigo. Definitivamente queremos que la administración sancione solo cuando tenga pruebas (de verdad) suficientes.

Finalmente, una tercera pauta que debe seguir la administración consiste en asegurarse de que puede sancionar aún. Eso implica revisar cuestiones formales, como su competencia. En el procedimiento sancionador, ello se traduce en revisar –nuevamente de oficio– si ha transcurrido el plazo de prescripción o de caducidad³⁴.

En suma, como he tratado de demostrar en este acápite, no se trata tanto de cómo puede atacar la administración en un proce-

³⁴ Sobre la prescripción, véase: Baca Oneto, Víctor, “La prescripción de las infracciones y su clasificación en la Ley del Procedimiento Administrativo General (en especial, análisis de los supuestos de infracciones permanentes y continuadas)”, en *Derecho & Sociedad*, N° 37, 2011, pp. 265-274; Danos Ordóñez, Jorge, “La prescripción de las infracciones, de la ejecución de las sanciones y la caducidad (perención) del procedimiento administrativo sancionador”, en *Derecho administrativo en el siglo XXI*, Volumen I, Lima, Adrus, 2013, p. 693 y ss. Sobre la caducidad, permítanme remitir a Alejos Guzmán, Oscar, “La caducidad del procedimiento sancionador en el Perú”, en *Derecho & Sociedad*, N° 54, 2020, pp. 413-418. También véase Sánchez Povis, Lucio & Valverde, Gianpierre, “La caducidad del procedimiento administrativo sancionador en el TUO LPAG. Estudio introductorio para su caracterización en el ordenamiento peruano”, en *Revista de Derecho Administrativo*, N° 17, 2019, p. 78 y ss.

dimiento sancionador, sino de cómo debe hacerlo para cumplir con su deber y –al mismo tiempo– no trastocar las garantías que tutelan al ciudadano. Se trata, en buena cuenta, de que la administración aprenda a jugar limpio.

IV. DESPUÉS DEL PROCEDIMIENTO SANCIONADOR

[Luego de una acalorada discusión, los ánimos siguen tensos, pero la frustración acecha a ambas partes. El funcionario ha escuchado el mismo discurso cientos de veces, lo sabe de memoria, sabe también de memoria qué es lo que debe decir; probablemente tiene un libreto preparado. Sabe también que lo odian, lo ve en los ojos de quien reclama. Pero saber todo eso no suprime la frustración de quien solamente es la cara de un monstruo mucho más grande llamado Estado. Bombita sufre otro tipo de frustración, la del que reclama y sabe que no obtendrá una respuesta positiva, quizá ni siquiera una respuesta sensata. Como si el vidrio que lo separa del funcionario fuese un muro de concreto, Bombita siente que habla con la pared. A ello cabe agregar la gente que, detrás en la cola, empieza a inquietarse. ¿Qué debe hacer? ¿Acaso todo acabó?].³⁵

Lo que empieza debe terminar algún día. El procedimiento sancionador no es la excepción. Es más, la ley peruana le fija un plazo de caducidad de nueve meses, de manera que, si no se resuelve en ese plazo, el procedimiento decae necesariamente. Todo tiene su final.

Sin embargo, a veces el final no es el final. Por eso, la ley prevé la posibilidad de recurrir los actos administrativos que imponen

³⁵ Cfr. SZIFRON, Damián (dir.) y ALMODÓVAR, Agustín *et al.* (prods.), *op. cit.*

una sanción³⁶. Se inicia así el procedimiento recursivo que –aun siendo un procedimiento distinto al sancionador– permite reabrir la discusión. Sobre esto tratan las últimas páginas de este artículo.

A) ¿QUÉ PUEDE HACER EL CIUDADANO SI CREE
QUE LA ADMINISTRACIÓN SE EQUIVOCA?

–*Bombita*: Bien. Necesito hablar con un superior tuyo, por favor.

