







# **Retos de la Administración Pública en el contexto de la COVID-19**

**Memorias del III Congreso Latinoamericano  
de Estudiantes de Derecho Administrativo**

Gianpierre Valverde Encarnación  
Diana Lucía Manrique Kukurelo  
Ruth Cacñahuaray Mitma  
César Ortega Bustamante  
Hugo Alexander Ricra Morales  
*(Coordinadores)*

**YACHAY legal**

LIMA, 2021



**Retos de la Administración Pública en el contexto de la COVID-19**

*Memorias del III Congreso Latinoamericano  
de Estudiantes de Derecho Administrativo*

© Gianpierre Valverde Encarnación | Diana Lucía Manrique Kukurelo |  
Ruth Cacñahuaray Mitma | César Ortega Bustamante |  
Hugo Alexander Ricra Morales (Coordinadores)

Yachay Legal - Primera edición digital, ..... de 2021

ISBN EBook: .....

Hecho el Depósito Legal en la Biblioteca Nacional del Perú  
N.º 2021-.....

©2021: Corporación Yachay SAC

Para su sello editorial YACHAY LEGAL

Calle Andalucía 119 - Of. 302, Pueblo Libre - Lima 15084 - Perú  
Telf. (+51) 963 576 341 | info@yachaylegal.com

Diagramación y digitalización: Adriana J. Mallqui Luzquiños

Diseño de portada: Danitza M. Hidalgo Velit

Todos los derechos reservados. Queda prohibida la reproducción total o parcial de esta obra, bajo ninguna forma o medio, electrónico o impreso, incluyendo fotocopiado, grabado o almacenado en algún sistema informático, sin el consentimiento por escrito de los titulares del Copyright.

**[www.YACHAYLEGAL.com](http://www.YACHAYLEGAL.com)**



## Contenido











## Agradecimientos

La organización de la tercera edición del Congreso Latinoamericano de Estudiantes de Derecho Administrativo fue un desafío que la Red Iberoamericana Juvenil de Derecho Administrativo asumió en el 2020.

Como en las dos anteriores ediciones, la meta fue brindar un espacio de intercambio académico entre estudiantes de pre y pos grado de todas las facultades de Derecho de América Latina poniendo como centro del debate al Derecho Administrativo y su implicancia en las actividades centrales de la ciudadanía.

Sin embargo, el acaecimiento de la COVID-19 nos llevó a replantear la oportunidad y posibilidad de continuar con este proyecto en un contexto totalmente distinto al que nos habíamos imaginado al inicio del año pasado. Los esquemas tradicionales de organización fueron rápidamente sustituidos y observamos cómo el espacio físico fue reemplazado por el medio digital.

En ese devenir incierto, nuestro equipo de trabajo se conjuró para darle continuidad al congreso y aceptar el desafío mayúsculo de planificar la realización del congreso en un esquema netamente virtual. La dificultad se hizo acuciante cuando tomamos la decisión de aplazar el congreso para el 2021 bajo una etiqueta de edición extraordinaria.

No obstante, todo el trabajo hecho valió el esfuerzo. La aquiescencia de los ponentes, moderadores y profesores nos permitió alcanzar el objetivo y es por ello que esta tercera edición verá la luz durante los días 5 y 6 de febrero del 2021.

Nada de esto hubiera sido posible sin la participación del increíble equipo de trabajo formado por los integrantes del Capítulo Perú del RIJDA, Marycielo, Paolo, Ruth y Fernando, los aportes valiosos de los miembros del Círculo de Derecho Administrativo, con Diana Manrique y Leonardo Rivas en

el liderazgo, con el apoyo inconmensurable de la editorial peruana Yachay, y de los colaboradores asociados, Hugo y César.

También los agradecimientos a los profesores Jorge Danós, Juan Carlos Morón, Francisco Ochoa, Laura Francia, Diego Zegarra y Josefina Cortés por el valioso apoyo y consejo, sin los cuales la calidad del evento y de esta Memoria no hubiera sido la misma.

Lima, 5 de febrero de 2021

**GIANPIERRE VALVERDE ENCARNACIÓN**

Presidente

**Red Iberoamericana Juvenil de Derecho Administrativo**



## Presentación

La invitación por parte de los estudiantes de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP) a presentar esta obra colectiva, que consituye la Memoria del III Congreso Latinoamericano de Estudiantes de Derecho Administrativo, no sólo es un honor, sino que también abre un espacio para la reflexión disciplinar.

He tenido la fortuna de ser profesora visitante en la PUCP y he podido conocer de cerca los acertados esfuerzos de las autoridades académicas dirigidos a consolidar redes de investigación y conocimiento en el ámbito del Derecho Administrativo, así como a incorporar estrategias de enseñanza acordes con las competencias y habilidades de las que requiere el jurista del siglo XXI.

Esta obra colectiva da cuenta de que la enseñanza del Derecho al interior de las aulas ha logrado trascender al punto de constituir una sólida base del pensamiento de los jóvenes juristas que hoy se reúnen para analizar, desde distintas perspectivas y jurisdicciones, las transformaciones más recientes del Derecho Administrativo. Estar presente a través de estas líneas en este diálogo académico intergeneracional e intercultural, es un pequeño tributo a tan importante logro de las distintas universidades participantes.

En el plano de la reflexión disciplinar, la obra que aquí se presenta da perfecta cuenta de que uno de los retos inherentes al Derecho Administrativo en general, y a la Administración Pública en particular, es precisamente la necesidad responder eficazmente al mandato derivado del interés público en entornos complejos y cambiantes. Es indudable que la emergencia sanitaria causada por el COVID-19, en un entorno de enorme incertidumbre y riesgo extremo para la salud, ha sido capaz de revelar la fragilidad de las instituciones públicas, y ha puesto a prueba los tradicionales procedimientos y técnicas de intervención administrativa.

Se trata así, de un proceso de transformación que ha impactado frontalmente a la Administración Pública, tanto en el plano orgánico como funcional, y que por una cuestión de tiempo y proximidad de relaciones jurídicas ha hecho más visibles sus efectos en ciertos ámbitos administrativos. Así, por ejemplo, en el ámbito de los procedimientos administrativos pronto tuvo lugar no sólo la flexibilización en el cómputo de los plazos y otros elementos del procedimiento, sino también la incorporación acelerada de la tramitación en línea y de las herramientas digitales que la hacen posible. Sin embargo, la nueva normalidad también se ha impuesto a otros ámbitos y técnicas de acción administrativa; pensemos en las facultades constitucionales-administrativas extraordinarias, el régimen sancionador, los mecanismos de cooperación internacionales, nacionales y subnacionales, la contratación pública, las asociaciones público-privadas y, en general, en los regímenes de prestación de servicios públicos como el de salud.

Se trata de transformaciones que revelan las fronteras de la acción administrativa y hacen evidente la necesidad de incorporar nuevas técnicas e instrumentos de intervención pública. En un escenario en el que la incertidumbre y el riesgo son las constantes, el Derecho Administrativo está llamado a repensar, como bien lo apunta Esteve Pardo, el paradigma de la certeza y seguridad sobre los que el Derecho en general está forjado.<sup>1</sup>

En este nuevo y delicado balance tendrán que convivir tradición jurídica frente a nueva normalidad, preservando al máximo posible los elementos esenciales del Estado social y democrático de Derecho. De ahí que el respeto pleno a los Derechos Humanos sea una condición *sine qua non* en entornos complejos como el del COVID-19, y se exija a la acción administrativa interiorizar/responder con la mayor precisión posible a parámetros que en ocasiones son difícilmente conciliables: transparencia, acceso a la información y protección de datos personales; razonabilidad, proporcionalidad de medios a fines y ponderación; estándares científicos, precaución/prevención; provisionalidad de las medidas; interdicción de la arbitrariedad; entre otros.

Algunas de esas reflexiones serán revisitadas por los textos que integran esta obra colectiva, con mayor detalle y con una valiosa referencia a sectores y jurisdicciones específicos. Tal es el caso de los trabajos dedicados a temáticas tales como globalización, *soft law* y COVID-19; firma electrónica y protección

---

<sup>1</sup> Esteve Pardo, J. (2019) “La Apelación a la Ciencia en el Gobierno y Gestión de la crisis de la COVID-19”, consultado en: <http://revistasmarcialpons.es/revistaderechopublico/article/view/272/301>.

de datos personales; contratación pública; asociaciones público-privadas; cláusulas excepcionales, cofinanciamiento y principio de planeación en sede administrativa; Derecho Administrativo Social; derechos de uso de agua y procedimiento administrativo; Estado de emergencia, caducidad y prescripción.

Cabe destacar que a esta obra también se suman algunas contribuciones que, si bien no están referidas a las transformaciones recientes del Derecho Administrativo, como resultado del COVID-19, sí se ocupan de temas de permanente reflexión en este ámbito disciplinar, como lo son las concesiones de beneficio (sector minero); las cesiones de territorios y la expropiación; el control difuso en sede administrativa; y la incorporación de regulación preventiva (ex ante) en materia de competencia económica y abuso de posición dominante.

Concluyo esta presentación señalando que como administrativista, estoy segura de que esta obra guiará al lector en el largo camino que se va trazando a través de las reflexiones constantes de que requiere el Derecho Administrativo. Como profesora de Derecho Administrativo, este Congreso y esta obra, me dan el impulso y la certeza de seguir contribuyendo a la formación de jóvenes juristas.

Ciudad de México, 31 de enero de 2021

**DRA. JOSEFINA CORTÉS CAMPOS**  
Profesora de Derecho Administrativo  
Decana Académica  
**Tecnológico de Monterrey de México**

*- Parte I -*

**ADMINISTRACIÓN ELECTRÓNICA,  
TRANSPARENCIA Y PROTECCIÓN DE  
DATOS PERSONALES**



# Globalización y COVID-19: los retos y las realidades del Estado regulador contemporáneo

*(Globalization and COVID-19:  
Challenges and Realities of the  
Contemporary Regulatory State)*

NATALIA ROCIO FRANCO FUQUEN

## **Resumen**

*Durante los últimos 30 años los procesos de globalización se han consolidado a lo largo del mundo hasta el punto de ver transformada completamente las condiciones propias del Estado. Desde la profundización de las innovaciones tecnológicas, pasando por el replanteamiento de diversas concepciones sobre el poder político y económico de los países, hasta establecer formas y lógicas de interacción humana que van más allá de cualquier forma tradicional de identificación social, entre otros, ha generado un nuevo mundo que cada vez se impulsa más hacia la consecución de nuevas metas tecnológicas que supongan una transformación disruptiva en la cotidianidad de la humanidad. Por esto, la revisión del papel de las autoridades regulatorias jugará un papel fundamental en el marco de nuevas disyuntivas a las que se enfrenta el derecho administrativo en época de innovación y cambios que exigen la flexibilización de los procedimientos tradicionales de expedición de normas. Es en este contexto que el soft law administrativo irrumpe, y por supuesto que se constituirá como una herramienta fundamental ante crisis como las derivadas por el COVID-19.*

**Palabras claves:** *Derecho administrativo, soft law administrativo, globalización, entidades regulatorias, Estado regulador, Administración Electrónica, COVID-19*

## **Abstract**

*During the last 30 years, globalization processes have been consolidated throughout the world to the point of seeing the conditions of the State completely transformed. From the deepening of technological innovations, through the rethinking of various conceptions about the political and economic power of countries, to establishing forms and logics of human interaction that go beyond any traditional form of social identification, among others, it has generated a new world that is increasingly driven towards the achievement of new technological goals that involve a disruptive transformation in the daily lives of humanity. For this reason, the review of the role of regulatory authorities will play a fundamental role in the framework of new dilemmas that administrative law faces in times of innovation and changes that require the flexibility of traditional procedures for issuing standards. It is in this context that administrative soft law bursts in, and of course it will become a fundamental tool in the face of crises such as those derived from COVID-19.*

**Keywords:** *Regulatory Law, Regulatory soft law, Globalization, Regulatory entities, Regulatory State, Electronic Administration, COVID-19*



## 1. INTRODUCCIÓN

La idea de la ponencia surge derivada de la investigación llevada a cabo a raíz de la tesis de investigación de la Maestría en Derecho Administrativo de la Universidad del Rosario denominada “Análisis de la utilización del *soft law* en la argumentación y justificación de providencias de la Corte Constitucional y del Consejo de Estado en materia de autoridades regulatorias (2003-2019)”, que posteriormente fue transformada en el libro en proceso de publicación en coautoría con el Doctor Manuel Alberto Restrepo “Autoridades regulatorias, *soft law* administrativo y jurisprudencia”. La tesis investigativa fue honrada con la mención de “laureada” por parte de los jurados calificadores.

Las transformaciones de las cuales no sólo ha sido sujeto el Estado han tenido discusión e investigación por parte de las diversas academias y escuelas de juristas que buscan principalmente instalar los nuevos destinos y las nuevas votaciones del Estado como un agente que no sólo va dentro del orden político de medición de fuerzas de poder sino también como una autoridad que regula, administra y tecnifica procesos de prestación de servicios puntuales. En ese orden de ideas, el Estado y sus instituciones se enfrentan a desafíos sin precedente por cuenta de la irrupción de nuevas formas de “legislación” manifestadas a través de instrumentos de *soft law*, los cuales, paradójicamente pueden estatuirse como la solución a los diversos problemas que atraviesa el Estado regulador contemporáneo. Es por esto que uno de los temas principales que debe revisarse es la instauración de un Gobierno digital que permita el acceso a los diversos canales institucionales, lo cual debe ir acompañado de la discusión de si estamos frente al surgimiento de un nuevo servicio público fundamental: el internet.

De acuerdo con Zygmunt Bauman (2015), es posible identificar que la liquidez de las instituciones sociales, han generado la necesidad de establecer una nueva ductilidad propia de la Ley, así como de la misma manera la institucionalidad también ha sido directamente afectada por la necesidad de establecer un ejercicio de poder lo suficientemente hábil para poder aplicar las diversas iniciativas y decisiones del Estado en torno a nuevas realidades y problemas. Asimismo, autores como Francis Fukuyama, al vaticinar el fin de la historia

como un proceso de superación de la lógica dialéctica de definición de una idea política como directriz del destino humano, resalta que el Estado redireccionará sus esfuerzos hacia el “cálculo económico, la interminable resolución de problemas técnicos, la preocupación por el medio ambiente y la satisfacción de las sofisticadas demandas consumistas” (Fukuyama, 2006, p. 100). Por ende, es en la tecnificación, causada por la mutación política del paso de un Estado interventor a un Estado regulador, que se definen las siguientes condiciones planteadas por Franco y Restrepo (2020, p. 27) sobre las acciones del Estado:

A partir de este nuevo contexto global de “liberalizaciones y privatizaciones, el papel del Estado muta: pasa de ‘remar’ a dirigir”. La nueva expansión global del liberalismo político y económico trajo consigo una nueva fase de evolución del Estado, en el que se trasciende la necesidad del protagonismo de este dentro de los ámbitos económicos, sociales y laborales. A cambio de ello, el Estado desarrolla un nuevo rol basado en la minimización de sus acciones e intervenciones, en el que se ha limitado su papel a regular y vigilar los demás ámbitos.

Por ende, la irrupción de nuevos elementos jurisprudenciales como lo han sido expresiones de *soft law* en el ámbito administrativo, el cual se ha caracterizado por ser un:

[...] conjunto de mecanismos que no cuentan con fuerza obligatoria, ni han surtido un trámite que cumpla con los estándares<sup>2</sup> suficientes para su expedición, por lo que puede entenderse como un acto jurídico de carácter no vinculante, pero con unas particularidades propias que le permiten nacer al mundo jurídico y posicionarse como una fuente indirecta del derecho administrativo. Los ejemplos del *soft law* administrativo variarán dependiendo el ordenamiento jurídico que se estudie (Franco y Restrepo, 2020, p. 50).

