

# REFLEXIONES SOBRE LA INCONSTITUCIONALIDAD DE LAS FALTAS DEL PROCEDIMIENTO SANCIONADOR DE LA CONTRALORÍA DESDE LA RESPONSABILIDAD ADMINISTRATIVA DE LOS SERVIDORES PÚBLICOS

## REFLECTIONS CONCERNING THE UNCONSTITUTIONALITY OF INFRACTIONS IN THE PENALTY PROCEDURE OF THE NATIONAL COMPTROLLER'S OFFICE FROM THE ADMINISTRATIVE RESPONSIBILITY OF THE PUBLIC SERVANTS

**Janeyri Boyer Carrera**

Profesora de Derecho Administrativo de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Consultora externa en Gobernanza Pública y Derecho Administrativo del Banco Mundial y del Estado peruano.

---

### RESÚMEN

En una reciente sentencia, el Tribunal Constitucional declaró inconstitucionales los dispositivos del artículo 46 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Control y de la Contraloría General de la República y, en consecuencia, inconstitucionales las faltas administrativas previstas en el régimen sancionador por responsabilidad administrativa funcional de la Contraloría. El presente artículo tiene por objeto aportar unas breves reflexiones sobre dicha sentencia a partir del estado de la cuestión de la responsabilidad administrativa de los servidores públicos, y bajo la perspectiva de los principios de legalidad, taxatividad y non bis in ídem.

**PALABRAS CLAVE:** Sanciones administrativas | Jurisprudencia constitucional | procedimiento administrativo sancionador | non bis in ídem

---

### ABSTRACT

In a recent ruling, the Constitutional Court declared unconstitutional the provisions of Article 46 of the Organic Law of the National Control System and the National Comptroller's Office and, therefore, the unconstitutionality of the infractions provided for in the sanctioning regime for functional administrative responsibility of the National Comptroller's Office. The purpose of this article is to provide brief reflections on this sentence based on the status of the administrative responsibility of public servants, and from the perspective of the principles of legality, taxativity and non bis in idem.

**KEYWORDS:** Administrative sanctions | Constitutional Case law | administrative sanctioning procedure | non bis in ídem

## **SOBRE EL ARTÍCULO**

El siguiente artículo fue recibido por la Comisión de Publicaciones el 4 de junio de 2019 y aprobado para su publicación el 10 de junio de 2019.

## **SOBRE LA AUTORA**

Doctora en Derecho por la Universidad de Valladolid – España y abogada por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Profesora ordinaria auxiliar de Derecho Administrativo y Contrataciones con el Estado por la misma casa de estudios. Consultora externa en Gobernanza Pública y Derecho Administrativo del Banco Mundial y del Estado peruano. La autora agradece a las alumnas Camila Tayro y Tatiana Neyra, por su comprometido trabajo en la recolección de información y entusiasmo puesto en sus diálogos durante el desarrollo de la versión primigenia de este trabajo.

## **SUMARIO**

Introducción.

1. Breve aproximación a la responsabilidad administrativa de los servidores públicos.
2. El principio de non bis in ídem en la responsabilidad administrativa de los servidores públicos: lo que no dijo el Tribunal.
3. Los principios de legalidad, tipicidad y el subprincipio de taxatividad en la sentencia bajo análisis.
4. La importancia de la sentencia bajo análisis para la responsabilidad administrativa de los servidores públicos.

A modo de conclusión.

Bibliografía

Sentencias del TC

## Introducción.

El viernes 26 de abril de 2019, se publicó en el diario oficial la sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el expediente 00020-2015-PI/TC, sobre la demanda de inconstitucionalidad interpuesta por el Colegio de Abogados de Arequipa contra diversas disposiciones de la Ley 29622 que modifica la Ley 27785, Ley Orgánica del Sistema Nacional de Control y de la Contraloría General de la República (en adelante, la STC). El Alto Tribunal declaró inconstitucionales los dispositivos del artículo 46, y en consecuencia, inconstitucionales las faltas administrativas previstas en el régimen sancionador por responsabilidad administrativa funcional de la Contraloría (CGR).

Esta sentencia constituye un hito importante para la responsabilidad administrativa de los servidores públicos. Por ello, el presente trabajo tiene por objeto aportar unas breves reflexiones sobre dicha sentencia a partir del estado de la cuestión de la responsabilidad administrativa de los servidores públicos, y bajo la perspectiva de los principios de legalidad, taxatividad y non bis in ídem.

### 1. Breve aproximación a la responsabilidad administrativa de los servidores públicos.

En el ordenamiento jurídico peruano, la responsabilidad administrativa de los servidores públicos ha adoptado un sui generis modelo dual. No me detendré en el contenido conceptual de dicha responsabilidad administrativa, porque no forma parte del objeto de estas reflexiones y ha sido abordado en un trabajo anterior<sup>1</sup>, pero sí merece la pena recordar en qué consiste dicho modelo dual.