–*Funcionario*: No, no hay ningún superior para llamar.

–*Bombita*: Ah, ¿no? ¿Quién sos? ¿el Presidente de la República, pelotudo?³⁷

La ley peruana estructura el procedimiento sancionador conforme al siguiente esquema³⁸: se imputan los cargos y se otorga un plazo al ciudadano para que presente descargos; el ciudadano imputado presenta sus descargos; estos son evaluados por la autoridad instructora que emite un informe final de instrucción recomendando archivar el caso (si los descargos del imputado la convencieron) o sancionar; el imputado presenta ahora unos descargos al informe final de instrucción; y, finalmente, la autoridad

³⁶ Ley 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General.

Artículo 217. Facultad de contradicción

217.1 Conforme a lo señalado en el artículo 120, frente a un acto administrativo que se supone viola, desconoce o lesiona un derecho o interés legítimo, procede su contradicción en la vía administrativa mediante los recursos administrativos señalados en el artículo siguiente, iniciándose el correspondiente procedimiento recursivo.

³⁷ Cfr. SZIFRON, Damián (dir.) y ALMODÓVAR, Agustín *et al.* (prods.), *op. cit.*

³⁸ Sobre el particular, puede verse el artículo de DANÓS ORDÓÑEZ, Jorge, “La regulación del procedimiento administrativo sancionador en el Perú”, en *Revista de Derecho Administrativo*, núm. 17, 2019, pp. 26-50.

resolutiva –a veces previo informe oral³⁹– decide si archiva o sanciona.

Como puede apreciarse, existe un amplio campo para la discusión. La ley peruana le otorga al imputado dos espacios para presentar descargos y defenderse. Ello, sin perjuicio de que, en cualquier momento, puede aportar mayores elementos de juicio y pruebas que sustenten su defensa.

Pero a veces el ejercicio del derecho de defensa resulta insuficiente, por varias razones. Puede ocurrir que el imputado no estructuró bien su defensa. Puede pasar que no tenía todas las pruebas pertinentes para demostrar su inocencia. Puede que se haya argumentado bien la defensa y se hayan aportado las pruebas pertinentes, pero la autoridad no llegó a convencerse. Puede que la autoridad simplemente haya ignorado lo alegado por el imputado. Puede suceder también que el imputado se resigne a ser sancionado, pero discrepe con la sanción en sí misma, por considerarla desproporcionada⁴⁰.

En suma, existe muchas razones por las cuales la autoridad puede discrepar del imputado y, pese a la defensa ejercida, sancionarlo. En ese contexto, ¿qué puede hacer el imputado? En estos casos, la ley le otorga lo que muchos no reciben en la vida: una segunda oportunidad. Una segunda chance de plantear su caso ante el mismo funcionario (mediante lo que se conoce como recurso

³⁹ La importancia del informe oral en el procedimiento sancionador ha sido destacada en reiteradas oportunidades en el derecho peruano. Al respecto, puede verse el reciente trabajo de HUAPAYA TAPIA, Ramón, “El debido proceso administrativo y la obligatoriedad de los informes orales en los procedimientos administrativos. ¿Es plausible el “autismo” de la administración pública?”, en *Gestión Pública & Control*, núm. 16, 2021, p. 52.

⁴⁰ La ley peruana exige que las sanciones sean proporcionales, para lo cual se han establecido una serie de criterios (beneficio ilícito, probabilidad de detección, daño, etcétera) tomados de la ciencia económica. Al respecto, puede verse lo señalado en HUAPAYA TAPIA, Ramón y ALEJOS GUZMÁN, Oscar, *op. cit.*, pp. 59-62.

de reconsideración) o ante un funcionario distinto (mediante lo que se conoce como recurso de apelación).