Esta nueva transformación de las fuentes del derecho administrativo, caracterizada por la implementación del *soft law*, ha generado que su tecnificación sea manifiesta, debido a que los instrumentos de *soft law* administrativo terminan convirtiéndose en guías obligatorias que el derecho administrativo adopta para su necesaria adaptabilidad en el contexto de un mundo cada día más globalizado y cambiante (Santaella, 2011). Por lo tanto, no solamente la

---

<sup>2</sup> Estándares referentes al procedimiento legislativo o administrativo necesario para que una norma se considere obligatoria y con efectos jurídicos.

globalización y las nuevas realidades derivadas de la ‘modernidad líquida’, ha incidido en la resignificación del rol del Estado como un agente regulador de los procesos desarrollados dentro del mercado, la sociedad y la economía. Sino también, se enfrenta a retos de difusión masiva de información y en ese orden ideas, el *soft law* administrativo puede convertirse en un fuerte aliado de la transparencia y las formas adaptativas de administración electrónica con una dinámica más flexible de la mano de las entidades encargadas para tal fin.

En definitiva, si el derecho administrativo no se adapta a las nuevas exigencias que trae consigo la era digital y la innovación no podrá atender los retos a los que se enfrenten los operadores administrativos cada día en su ejercicio profesional. Por lo tanto, su actuar se podría volver obsoleto y en definitiva su legitimidad empobrecida.

Ahora bien, como resultado de la difusión masiva de la pandemia derivada del COVID-19, diversos países han cerrado fronteras y el tráfico de bienes y personas a nivel global como una medida de contención hacia futuros contagios que puedan poner en riesgo la sostenibilidad de los sistemas de salud a nivel global. La aparición de esta nueva amenaza de un día para el otro, congelaría la totalidad de los procesos globalizadores como elementos de alta vulnerabilidad que pueden afectar directamente la gestión suficiente y responsable de la pandemia por parte de estos Estados. Sin embargo, es pertinente preguntar: ¿hasta qué punto el Estado debe intervenir dentro de los procesos globalizadores como un actor que busca generar una nueva gestión y manejo de una amenaza como una pandemia?

Dentro de las posibles respuestas para dicho cuestionamiento, es posible afirmar que la intervención del Estado desde su rol regulador puede generar ventanas de oportunidad que contribuyan a la creación de capacidades de acción para poder atender estas vicisitudes. Sin embargo, esta intervención no debe actuar con una vocación de control y de estructuración activa derivada de una necesidad de “estatización de la globalización”, como si fuera un acto intervencionista propio del Estado keynesiano ampliamente paquidémico y oneroso. Sino debe estar enfocado a la asertividad de las funciones de regulación y de creación jurisprudencial basada en medidas técnicas que faciliten un gobierno directo frente a las diversas condiciones que pueden afectar el orden propio de la sociedad por consecuencias de cataclismos o emergencias globales. A partir de lo anterior, es necesario concebir el elemento favorable de las nuevas fuentes del derecho como elemento innovador y catalizador de la adaptación institucional a nuevas realidades que pueden ir a una velocidad mucho más vertiginosa que la que se experimenta en los Estados y sus complejos

y lentos procesos de reforma institucional. Para ejemplo de esta iniciativa, se abordará el caso de la pandemia de COVID-19 y la revisión diagnóstica de su caso en Colombia como posible proposición hipotética sobre el tema abordado.

La pandemia de COVID-19 ha supuesto el mayor reto institucional del Estado contemporáneo. No solamente ha sido así por las condiciones propias de la enfermedad que ha generado que todos los esfuerzos de la humanidad estén dirigidos a su contención y cura, sino que también ha supuesto una directa condición de dilema sobre el ejercicio de algunas libertades por parte de los ciudadanos como parte de la estrategia para la contención de los contagios. No obstante, aquí reside la cuestión central sobre el rol del Estado dentro de esta problemática: las condiciones de gobernabilidad del Estado con la finalidad de preservar la salud pública. En este punto, la intervención del Estado debe estar directamente fundada en las acciones proporcionales a la necesidad de contención de la pandemia. Respecto del caso colombiano, la situación nacional de la pandemia por COVID-19 ha calado profundamente en el accionar del Estado. En primer lugar, de acuerdo con reportes de la Organización Mundial de la Salud (2021), a la fecha Colombia ocupa el décimo lugar en número de contagiados por esta enfermedad, con un total de 1'987.418 casos y un acumulado de 50.586 muertos (ver Tabla 1). A partir de lo anterior, es importante mencionar que dentro de la estructura del Estado colombiano, los enfoques de atención de la pandemia han tenido dos vertientes institucionales de abordaje institucional: desde el orden nacional y desde el orden territorial.

**Tabla 1. Reporte situacional de Colombia ante el COVID-19, 24 de enero de 2021**

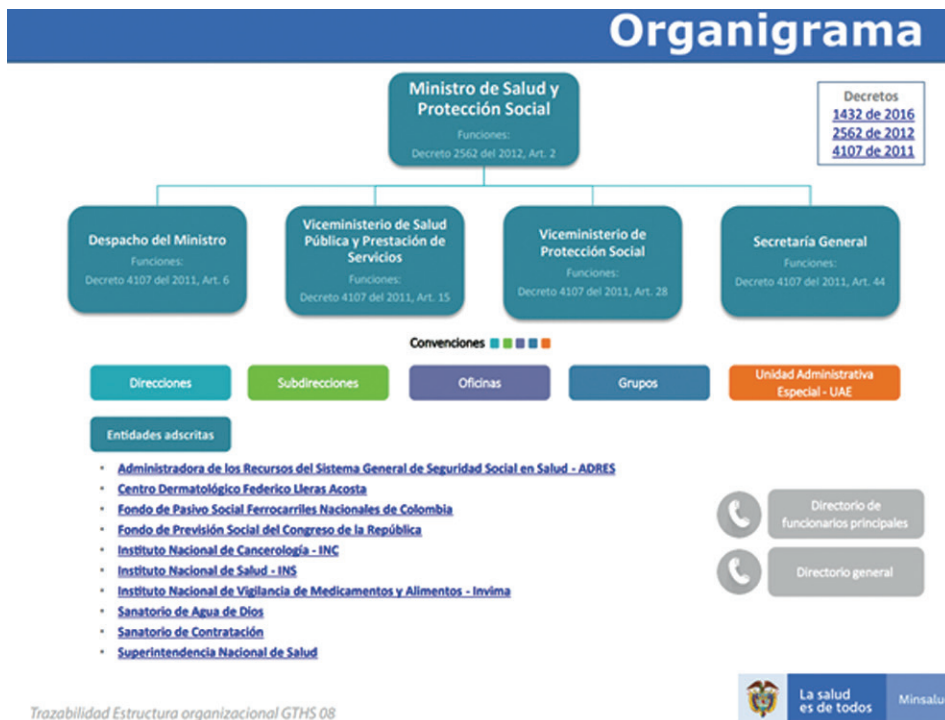
<b>País</b>	<b>Casos – Acumulado</b>	<b>Casos reportados en las últimas 24 horas</b>	<b>Muertes - Acumulado</b>	<b>Muertes – reporte de las últimas 24 horas</b>
Colombia	1'987.418	15.073	50.586	399

*Fuente: Organización Mundial de la Salud (2021).*

Teniendo en cuenta lo anterior, el abordaje del orden nacional ha estado directamente coordinado por el Ministerio de Salud y Protección, cuya composición se caracteriza por abarcar ordenes propios de su estructura que están

bajo su tutela, de la mano con la participación de entidades adscritas que hacen parte del orden descentralizado de la rama ejecutiva. Bajo esta composición (ver Gráfico 1), el abordaje nacional buscaría un control suficiente del desarrollo de la enfermedad respecto de su monitoreo y seguimiento, de la mano con una prioridad vital de mantener la estabilidad del Sistema General de Seguridad Social en Salud para que no colapse por sobreocupación de las unidades de cuidado intensivo. Sin embargo, a pesar de los diversos desencuentros entre los órdenes nacional y territorial por algunas de las medidas tomadas (de las cuales han surgido algunas posturas que tienden a ser parte de un juego político) y no una discusión técnica propia sobre el comportamiento de la pandemia, se ha minado la unidad de criterio y gestión del Estado colombiano de la pandemia.

**Gráfico 1. Organigrama del Ministerio de Salud y Protección social**



Fuente: Ministerio de Salud y Protección Social (2021).

Ahora bien, dentro de la gestión nacional de la pandemia, el Instituto Nacional de Salud (INS), caracterizado por ser una entidad de orden técnico, encargada del sistema de Vigilancia Epidemiológica (SIVIGILA), ha tomado un liderazgo indispensable para el desarrollo de los protocolos de atención y de contención del COVID-19. De acuerdo con reportes propios de la entidad, se definieron los lineamientos que contribuirían al desarrollo propio de las estrategias del gobierno nacional para su atención (2021):

(...) En reunión moderada por Asocapitales, la directora del Instituto Nacional de Salud, Martha Lucia Ospina explicó siete frentes de trabajo contra la epidemia COVID-19. En el espacio virtual celebrado este 20 de abril, los alcaldes plantearon sus dudas frente a temas como pruebas rápidas y laboratorios para diagnóstico del virus SARS-COV-2. En relación con los laboratorios para la lectura de la Covid-19, la doctora Ospina hizo referencia al Decreto presidencial 2323 de 2006, que presenta disposiciones sobre la Red Nacional de Laboratorios de Salud Pública y define que cada entidad territorial cuente con su propio laboratorio de salud pública (...) la directora del Instituto que además expuso siete líneas de trabajo para entidades territoriales.

## **2. SIETE LÍNEAS DE TRABAJO CONTRA LA COVID-19**

- a) Modelado epidemiológico: el análisis del comportamiento epidemiológico y la curva.
- b) Identificación y búsqueda de casos positivos: saber a quién se hace pruebas PCR, a quien rápidas, dónde buscar los casos. Se debe saber cuántos infectados hay e identificar el RO (tasa reproductiva del virus) o su velocidad de transmisión. Es decir el número de personas que pueden ser contagiadas por cada persona infectada.
- c) El estudio de casos: identificación de infectados para aislarlos y evitar que ellos mismos sigan transmitiendo la enfermedad. Importante estudiar sus contactos
- d) Aislamiento: la gente debe cumplirlo y hay que involucrar la policía e incluir otros agentes comunitarios, así como líneas de denuncia para garantizar que se cumplan las medidas.
- e) Monitoreo de las UCIS: el reacondicionamiento o expansión de UCIS, qué disponibilidad de camas, cuales están ocupadas con pacientes COVID, cantidad de ventiladores y capacidad de crecer.

- f) Monitoreo de la dinámica poblacional: si se tienen unas medidas en salud, se debe revisar la ocupación en medios de transporte, reducir aglomeraciones e intervenirlas porque esto aumenta el RO o la velocidad de propagación del virus.
- g) Certificar recuperados, se debe conocer cuáles son recuperados y entregarles ese carnet que evidencia que están libres de la COVID-19. Realizar pruebas de confirmación.

A partir de estas directrices, y junto con sus recomendaciones técnicas que se encuadran dentro de lo que definimos como soft law, se ha manifestado influencia directa del INS sobre algunas decisiones desde el orden presidencial, dentro de las cuales están los ejercicios de validación secundaria y verificación del desempeño de las pruebas rápidas para COVID-19 como elemento primordial que influiría en las decisiones de adquisición pública y protocolos de toma de pruebas, muestran la gran importancia del criterio técnico como un elemento central de decisión para el sistema de compras públicas al nivel nacional y territorial. A partir de esas labores, si bien no inciden directamente en la construcción de ley, es importante mencionar que su creciente posicionamiento ha influido como autoridad técnica en las decisiones para el encausamiento de la estrategia nacional en torno al COVID-19.

### 3. CONCLUSIÓN

Es en el surgimiento de esta disyuntiva por parte de los elementos globalizadores del poder y de la Ley, donde la regulación se manifiesta como una acción que se basa en la globalización para la difusión del conocimiento científico y las decisiones adecuadas para la gestión de la pandemia o si es un enemigo que puede generar nuevas vulnerabilidades y formas de atentar contra el statu quo definido en cada una de las sociedades alrededor del globo. Por lo tanto, es posible mencionar que la influencia de instituciones como el Instituto Nacional de Salud, cuya condición de ente técnico y regulador, han contribuido al avance progresivo de las estrategias nacionales y territoriales para la contención y mitigación del COVID-19. Estas recomendaciones no solamente van a incidir directamente sobre decisiones políticas de orden Ejecutivo, sino que también van a ir progresivamente determinando el comportamiento jurídico de las futuras legislaciones y regulaciones sobre este tipo de situaciones que, ante una medición de las capacidades que ha exigido la atención de esta pandemia a todas las organizaciones que hacen parte del Estado, supone un reto vigente que pone en evidencia la creciente importancia de modulaciones

y adaptaciones rápidas de la legislación y la acción administrativa ante problemáticas cada vez más inmediatas.

## Referencias

- Bauman, Zygmunt. (2015). *Modernidad líquida*. Ciudad de México: Fondo de cultura económica.
- Instituto Nacional de Salud -INS-. (2021). Compilado de Documentos de Informe de Validación de Pruebas Rápidas. Disponible en: [https://www.ins.gov.co/pruebas\\_rapidas/forms/allitems.aspx](https://www.ins.gov.co/pruebas_rapidas/forms/allitems.aspx)
- Franco Fuquen, Natalia. y Restrepo Medina, Manuel. (2020). Autoridades regulatorias, *soft law* administrativo y jurisprudencia. Bogotá: Editorial Universidad del Rosario.
- Fukuyama, Francis. (2006). *The end of history and the last man*. Nueva York: Simon and Schuster.
- Ministerio de Salud y Protección Social. (2021). Organigrama. Disponible en: <https://www.minsalud.gov.co/Ministerio/Institucional/Paginas/organigrama.aspx>
- Restrepo, Manuel., Escobar, Lina., López, Mauricio., & Rincón, Javier. (2012). *Globalización del Derecho administrativo, Estado regulador y eficacia de los derechos*. Bogotá: Editorial Universidad del Rosario.
- Organización Mundial de la Salud -OMS-. (2021). WHO COVID-19 Dashboard. Disponible en: <https://covid19.who.int/table/>
- Santaella Quintero, Héctor. (2011). *Algunas reflexiones sobre las nuevas formas de actuación administrativa impuestas por el mercado y la técnica y sus implicaciones para la metodología de la ciencia jurídica-administrativa*. Revista Digital de Derecho Administrativo. No. 5, pp. 87-105.