La Ley 29622, publicada el 7 de diciembre de 2010, otorgó a la Contraloría General de la República potestad sancionadora sobre los servidores públicos, a través de la denominada responsabilidad administrativa funcional. Dicho régimen reconoce un procedimiento administrativo sancionador (en adelante, PAS) que adopta como autoridades administrativas instructora y sancionadora de primera instancia, a sendos órganos creados por la propia Contraloría; y como segunda instancia, al Tribunal Superior de Responsabilidades Administrativas de la misma Contraloría, como órgano técnico especializado y autónomo.

La Ley 30057, Ley del Servicio Civil (en adelante, LSC) publicada el 4 de julio de 2013, determinó que los servidores civiles sean los administrados del procedimiento administrativo disciplinario (en adelante, PAD). Esta Ley establece autoridades unipersonales para las etapas instructora y sancionadora del procedimiento, compuestas por servidores públicos de la misma entidad donde se habría cometido la infracción. Establece, además, que el Tribunal del Servicio Civil, órgano técnico y con independencia funcional que forma parte de la Autoridad Nacional del Servicio Civil – SERVIR, sea la segunda instancia del PAD solo en caso que la primera instancia haya impuesto las sanciones de suspensión y destitución o inhabilitación.

De acuerdo a las normas del PAS, la responsabilidad administrativa funcional estaría prevista para las faltas graves y muy graves; y el PAD para las infracciones leves. Y aunque

<sup>1</sup> “El procedimiento administrativo disciplinario: del Crimen y castigo hacia una política de integridad”, Revista Saber Servir, Escuela Nacional de Administración Pública, Nro. 1, junio 2017, pp. 32-43, disponible en: (<http://revista.enap.edu.pe/article/view/1560/1632>).

cada uno de estos regímenes presenta un catálogo de faltas propio, de una lectura sistemática, encontramos que las faltas presentan similares configuración y contenido<sup>2</sup>. Un ejemplo de ello es la proscripción de la doble percepción de remuneraciones prevista en los artículos 6.b del Reglamento del PAS y en el 85.p del Reglamento del PAD. Otro ejemplo es el reconocimiento en ambos regímenes, de las faltas previstas en el Código de Ética de la Función Pública.

En cuanto a las sanciones, mientras en el PAD es posible imponer amonestaciones verbales y escritas, así como las sanciones de suspensión (de 1 a 360 días), destitución e inhabilitación; en el PAS, las sanciones previstas para las infracciones graves y muy graves son la suspensión y la inhabilitación.

Cuando la STC declaró inconstitucional el artículo 46 de la Ley del PAS extirpó el corazón de dicho régimen. Un régimen sancionador sin faltas administrativas, impide a sus autoridades administrativas cumplir con la finalidad pública de dicho régimen, para el caso, castigar a los servidores públicos y a todo aquel que ejerza funciones en nombre de la Administración Pública (incluidos Gobernadores y Consejeros Regionales, así como Alcaldes y Regidores), que infrinjan sus deberes funcionales calificados como faltas y que dichas conductas sean reprochables.

Si bien la STC presenta otros extremos interesantes y conexos, estas reflexiones adoptan al art. 46 como punto transversal.

## 2. El principio de *non bis in ídem* en la responsabilidad administrativa de los servidores públicos: lo que no dijo el TC.

Uno de los aspectos más importantes de la sentencia, a mi juicio, es aquel extremo de la demanda, respecto del cual, el TC decide no pronunciarse: la posible afectación al principio *non bis in ídem*. Como la parte demandante también solicitó que se declare la inconstitucionalidad del artículo 46 de la LOCGR por contravenir el principio de *non bis in ídem*, el Tribunal señala que no corresponde pronunciarse al respecto porque dicho artículo ya había sido declarado inconstitucional por el principio de tipicidad<sup>3</sup>.

El principio de *non bis in ídem* reconocido en el art. 248.11 del TUO LPAG, dispone que “No se podrán imponer sucesiva o simultáneamente una pena y una sanción administrativa por el mismo hecho en los casos en que se aprecie la identidad del sujeto, hecho y fundamento. Dicha prohibición se extiende también a las sanciones administrativas, (...)”.

Como hemos analizado en un trabajo anterior<sup>4</sup>, para que nos encontremos ante una transgresión a este principio, es indispensable que en el caso en concreto se configure la triple identidad (hechos, sujeto y fundamento). No obstante, el elemento más importante de los tres es la identidad de fundamento. A juicio del Tribunal Constitucional, la identidad de fundamento “es la clave que define el sentido del principio: no cabe la doble sanción

<sup>2</sup> En el caso del PAS, la lectura incluye necesariamente al Reglamento de la Ley que es más específico en este extremo. El Reglamento bajo análisis fue aprobado por Decreto Supremo 023-2011-PCM, publicado el 18 de marzo de 2011.