El *recurso de reconsideración* exige presentar una nueva prueba. Como se ha reconocido⁴¹, esta exigencia tiene mucho sentido, dado que no habría otra forma de lograr que el mismo funcionario que ya sancionó cambie de opinión. Si bien puede pensarse que un recurso de este tipo tiene escasas probabilidades de éxito⁴², lo cierto es que todo dependerá del tipo de prueba nueva que se aporte. Es más fácil conseguir que alguien cambie de opinión a partir de nueva evidencia⁴³ que lograrlo solo en base a argumentos jurídicos.

Por su parte, el *recurso de apelación* no exige presentar prueba nueva. En la medida que este recurso lo evalúa un funcionario distinto, es posible que el imputado logre convencerlo de que su posición es correcta. Esta posibilidad se incrementa si reconocemos que –al menos en el Perú– los órganos administrativos que conocen los recursos de apelación son *tribunales administrativos*⁴⁴,

⁴¹ En ese sentido, DANÓS ORDÓÑEZ, Jorge, “La evolución de las garantías jurídicas de los administrados en el Perú”, en *Anuario Iberoamericano de Derecho Administrativo 2021*, MUÑOZ MACHADO, Santiago y RIVERA ORTEGA, Ricardo (dir.), Madrid, Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, 2022, p. 179.

⁴² Así lo considera Agudo González para el caso del recurso de reposición que es similar al recurso de reconsideración peruano. Véase: AGUDO GONZÁLEZ, Jorge, *La función administrativa de control. Una teoría del control orientada a la configuración de un sistema de justicia administrativa*, Navarra, Aranzadi, 2018, p. 111.

⁴³ Desde la perspectiva psicológica, la presencia de nueva evidencia es precisamente lo que permite que una persona cuestione creencias previas. Véase SHAW, Julia, *The memory illusion*, London, Penguin Random House, 2016, p. 25.

⁴⁴ Sobre el particular, véase lo señalado por DANÓS ORDÓÑEZ, Jorge, “La evolución de las garantías jurídicas de los administrados en el Perú”, *op. cit.*, p. 185.

a saber, órganos colegiados con un mayor nivel de independencia y especialidad.

De esta forma, el sistema garantiza la posibilidad de ser escuchado por alguien más, cuando la discusión con un funcionario ha llegado a su fin. Tan importante es esta garantía que la ley peruana la consagra como parte del *debido procedimiento administrativo*⁴⁵.

Pero el asunto no queda ahí. Tan importante es que otra persona escuche la defensa del imputado que la ley no solo contempla la vía administrativa (que se agota cuando se resuelve el recurso de apelación), sino que además permite al ciudadano acudir al juez en un proceso contencioso administrativo⁴⁶. Bajo la lógica de que solo el juez es un tercero imparcial, la ley permite que el ciudadano vuelva a plantear su caso en esta sede.

En conclusión, el primer funcionario con el que uno tiene que lidiar no es el último. Ni siquiera la administración tiene la última palabra.

B) ¿QUÉ PUEDE HACER EL CIUDADANO SI PRUEBA QUE LA ADMINISTRACIÓN SE EQUIVOCA?

–*Bombita*: *¿Sabes qué vamos a hacer? Yo te voy a pedir, por favor, que vayas a hablar con quien tengas que hablar. Yo me quiero llevar mi auto de acá sin pagar un solo centavo, que me devuelvan lo que gasté en el taxi hasta acá y que me pidan las correspondientes disculpas.*

–*Funcionario*: *[Risas]*

⁴⁵ Al respecto, véase el desarrollo de este principio en HUAPAYA TAPIA, Ramón, “El derecho constitucional al debido procedimiento administrativo en la ley del procedimiento administrativo general de la República del Perú”, en *Revista de Investigações Constitucionais*, vol. 2, núm. 1, 2015, pp. 152-153.

⁴⁶ Véase: HUAPAYA TAPIA, Ramón, *El proceso contencioso-administrativo*, Lima, PUCP, 2019, pp. 29 y ss.