# Evolución de la firma electrónica en las diferentes administraciones y la protección de datos personales en Latinoamérica

*(Evolution of the Electronic Signature in the Different Administrations and the Protection of the Personal Data in Latin America)*

JOSUÉ DAVID RAMOS MIRANDA  
NAZARETH JULIETA MEDINA REYES

## **Resumen**

*El desarrollo de la ponencia que se lee a continuación, inicia con un concepto breve, pero específico de la Firma Electrónica, inspirándonos así a describir en pasos simples su uso y ventajas a los usuarios futuros; su fusión con el derecho administrativo nos muestra su aportación a los documentos gubernamentales y privados del gobierno, provocando así el efecto de la creación de leyes que rijan y controlen la visualización de esta nueva realidad virtual. Si bien es cierto que este desarrollo nos ha dejado muchos beneficios también hemos encontrado que la seguridad de los datos personales por medio de esta plataforma se ha vuelto intrascendible debido a los delitos cibernéticos que han dañado el honor, la intimidad y la imagen de la persona, quedando expuesta la información personal, por lo cual se puede observar en las estadísticas que la legislación en Latinoamérica es escasa en situaciones como estas.*

*En Honduras se ha presentado la iniciativa de Ley de Protección de Datos Personales Confidenciales y del derecho de Hábeas Data, como la necesidad de garantizar la seguridad de la ciudadanía de su información personal teniendo como propósito que toda persona tiene derecho a saber qué tienen sobre ella las autoridades para corregir, eliminar o ampliar, y este derecho es de uso personal y personalísimo, es decir, no puede ser delegado, y que la normativa permitirá*

*el derecho que tiene toda persona a controlar sus datos personales, sus datos sensibles que se encuentran registrados en bases de datos de entidades públicas o privadas, personas naturales o jurídicas.*

**Palabras clave:** *Firma, Convenio, Administración, Legislación, Latinoamérica, Protección, Delito, Informática, Desarrollo*

### **Abstract**

*The development of the presentation that is read below, begins with a brief, but specific concept of the Electronic Signature, thus inspiring us to describe its use and advantages to future users in simple steps; Its fusion with administrative law shows us its contribution to government and private government documents, thus causing the effect of the creation of laws that govern and control the display of this new virtual reality. Although it is true that this development has left us many benefits, we have also found that the security of personal data through this platform has become untouchable due to cyber crimes that have damaged the honor, privacy and image of the person, exposing the personal information, so it can be seen in the statistics that the legislation in Latin America is scarce in situations like these.*

*In Honduras, the initiative for the Law on Protection of Confidential Personal Data and the right to Habeas Data has been presented, as the need to guarantee the security of citizens of their personal information, with the purpose that everyone has the right to know what they have about it the authorities to correct, eliminate or expand, and this right is for personal and very personal use, that is, it cannot be delegated, and that the regulations will allow the right that everyone has to control their personal data, their sensitive data that are registered in databases of public or private entities, natural or legal persons.*

**Key words:** *Signature, Convention, Administration, Legislation, Latin America, Protection, Felony, Computing, Development*

## 1. INTRODUCCIÓN

Inicio la presente ponencia con la cita de José María Prieto Sánchez cuando dice: “La Administración tiene regulación suficiente como para que el documento electrónico sustituya al documento de papel, tanto desde el punto de vista de la tramitación de los expedientes, como desde su utilización como medio de comunicación entre administraciones entre sí o en su relación con el ciudadano”<sup>3</sup>. Actualmente ya no solo se tiene la capacidad de sustituir un documento electrónico a uno de papel, sino que hemos avanzado de tal manera que no es necesaria la presencia de ambas partes para poder firmar un documento, siendo esta una de las principales ventajas de la Firma Electrónica, facilitando también así los procedimientos.

Su evolución en Latinoamérica, que, aunque retardada, ha sido inevitable y de vital ayuda en la presente pandemia, activando así pues aquellas legislaciones que simplemente se encontraban en papel; pero, así como se ha demostrado su desarrollo para beneficio de la sociedad en general, también se ha visto el avance de la criminalidad por medio del sistema informático, obligando así a la creación y reformación de nuevas leyes para protección de datos personales a nivel nacional e internacional, siendo uno de ellos el Convenio de Budapest, una iniciativa que ha protegido y asegurado a quienes usan este medio

## 2. FIRMA ELECTRÓNICA

### 2.1 Concepto

La Gaceta de la Universidad Autónoma de México define la Firma Electrónica como un Conjunto de datos en forma electrónica asociados a un mensaje de datos o documento electrónico, utilizados para acreditar la identidad del

---

<sup>3</sup> LA REALIDAD LATINOAMERICANA EN GESTIÓN DE DOCUMENTOS ELECTRÓNICOS. Viafirma.com. (2020). Retrieved 23 October 2020, from <https://www.viafirma.com/blog-xnoccio/es/la-firma-digital-en-recursos-humanos-en-latinoamerica/>.

emisor con relación al mensaje, que indican que es el autor legítimo de este, por lo que asume como propia la información contenida en él, produciendo los mismos efectos jurídicos que la firma autógrafa.<sup>4</sup>

## 2.2 Proceso Básico De Firma Electrónica

El proceso básico que se sigue para la firma electrónica es el siguiente:

- El usuario dispone de un documento electrónico y de un certificado que le pertenece y le identifica.
- La aplicación utilizada para firmar electrónicamente realiza un resumen del documento, el cuál es único y cualquier modificación del documento implica también una modificación del resumen.
- La aplicación utiliza la clave contenida en el certificado para codificar el resumen.
- La aplicación crea otro documento electrónico que contiene ese resumen codificado. Este nuevo documento es la firma electrónica.

## 2.3 Ventajas de la firma electrónica

- Se puede obtener fácilmente por medio de un dispositivo
- Se evitan los gastos de legalización
- Ayuda al medio ambiente
- Es novedoso
- Los documentos electrónicos se conservan en forma digital.
- El envío de los comprobantes vía email de su cliente, y a su vez el usuario podrá consultar sus documentos emitidos.
- La facturación electrónica ofrece múltiples ventajas a los clientes, así que tiene que considerar de qué tamaño es la empresa y cuál es el volumen de facturaciones, para poder ver el ahorro en concepto de emisión y gestión de la misma. Al tener este sistema el contribu-

---

<sup>4</sup> Secretaría de Administración, U. (2020). *FISE ¿Qué es y para qué sirve la Firma Electrónica?* Web.uaemex.mx. Recuperado el 23 de octubre de 2020, de [http://web.uaemex.mx/fise/0\\_1\\_inciso.html](http://web.uaemex.mx/fise/0_1_inciso.html).

yente, permite la cobranza más rápido lo cual genera el aumento de liquidez, ya que el envío y la recepción de la misma es más eficiente.<sup>5</sup>

## 2.4 Firma Electrónica y el Derecho Administrativo

En Latinoamérica todavía existe una gran distancia entre lo que constatamos en las administraciones públicas, donde los documentos en soporte de papel proliferan en la mayoría de las organizaciones gubernamentales, y lo que podría ser la gestión documental electrónica prescindiéndose totalmente de los papeles, por cuanto éstos coexisten con la gestión de documentos electrónicos como sucede también en la mayoría de países desarrollados, en tanto los sistemas híbridos están más cerca de la realidad, sin perjuicio de ir avanzando en el uso de los documentos electrónicos. El impedimento de poder firmar los documentos electrónicos impulsó más adelante a lograr las leyes que regulan la aplicación de la firma digital, donde actualmente parece haberse detenido en el aspecto normativo. A partir de toda la legislación sobre el tema, los funcionarios públicos han tomado decisiones importantes para la modernización de los estados con el apoyo de los medios informáticos, y algunos organismos responsables de la política archivística, sea de nivel nacional, estadual o local, han asumido la aplicación técnico-archivística de la gestión documental tratando de integrar la archivística y la informática, pero tanto los unos como los otros se han visto en la imperiosa necesidad de abordar el tema desde el punto de vista legal porque es en ese marco en el que la gestión administrativa se desenvuelve.

Una de las estrategias que se recomienda para la gestión de documentos electrónicos es contar con copias de seguridad de los documentos esenciales y del software y ponerlos a buen recaudo, como una medida de protección para evitar la pérdida total de documentación; no obstante, lo más complicado y controversial para las copias de los documentos electrónicos es garantizar la autenticidad de esas copias de seguridad, de otra manera, no surtirán sus efectos legales cuando se les necesite. Habrá que proveerse de locales adecuados, distintos al local principal, para la ubicación de las copias de seguridad, y acondicionarlos de acuerdo con las exigencias ambientales y técnicas que los

---

<sup>5</sup> 54.213.100.250. 2018. *INCIDENCIAS: VENTAJAS Y DESVENTAJAS DE LA IMPLEMENTACIÓN DEL SISTEMA DE EMISIÓN ELECTRÓNICA FRENTE AL SISTEMA DE EMISIÓN FÍSICA EN PRINCIPALES CONTRIBUYENTES EN LA CIUDAD DE AREQUIPA*. [Online] Available at: <[http://54.213.100.250/bitstream/UCSP/15616/1/BUSTAMANTE\\_AQUINO\\_YSE\\_INC.pdf](http://54.213.100.250/bitstream/UCSP/15616/1/BUSTAMANTE_AQUINO_YSE_INC.pdf)> [Accessed 26 January 2021].

documentos electrónicos necesitan para evitar su pérdida y garantizar su preservación, lo cual se traduce, a la vez, en presupuestos suficientes para tal fin.

### 3. PRIMERAS LEGISLACIONES LATINOAMERICANAS

Comenzó a emitirse en América Latina alrededor de 1998, cuando desde el Mercosur se impulsó que se legislara al respecto entre sus integrantes.

Es así que Uruguay se convirtió en 1998 en el primer país de América del Sur en contar con Firma digital y Puerto Rico en Centroamérica. A partir de allí en 1999 siguió Colombia, en el 2000 México y Perú, en 2001 Argentina, Brasil, Panamá y Venezuela y así sucesivamente se incorporaron República Dominicana, Chile, Ecuador, Costa Rica, Guatemala, Paraguay, Bolivia, etc.

#### *Argentina*

El 12 de noviembre del 2001, la Ley 25.5068 estableció el uso de la firma digital y la firma electrónica. El reglamento de la Ley, Decreto 2628/2002, de 19 de diciembre de 20029 en su artículo 4° Normas técnicas, faculta a la Jefatura de Gabinete de Ministros a determinar las normas y los procedimientos técnicos para la generación, comunicación, archivo y conservación del documento digital o electrónico. Si bien la ley tiene sanción en el año 2001, es en el año 2012 cuando se reglamenta el uso de firma digital en el sector privado, para la firma de documentación de Recursos Humanos y hacia organismos del Estado, exclusivamente. Hasta ese entonces era una ley sin aplicación práctica.

#### *Brasil*

El decreto 3.996 del 31 de octubre de 2001 dispone la prestación de servicios de certificación digital en el ámbito de la Administración Pública Federal, tal como aparece en el artículo 3° sobre la tramitación...". La Medida Provisoria N° 2.202-2 de 24 de agosto del 2001 instaura la infraestructura de claves públicas y regula el certificado electrónico y la firma digital, confiriendo autenticidad, integridad y validez jurídica de los documentos electrónicos. La evolución es similar a la de Argentina y Uruguay, siendo en 2016 cuando se comenzó a exigir a las compañías con más de 5 empleados el uso de Firma Digital para suscribir, transferir y archivar documentos electrónicos, incluidas declaraciones tributarias y laborales para el programa de facturación electrónica del Gobierno Federal.

### *Uruguay*

Está se reglamentó en 2009, y se comenzó a impulsar en 2013 con la creación de la nueva cédula de identidad con chip (similar a la española) donde cuenta con un certificado de firma electrónica avanzada y con el cual se podrán realizar trámites con el gobierno, denuncias policiales, etc. También se emplea en Uruguay el token criptográfico como medio de almacenamiento de los certificados.

La ley 16.736 de 5 de enero de 1996, sobre las administraciones públicas insta a impulsar el empleo y aplicación de medios informáticos y telemáticos para el desarrollo de sus actividades garantizando a los administrados el acceso a las informaciones de su interés. En las actuaciones administrativas la firma autógrafa puede ser sustituida por contraseñas o signos informáticos adecuados. Como observamos no se menciona firma digital puntualmente.

### *Colombia*

La legislación colombiana tiene sus antecedentes en el Decreto 2150 de 1995 que buscó la simplificación de trámites en las entidades estatales, en su artículo 26 autorizó la utilización de sistemas electrónicos de archivo y transmisión de datos, y ordena que las entidades de la administración pública habiliten sistemas de transmisión electrónica de datos para que los usuarios envíen o reciban información requerida en sus actuaciones frente a la administración. En la Ley 527 de 1999, se reconocen dos tipos de firma: firma digital (equivalente a la firma electrónica avanzada y, de acuerdo al Decreto 2364 de 2012, con mecanismos que garantiza autenticidad e integridad) y la firma electrónica con significativa merma en la carga probatoria. El Decreto 1747 de 2000 define la entidad de certificación. La publicación, en agosto de 2017, del Decreto 1413 prohíbe el uso de certificados software en cliente, limitando la firma a dispositivos token o firma centralizada (firma en la nube).<sup>6</sup>

## **4. PROTECCIÓN DE DATOS PERSONALES**

---

<sup>6</sup> Sánchez, P., 2021. *La Firma Digital En Recursos Humanos En Latinoamérica • Blog De Vifirma*. [Online] Viafirma.com. Available at: <<https://www.viafirma.com/blog-xnoccio/es/la-firma-digital-en-recursos-humanos-en-latinoamerica/>> [Accessed 26 January 2021].

Aunque la firma electrónica es un tema que ha resonado recientemente debido a la pandemia que se vive, hace más de dos décadas que esta ya se encuentra en Latinoamérica siendo legislada por 33 países, pero no puesta en práctica en todos. Se puede denotar que, en países europeos, tales como España y Alemania, no solo ha sido reglamentada, sino que también ha sido penalizada para aquellas personas que con conocimientos de informática cometen hechos delictivos.

De acuerdo a uno de los estudios de mayor relevancia mundial en delitos informáticos, en el cuál se han entrevistado más de 13.000 adultos en 24 países, para el año 2012, se calculó que los costos directos asociados con los delitos informáticos que afectan a los consumidores en el mundo ascendieron a US\$ 110.000 billones en doce meses. El mismo estudio revela que por cada segundo 18 adultos son víctimas de un delito informático, lo que da como resultado más de un millón y medio de víctimas de delitos informáticos cada día, a nivel mundial. La cantidad de delitos informáticos tipificados difiere en cantidad de acuerdo al nivel de desarrollo legislativo de cada país, encontrándose así los delitos informáticos considerados entre los artículos 2 y 9 de la Convención de Cibercriminalidad de Budapest. A continuación, se listan los tipos penales considerados como delitos informáticos para la presente investigación: Acceso ilícito (art. 2); Interceptación ilícita (art. 3); Atentados contra la integridad de los datos (art. 4); Atentados contra la integridad del sistema (art. 5); Abuso de equipos (art. 6); Falsedad Informática (art. 7); Estafa Informática (art. 8); Infracciones relativas a la pornografía infantil (art. 9).

## **5. CONVENIO DE BUDAPEST**

El Convenio y su Informe explicativo fueron aprobados por el Comité de Ministros del Consejo de Europa en su 109ª reunión (8 de noviembre de 2001) y el Convenio fue abierto a la firma en Budapest, el 23 de noviembre de 2001, con motivo de la celebración de la Conferencia Internacional sobre la ciberdelincuencia.

La facilidad para buscar y acceder a la información contenida en los sistemas informáticos, unida a las posibilidades casi ilimitadas para su intercambio y difusión, sin tener en cuenta las distancias geográficas, ha conducido a un crecimiento explosivo en la cantidad de información disponible y de los conocimientos que se pueden extraer de la misma provocando la creación de este convenio para la protección no solo del sistema informático, sino también a quienes cada día lo usan.



Este Convenio tiene como finalidad primordial las siguientes metas:

1. Armonizar los elementos de los delitos conforme al derecho sustantivo penal de cada país y las disposiciones conexas en materia de delitos informáticos;
2. Establecer conforme al derecho procesal penal de cada país los poderes necesarios para la investigación y el procesamiento de dichos delitos, así como también de otros delitos cometidos mediante el uso de un sistema informático o las pruebas conexas que se encuentren en formato electrónico,
3. Establecer un régimen rápido y eficaz de cooperación internacional.

El Convenio fue firmado por Canadá, Japón, Estados Unidos y Sudáfrica, el 23 de noviembre de 2001 (la firma se llevó a cabo en Budapest, Hungría). Se han previsto nuevas adhesiones por parte de otros Estados no europeos tal como México, El Salvador, Argentina,<sup>10</sup> Costa Rica, Uruguay y Chile. Otros estados latinoamericanos que se incorporaron al tratado<sup>7</sup> son República Dominicana, Panamá y Perú. Otros países como Paraguay han demostrado interés en unirse.