<sup>3</sup> El TC, en la sentencia bajo análisis, indicó lo siguiente: “la parte demandante también solicitó que se declare la inconstitucionalidad del artículo 46 de la LOCGR por contravenir el principio *ne bis in ídem*. Sin embargo, puesto que éste ha sido declarado inconstitucional por vulnerar el subprincipio de tipicidad, sería inoficioso evaluar dicho extremo de la controversia”.

<sup>4</sup> Boyer Carrera, Janeyri, “Criterios jurisprudenciales del Tribunal Constitucional sobre el Principio *Non bis in ídem*”, en: *Revista de Derecho Administrativo*, N° 11 del Círculo de Derecho Administrativo de la PUCP, 2012.

del mismo sujeto por un mismo hecho cuando la punición se fundamenta en un mismo contenido injusto, esto es, en la lesión de un mismo bien jurídico o un mismo interés protegido”<sup>5</sup>.

En adición, y para el propósito de las presentes reflexiones, recordaremos que el *non bis in ídem* presenta dos vertientes: la vertiente sustantiva, que implica que nadie pueda ser sancionado dos veces por el mismo hecho (y bajo el mismo fundamento), y la vertiente procesal, que determina que un mismo hecho, bajo el mismo fundamento, no pueda ser objeto de dos procesos distintos. En síntesis, el principio proscribía la doble sanción (vertiente material) y la doble persecución (vertiente procesal).

Volviendo a la identidad de fundamento, la identidad de fundamento comporta dos identidades: identidad de bien jurídico o bien público protegido, e identidad de lesión o ataque. Si fuera dos o más lesiones o ataques, corresponderá más de una sanción o persecución, como ocurriría si una empresa que decide vender bebidas embotelladas de cola, lanzara al mercado una bebida con un diseño de botella idéntico al de la botella de Coca Cola. No solo podría estar infringiendo la propiedad intelectual como bien jurídico protegido, sino que también podría estar induciendo a error a los usuarios vulnerando sus derechos como consumidores. En consecuencia, podría proceder una doble persecución por las comisiones competentes del INDECOPI.

A través del Acuerdo Plenario N° 01-2013-CG/TSRA del 25 de noviembre de 2013, el Tribunal Superior de Responsabilidades de la Contraloría interpretó que las vías administrativas funcional y disciplinaria se diferencian por el bien jurídico protegido. Fundamentaron la inexistencia de identidad de fundamento del aparente *bis in ídem* entre ambas vías PAD y PAS en que el sustento del PAS, es el Principio de Buena Administración, mientras que en el PAD, el fundamento jurídico sería la relación laboral entre el servidor público y la entidad. Asimismo, en la ineficacia práctica de las sanciones disciplinarias, y en que las faltas administrativas previstas en el Régimen Disciplinario son leves, mientras que en el PAS las faltas son graves o muy graves.

Sobre lo primero, en ambos casos encontramos que la finalidad pública consiste en salvaguardar el adecuado funcionamiento de la Administración, precisamente por ello, es que el grueso de las conductas infractoras en ambos regímenes se relacionan con el ejercicio de funciones públicas, y responden a una tipificación similar. En relación a la gravedad de las infracciones, basta con revisar los catálogos de faltas de ambos regímenes para evidenciar la presencia de faltas graves y muy graves en el régimen disciplinario, tanto como en el PAS de Contraloría. Ambos regímenes pueden acarrear como sanciones la suspensión en el ejercicio de las funciones, y la inhabilitación para el ejercicio de la función pública (con diferencias en la gradación).

Ahora bien, tanto las normas del PAD como del PAS establecen disposiciones destinadas a evitar la doble persecución contra un servidor civil. Sin embargo, dichas disposiciones podrían devenir en una antinomia. De un lado, las normas del PAD disponen que tendrá la competencia para impulsar el correspondiente procedimiento sancionador la autoridad instructora que inicie primero. Es decir si el PAD se inicia primero, ya no podría iniciarse un PAS<sup>6</sup>. Por su parte, el Reglamento del PAS de Contraloría, establece el principio de

<sup>5</sup> Fundamento jurídico 4 de la sentencia del TC recaída en el Expediente 2868-2004-AA/TC.

<sup>6</sup> Art. 96.4 del Reglamento de la Ley del Servicio Civil: “en los casos en que la presunta comisión de una falta se derive de un informe de control, las autoridades del procedimiento administrativo disciplinario son competentes en tanto la Contraloría General de la República no notifique la Resolución que determina el

“prevalencia de la competencia”, indicando que el PAS prevalece sobre cualquier otra vía administrativa, y en caso éste se iniciara, no se podrá procesar al servidor público en ninguna otra vía<sup>7</sup>. Sin embargo, en la medida que luego el mismo Reglamento apuntala el principio de autonomía de las responsabilidades, podemos inferir que el órgano instructor de Contraloría podría iniciar un PAS a pesar que se esté procesando por la misma falta a un servidor en el PAD, o iniciarlo a pesar de que el servidor haya sido sancionado por la misma falta, previamente en el PAD.

La Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico – OCDE, manifestó su preocupación por la dualidad no coordinada de regímenes sancionadores a los que está expuesto todo servidor público. La OCDE (2017, p. 17) concluye en su informe que “Perú podría considerar a mediano y largo plazo avanzar hacia un régimen disciplinario administrativo con un inventario único de delitos y sanciones correspondientes, y podría delinear más claramente las jurisdicciones y responsabilidades de SERVIR y de la CGR”. Entre otras posibilidades, la OCDE propone que el Estado peruano pueda delimitar el ámbito material de la competencia de ambos tribunales administrativos (el TSC y el TRA-CGR) confiriendo al Tribunal del Servicio Civil competencias materiales sobre las faltas efectivamente leves, y al Tribunal de Contraloría, sobre las efectivamente muy graves. Otra posibilidad que esgrime es que un Tribunal sea la primera instancia del otro, y de esa manera los servidores civiles de las entidades públicas, que ven algún nivel de conflicto de interés en sancionar al compañero de trabajo, sean librados de esta responsabilidad que les atribuye el procedimiento disciplinario.

Ahora bien, volviendo a la Sentencia bajo análisis, es cierto que al haber sido declaradas inconstitucionales las faltas del artículo 46, todas las infracciones de “desarrollo” previstas en el Reglamento del PAS devienen en inconstitucionales por conexidad. Esto quiere decir, que actualmente solo estaría vigente el régimen disciplinario; y que, en consecuencia,

---

inicio del procedimiento sancionador por responsabilidad administrativa funcional, con el fin de respetar los principios de competencia y non bis in ídem”. Los subrayados corresponden a la autora.

<sup>7</sup> **Artículo 5.- Prevalencia y autonomía de la potestad sancionadora de la Contraloría**

5.1 La potestad sancionadora de la Contraloría constituye un régimen especial que prevalece frente a otras competencias concurrentes en el ámbito administrativo. Dicha prevalencia determina el impedimento para que las entidades inicien procedimientos para el deslinde de responsabilidad, por los mismos hechos y respecto de los mismos sujetos comprendidos en el procedimiento sancionador a cargo de la Contraloría, cualquiera sea la naturaleza y el fundamento de aquellos.

Las autoridades de las entidades deben inhibirse de efectuar actuaciones previas o iniciar procedimiento por los hechos antes referidos, hasta la culminación del procedimiento sancionador por responsabilidad administrativa funcional a cargo de la Contraloría, bajo responsabilidad.

El inicio o culminación de procedimientos por las entidades no impide que la Contraloría inicie procedimiento sancionador, por los mismos hechos y respecto de las mismas personas, para la debida determinación y sanción de la responsabilidad administrativa funcional que corresponda, en el ámbito de su competencia.

Los órganos del Sistema, desde el inicio del servicio de control, pueden disponer el impedimento de las entidades para iniciar procedimientos de deslinde de responsabilidades por los hechos específicos materia de su evaluación, conforme a las disposiciones que regulan dichos servicios. En caso este impedimento hubiera sido constituido durante el proceso de control, con el inicio del procedimiento sancionador se comunica a la entidad correspondiente, la confirmación y continuidad del mismo.

5.2 El procesamiento y las sanciones por responsabilidad administrativa funcional son independientes de los procesos y sanciones por responsabilidad civil, penal o de cualquier otra naturaleza que, con diferentes intereses o bienes jurídicos protegidos, pudieran establecerse o determinarse en cada caso. Solo por disposición judicial expresa se pueden suspender, modificar o eliminar los efectos de las sanciones por responsabilidad administrativa funcional. En caso la disposición judicial expresa recaiga sobre procedimientos en trámite, aquella determinará su suspensión o la corrección de los actos a que hubiera lugar. En cualquier caso, la suspensión del procedimiento por decisión judicial expresa acarrea la suspensión de los plazos de prescripción y los plazos del procedimiento, incluyendo el de caducidad.

no existiría esta dualidad. También es cierto que cuando se apruebe la norma que sustituya dicho artículo 46, las faltas no serán muy diferentes al catálogo establecido en el Reglamento, porque se trata de infracciones relacionadas al ejercicio de funciones públicas. Nuevamente los servidores públicos se encontrarán entre dos vías sancionadoras, que podrán perseguirlos y sancionarlos bajo los mismos fundamentos jurídicos.