–Bombita: ¿De qué te reís? Estoy hablando en serio. ¿Dónde está la oficina donde te piden disculpas cuando cometen un error?⁴⁷

Ahora bien, no todo es trágico para el ciudadano que se ve envuelto en un procedimiento sancionador. A veces sí, a veces es necesario que el procedimiento termine en una sanción, cuando el imputado realmente ha cometido la infracción y no existen causales que lo eximan de responsabilidad. Sin embargo, sucede también que, en ciertas ocasiones, el imputado tiene razón y además consigue demostrarlo, sea en el procedimiento administrativo, sea en el proceso contencioso administrativo en el que se revisa la sanción.

En estos casos, ¿qué sucede? Depende. Si se obtiene una victoria en el mismo procedimiento sancionador, el caso se archiva. Si se obtiene una victoria en el procedimiento recursivo, entonces habrá una sanción que deberá ser anulada o revocada. Si se obtiene una victoria en el proceso contencioso administrativo, entonces también el juez deberá anular la sanción o revocarla. En todos los casos, la victoria implica que se debe eliminar la sanción (vía nulidad o revocación) y archivar el caso.

Sin embargo, ¿basta con eso? Bombita considera que no. A su criterio, es necesario también que la administración le pida disculpas por el error que ha cometido al imputarle cargos que –finalmente– fueron desestimados o al sancionarlo cuando –al final– se demuestra que no correspondía sanción. Después de todo, ¿no es eso lo que corresponde luego de que uno comete un error?

Quizá se esté pidiendo demasiado a la administración. Pero en un escenario como el peruano, en donde muchas administraciones (especialmente los organismos reguladores) publicitan las sanciones que imponen, cabe preguntarse si no debería publicitarse también los casos en los que se equivocan. Y como conse-

⁴⁷ Cfr. SZIFRON, Damián (dir.) y ALMODÓVAR, Agustín *et al.* (prods.), *op. cit.*

cuencia de ello, cabe preguntarse si ello no debería venir acompañado de unas disculpas públicas al imputado.

Si en determinados ordenamientos sectoriales (por ejemplo, en materia ambiental) las sanciones pecuniarias se imponen junto con sanciones reputacionales⁴⁸ (como la publicidad de los nombres de los sancionados o su inscripción en un registro público), el mismo tipo de acto favorable –es decir, reputacional– debería recaer sobre el imputado que finalmente es absuelto.

La ley peruana no contempla nada parecido. Es cierto que se ha establecido un régimen de responsabilidad patrimonial de la administración, pero su aplicación –desde su creación– ha sido prácticamente nula. Fuera de ello, lo cierto es que el régimen de responsabilidad busca que la administración cumpla con el resarcimiento a los ciudadanos, en caso de daños causados por su actuación.

Sin duda, unas “disculpas públicas” quedarían cortas como resarcimiento. Su propósito es más sutil, pero quizá más loable. De ahí que valga la pena someterlo a consideración. Podemos discutir sobre los casos en donde cabe una exigencia de tal tipo (probablemente los casos más graves o aquellos en donde el error fue manifiesto o cuando se pruebe que se produjo un daño reputacional), pero la discusión debe estar sobre la mesa más temprano que tarde.

⁴⁸ Sobre estos casos, véanse las reflexiones de HUERGO LORA, Alejandro, “La publicación del nombre de los infractores como sanción administrativa (name and shame)”, en *Anuario de Derecho Administrativo Sancionador 2021*, REBOLLO, Manuel, HUERGO, Alejandro, GUILLÉN, Javier y CANO, Tomás (dirs.), Navarra, Aranzadi, 2021, en donde se resalta cómo la publicidad de la sanción puede ser una sanción principal o accesoria (pp. 107-108), y cómo es que –en cualquier caso– debe respetarse el principio de proporcionalidad (pp. 113-114). Sobre su carácter sancionador, véanse las páginas 115-117.