El 21 de octubre de 2013, en una nota de prensa, el Ministerio de Relaciones Exteriores de Colombia declaró que el Consejo de Europa había invitado a Colombia a adherir al Convenio de Budapest. El Congreso de la República de Colombia aprobó de manera unánime la adhesión a la Convención de Budapest (Ley 1928 de 2018) y la Corte Constitucional lo declaró exequible mediante la Sentencia 224/19 de 22 de mayo de 2019.

De la misma forma Perú a través del impulso de su presidente Martín Vizcarra y la Presidencia del Consejo de Ministros (PCM), a través de la Secretaría de Gobierno Digital, en el marco de la rectoría en materia digital en el país, desplegó una serie de acciones estratégicas a fin de fortalecer la seguridad digital en ese país adhiriéndose al Convenio de Budapest siendo así que

---

<sup>7</sup> Europa, C., 2001. *Título 1 – Delitos Contra La Confidencialidad, La Integridad Y La Disponibilidad De Los Datos Y Sistemas Informáticos*. [Online] Rm.coe.int. Available at: <<https://rm.coe.int/16802fa403>> [Accessed 26 January 2021].

Zapater, E., 2002. *DOCUMENTOS ELECTRÓNICOS Y DELITOS DE FALSEDAD DOCUMENTAL*. [Online] Perso.unifr.ch. Available at: <[http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/obrasportales/op\\_20080612\\_11.pdf](http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/obrasportales/op_20080612_11.pdf)> [Accessed 26 January 2021].

Es.wikipedia.org. 2007. *Convenio Sobre Cibercriminalidad*. [Online] Available at: <[https://es.wikipedia.org/wiki/Convenio\\_sobre\\_cibercriminalidad#:~:text=El%20Convenio%20sobre%20ciberdelincuencia%2C%20Convenio,t%C3%A9cnicas%20de%20investigaci%C3%B3n%20y%20el.](https://es.wikipedia.org/wiki/Convenio_sobre_cibercriminalidad#:~:text=El%20Convenio%20sobre%20ciberdelincuencia%2C%20Convenio,t%C3%A9cnicas%20de%20investigaci%C3%B3n%20y%20el.)> [Accessed 26 January 2021].

mediante el Decreto Supremo N° 050-2018-PCM, estableció la definición de Seguridad Digital en el ámbito nacional como un estado de confianza en el entorno digital para los ciudadanos y, mediante Decreto Legislativo 1412, aprobó la Ley de Gobierno Digital que establece la gobernanza e institucionalidad de la gestión de la seguridad digital en el país el 1 de febrero de 2019.

## **6. PENALIZACIÓN A CRÍMENES CIBERNÉTICOS EN LA LEGISLACIÓN HONDUREÑA**

En el nuevo Código Penal de Honduras que ha sido muy debatido por sus políticas muy novedosas en el territorio como también los años de la pena, se encuentran tipificados algunos artículos enfocados en contrarrestar estos crímenes que pasan día a día. El artículo 398 nos da a conocer que se penaliza todo tipo de información o recolección de datos que no hayan sido autorizados por la persona y puede ser castigada por un lapso de tiempo entre 6 a 18 meses, en el artículo 399 nos da a conocer que se penalizara cualquier daño a información que se encuentre en algún dispositivo o que sea digital, ya sea sin autorización introduce, borra, deteriora, altera, suprime o hace inaccesible de forma grave datos informáticos y por ello puede obtener un lapso de 1 a 2 años de condena y, por último, el artículo 401, el cual nos habla sobre la suplantación de identidad que puede ser penalizada de 6 meses a 1 año.

Si nos vamos a la normativa de la Firma Electrónica, nos da a conocer a quién responsabiliza de los daños y perjuicios, esta exige que son las autoridades certificadoras; en todo caso corresponderá a estas mismas demostrar que actuó con la debida diligencia. Cuando hablamos de sanciones en el artículo 26 de la Ley de la Firma Electrónica, nos muestra que éstas pueden ser:

1. Multas en base a salarios,
2. Suspensión de inmediato de todas o algunas de las actividades de la autoridad infractora,
3. Prohibición a la Autoridad Certificadora infractora prestar directa o indirectamente los servicios de Autoridad Certificadora hasta por el término de cinco (5) años,
4. Revocación definitiva de la autorización para operar como Autoridad Certificadora.<sup>8</sup>

---

<sup>8</sup> Oas.org. 2017. *Falsificación De Sello, Papel Sellado Y Efectos Oficiales*. [Online] Available at: <[https://www.oas.org/dil/esp/codigo\\_penal\\_honduras.pdf](https://www.oas.org/dil/esp/codigo_penal_honduras.pdf)> [Accessed 26 January

## 7. LA INICIATIVA DEL IAIP

Este debate ha sido tímidamente instalado por el Instituto de Acceso a la Información Pública (IAIP) que presentó una propuesta de ley de datos personales confidenciales bastante completa y acorde a las normativas internacionales que regulan este derecho.

El IAIP es por ley, el organismo encargado de proteger los datos personales confidenciales y de hábeas data, siendo el Comisionado Nacional de los Derechos Humanos, el único que puede acceder a esta información con fines específicos, según la Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública.

La propuesta del IAIP ha sido elaborada por el consultor Lester Ramírez, experto en derecho a la información. La propuesta indica que la ley es de orden público y de observancia general en toda la República y tiene por objeto “la protección de los datos personales con la finalidad de regular su tratamiento legítimo, controlado e informado, a efecto de garantizar la privacidad y el derecho a la autodeterminación informativa de las personas”.

La propuesta de ley consta de 84 artículos y se espera que próximamente sea sometida al Congreso Nacional, en especial ante el mal uso que se ha hecho del derecho a la intimidad de las personas, en vista que se carece de una regulación especial como parte de la protección de datos, así como mucho desconocimiento sobre esta rama del derecho positivo.<sup>9</sup>

## 8. CONCLUSIONES

1. La firma electrónica es un documento que tiene gran validez y tiene los mismos efectos jurídicos que la firma autógrafa, este documento tiene un mensaje codificado con los datos para acreditar la identidad del emisor con relación al mensaje y este mismo indica que el autor es legítimo y que asume la información que está contenida en él.
2. Los documentos en soporte de papel proliferan en la mayoría de las organizaciones gubernamentales y lo que podría ser la gestión documental electrónica prescindiéndose totalmente de los papeles, por cuanto éstos coexisten con la gestión de documentos electrón-

---

2021].

<sup>9</sup> Proceso Digital. 2014. *Honduras Debe Avanzar Hacia La Protección Del Dato Personal Confidencial*. [Online] Available at: <<https://proceso.hn/honduras-debe-avanzar-hacia-la-proteccion-del-dato-personal-confidencial/>> [Accessed 26 January 2021].

nicos como sucede también en la mayoría de países desarrollados, en tanto los sistemas híbridos están más cerca de la realidad, sin perjuicio de ir avanzando en el uso de los documentos electrónicos también es una manera fundamental de ayudar al planeta, ya que a disminuir considerablemente el uso del papel, estamos ayudando a un planeta más verde.

3. La legislación de la Firma Electrónica comenzó a emitirse en América Latina alrededor de 1998, cuando desde el Mercosur se impulsó que se legislara al respecto entre sus integrantes, esto dio una gran aceptación a países del sur y con ello sumándose países del caribe y Centroamérica, abriendo la puerta a esta modalidad.
4. Aunque la firma electrónica es un tema que ha resonado recientemente debido a la pandemia que se vive, hace más de dos décadas que está ya se encuentra en Latinoamérica siendo legislada por 33 países, pero no puesta en práctica en todos. Se puede denotar que, en países europeos, tales como España y Alemania, no solo ha sido reglamentada, sino que también ha sido penalizada para aquellas personas que con conocimientos de informática comenten hechos delictivos.
5. La facilidad para buscar y acceder a la información contenida en los sistemas informáticos, unida a las posibilidades casi ilimitadas para su intercambio y difusión, sin tener en cuenta las distancias geográficas, ha conducido a un crecimiento explosivo en la cantidad de información disponible y de los conocimientos que se pueden extraer de la misma provocando la creación de este convenio (Convenio de Budapest) para la protección no solo del sistema informático, sino también a quienes cada día lo usan.

## Referencias

- Sánchez, P., 2021. *La Firma Digital En Recursos Humanos En Latinoamérica • Blog De Viafirma*. [Online] Viafirma.com. Available at: <<https://www.viafirma.com/blog-xnoccio/es/la-firma-digital-en-recursos-humanos-en-latinoamerica/>> [Accessed 26 January 2021].
- Carrillo, B., 2021. *La Firma Digital En Recursos Humanos En Latinoamérica • Blog De Viafirma*. [Online] Viafirma.com. Available at: <<https://www.viafirma.com/blog-xnoccio/es/la-firma-digital-en-recursos-humanos-en-latinoamerica/>> [Accessed 26 January 2021].

- UAEmex, s., 2020. *FISE • ¿Qué Es Y Para Qué Sirve La Firma Electrónica?* [Online] Web.uaemex.mx. Available at: <[http://web.uaemex.mx/fise/0\\_1\\_inciso.html](http://web.uaemex.mx/fise/0_1_inciso.html)> [Accessed 26 January 2021].
- Mendoza Navarro, A., 2021. *LA REALIDAD LATINOAMERICANA EN GESTIÓN DE DOCUMENTOS ELECTRÓNICOS*. [Online] Interpares.org. Available at: <[http://www.interpares.org/display\\_file.cfm?doc=ip2-3\\_dissemination\\_cp-s\\_navarro\\_e-docpa\\_2006.pdf](http://www.interpares.org/display_file.cfm?doc=ip2-3_dissemination_cp-s_navarro_e-docpa_2006.pdf)> [Accessed 26 January 2021].
- Temperini, M., 2021. *Delitos Informáticos En Latinoamérica: Un Estudio De Derecho Comparado. 1Ra. Parte.* [Online] Elderechoinformatico.com. Available at: <[http://elderechoinformatico.com/publicaciones/mtemperini/CONAII-SI\\_Temperini\\_Camera\\_Ready.pdf](http://elderechoinformatico.com/publicaciones/mtemperini/CONAII-SI_Temperini_Camera_Ready.pdf)> [Accessed 26 January 2021].
- Europa, C., 2001. *Título 1 – Delitos Contra La Confidencialidad, La Integridad Y La Disponibilidad De Los Datos Y Sistemas Informáticos*. [Online] Rm.coe.int. Available at: <<https://rm.coe.int/16802fa403>> [Accessed 26 January 2021].
- Zapater, E., 2002. *DOCUMENTOS ELECTRÓNICOS Y DELITOS DE FALSEDAD DOCUMENTAL*. [Online] Perso.unifr.ch. Available at: <[http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/obrasportales/op\\_20080612\\_11.pdf](http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/obrasportales/op_20080612_11.pdf)> [Accessed 26 January 2021].
- Es.wikipedia.org. 2007. *Convenio Sobre Cybercriminalidad*. [Online] Available at: <[https://es.wikipedia.org/wiki/Convenio\\_sobre\\_cibercriminalidad#:~:text=El%20Convenio%20sobre%20ciberdelincuencia%2C%20Convenio,t%C3%A9ncicas%20de%20investigaci%C3%B3n%20y%20el.>](https://es.wikipedia.org/wiki/Convenio_sobre_cibercriminalidad#:~:text=El%20Convenio%20sobre%20ciberdelincuencia%2C%20Convenio,t%C3%A9ncicas%20de%20investigaci%C3%B3n%20y%20el.>)> [Accessed 26 January 2021].
- Ley sobre la firma electrónica. 2013. *La Firma Electronica*. [Online] Available at: <[http://www.poderjudicial.gob.hn/CEDIJ/Leyes/Documents/Ley%20sobre%20Firmas%20Electronicas%20\(3,19mb\).pdf](http://www.poderjudicial.gob.hn/CEDIJ/Leyes/Documents/Ley%20sobre%20Firmas%20Electronicas%20(3,19mb).pdf)> [Accessed 26 January 2021].
- Oas.org. 2017. *Falsificación De Sello, Papel Sellado Y Efectos Oficiales*. [Online] Available at: <[https://www.oas.org/dil/esp/codigo\\_penal\\_honduras.pdf](https://www.oas.org/dil/esp/codigo_penal_honduras.pdf)> [Accessed 26 January 2021].
- 54.213.100.250. 2018. *NCIDENCIAS: VENTAJAS Y DESVENTAJAS DE LA IMPLEMENTACIÓN DEL SISTEMA DE EMISIÓN ELECTRÓNICA FRENTE AL SISTEMA DE EMISIÓN FÍSICA EN PRINCIPALES CONTRIBUYENTES EN LA CIUDAD DE AREQUIPA*. [Online] Available at: <[http://54.213.100.250/bitstream/UCSP/15616/1/BUSTAMANTE\\_AQUINO\\_YSE\\_INC.pdf](http://54.213.100.250/bitstream/UCSP/15616/1/BUSTAMANTE_AQUINO_YSE_INC.pdf)> [Accessed 26 January 2021].

- Boe.es. 2021. *BOE.Es - Código De Administración Electrónica*. [Online] Available at: <[https://www.boe.es/legislacion/codigos/codigo.php?id=029\\_Codigo\\_de\\_Administracion\\_Electronica](https://www.boe.es/legislacion/codigos/codigo.php?id=029_Codigo_de_Administracion_Electronica)>. [Accessed 26 January 2021].
- Proceso Digital. 2014. *Honduras Debe Avanzar Hacia La Protección Del Dato Personal Confidencial*. [Online] Available at: <<https://proceso.hn/honduras-debe-avanzar-hacia-la-proteccion-del-dato-personal-confidencial/>>. [Accessed 26 January 2021].



# Proteção dos dados pessoais e a destinação das bases de dados: os fins impedem os meios?

## *(Personal Data Protection and the Destination of Databases: Do the Ends Impede the Means?)*

OXSANDRO OSDIVAL GONÇALVES  
DANNA CATHARINA MASCARELLO LUCIANI

### *Resumen*

*O presente trabalho tem como objetivo compreender a diferença entre situações que foram autorizadas e proibidas pelo Poder Judiciário Brasileiro mesmo pautando-se na mesma atividade: a compilação de dados por meio da leitura da biometria facial. Desse modo, o problema de pesquisa a ser enfrentado é: “a destinação de dados interfere na possibilidade de coleta de informações?”. Para tanto, o presente artigo parte da análise de situações fáticas recentes envolvendo a utilização de ferramentas de captação de dados em larga escala, traçando um paralelo entre os motivos que justificaram essa utilização. Enquanto em alguns casos as informações coletadas foram utilizadas para conter o avanço do COVID-19, em outros o reconhecimento facial foi o mecanismo escolhido para aprimorar as campanhas publicitárias e facilitar a usabilidade de portais digitais públicos. A partir do método dedutivo-explicativo, foram exploradas as normas aplicáveis e analisado o contexto de proteção de dados no Brasil, antes e depois da publicação da Lei Geral de Proteção de Dados, explorando as reações do Poder Público às situações fáticas que questionaram os limites dessa proteção. Considera-se, por fim, que os argumentos apresentados corroboram para a ideia de que a utilização dos dados para proteção da saúde pública autoriza a coleta de dados em ambientes públicos, enquanto a coleta para promoção de campanhas publicitárias pressupõe a autorização do cidadão, sendo essencial, em todos os casos, a manutenção da titularidade dos dados e da restrição às si-*

*tuações específicas em que a mitigação dos direitos de personalidade é essencial.*

**Palabras clave:** Interesse Público; Contratos; Complexidade; Tecnologia; COVID-19.

#### Abstract

*The present work aims to understand the difference between situations that have been authorized and prohibited by the Judiciary, even though they are based on the same activity: the compilation of data through the reading of facial biometry. Thus, the research problem to be faced is: “does the destination of data interfere with the possibility of collecting information? For this purpose, this article starts from the analysis of recent factual situations involving the use of large-scale data collection tools, drawing a parallel between the reasons that justified this use. While in some cases the information collected was used to contain the advance of COVID-19, in others facial recognition was the mechanism chosen to improve advertising campaigns and facilitate the usability of public digital portals. Based on the deductive-explanatory method, the applicable rules were explored and the context of data protection in Brazil was analyzed, before and after the publication of the General Law of Data Protection, exploring the reactions of the Public Authorities to the phatic situations that questioned the limits of this protection. Finally, it is considered that the arguments presented support the idea that the use of data for public health protection authorizes the collection of data in public environments, while the collection for the promotion of advertising campaigns presupposes the authorization of the citizen, being essential, in all cases, the maintenance of data ownership and the restriction to specific situations where the mitigation of personality rights is essential.*

**Key words:** Public Interest; Complexity; Development; Technology; COVID-19.



## 1. INTRODUÇÃO

A situação epidemiológica intensificou a utilização de mecanismos digitais de comunicação entre indivíduos, além de impulsionar a busca de meios para monitoramento da COVID-19. A intersecção desses dois cenários ampliou a necessidade de reflexões acerca do uso de dados pessoais para a promoção de políticas públicas e de controle de disseminação da doença.