A mi juicio, esta sentencia era una oportunidad importante para exhortar al legislador a delimitar el ámbito de las competencias materiales en materia sancionadora de la Contraloría, lo cual sería un parámetro importante cuando debata los proyectos normativos que sustituyan al inconstitucional artículo 46.

### 3. Los principios de legalidad, tipicidad y el subprincipio de taxatividad en la sentencia bajo análisis.

El principio de legalidad reconocido en el artículo 2.24.d de la Constitución (“nadie será procesado ni condenado por acto u omisión que al tiempo de cometerse no esté previamente calificado en la ley de manera expresa e inequívoca, como infracción punible; ni sancionado con pena no prevista en la ley”) es uno de los pilares de nuestro ordenamiento jurídico, entre otras razones, porque se encontraría vinculado al principio democrático y al Estado de Derecho.

Esto quiere decir que solo por Ley Formal el soberano, a través del instrumento normativo emitido por sus representantes en el Congreso de la República, es el único facultado para poder imponer restricciones a la esfera de libertad personal del mismo soberano. Solo el soberano está en condiciones de auto limitarse, y en una democracia representativa, lo hace a través del organismo público que encarna la representación política del pueblo<sup>8</sup>. Cabe agregar que en nuestro Estado Constitucional de Derecho es perfectamente posible considerar que dicha facultad se extiende a las normas con rango de Ley, en la medida que se prevé mecanismos de control posterior por parte del titular originario de dicha potestad.

Ahora bien, a juicio del profesor NIETO (2006, p. 219), el contenido del principio de legalidad, en el Derecho Administrativo Sancionador, está formado por los siguientes elementos: “los mandatos de reserva legal, de tipificación y las prohibiciones de *bis in idem* y de irretroactividad de las normas sancionadoras desfavorables. Si bien para este autor los principios de legalidad y tipicidad son dos caras de la misma moneda (ambos principios reconocen el rango de Ley para el reconocimiento de faltas y para la precisión de las conductas infractoras del ordenamiento jurídico), el Tribunal Constitucional ha introducido diferencias más claras.

En palabras del Alto Tribunal, no debe identificarse el principio de legalidad con el principio de tipicidad. El primero, garantizado por el ordinal –d del inciso 24) del artículo 2° de la Constitución, se satisface cuando se cumple con la previsión de las infracciones y sanciones en la ley. El segundo, en cambio, constituye la precisa definición de la conducta que la ley considera como falta. Tal precisión de lo considerado como antijurídico desde un punto de vista administrativo, por tanto, no está sujeta a una reserva de ley absoluta, sino

<sup>8</sup> Cabe señalar que autores como Nieto y Rubio Llorente, encuentran que el principio de legalidad, a pesar de ser una consecuencia natural del principio democrático, también fue esgrimido por el gobierno español durante la dictadura franquista. En: Rubio Llorente, “El principio de Legalidad”, *Revista española de Derecho Constitucional*, año 13, Nro. 39, 1993, pp. 9-42.; y Nieto, *Derecho administrativo sancionador*, 4ta. Ed. Tecnos, Madrid, 2006, p. 248.

que puede ser complementada a través de los reglamentos respectivos, como se infiere del artículo 168° de la Constitución<sup>9</sup>.

En la sentencia materia de nuestro análisis, el TC acota que “se vulnera el principio de legalidad en sentido estricto si una persona es condenada o sancionada por un delito o infracción no prevista expresamente en una norma con rango de ley. Por otro lado, se vulnera el subprincipio de tipicidad o taxatividad cuando, pese a que la infracción o delito está prevista en una norma con rango de ley, la descripción de la conducta punible no cumple con estándares mínimos de precisión” (FJ 41).

El TUO LPAG diferencia los principios de legalidad y tipicidad, y considera que el principio de tipicidad se define como (artículo 248.4):

**“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. (...)”. (Los subrayados corresponden a la autora).

A todo ello obedecería, que la participación en estas restricciones a la esfera de libertad personal por parte de una norma jurídica infralegal, solo puede efectuarse en vía de colaboración, salvo que la norma establezca que se puede tipificar a través de un Reglamento. Es decir, que el legislador expresamente delegue en el Poder Ejecutivo, su facultad de legislar en materia sancionadora.

El art. 46 de la Ley de la Contraloría en cuestión señala que:

#### **Artículo 46. — Conductas infractoras**

Conductas infractoras en materia de responsabilidad administrativa funcional son aquellas en las que incurren los servidores y funcionarios públicos que contravengan el ordenamiento jurídico administrativo y las normas internas de la entidad a la que pertenecen. Entre estas encontramos las siguientes conductas:

- a) Incumplir las disposiciones que integran el marco legal aplicable a las entidades para el desarrollo de sus actividades, así como las disposiciones internas vinculadas a la actuación funcional del servidor o funcionario público.
- b) Incurrir en cualquier acción u omisión que suponga la transgresión grave de los principios, deberes y prohibiciones señalados en las normas de ética y probidad de la función pública.
- c) Realizar actos persiguiendo un fin prohibido por ley o reglamento.
- d) Incurrir en cualquier acción u omisión que importe negligencia en el desempeño de las funciones o el uso de estas con fines distintos al interés público.