V. CONCLUSIONES

–Bombita: *¿Qué se siente ser un chorro? Decime, contame.*

–Funcionario: *Seguridad. Cabina siete.*

–Bombita: *¿Llamás a seguridad? ¡Qué bien! Yo estoy haciendo un reclamo, me estoy defendiendo como un ciudadano, ¿y soy un delincuente? ¿Tenés que llamar a seguridad? ¿Querés llamar a seguridad? ¡Llamá a seguridad! ¡Llamala!*

–[*Con la mirada iracunda, Bombita agarra el extintor y lo estrella contra el vidrio de seguridad de la ventanilla. El vidrio empieza a ceder y el funcionario tras él empieza a sudar. Pero los guardias llegan a tiempo y detienen a Bombita. Entre la gente, se ven rostros asustados, pero también rostros felices.*]

De los seis relatos salvajes que conforman la película, “Bombita” es el único que tiene a la administración pública como desencadenante de la violencia. Para ello, el guionista se valió del escenario en el cual la administración ejerce su poder sancionador. Era de esperarse, si asumimos que la violencia llama más violencia. Curiosamente también, es el único de los seis relatos que termina con gente celebrando a la persona que se entregó a la violencia. ¿Será que todos –muy en el fondo o quizá no tanto– solo queremos ver a la administración arder?

Si algo queda claro es que la potestad sancionadora de la administración es un gran poder que conlleva una gran responsabilidad. Su ejercicio desmesurado no solo deslegitima la sanción, sino que puede tener un efecto demoledor sobre el ciudadano.

Sin embargo, como señalé líneas arriba, el procedimiento sancionador no tiene que terminar en tragedia. Si se respetan las garantías formales y sustantivas que rodean al procedimiento y que buscan racionalizar la potestad sancionadora, entonces no debería existir un final trágico.

Si no se respetan dichas garantías –antes, durante o después del procedimiento sancionador– se produce el *efecto Bombita*. Un ciudadano como cualquier otro que termina su jornada de trabajo

para ir a comprar una torta para el cumpleaños de su hija, se ve sometido a un escenario de guerra contra la administración. Un escenario en donde las armas que le entregaron (tipicidad, presunción de inocencia, eximentes de responsabilidad, etcétera) parecían de hule y no de acero.

La creciente frustración del ciudadano –provocada cuando las garantías que están hechas a su favor simplemente no sirven– lleva necesariamente a la locura. De ahí que no sea sorpresa que Bombita termine tan violento, tan radical. Para evitar ello es necesario que las garantías no solo existan, sino que sean respetadas y aplicadas por los funcionarios. No se trata de reprimir el instinto asesino del ciudadano delante del funcionario, sino de evitar que ese instinto exista en primer lugar.

Es cierto que la administración tiene ciertas limitaciones (por ejemplo, a nivel de recursos) y está sometida a ciertos sesgos que la afectan de forma generalizada (por ejemplo, el sesgo de confirmación que afecta su imparcialidad). Lo mismo cabe decir de los funcionarios que la conforman. Sin embargo, las garantías existen precisamente porque se reconocen dichas limitaciones y sesgos. En ese sentido, lo único que resta por hacer es respetar dichas garantías.

He intentado pintar la imagen del procedimiento sancionador, considerando lo que debería suceder antes, durante y después, precisamente para que el efecto Bombita no se desate. Como en un plano secuencia, he procurado que –en una sola toma– se aprecien todos los elementos del procedimiento y las garantías que deben respetarse; sin embargo, mucho ha quedado fuera de la toma.

Sin perjuicio de ello, espero haber logrado el propósito puntual de resaltar la relevancia que ciertas garantías tienen en todo el procedimiento sancionador. Dicha relevancia se ve graficada con el relato de Bombita que demuestra hasta dónde puede llegar el ciudadano cuando es víctima de un poder sancionador sin garantías. Para algunos podrá parecer una exageración producto de

la ficción; para otros, la realidad superó a la ficción hace bastante tiempo.