A utilização de estruturas de coleta de dados em grande escala foi um dos meios suscitados para realização desse controle, em moldes parecidos com que já havia sido utilizado anteriormente por empresas privadas. Desse modo, faz-se necessário o enfrentamento do seguinte problema de pesquisa: a destinação de dados interfere na possibilidade de coleta de informações?

Para tanto, a partir do método dedutivo-explicativo, serão levantados argumentos acerca de cenários diferentes de utilização dos dados, tanto para proteção da saúde pública quanto para a promoção de campanhas publicitárias e ponderados os argumentos decorrentes do questionamento, perante o Poder Público, dessas destinações diversas. A presente pesquisa estrutura-se, portanto, da seguinte maneira: no item I, serão analisados cenários de coleta de dados em larga escala cujo objetivo era a contenção da pandemia; no item II, são explorados casos em que a coleta de dados é realizada para destinações diversas; no item III, esses cenários serão analisados a partir dos direitos de personalidade, dentre os quais está a proteção de dados pessoais. Por fim, são apresentadas as considerações finais consolidadas a partir dos argumentos apresentados.

## 2. A COLETA DE DADOS PESSOAIS EM LARGA ESCALA PARA CONTENÇÃO DA PANDEMIA

A Quarta Revolução Industrial caracteriza-se pela rapidez na transmissão de dados e pela amplitude das novas descobertas, que ocorrem simultaneamente em diversas áreas, relacionando-se para além das estruturas digitais e alcançando os domínios físico e biológico (Schwab, 2016). O contexto atual

extrapola, portanto, o compartilhamento de dados via redes sociais, e alcança mecanismos exógenos de controle de informações, conduzidos tanto por empresas privadas quanto por entes públicos.

O direito à privacidade fica, em tese, fragilizado nesse cenário, já que a transferência de dados passa a não depender da aceitação dos “termos de uso”, e alcança indivíduos que sequer sabem que estão sendo monitorados. Em virtude da preocupação com esse direito, diversos países passaram a promover uma série de alterações legislativas que visam a proteção dos dados pessoais, como é o caso da Lei Geral de Proteção de Dados – LGPD (Brasil, 2018) –, do Regulamento Geral sobre a Proteção de Dados – GDPR (União Europeia, 2018) – e da Lei Estatutária nº 1.581 (Colômbia, 2012). No contexto brasileiro, a LGPD promoveu a proteção ex ante dos dados, partindo da premissa de que não existem dados irrelevantes, em especial quando os dados pessoais são projeções da personalidade (Mendes, 2019).

Com a chegada do COVID-19 no Brasil, os governos estaduais e federal passaram a buscar ferramentas que auxiliassem na contenção da proliferação do vírus. Para tanto, o Poder Executivo Federal publicou a Medida Provisória (MP) nº 954/2020, que definiu o dever de compartilhamento de dados pelas empresas de telecomunicações com o Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE) durante a situação epidemiológica. Esse compartilhamento ocorreria, nos termos da MP, de forma individualizada, com identificação completa do usuário dos serviços telefônicos. A partir desse cenário, foram propostas cinco ações diretas de inconstitucionalidade (ADIs), nas quais argumentava-se tanto pela inconstitucionalidade formal quanto material da medida.

A Ministra Rosa Weber, do Supremo Tribunal Federal (STF), foi a relatora da ADI nº 6387 e, por prevenção, das demais ADIs. A ministra concedeu, ad referendum, liminar que suspendeu a eficácia da medida, de modo a evitar que o IBGE realizasse o requerimento do compartilhamento de dados. O Tribunal Pleno referendou a liminar por maioria, e os argumentos apontados pelos ministros envolvem fundamentos da LGPD como o respeito à privacidade e a autodeterminação informativa (Medida Cautelar ADI 6387/DF, 2020).

Em paralelo, o estado de São Paulo (por meio do Sistema de Informações e Monitoramento Inteligente – SIMI-SP) firmou acordo com as prestadoras de serviço de telecomunicação, para que os aparelhos celulares fossem utilizados para consolidação de informações acerca do nível de isolamento no estado. Assim, por meio de BigData gerida pela Associação Brasileira de Recursos em Telecomunicações – ABR Telecom –, é avaliada a mobilidade dos aparelhos, que geram índices de isolamento e circulação. A diferença latente entre o

procedimento utilizado pelo governo estadual para o indicado pelo governo federal é o anonimato dos usuários: enquanto o IBGE passaria a receber informações detalhadas dos clientes das empresas de telecomunicações, o SIMI recebe apenas a informação consolidada e anonimizada, sendo que a curadoria dos dados é realizada pela empresa (IPT-SP, 2020), que já possui os dados dos indivíduos em virtude de contratos firmados diretamente com os clientes.

E foi a partir desse conceito de anonimato dos usuários que o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (TJSP) derrubou liminar (Mandado de Segurança, 2020) que impedia a utilização pelo SIMI-SP dos dados do impetrante. Para os desembargadores que compuseram a maioria dos votos, o governo do estado era apenas destinatário das informações consolidadas e anônimas, e não detentor dos dados. Para o relator, voto vencido, por outro lado, a invasão à inviolabilidade depende de autorização judicial prévia, mesmo nos casos de anonimato em tese, já que o controle da localização física dos cidadãos viola o direito à liberdade de locomoção (que pode vir a ser reprimido, inevitavelmente, presencialmente se o Poder Público tiver acesso à sua localização).

Na cidade de Salvador (Bahia), câmeras passaram a ser utilizadas na estação com maior movimentação de pessoas para controle da doença. Por meio da medição da temperatura dos cidadãos e identificação do uso de máscara, os servidores da secretaria de saúde do município conseguem detectar suspeitas da doença e corrigir casos em que a máscara não é utilizada corretamente (Secretaria Municipal de Saúde, 2020). A utilização das câmeras térmicas se ampliou para diversos aeroportos brasileiros, como os de Fortaleza, Porto Alegre e Guarulhos (Dahua, 2020b). Os equipamentos utilizados são da Dahua Technologie, que afirma que as câmeras térmicas conseguem auferir temperatura de até 5 mil pessoas em meia hora por meio da detecção facial e possuem inteligência artificial para diferenciar seres humanos de animais (que possuem temperatura corporal diferenciada e podem acionar falsos alarmes) (Dahua, 2020a).

Desse modo, as tecnologias utilizadas ampliaram o alcance do controle estatal, por meio de base de dados que, mesmo que anônimas, podem ser utilizadas para situações que ultrapassam as justificativas apresentadas para levantamento desses dados. Ainda, as empresas que concedem os ferramentais necessários para a consolidação dessas bases de dados também passam a possuir essas informações, que podem ser fortes aliadas para mecanismos empresariais, em paralelo com o que será analisado a seguir.

### 3. A COLETA DE DADOS PESSOAIS EM LARGA ESCALA PARA INTERESSES DIVERSOS

A inovação decorre dos interesses empresariais na oferta de um produto que se diferencie dos demais, como objetivo para aumentar a margem de lucro (Beckert, 2009). Nesse contexto, certas marcas passam a utilizar ferramentas para estreitar laços com o consumidor, de modo a aumentar lucros e se estabelecer no mercado. A utilização dessas ferramentas, entretanto, pode sofrer certos níveis de controle, para se evitar a exposição excessiva de uma das partes, em especial quando aplicáveis as normas do Código de Defesa do Consumidor (CDC – Lei nº 8.078 de 1990), que reconhece a vulnerabilidade do consumidor e preza pela disseminação de informações relevantes.

Em agosto de 2020, a Cia Hering foi multada pela Secretária Nacional do Consumidor (SENACON) em R\$ 58.767,00 por utilizar sistemas de detecção facial sem que o consumidor houvesse sido notificado anteriormente disso. O objetivo da empresa era “propiciar uma melhor excelência de compra aos consumidores”, utilizando as imagens captadas para fins comerciais. De acordo com a denúncia do Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor (IDEC), houve a violação do direito à informação e aos direitos de personalidade dos cidadãos. No mesmo sentido foi o posicionamento da Secretária Nacional do Consumidor, Juliana Oliveira Domingues, que apontou para o dever de informação por parte da empresa e da prática abusiva decorrente da utilização de tecnologias sem o conhecimento prévio dos consumidores (SENACON, 2020).

Em 2018, o IDEC moveu Ação Civil Pública contra a ViaQuatro, empresa publicitária que atua em uma das linhas de metrô de São Paulo. De acordo com o instituto, a empresa passou a utilizar tecnologias que faziam a leitura da biometria facial dos cidadãos, de modo a compreender as emoções decorrentes da exposição a publicidade, sem o consentimento prévio do consumidor (Ação Civil Pública, 2018). Em seu parecer sobre o caso, o Instituto de Referência em Internet e Sociedade (IRIS) comparou a biometria facial coletada pela empresa com a coleta de impressões digitais pelo Estado: em ambos os casos, as diferenças de um indivíduo para o outro são suficientes para singularizar o dado e conseqüente identificação do cidadão, o que inviabiliza o argumento de manutenção do anonimato do usuário do metrô que teve suas expressões faciais analisadas (IRIS, 2019). O processo encontra-se concluso para sentença, mas a magistrada responsável já concedeu liminar obrigando a ViaQuatro a cessar a captação de imagens, sons e quaisquer outros dados.

Faz-se a ressalva de que a legislação brasileira não faz previsões quanto ao intervalo temporal entre captação e anonimização dos dados, de modo que a

captação das imagens (assim como de outros dados pessoais), mesmo que por milésimos de segundos antes de seu processamento final, já é suficiente para a necessidade de proteção desses. Ainda, esse contexto é anterior à LGPD, de modo que são aplicáveis ao caso normas do Marco Civil da Internet e do Código Civil, em interpretação de que os dados compõem o direito à personalidade.

A utilização de ferramentas digitais também é objeto de interesse do Governo Federal, que passou a promover a digitalização de diversos serviços públicos e, em especial da prova de vida, que utiliza a biometria facial para atestar a veracidade da relação entre o Instituto Nacional de Seguro Social (INSS) e o beneficiário. A partir da utilização das bases de dados do Departamento Nacional de Trânsito e do Tribunal Superior Eleitoral – que alcançam, juntos, mais de 100 milhões de brasileiros – os beneficiários não precisarão mais dirigir-se até as agências para comprovar que a continuidade do benefício não decorre de fraude (DataPrev, 2020).

Esse sistema foi ampliado para auxiliar no sistema de cadastramento e revalidação de contas nos portais digitais, de modo que as falhas de identificação do usuário não impeçam a utilização das ferramentas digitais disponíveis, para além das ligadas ao INSS e alcançando todos os serviços públicos federais já digitalizados (Governo Digital, 2020). Nesse caso, a massiva digitalização tem como objetivo estreitar a relação entre a Administração Pública e o cidadão, de modo a diminuir a burocracia e os custos para fruição dos serviços ofertados. Ainda, a centralização em um único portal amplia a usabilidade das ferramentas, por meio da maximização da facilidade de acesso e de pesquisa.

Logo, percebe-se que o interesse em maximizar as utilidades disponibilizadas pelos avanços tecnológicos alcançam tanto a esfera privada quanto a pública, inclusive por meio da utilização de ferramentas como a BigData, a Inteligência Artificial e o Reconhecimento Facial. Essa utilização, entretanto, encontra balizas nos direitos individuais, inerentes à personalidade.

#### **4. OS DIREITOS DE PERSONALIDADE E AS DIFERENTES DESTINAÇÕES DOS BANCOS DE DADOS PESSOAIS**

A Constituição Federal prevê a tutela dos direitos de personalidade e de privacidade sob o viés da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem do indivíduo (art. 5º, X), entre outros. As evoluções decorrentes da ampliação do acesso às Tecnologias de Informação e Comunicação (TICs), posteriores à época da promulgação da Constituição, ampliaram diversos conceitos de direitos individuais, em especial o de personalidade. Como os dados são pro-

jeções do sujeito, representam uma parte da individualidade desse, passando a compor os direitos de personalidade do cidadão, que são abarcados pela tutela constitucional (Mendes, 2008).

A partir disso, é possível analisar a privacidade a partir de duas dimensões: a procedimental e a substancial (Schreiber, 2014). A procedimental embarca o modo de obtenção do dado pessoal, com ênfase na autorização do titular, cuja excepcionalidade somente é justificada a partir de outros interesses constitucionalmente previstos. Na dimensão substancial, pondera-se quanto à aplicação da informação obtida, o que pode ser controlado pelo titular, de modo a evitar que os dados sejam utilizados de forma discriminatória.

São princípios da proteção dos dados pessoais a publicidade, a exatidão, a finalidade, o livre acesso e a segurança física e lógica, que estão presentes nas mais diversas tentativas de proteção dos dados (Doneda, 2011), inclusive na legislação brasileira. O Marco Civil da Internet (Lei nº 12.965/14) promoveu diversos fundamentos para a utilização da internet no Brasil, dentre os quais encontra-se o desenvolvimento da personalidade e o exercício da cidadania em meios digitais, além de ter como princípios a proteção da privacidade e dos dados pessoais, na forma da lei. Nesse contexto foi estruturada a LGPD (Lei nº 13.709, publicada em 2018), que possibilita ao titular do direito de personalidade inclusive a solicitação de revisão de dados inverídicos acerca de sua personalidade, também abrangendo demais informações que afetem seus interesses.

A lei também determinou como titular a “pessoa natural a quem se referem os dados pessoais que são objetos de tratamento” (art. 5º, V), deixando claro que a titularidade não é daquele que tratou os dados, sendo dever dos agentes de tratamento a tutela dos direitos fundamentais de liberdade, intimidade, privacidade (art. 17) e de acesso a informações claras e completas sobre a utilização dos dados (art. 7º, VIII).

Ainda, a lei diferencia os dados pessoais e os dados pessoais sensíveis, reservando tutela especial para aqueles que compõem características que podem ser utilizadas para discriminação, como origem, raça, opinião política ou dados genéticos ou biométricos. Nesse contexto, a consolidação de bases de dados pessoais somente poderá ocorrer nas hipóteses definidas em lei: enquanto o tratamento de dados pessoais abrange possibilidades mais genéricas, o tratamento de dados pessoais sensíveis alcança apenas hipóteses em que seja indispensável para tanto. Em ambos os casos, uma das hipóteses é o consentimento expresso do titular, que pode inclusive dispensar a anonimização dessas informações. Esse consentimento, entretanto, não pode ser genérico, sob pena

de nulidade. Assim, o titular deve receber informações claras e fornecer autorização específica, de modo que mantenha o controle sobre suas informações.

O compartilhamento das informações para finalidade diversa da prevista inicialmente no ato de consentimento pode caracterizar mudança de finalidade, o que depende de notificação prévia ao titular, que poderá revogar a autorização. No caso da MP nº 954/20, a transferência dos dados permitirá a identificação completa dos usuários por entidade diversa da envolvida, por meio de contrato, com o consumidor. Ainda, a possibilidade de realização do controle da pandemia por outros meios menos invasivos demonstra a desnecessidade desse compartilhamento para a execução de eventual política pública de promoção e tutela da saúde coletiva.