El reglamento describe y especifica estas conductas constitutivas de responsabilidad administrativa funcional (graves o muy graves) que se encuentran en el ámbito de la potestad para sancionar de la Contraloría General. Asimismo, el procesamiento de las infracciones leves será de competencia del titular de la entidad<sup>10</sup>.

La Sentencia del TC declaró inconstitucional el art. 46 por dos aspectos: (i) porque infringe el principio de taxatividad. Basta leer el artículo antes citado para inferir la

<sup>9</sup> STC recaída en el EXP N.° 2050-2002-AA/TC, Fundamento 9.

<sup>10</sup> Los subrayados corresponden a la autora.



inexistencia de precisión alguna, y que tal y como se encuentran establecidas las faltas, el universo de conductas que podrían infringirlas es casi infinito. y (2) porque la elevada imprecisión de las faltas, determinaría que la colaboración reglamentaria establecida en el párrafo final del artículo citado, no sea propiamente una “colaboración”.

Esto quiere decir que la nula predeterminación normativa de las conductas infractoras por el legislador permite al Poder Ejecutivo, en la práctica, crear faltas administrativas y que se superponga al legislador. A pesar que el mandato del artículo 118.8 de la Constitución Política señala que corresponde al Presidente de la República “ejercer la potestad de reglamentar las leyes sin transgredirlas ni desnaturalizarlas”<sup>11</sup>.

#### 4. La importancia de la sentencia bajo análisis para la responsabilidad administrativa de los servidores públicos.

Si volvemos a echar un vistazo al art. 248.4 del TUO LPAG evidenciamos que el Tribunal Constitucional no establece algo nuevo en relación a lo establecido por el principio de tipicidad. El legislador ya había señalado que la colaboración reglamentaria sólo puede estar destinada a “especificar o graduar” las conductas sin constituir nuevas conductas.

En este punto, considero que el matiz se encuentra en el mensaje que el Alto Tribunal transmite a todos los poderes públicos a través de esta sentencia. Que, en adelante, será más riguroso en la evaluación de los regímenes sancionadores, y que la finalidad pública de estos no podría prevalecer frente a los derechos individuales y a las consecuentes garantías que el ordenamiento jurídico ha reconocido, como son particularmente, los principios de legalidad, tipicidad, y taxatividad.

Con mayor razón, si de las modificaciones introducidas a la norma de Contraloría por la Ley 30742, Ley de Fortalecimiento de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control, encontramos que el titular de la potestad para reglamentar el PAS es la propia Contraloría (ya no el Poder Ejecutivo). En consecuencia, la Contraloría concentra todo el poder sobre dicho sancionador: define sus reglas, supervisa su cumplimiento, investiga los posibles incumplimientos, acusa, y sanciona, pudiendo inhabilitar a los servidores públicos hasta por cinco años. Es decir, acabar con su carrera al servicio del Estado. Estas facultades se fortalecerían aún más, si el Congreso aprueba el proyecto de Ley presentado por la Contraloría, tal y como se encuentra redactado<sup>12</sup>.

<sup>11</sup> El Tribunal Constitucional, en la sentencia bajo análisis, señaló: “42. Nada de ello puede interpretarse de manera tal que se permita la desnaturalización de los principios de legalidad y tipicidad o taxatividad. Es admisible que, en ocasiones, los reglamentos especifiquen o gradúen infracciones previstas de manera expresa en la ley. Sin embargo, nada justifica que establezcan conductas prohibidas sin adecuada base legal o que, al desarrollar disposiciones legales generales o imprecisas, los reglamentos terminen creando infracciones nuevas subrepticamente”. 45. En efecto, el artículo 118.8 de la Constitución establece un límite expreso a la facultad del Poder Ejecutivo para reglamentar las leyes: Corresponde al Presidente de la República: 8. Ejercer la potestad de reglamentar las leyes sin transgredirlas ni desnaturalizarlas”. Por tanto, concluye el TC, “al desarrollar normas con rango de ley, los reglamentos no pueden desnaturalizarlas creando infracciones sin una debida base legal. Admitir lo contrario implicaría aceptar una desviación de la potestad reglamentaria y vaciar de contenido los principios de legalidad y tipicidad que guardan una estrecha relación con el derecho fundamental al debido proceso”.