Já no caso do estado de São Paulo, os dados são tratados por aqueles que já possuem acesso às informações e, depois de tornados anônimos, transmitidos para o governo estadual. Como os dados anonimizados não são considerados dados pessoais, nos termos do art. 12 da LGPD (Brasil, 2018), se observada a impossibilidade de reversão da anonimização, não há que se falar em tutela de dados pessoais no caso em tela.

Diferente é o cenário das câmaras térmicas que foram utilizadas em Salvador, Fortaleza, Porto Alegre e Guarulhos: o registro da biometria facial, mesmo que por curto lapso temporal, permite a identificação do cidadão e de características como origem racial ou étnica e de dado biométrico. Desse modo, a detecção facial pode ser qualificada como meio de tratamento de dados pessoais sensíveis, devendo restar demonstrado que a coleta dessas informações é indispensável para uma das circunstâncias narradas no artigo 11 da LGPD.

De acordo com dados da prefeitura de Salvador, a utilização desse mecanismo está alinhada com outros meios de contenção da doença, o que fragiliza eventual hipótese de essencialidade da medida. De todo modo, tal situação pode ser corrigida se for demonstrado que a tecnologia empregada impede a identificação das pessoas que transitam nessas áreas, ou se houver o consentimento dos cidadãos expostos às câmeras térmicas. Como na maioria dos casos há uma relação de consumo ou de emprego entre empresas de transporte (aéreo ou terrestre municipal) e os indivíduos que transitam nas áreas monitoradas, é possível a existência de cláusula contratual que permita a captação desses dados para a finalidade específica de controle da pandemia. Em caso de inviabilidade dos cenários anteriores, faz-se necessária a previsão em lei ou regulamento de política pública que dependa dessas informações para ser corretamente executada, de modo que seja garantida a participação

popular no processo legislativo, mesmo que por meio de seus representantes, proporcionando maior transparência e divulgação da medida.

De todo modo, tanto no caso do Governo Federal brasileiro quanto dos governos do estado de São Paulo e do município de Salvador, o motivo justificante para coleta e tratamento de dados pessoais em larga escala era a contenção da pandemia, mas que deve ser alinhado a outros requisitos como a indispensabilidade dessas informações para atuação precisa do Poder Público. Nesses casos, é essencial que seja controlada a destinação dos dados, mesmo que anônimos, de modo que a base de dados não seja utilizada para fins discriminatórios, como a exclusão social dos infectados, além da falsa sensação de normalidade do controle massivo de dados, o que pode levar a manutenção da política invasiva mesmo após a superação do cenário pandêmico (Milkiewicz & Philippi, 2020). Ainda, deve haver o controle para que esses dados não sejam destinados a atender interesses particulares, o que poderia interferir inclusive na competitividade do mercado, já que algumas empresas, em virtude de parcerias com o governo, passariam a possuir uma base de dados ampla, tratada e a baixo custo.

A atividade mercadológica também está interessada na coleta de informações sobre potenciais consumidores, de modo que a tutela da privacidade supera o dever geral de abstenção, alcançando também caráter positivo, com a necessidade de informação e de solicitação de autorização (Piccoli & Floriani, 2020). Tanto no caso da Cia Hering quanto da ViaQuatro, a ausência de concordância prévia do particular violou o direito do consumidor de ter acesso à informação, o que pode cercear a liberdade de escolha, já que é possível (e lucrativo) direcionar um potencial comprador para comércios preestabelecidos. Nesse cenário, uma vantagem injustificada é gerada para a empresa, sem que o titular dos dados tenha controle sobre isso (IRIS, 2019). Cumpre ressaltar que, por se tratar de acontecimento anterior à LGPD, as normas que regem essas situações são o Código de Defesa do Consumidor e o Marco Civil da Internet, além do próprio Código Civil, sendo a interpretação desses dispositivos alinhada à tutela constitucional.

No caso dos serviços públicos digitais do Governo Federal brasileiro, a utilização das ferramentas digitais – ainda que sem a leitura da biometria facial – é iniciada pelo cidadão, que pode concordar ou rejeitar os termos dos portais digitais, optando pela fruição dos serviços de forma presencial, por exemplo. Um cenário problemático seria a obrigação do particular a compartilhar seus dados para utilização dos portais digitais sob pena de suspensão do benefício essencial para subsistência do cidadão, o que pode ser considerado um vício



de consentimento (art. 8º, §3º). Desse modo, deve estar sempre disponível outro meio que independa da permissão para tratamento de dados sensíveis, para que a escolha se mantenha do titular. É importante destacar que essa interferência na liberdade e privacidade do indivíduo por meio dos sistemas digitais quando ocorre de maneira necessária, proporcional, com limite de tempo e a partir de dados científicos sólidos, ultrapassa a noção de legalidade, tratando-se de medida ética, já que coaduna com as expectativas e valores da sociedade (Cowls, et al., 2020).

Com isso, percebe-se que a superação da necessidade do consentimento do titular para tratamento de dados pessoais depende de situação em que seja indispensável a curadoria desses dados para o atendimento do interesse público, como é o caso de execução de política pública prevista em lei. Mesmo assim, a titularidade se mantém com a pessoa natural, sendo a utilização desses dados excepcional e com destinação específica, de modo a tutelar plenamente os direitos de personalidade do indivíduo.

## 5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A pandemia de COVID-19 promoveu uma reconfiguração total do sistema social em vigor, impactando fortemente sobre todos os pilares da Ciência Jurídica. Até o momento da pandemia global, a questão da proteção de dados direcionava-se em prol da proteção dos direitos individuais, sofrendo, no entanto, grande mudança na atualidade ante o conflito entre a proteção desses direitos e os interesses de toda coletividade envolvidos na necessidade premente de combate à doença.

Na fase mais aguda da pandemia, as propostas rumaram para a mitigação dessa proteção. Ocorre que, embora se justifique sob um certo ângulo, de outro não é possível afastar por completo a proteção dos direitos envolvendo a coleta e armazenamento desses dados, pois existem implicações éticas e legais relevantes. Aspectos como consentimento, delimitação dos dados coletados, definição do escopo de uso são aspectos que não podem ser relegados a um plano secundário.

A maior indagação refere-se ao uso desses dados no período pós-pandemia, porque eles poderão ser utilizados, por exemplo, para alterar o equilíbrio do mercado. Portanto, é preciso questionar o papel de todos aqueles envolvidos no processo de coleta de dados, armazenamento e proteção a posteriori, especialmente porque, de modo geral, o Estado recorreu a empresas privadas

outorgando-lhes, ainda que indiretamente, funções que seriam do próprio Estado, algo que, certamente, poderá trazer sérias implicações no futuro.

Os argumentos explorados refletem nas diferenças decorrentes da destinação dada aos dados captados: enquanto a tutela da saúde coletiva é argumento para mitigar temporariamente os limites da proteção de dados, a utilização para interesses de mercado depende da previsão prévia e específica do titular dessas informações, em especial quando os dados pessoais passam a ser interpretados como extensão da personalidade do indivíduo.

## Referências

- Ação Civil Pública, ACP nº 1090663-42.2018.8.16.0100 (Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo 2018).  
[https://esaj.tjsp.jus.br/cpopg/show.do?processo\\_codigo=2S000WSPS0000&processo\\_foro=100&uuidCaptcha=sajcaptcha\\_7bdf6c0f1fc54e94b85347ced6d5ec35](https://esaj.tjsp.jus.br/cpopg/show.do?processo_codigo=2S000WSPS0000&processo_foro=100&uuidCaptcha=sajcaptcha_7bdf6c0f1fc54e94b85347ced6d5ec35)
- Beckert, J. (2009). The Social Order of Markets. *Theor Soc*, 245-269.
- Brasil. (2018). Lei nº 13.708 de 2018. Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD).  
[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2018/lei/L13709.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/L13709.htm)
- Brasil. (2020). Medida Provisória nº 954 de 2020.  
[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2019-2022/2020/mpv/mpv954.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/mpv/mpv954.htm)
- Colômbia. (2012). Lei Estatutária nº 1.581 de 2012.  
[https://www.defensoria.gov.co/public/Normograma%202013\\_html/Normas/Ley\\_1581\\_2012.pdf](https://www.defensoria.gov.co/public/Normograma%202013_html/Normas/Ley_1581_2012.pdf)
- Cowls, J. Floridi, L., Morley, J., Taddeo, M. (2020). Ethical Guidelines for SARS-CoV-2 Digital Tracking and Tracing Systems. *Nature*; 582(7810): 29-31, 2020 06. <https://search.bvsalud.org/global-literature-on-novel-coronavirus-2019-ncov/resource/en/covidwho-437122>
- Dahua. (2020a). O que você deve saber antes de adquirir uma câmera térmica para combater a COVID-19.  
<https://www.dahuasecurity.com/br/newsEvents/pressRelease/3884>
- Dahua. (2020b). Fortaleza Airport recebe câmeras térmicas da Dahua para auxiliar no combate ao coronavírus.  
<https://www.dahuasecurity.com/br/newsEvents/pressRelease/4124>
- DataPrev. (2020). Meu Inss, projeto-piloto de prova de vida digital é iniciado. BRASIL; Ministério da Economia; DataPrev  
<https://portal2.dataprev.gov.br/meu-inss-projeto-piloto-de-prova-de-vida-digital-e-iniciado>

- Doneda, D. (2011). A Proteção dos Dados Pessoais como um Direito Fundamental. *Espaço Jurídico*, v. 12, n. 2, 91-108.
- Governo Digital. (2020). Meu INSS. Reconhecimento Facial pelo Aplicativo Meu Gov. br é a primeira etapa da prova de vida dos aposentados. Brasil, Governo Digital <https://www.gov.br/governodigital/pt-br/noticias/reconhecimento-facial-pelo-aplicativo-meu-gov-br-e-a-primeira-etapa-da-prova-de-vida-dos-aposentados>
- IPT-SP. (2020). Perguntas Sobre Isolamento Social. IPT responde perguntas frequentes. [https://www.ipt.br/noticia/1623-\\_perguntas\\_sobre\\_isolamento\\_social.htm](https://www.ipt.br/noticia/1623-_perguntas_sobre_isolamento_social.htm)
- IRIS. (2019). ACP IDEC vs. ViaQuatro - Parecer do IRIS. Belo Horizonte, Minas Gerais, BRASIL. <http://irisbh.com.br/wp-content/uploads/2019/09/Acao-Civil-Publica-IDEC-vs.-ViaQuatro-Parecer-do-IRIS-1.pdf>
- Mandado de Segurança, MS nº 2.073.723-23.2020.8.26.0000/SP (Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, 2020).
- Medida Cautelar ADI 6387/DF (Supremo Tribunal Federal, 2020). Medida Cautelar de Urgência. Decisão da Relatora. <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADI6387MC.pdf>
- Mendes, L. S. (2008). *Transparência e Privacidade: Violação e Proteção da Informação Pessoal na Sociedade de Consumo*. UNB - Faculdade de Brasília, Departamento de Pós-Graduação.
- Mendes, L. S. (2019). A Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais: Um Modelo de Aplicação em Três Níveis. Em C. A. Souza, E. Magrani, & P. Silva, *Lei Geral de Proteção de Dados*. Editora RT.
- Milkiewicz, L., & Philippi, M. G. (2020). Tutela dos dados pessoais sensíveis versus direito à vida em tempos de COVID-19: Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD). Em J. d. Amorim, P. A. Azevedo, & F. Veiga, *Desafios do Legaltech* (pp. 244-253). IberoJur e ISCAP.
- Piccoli, M. E., & Floriani, L. B. (2020). O Direito à Privacidade no Brasil em Tempos de Pandemia do COVID-19: a Possibilidade de Processamento de Dados via Facebook. Em J. d. Amorim, P. A. Azevedo, & F. Veiga, *Desafios do Legaltech* (pp. 224-233). IberoJur e ISCAP.
- Schreiber, A. (2014). *Direitos da personalidade*. 3. ed. Atlas.
- Schwab, K. (2016). *The Fourth Industrial Revolution*. Geneva: World Economic Forum.
- Secretaria Municipal de Saúde. (2020). Câmaras de Temperatura Reforçam Combate à COVID-19 na Lapa. Salvador, Secretaria Municipal de Saúde. <http://www.saude.salvador.ba.gov.br/cameras-de-temperatura-reforcam-combate-a-covid-19-na-lapa/>

SENACON. (2020). Secretaria Nacional do Consumidor aplica multa a empresa por reconhecimento facial.

<https://www.gov.br/mj/pt-br/assuntos/noticias/secretaria-nacional-do-consumidor-aplica-multa-a-empresa-por-reconhecimento-facial>

União Europeia (2018). GDPR.EU. General Data Protection Regulation.

<https://gdpr.eu/tag/gd>.

*- Parte II -*

**CONTRATACIONES PÚBLICAS  
Y REGULACIÓN DE SERVICIOS  
PÚBLICOS**



# Aspectos jurídicos respecto a las asociaciones público privadas en salud y su perspectiva en el marco de la emergencia sanitaria covid-19

*(Legal Aspects Regarding Public-Private Health Partnerships and Their Perspective in the Framework of the COVID-19 Health Emergency)*

PAOLO FERNÁNDEZ ROJAS

## **Resumen**

*La pandemia por el Covid-19 ha evidenciado una realidad peruana que requiere de infraestructura de calidad y una adecuada prestación del servicio en el sector salud. Frente a este escenario, las asociaciones público privadas emergen como una alternativa real frente a la tradicional obra pública, debido a que mediante este mecanismo se permite la gestión y/u operación de servicios públicos por privados especializados en la materia, dotando de una mejora en la atención.*

**Palabras clave:** Asociación público-privada, COVID-19, Gestión, Servicios públicos, Derecho Administrativo.

## **Abstract**

*The Covid-19 pandemic has shown a Peruvian reality that requires quality infrastructure and adequate service provision in the health sector. Faced with this scenario, public-private associations emerge as a real alternative to traditional public works, because through this mechanism the management and / or operation of public services by private specialized in the matter is allowed, providing an improvement in the attention.*

**Key words:** *Public-private partnership, COVID-19, Management, Public utilities, Administrative Law.*

## 1. INTRODUCCIÓN

Un sistema de salud en apuros es lo que hemos podido observar estos últimos meses como consecuencia de la pandemia por el Covid-19. Este es el actual escenario y lo que ha motivado a formularnos, ahora más que nunca, si es necesario reenfocar nuestro sistema de salud y convertirlo en uno moderno, con las herramientas necesarias para lograr el ansiado servicio de calidad. No debemos perder de vista que la finalidad de la gestión pública es servir a los ciudadanos, razón que lleva a que la asignación de los recursos estatales, el diseño de sus políticas públicas y la implementación de actuaciones se encuentren en función de las necesidades de la población. En esa medida, un Estado debe ser flexible para adecuarse a las necesidades que surgen y a cualquier tipo de cambio medioambiental, social, político y económico.

Justamente ahora vemos cómo nuestra vida cotidiana ha sido alterada por el impacto del Covid-19. Desde su aparición a fines del 2019, no ha parado de diseminarse en todos los continentes. Su llegada al Perú era inevitable, y así sucedió. El primer caso fue registrado a inicios del mes de marzo del 2020 generando la respuesta del gobierno peruano (el denominado “aislamiento social obligatorio”) con la finalidad de evitar replicar escenarios tan devastadores como los que se venían suscitando en países europeos en los que se registran miles de muertes y ni qué decir del impacto económico. (PNUD, 2020, p. 08) (IPE, 2020, p. 05)

Este nuevo escenario ocasionó que la clásica prestación del servicio de salud (presencial) ahora se vea desbordada recurriendo a la improvisación de consultas empleando mecanismos tecnológicos (distancia). Queda formularse lo siguiente: ¿nuestro sistema de salud peruano se encontraba preparado para afrontar una pandemia?, claramente la respuesta ha sido negativa. Si de por sí la brecha de infraestructura del sector es de US\$ 9,472 millones (AFIN, 2015, p. 03), entonces mucho menos nos veremos preparados para que el servicio atienda a una cantidad ingente de pacientes ávidos por recibir la prestación de salud al cual tienen derecho.



A pesar de la madurez económica lograda en los últimos años, tradicionalmente nuestro Estado ha echado mano de la inversión pública para tratar de cerrar las brechas de infraestructura en salud; no obstante, se ha dejado en segundo plano la colaboración público-privada la cual representa una alternativa óptima que, ejecutada adecuada y oportunamente, puede traer grandes beneficios sociales.

Dicho ello, en el presente artículo apuntaremos a explicar cuál es el estado actual de las asociaciones público-privadas en el sector salud y su perspectiva a futuro, además de brindar las características jurídicas de esta modalidad que lo convierten en una herramienta de gran utilidad. Este artículo busca traer a primer plano la discusión de poder redireccionar la política de dotación de infraestructura y prestación del servicio público de salud recurriendo a mecanismos alternativos que permita al Estado peruano verse preparado para cualquier eventualidad (como lo representa la pandemia), más aún cuando hablamos de un servicio tan esencial como el de salud.

## **2. EL SERVICIO PÚBLICO DE SALUD EN NUESTRO RÉGIMEN JURÍDICO**

Si bien es cierto las diversas teorías dificultan tener una definición del servicio público (Zegarra, 2012, p. 14-18), recordemos que los servicios públicos cuentan con características propias que fueron desarrolladas por el Tribunal Constitucional en su Sentencia recaída en el Expediente No 00034-2004-PI/TC y se refiere a la continuidad, naturaleza regular (calidad), acceso en condiciones de igualdad y universalidad, razón por la cual resulta fundamental que el Estado diseñe una política nacional coherente que permita la prestación oportuna del servicio de la salud en todos sus niveles de gobierno, es decir, nacional, regional y local.

Ahora bien, nuestra Constitución recoge en sus artículos 7, 9 y 11 que todas las personas tienen derecho a la protección a la salud, así como el deber estatal de contribuir a su promoción y defensa. En esa línea, es el Estado quien garantiza el libre acceso a las prestaciones de salud a través de entidad públicas o privadas supervisando su adecuado funcionamiento. Por otro lado, queda claro que la sola positivización del derecho a la salud no convierte a éste en un derecho autoaplicativo, sino que se requiere de un marco normativo y la ejecución de actividades estatales propias que garanticen su materialización. Tomando en cuenta este escenario, en la sentencia recaída en el Expediente

N° 02480-2008-PA/TC se hace referencia a la dimensión prestacional del derecho a la salud:

**“En su dimensión prestacional, la salud es un derecho fundamental cuya satisfacción requiere de acciones prestacionales, que como lo prevé el artículo 11.º de la Constitución, pueden brindarse a través de entidades públicas, privadas o mixtas. Por ello, debe reconocerse que la salud también es un servicio público de tipo asistencial, que requiere para su efectividad de normas presupuestales, procedimentales y de organización que hagan viable su eficacia en la práctica, de manera tal que todas las prestaciones requeridas por una persona en determinada condición de salud, sean garantizadas de modo efectivo y eficaz.**

**En este contexto, la salud como servicio público garantiza que las prestaciones sean ofrecidas de modo ininterrumpido, constante e integral debido a que está de por medio la protección de derechos fundamentales, como la vida, la integridad y la dignidad humana. De este modo, la protección real y efectiva del derecho a la salud se garantiza mediante prestaciones eficaces, regulares, continuas, oportunas y de calidad, que también sean, simultáneamente universales e integrales.”**

(El subrayado es nuestro)

Ahora bien, en la sentencia recaída en el Expediente No 09600-2005-PA/TC el Tribunal Constitucional se pronunció respecto a la seguridad social de los servicios de salud, lo cual resulta plenamente pertinente tomando en cuenta que las asociaciones público privadas ejecutados por EsSalud se financian de los aportes efectuados por los asegurados. Así pues, de esta sentencia se puede rescatar lo siguiente:

**“(…) Éste se manifestó mediante la implantación de seguros sociales obligatorios que conforman un primer peldaño en el proceso histórico de configuración de la seguridad social y contribuyen las normas de primera generación. Su finalidad es la generación de un fondo de reserva que sirva para cubrir, en caso de necesidad, los gastos de salud de los trabajadores, y para garantizar un ingreso mínimo cuando la persona no pudiera seguir generando el sustento económico para cubrir sus necesidades.**

(El subrayado es nuestro)

No debe dejarse de lado a los destinatarios finales del sistema de salud estatal, esto quiere decir, los pacientes que acuden a las entidades públicas, privadas o mixtas. En la sentencia recaída en el Expediente No 02945-2003-

AA/TC, el Tribunal Constitucional estableció *“los servicios públicos de salud cobran vital importancia en una sociedad, pues de ellos depende no solo el logro de mejores niveles de vida de las personas, sino que incluso en la eficiencia de su prestación está en juego la vida y la integridad de los pacientes.”*

Por último, y manteniendo esta línea argumentativa, en la sentencia recaída en el Expediente No 02304-2009-PA/TC se reitera nuevamente que *“los servicios públicos de salud cobran, pues, vital importancia en la sociedad pues de la eficiencia en su prestación depende la vida y la integridad de los pacientes. Resta por agregar que la cobertura de dicho atributo no sólo abarca el ámbito estrictamente individual, sino que también se extiende al entorno familiar e incluso al comunitario, por un bien que trasciende la órbita personal.”*

Así pues, luego de haber recogido las principales sentencias del Tribunal Constitucional podemos señalar, sin mérito de duda, que todas las personas tienen el derecho de poder acceder al servicio de salud y el Estado se encuentra obligado a organizar, dirigir, reglamentar, garantizar y supervisar su prestación respetando los principios de continuidad, eficacia, eficiencia, universalidad, solidaridad, integridad y progresividad en la prestación del servicio. Ello resulta lógico porque la prestación del servicio de salud se encuentra íntimamente ligada con la realización misma del Estado social y democrático de derecho, y con la defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad.

### **3. ESCENARIO ACTUAL DE LA PRESTACIÓN DEL SERVICIO PÚBLICO DE SALUD**

#### **3.1 Entidades administrativas con competencia en el sector salud.**

Como primer comentario cabe indicar que la competencia en la atención de salud recae en varias entidades públicas. Si bien es cierto el Ministerio de Salud es el organismo que ejerce la rectoría del sector salud y que tiene a su cargo la formulación, dirección y gestión de la política de salud actuando como máxima autoridad en materia de salud, ello no desmerece que también existan otras entidades públicas en salud. Así pues, adicionalmente a este ministerio, podemos encontrar a entidades como EsSalud (adsrita al Ministerio de Tra-

bajo y Promoción del Empleo), Fuerzas Armadas,<sup>10</sup> Policía Nacional del Perú,<sup>11</sup> Gobiernos Regionales y los Gobiernos Locales.

Si bien esta estructura de competencias compartidas encuentra sustento en la propia Constitución que reconoce que, siendo el Estado único e indivisible, su Gobierno es descentralizado (a nivel de Gobiernos Regionales y Locales), lo cierto es que la rectoría del Ministerio de Salud va de la mano con matices de discrecionalidad por las entidades competentes en salud. Ahora bien, una muestra del interés por consolidar al Ministerio de Salud como ente rector del sistema de salud lo podemos encontrar en la Ley N° 30895 “Ley que fortalece la función rectorado del Ministerio de Salud”. La reglamentación de la referida norma se realizó recientemente a través del Decreto Supremo No 030-2020-SA publicada el 15 de octubre de 2020 cuyo artículo 22 menciona que el Sector Salud está conformado por el MINSA como organismo rector, las entidades adscritas a él y aquellas instituciones públicas y privadas de nivel nacional, regional y local, y personas naturales que realizan actividades vinculadas a las competencias establecidas en la ley, y tienen impacto directo o indirecto en la salud, individual o colectiva.

### **3.2. Identificación de las brechas de infraestructura en el sector salud.**

Un documento de suma importancia fue el publicado en enero del presente año 2020 titulado “Diagnóstico de brechas de infraestructura o acceso a servicios en el sector salud” elaborado por el propio Ministerio de Salud. Este documento, y como su propio nombre lo indica, es un informe que brinda información respecto a la situación actual de calidad de la infraestructura que

---

<sup>10</sup> La sanidad de las Fuerzas Armadas encontramos que ésta se encuentra conformada por el Ejército, la Marina de Guerra y la Fuerza Aérea del Perú, la misma que se encuentra a cargo de la Dirección de Sanidad de la entidad y cuyas principales funciones se centra en la desarrollar y proponer políticas, normas y lineamientos desatinados a optimizar el funcionamiento de las sanidades militares.

<sup>11</sup> La sanidad de la Policía Nacional del Perú se encuentra regulada en el Decreto Legislativo N° 1267 cuyo artículo 36° menciona que esta entidad cuenta con un régimen de salud para el personal policial y familiares beneficiarios, con la finalidad de garantizar una adecuada asistencia y tratamiento médico. Para este efecto el personal puede acceder a un conjunto de prestaciones de salud de carácter preventivo, promocional, recuperativo y de rehabilitación, las mismas se esperan sean brindadas en óptimas y adecuadas condiciones de eficiencia, equidad, oportunidad, calidad y dignidad, sea recurriendo a la propia Sanidad Policial o a instituciones prestadoras de servicios de salud públicas, privadas o mixtas.

viene siendo empleada para la prestación del servicio de salud y sus proyecciones necesarias para los periodos del 2021 al 2023.

En atención a la Programación Multianual de Inversiones regulado por el Decreto Legislativo N° 1252, el Ministerio de Salud identificó diez (10) indicadores asociados a las brechas de infraestructura.<sup>12</sup>

Tomando en cuenta el tema de nuestro artículo, resulta de sumo interés pronunciarnos sobre los hallazgos identificados respecto de los cuatro primeros indicadores, es decir, porcentaje de **(i)** establecimiento de salud del primer nivel de atención con capacidad instalada inadecuada, **(ii)** nuevos establecimientos de salud requeridos del primer nivel de atención, **(iii)** hospitales con capacidad instalada inadecuada, y **(iv)** nuevos hospitales requeridos.

Como primer dato vale indicar que **el Sector Salud cuenta con ocho mil setecientos veintitrés (8723) establecimientos de salud del primer nivel de atención** lo cual incluye a EsSalud, sanidades de las Fuerzas Armadas y Policía Nacional del Perú a nivel nacional. Al respecto, del total de establecimientos de salud de primer nivel de atención, el 77.78% presenta capacidad instalada inadecuada expresada en la precariedad de la infraestructura, equipamiento obsoleto, inoperativo o insuficiente.

DEPARTAMENTO	TOTAL DE E.S. DEL PRIMER NIVEL DE ATENCIÓN	E.S. CON CAPACIDAD INSTALADA INADECUADA	INDICADOR
Amazonas	490	402	82%
Ancash	420	373	89%
Apurímac	394	275	70%
Arequipa	292	233	80%

<sup>12</sup> Los indicadores son (i) porcentaje de establecimiento de salud del primer nivel de atención con capacidad instalada inadecuada, (ii) porcentaje de nuevos establecimientos de salud requeridos del primer nivel de atención, (iii) porcentaje de hospitales con capacidad instalada inadecuada, (iv) porcentaje de nuevos hospitales requeridos, (v) porcentaje de institutos especializados con capacidad instalada inadecuada, (vi) porcentaje de laboratorios regionales de salud pública con capacidad instalada inadecuada, (vii) porcentaje de laboratorios del instituto nacional de salud con capacidad instalada inadecuada, (viii) porcentaje de unidades orgánicas de la Entidad con inadecuado índice de ocupación, (ix) porcentaje de sistemas de información que no funcionan adecuadamente, y (x) porcentaje de Centros de Promoción y Vigilancia Comunal.

Ayacucho	412	305	74%
Cajamarca	870	605	70%
Callao	84	41	49%
Cusco	374	288	77%
Huancavelica	414	274	66%
Huánuco	335	231	69%
Ica	163	132	81%
Junín	530	453	85%
La Libertad	331	228	69%
Lambayeque	199	157	79%
Lima	838	641	76%
Loreto	456	352	77%
Madre de Dios	99	90	91%
Moquegua	66	56	%
Pasco	269	233	87%
Piura	442	377	85%
Puno	484	408	84%
San Martín	387	334	86%
Tacna	96	71	74%
Tumbes	56	38	74%
Ucayali	220	188	85%
<b>TOTAL</b>	<b>8723</b>	<b>6785</b>	<b>77.8%</b>

FUENTE: “Diagnóstico de brechas de infraestructura o acceso a servicios en el sector salud” elaborado por el MINSA - enero 2020

En cuanto a la infraestructura hospitalaria, éstas son responsables de satisfacer las necesidades de salud de la población a través de una atención integral ambulatoria y de servicios especializados. Respecto a su data tenemos que, a enero de 2020, en el Registro Nacional de IPRESS se han contabilizado 243 hospitales de segundo y tercer nivel de atención, de los cuales 137 son de categoría II-1, 49 son de categoría II-2, 20 de categoría II-E, 31 de categoría III-1 y 6 de categoría III-E.

Al respecto, de la totalidad de hospitales a nivel nacional, el 51% presenta brecha de infraestructura que limitan a la provisión del servicio de salud en condiciones óptimas, siendo los departamentos con más altos índices de brecha Áncash (83%), Lima (76%), Tumbes (67%), Ucayali (67%) y Apurímac (67%).

DEPARTAMENTO	TOTAL DE HOSPITALES	HOSPITALES CON CAPACIDAD INSTALADA INADECUADA	INDICADOR
Amazonas	7	2	29%
Ancash	12	10	83%
Apurímac	6	4	67%
Arequipa	11	4	36%
Ayacucho	10	6	60%
Cajamarca	11	4	36%
Callao	7	3	43%
Cusco	10	5	50%
Huancavelica	5	3	50%
Huánuco	5	0	0%
Ica	9	0	0%
Junín	12	7	58%
La Libertad	28	15	54%
Lambayeque	6	2	33%
Lima	46	35	76%

<b>Loreto</b>	7	3	43%
<b>Madre de Dios</b>	2	1	50%
<b>Moquegua</b>	4	0	0%
<b>Pasco</b>	6	2	33%
<b>Piura</b>	6	2	33%
<b>Puno</b>	15	9	84%
<b>San Martín</b>	10	3	60%
<b>Tacna</b>	2	0	0%
<b>Tumbes</b>	3	2	67%
<b>Ucayali</b>	3	2	67%
<b>TOTAL</b>	<b>243</b>	<b>124</b>	<b>51%</b>

FUENTE: “Diagnóstico de brechas de infraestructura o acceso a servicios en el sector salud” elaborado por el MINSA - enero 2020

#### 4. ¿NUEVA PERSPECTIVA POST COVID?: IMPLEMENTACIÓN DE LAS ASOCIACIONES PÚBLICO PRIVADAS EN SALUD

##### 4.1 Las asociaciones público privada en el marco del régimen económico peruano

El camino transitado por las asociaciones público-privadas tuvo su génesis en las privatizaciones, ya que fueron aquellas las que abrieron el sendero dejándose atrás la lógica acaparadora del Estado prestador para mutar a otros mecanismos que generen impacto positivo en los servicios que se pretendía lograr manteniendo índices de calidad; no obstante, hablar de privatizaciones no es sinónimo de asociaciones público-privadas, ya que en estas últimas la titularidad de la infraestructura y servicio público sigue manteniéndolo el Estado.