<sup>12</sup> Proyecto de Ley presentado con Oficio 1044/9/2018-2019/CFC-CR, Texto Sustitutorio del Proyecto de Ley que establece medidas para facilitar la implementación de las acciones del proceso de fortalecimiento del Sistema Nacional de Control. Sobre el artículo 46, específicamente, propone lo siguiente: “Constituyen conductas infractoras graves o muy graves en materia de responsabilidad administrativa funcional sujetas a la potestad sancionadora de la Contraloría General, las siguientes:

a) Incumplir las disposiciones que integran el marco legal aplicable a las entidades para el desarrollo de sus

Comparto el razonamiento del magistrado Espinosa-Saldaña cuando señala en su voto particular de la Sentencia bajo análisis, que el reconocimiento de potestad sancionadora a la Contraloría no está prohibido por la Constitución, y que de una mirada convencional del texto constitucional, podría inferirse que el Congreso de la República podría atribuírsela<sup>13</sup>. Coincido, porque como bien sabemos, el Congreso de la República es el intérprete político de la Constitución, y ello le permite establecer modelos de organización pública, aunque en el marco de la propia Constitución y de los Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos. También coincido con el magistrado, cuando considera “antitécnico, y por qué no decirlo, inconveniente que una entidad que fiscaliza y supervisa sea a la vez la encargada de sancionar”.

El Tribunal Constitucional convalidó la titularidad de la potestad sancionadora de la Contraloría, declarando infundado el extremo de la demanda que cuestionaba la constitucionalidad de dicha facultad. Sin embargo; los efectos de la sentencia impedirían a la Contraloría perseguir y sancionar servidores públicos, mientras el legislador no llene el vacío del artículo 46. La importancia de la lucha contra la corrupción a través de uno de sus mecanismos (el procedimiento administrativo sancionador contra servidores públicos) debe ser leída bajo el criterio de unidad constitucional con los derechos individuales del servidor público y las garantías a estos derechos.

Tanto las autoridades administrativas como los jueces, tendrán que analizar los procedimientos y procesos en trámite, a fin de determinar si corresponde el archivamiento o la aplicación de la retroactividad benigna para las sanciones en ejecución.

Pero hay más, esta Sentencia constituye un mensaje, esta vez claro y contundente (esperemos), para el Legislador y los organismos con facultades reglamentarias (cada uno desde sus competencias), respecto a cómo deben configurar, en adelante la potestad sancionadora de la Administración Pública. Entendiendo que la colaboración reglamentaria no significa que el Reglamento pueda crear nuevas faltas, sino solo desarrollar y precisar las ya existentes y previamente establecidas por el legislador.

Esta sentencia también es una oportunidad para una revisión del ordenamiento jurídico destinado a exigir responsabilidad administrativa a los servidores públicos. No solo desde el punto de vista del *non bis in ídem*, como se reflexionó en epígrafes anteriores, delimitando las competencias entre el Tribunal de Contraloría y el Tribunal del Servicio Civil. También desde el punto de vista del principio de tipicidad.

Los problemas de tipificación en relación a la responsabilidad administrativa de los servidores públicos no es privativa del PAS de Contraloría. El lunes 1 de abril de 2019 se publicó en *El Peruano* la Resolución de Sala Plena, N° 001-2019-SERVIR/TSC, a través

---

actividades, así como las disposiciones internas y las emitidas por la Contraloría General de la República en el marco de sus atribuciones vinculadas a la actuación funcional del servidor funcional del servidor o funcionario público. (...)”

<sup>13</sup> “50. En ese contexto, parece difícil denegar una interpretación conforme a la Constitución mediante la cual, contándose con el soporte convencional correspondiente, se plantea la ley aquí impugnada, cuando facilita la posibilidad de que una entidad como la Contraloría General de la República cuente también con potestades sancionadoras, independientemente de cualquier simpatía u observación de cualquier tipo que pueda hacer, por ejemplo, quien redacta estas líneas.

51 Y es que considero antitécnico, y por qué no decirlo, inconveniente que una entidad que fiscaliza y supervisa sea a la vez la encargada de sancionar. Sin embargo, eso no hace de la postura asumida una opción inconstitucional. Y lo que como juez constitucional me toca hacer es reconocer que existe cobertura constitucional (desde una lectura convencionalizada de dicha Constitución) para aprobar una ley como la hoy impugnada, a pesar de mi desacuerdo con la pertinencia de la opción asumida.”

de la cual, el Tribunal del Servicio Civil (en adelante, TSC) determinó que algunos de los fundamentos jurídicos de la aludida resolución constituyen *precedentes administrativos de observancia obligatoria*. Específicamente, aquellos relacionados a la aplicación del principio de tipicidad en la imputación de la falta disciplinaria de negligencia<sup>14</sup>.

El análisis de este precedente no es objeto de estas reflexiones, pero sí es importante traer a colación los problemas del disciplinario con la taxatividad que los fundamentos de dicho precedente dejan entrever. Especialmente por la interpretación que las autoridades del PAD han venido haciendo de los conceptos jurídicos indeterminados (como la llamada *negligencia*), tratándolos en la práctica, como tipos jurídicos abiertos a la discrecional interpretación individual de cada autoridad sobre cuáles son las conductas que podrían subsumirse en los tipos (una mirada abierta del tipo, venía permitiendo que cualquier incumplimiento, incluso a las órdenes directas más absurdas y sin sustento legal, fueran calificados como negligencia).

Si analizamos cuidadosamente los fundamentos de este precedente, y lo leemos de manera conjunta con la STC bajo análisis, encontraremos que: (1) las faltas administrativas disciplinarias también incurrir en déficits de taxatividad; (2) que probablemente todo el ordenamiento que prevé la responsabilidad administrativa de los servidores públicos necesite ser revisada de modo transversal y no por compartimentos estancos.

### A modo de conclusión.

Si bien es importante apostar por la eficacia de la lucha contra la corrupción o las políticas de integridad reforzando el régimen que permite exigir responsabilidad administrativa a los servidores públicos (como uno de sus ejes), también es cierto que dicha apuesta debe efectuarse en el marco del respeto por los principios del Estado Constitucional y democrático de Derecho, como son los principios de legalidad, taxatividad y tipicidad. La Sentencia del Tribunal Constitucional que ha sido materia de las presentes reflexiones se esgrime en el marco de dicho respeto.

En La *Insignia*, Julio Ramón Ribeyro narra con usual maestría, la absurda historia de un hombre que escala a lo más alto de una organización sin hacer nada, y gracias a que encontró una insignia en un basurero. La insignia de servidor público debería ser un título que permita un respeto similar y no un inmediato halo de sospecha que determine que constantemente el legislador incremente el número o el tamaño del castigo.

<sup>14</sup> El TSC señala que “en los casos en los que las entidades estatales imputen la falta disciplinaria sustentada en la negligencia en el desempeño de las funciones, deben especificar con claridad y precisión las normas complementarias a las que se remiten, cuidando que se contemplen las funciones que las normas de organización interna de la entidad ha establecido para sus servidores y funcionarios, las cuales obviamente deben ser de previo conocimiento de su personal. Para tal efecto, es importante que las entidades tengan en cuenta que la palabra función es definida como una “*Tarea que corresponde realizar a una institución o entidad, o a sus órganos o personas*” (...)” (FJ 32 establecido como precedente).

El TSC indica a las autoridades del procedimiento disciplinario que deben remitirse a *las normas jurídicas internas* de desarrollo (y no a actos de administración interna) en las que se encuentra de forma clara cuál es la función que el servidor público ejerció de forma negligente. La remisión tiene que ser expresa, clara y concreta. No es posible imputar a un servidor una conducta que no le es atribuible funcionalmente. Adopta la definición de la Carta Iberoamericana de la Función Pública para entender que “las funciones son aquellas actividades o labores vinculadas al ejercicio de las tareas en un puesto de trabajo, descritas en los instrumentos de gestión de cada entidad” (FJ 33 establecido como precedente).

Una política de integridad exige prevención y no solo castigo. Exige medidas que permitan fortalecer a los buenos servidores, que estos innoven en el sector público (y para ello se necesita del ensayo-error) así como para erradicar a aquellos que hacen del servicio público un botín, en lugar de un auténtico servicio al ciudadano. Los primeros son el mayor número, pero hacen menos ruido que los segundos. Legislemos pensando también en los buenos servidores y no solo en los que deberían irse y nunca volver al Estado.

### **Bibliografía.**

- Boyer Carrera, J. (2012). Criterios jurisprudenciales del Tribunal Constitucional sobre el Principio Non bis in ídem. Revista de Derecho Administrativo del Círculo de Derecho Administrativo de la PUCP. N° 11, p. 323 - 331. Recuperado de: <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoadministrativo/article/view/13563>
- OCDE. (2017). Estudio de la OCDE sobre Integridad en el Perú. Reforzar la integridad del sector público para un crecimiento incluyente. Recuperado de: [https://read.oecd-ilibrary.org/governance/estudio-de-la-ocde-sobre-integridad-en-el-peru\\_9789264271470-es#page19](https://read.oecd-ilibrary.org/governance/estudio-de-la-ocde-sobre-integridad-en-el-peru_9789264271470-es#page19)
- Nieto, A. (2006). Derecho administrativo sancionador. Cuarta Edición. Tecnos: Madrid.
- Rubio Llorente, F. (1993). El principio de Legalidad. Revista española de Derecho Constitucional, año 13, N° 39, pp. 9-42. Recuperado de: <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/79491.pdf>

### **Sentencias del Tribunal Constitucional**

Exp. N° 00020-2015-PI/TC

Exp. N° 2050-2002-AA/TC

Exp. N° 2868-2004-AA/TC