Si bien a fines de los años 80, y con la economía peruana en grave recesión y descontrolable inflación, se recurrió a la técnica de la liberalización como el mecanismo que permita salir del letargo económico (O’Niel, 2008, p. 64-65),



tenemos que posterior al mecanismo privatizador de las empresas estatales, ya a finales de los 90 e inicios del nuevo milenio, se recurrió a la técnica de la concesión de infraestructura y servicios públicos. (Zegarra, 2005, p. 102)

Ahora bien, resulta oportuno señalar que hay que diferenciar entre privatizaciones (transferencia permanente de activos) y concesiones (transferencia temporal de la gestión - operación de infraestructura y/o servicio público)<sup>13</sup>; asimismo, diferenciar entre concesión y asociación público privada. Respecto a esta última, las APP son esquemas diferentes de la tradicional concesión porque en la concesión el concesionario asume el riesgo derivado de la infraestructura sobre los ingresos generados por el proyecto, ello al ser la tarifa su única fuente. Por el contrario, una estructura de APP añade valor al proyecto desde la perspectiva privada, pues permite asegurarse una “demanda mínima”. Mientras que las concesiones clásicas se basan en la rentabilidad financiera del proyecto (es decir, cuando las tarifas pueden cubrir los costos y generar utilidades), en las APP el Estado contribuye de diversas formas: efectuando pagos complementarios a los peajes o tarifas, cediendo en uso terrenos, entre otros. (O’neil, 2008, p. 70-73)

Si bien la modalidad de su refinanciamiento pueda que sea diferente, lo que comparte una APP con una concesión es la asignación de los riesgos que, como todo proyecto de inversión a largo plazo implica. (Mairal, 2005, p. 143-145) Dicho ello, el actual régimen de las APP se encuentra en el Decreto Legislativo 1362 el cual no solo regulada a las APP, sino también a los Proyectos en Activos. Recordemos que las anteriores normativas de APP fue el Decreto Legislativo 1012, y luego el Decreto Legislativo 1224; sin embargo, con la actual normativa y la inclusión de los Proyectos en Activos se puede apreciar que la diversidad de los proyectos de inversión requiere también de una respuesta dinámica por parte del legislador peruano.

#### **4.2 Situación de los contratos suscritos de asociaciones público privada suscritas por EsSalud.**

---

<sup>13</sup> Al respecto, Zegarra (2005) menciona que la concesión administrativa es una relación jurídica pública a través de la cual el Estado, representado por una entidad administrativa designada por ley, otorga por un tiempo determinado la gestión de un servicio público u obra pública de infraestructura de servicios públicos para su aprovechamiento económico, manteniendo el Estado la titularidad respecto de los servicios públicos y las obras públicas de infraestructura, asumiendo un rol de control y regulación y conservando la capacidad de intervención en caso sea de interés público la reversión de la concesión.

EsSalud cuenta con personería jurídica de derecho público interno y se encuentra adscrita al Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo, conforme a la Ley 27056 -Ley de creación del Seguro Social de Salud-, adicional a ello, cuenta con la particularidad de la intangibilidad de los fondos de la seguridad social (Ley 28006), con lo que EsSalud maneja su propio presupuesto y se encuentra en la posibilidad de disponer discrecionalmente de él.

El reconocimiento legal en cuanto a la dotación de infraestructura de salud la encontramos en el Decreto Supremo N° 025-2007-TR cuyo artículo 26° indica que ESSALUD podrá celebrar todo tipo de contratos y/o convenios permitidos por la legislación peruana, incluyendo contratos para la realización de inversiones y servicios de mediano o largo plazo según se establezca en su Plan Estratégico de Inversiones, con los mecanismos de adjudicación y sus procedimientos generales que se contemplen en la legislación peruana bajo la modalidad establecida por su Consejo Directivo.

Este reconocimiento legal también se regulado en el derogado Decreto Legislativo N° 1012 y, actualmente, en la Tercera Disposición Complementaria Final del Decreto Legislativo N° 1362 que establece que EsSalud, en el marco de la autonomía, se encuentra facultado a promover, tramitar y suscribir contratos de asociación público privada, con el objeto de incorporar inversión y gestión privada en los servicios que presta a los asegurados.

En las asociaciones público privadas en materia de salud encontramos modalidades particulares como el de **Bata Blanca**, que incluye la gestión de recursos humanos, servicios asistenciales y no asistenciales; **Bata Gris**, que abarca solo servicios no asistenciales (Ej.: lavandería, vigilancia, gestión de residuos, mantenimiento de equipos); **Bata Verde**, que incluye servicios no asistenciales y servicios de apoyo asistencial como laboratorio clínico, diagnóstico de imágenes, etc.; y, **Especializada**, en los que se presta servicios específicos. (

Dicho ello, EsSalud cuenta suscritos cuatro (04) contratos bajo la modalidad de asociación público privadas, de los cuales, tres (03) de ellos se enfocan a la infraestructura hospitalaria la cual mencionamos a continuación (PRL, 2020, p. 12-14):

### Hospital III – Alberto Barton Callao

FICHA TÉCNICA	
Fecha de suscripción	31 de marzo de 2010

<b>Modalidad de inversión</b>	Iniciativa privada autofinanciada
<b>Partes</b>	Seguro Social de Salud – EsSalud (Concedente) Calla Salud S.A.C. (Concesionario)
<b>Plazo</b>	32 años
<b>Contraprestación</b>	RPI-inf (Retribución por inversión en infraestructura) RPI-equ (Retribución por inversión de equipamiento) RPO (Retribución por operación y mantenimiento)

### Hospital III – Villa María del Triunfo

<b>FICHA TÉCNICA</b>	
<b>Fecha de suscripción</b>	31 de marzo de 2010
<b>Modalidad de inversión</b>	Iniciativa privada autofinanciada
<b>Partes</b>	Seguro Social de Salud – EsSalud (Concedente) Calla Salud S.A.C. (Concesionario)
<b>Plazo</b>	32 años
<b>Contraprestación</b>	RPI-inf (Retribución por inversión en infraestructura) RPI-equ (Retribución por inversión de equipamiento) RPO (Retribución por operación y mantenimiento)

### Torre Trecca

<b>FICHA TÉCNICA</b>	
<b>Fecha de suscripción</b>	27 de agosto de 2010
<b>Modalidad de inversión</b>	Iniciativa privada autofinanciada

<b>Partes</b>	Seguro Social de Salud – EsSalud (Concedente) Consortio Trecca S.A.C. (Concesionario)
<b>Plazo</b>	20 años
<b>Contraprestación</b>	RPI-inf (Retribución por inversión en infraestructura) RPI-equ (Retribución por inversión de equipamiento) RPO (Retribución por operación y mantenimiento)

Como se puede apreciar, la decisión de optar por el mecanismo de las APP implica un reenfoque en la modalidad de contraprestación, los años de vigencia del contrato, pero con un matiz particular: la finalidad pública que se quiera alcanzar es la calidad del servicio público de salud.

#### **4.3 ¿Resulta oportuna la implementación de asociaciones público privadas en el sector salud?**

En el apartado 1.2. del presente artículo se identificó la situación actual de la infraestructura del sector salud, obteniendo que existe una grave situación de brecha. En efecto, de los ocho mil setecientos veintitrés (8723) establecimientos de salud del primer nivel de atención tenemos que seis mil setecientos ochenta y cinco (6785) se encuentran con capacidad instalada inadecuada, lo cual representa el 77.78% de la totalidad de los establecimientos de salud. Este mismo escenario podemos encontrar respecto a la infraestructura hospitalaria debido a que de los doscientos cuarenta y tres (243) hospitales a nivel nacional, se tiene que ciento veinticuatro (124) se encuentran con inadecuada capacidad, que representa el 51%.

Frente a esta innegable realidad, cabe cuestionarse si los mecanismos clásicos de contratación pública (en la cual, una vez concluida la obra, la gestión será efectuada por la Administración Pública) son los mecanismos idóneos para dotar de salud a la comunidad. En efecto, el mecanismo clásico empleado por las entidades del sector salud para la dotación de infraestructura lo encontramos en la Ley N° 30225 “Ley de Contrataciones del Estado”; sin embargo, es oportuno abrir el debate respecto a la utilización de otros mecanismos reconocidos por nuestro régimen jurídico que permitan dotar de mayor eficiencia y dinamismo en la provisión del servicio público de salud.

Al respecto, consideramos que las asociaciones público privadas se erigen como el mecanismo que podría dotar de calidad y eficiencia en la prestación del servicio de salud, y ello debido a que la gestión de la misma se encontraría a cargo de sociedades operadoras especializadas en la materia. No debemos olvidar que la gran diferencia entre la obra pública tradicional y las asociaciones públicos privadas la encontramos en la gestión y es que en la obra pública la gestión se realizará de manera directa (entidad pública), mientras que en las APP la gestión es indirecta (a través de un operador privado luego de licitación).

## 5. CONCLUSIONES

- A pesar de la rectoría del Ministerio de Salud, existen entidades con competencia en el sector (EsSalud, Fuerzas Armadas, Policía Nacional del Perú, Gobiernos Regionales y Locales), lo cual dificulta la aplicación homogénea de las políticas de salud.
- El sector salud cuenta con altos índices de brecha de infraestructura, siendo que el 77.78% de la totalidad de los establecimientos de salud del primer nivel de atención, y el 51% de la totalidad de la infraestructura hospitalaria, carece de capacidad instalada adecuada.
- Tradicionalmente las entidades públicas han recurrido a la contratación de obra como el mecanismo para dotar de infraestructura al sector de salud; sin embargo, la pandemia ha demostrado la necesidad de analizar mecanismos alternativos como las asociaciones público privadas que permite una gestión indirecta recurriendo al sector privado especializado.

## Referencias

- ASOCIACIÓN PARA EL FOMENTO DE LA INFRAESTRUCTURA NACIONAL – AFIN (2015). “*Plan Nacional de Infraestructura 2016 – 2025*”. Lima: Corporación Gráfica Impresing S.A.C.
- BANCO INTERAMERICANO DE DESARROLLO – BID (2014) “*Conceptos generales y modelos*.” Serie de notas sobre asociaciones público privadas en el sector salud en América Latina. Nota Técnica No IDB-TN-714
- BANCO INTERAMERICANO DE DESARROLLO – BID (2016) “*10 años de Asociaciones Público Privadas (APP) en salud en América Latina, ¿qué hemos aprendido?*” Nota Técnica No IDB-TN-1068

- CORPORACIÓN ANDINA PARA EL FOMENTO – CAF (2018) “*Asociación Público Privada en América Latina: Guía para Gobierno Regionales y Locales*”. Banco de Desarrollo de América Latina
- INSTITUTO PERUANO DE ECONOMÍA – IPE (2020) “*Informe del Covid 19 en la economía peruana*”. Lima: Sexta Edición – Abril
- MAIRAL, Héctor (2005) “*La asignación de riesgos en la financiación privada de proyectos públicos*.” En: Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública – Ediciones RAP. Buenos Aires.
- O’NEIL DE LA FUENTE, Cecilia (2008) “*De las privatizaciones a las asociaciones público privadas*.” Lima: Ius Et Veritas, Tomo No 37
- PROGRAMA DE LAS NACIONES UNIDAS PARA EL DESARROLLO – PNUD (2020) “*Covid 19 y el shock externo: Impactos económicos y opciones de política en el Perú*”. EE.UU: Covid 19 – serie de documentos de Política Pública.
- SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime (2010) “*El Contrato de Concesión de Servicios Públicos. Coherencia con los postulados del Estado Social y Democrático de Derecho en aras de su estructuración en función de los Intereses Públicos*”. Universidad Carlos III., Madrid
- ZEGARRA VALDIVIA, Diego (2005) “*Concesión administrativa e iniciativa privada*.” En: Themis N° 39. Lima
- ZEGARRA VALDIVIA, Diego (2012) “*Del servicio público a los servicios de interés genera: La evolución del service public*.” En: CDA N° 12. Lima, 2012, pág. 14-18



# Derecho administrativo social y colaboración en la gestión sanitaria

## *(Social Administrative Law and Collaboration in Health Management)*

SEBASTIÁN FLORES DÍAZ

### **Resumen**

*El presente trabajo es un ensayo sobre la relación entre derecho y salud. Para este efecto se propone utilizar el Derecho Administrativo Social como eje articulador de la colaboración privada con los sistemas sanitarios públicos. Como caso de estudio se analizará los convenios del Fondo Nacional de Salud con prestadores privados y su impacto en la pandemia. Posteriormente se presentan algunos aspectos críticos del mismo, como su aplicación en algunos casos y el diseño legislativo.*

**Palabras clave:** *Derecho Administrativo Social – Derecho de la salud – contratación pública*

### **Abstract**

*This paper is an essay on the relationship between law and health. For this purpose, it is proposed to use Social Administrative Law as the articulating axis of private collaboration with public health systems. As a case study, the National Health Fund's agreements with private providers and their impact on the pandemic will be analysed. Subsequently, some critical aspects of it are presented, such as its application in some cases and legislative design.*

**Key words:** *Social Administrative Law - Healthcare Law - Government Procurement*

## 1. PLANTEAMIENTO

Durante la pandemia del COVID19 quedó de manifiesto la falta de estudios sistemáticos sobre derecho y salud. A pesar de la existencia de estudios jurídicos sobre el tema, el derecho suele ser indiferente en este asunto (Blanc Altemir & Cierco Seira, 2018). La pandemia constató una cuestión que ya advertía Bestard Perello (2019a): el desinterés por parte de los juristas respecto de los estudios sobre salud que también repercute [y ha repercutido] en la actividad legislativa. El mismo autor indica que más del 70% del derecho sanitario es derecho administrativo. Pero los administrativistas están, o estaban, preocupados en otras cuestiones. Algo tiene la salud colectiva<sup>14</sup> que, a pesar de estar en los inicios de la actividad administrativa moderna (Muñoz Machado, 1995), no es abordada por la doctrina de una manera sistemática.

La protección de la salud, en su dimensión personal como derecho a la asistencia sanitaria y en su dimensión colectiva, como prevención y cuidado de la salud colectiva, constituye una forma de actuación administrativa (Cierco Seira 2005) que permite intercambiabilidad de técnicas como la policía sanitaria, las ayudas públicas o los servicios sanitarios públicos, que es el tema en el que se enmarca este trabajo.

La mayoría de los Estados asumen la responsabilidad de prestar directamente o financiar las atenciones sanitarias o de regular la forma en que el sector privado presta el servicio (Gostin & Fennell, 2005). En el primer caso, el Estado puede definir su actividad en materia sanitaria como una prestación directa por parte de los entes dependientes de la sanidad pública o como aseguramiento público derivado de la seguridad social (Bestard Perello, 2019b) o como una combinación de ambos. En el segundo caso, el Estado establece las normas en que los privados deben prestar estas atenciones de salud. Sin embargo, la idea de que se trata de una responsabilidad estatal es algo característico de los Sistemas de Salud.

---

<sup>14</sup> Se usa el concepto de “salud colectiva” como sinónimo de “salud pública”, aunque el primer concepto es más preciso para los ámbitos propios del Derecho Administrativo, tal como indica Cierco Seira (2005).



Los desafíos planteados por la crisis sanitaria del COVID19 no solo obligan a [re]pensar el diseño y la prestación de atenciones de salud, sino que también a reflexionar sobre el papel del Derecho Administrativo en este aspecto. Esta tarea es compleja, pues las diferentes formulaciones constitucionales del derecho de protección de la salud son la base de Sistemas de Salud diferentes y con diferentes tipos de actuación administrativa, como pueden ser las atenciones directas brindadas por entes públicos, los subsidios en determinados casos, entre otros. También se presenta el gran desafío de cómo participa el sector privado en la prestación de atenciones de salud, sobre todo, luego de varias décadas de reformas impulsadas por la banca internacional a los Sistemas de Salud, que se han caracterizado por un crecimiento sostenido de la salud privada, con la intermitencia de las correcciones de los gobiernos “progresistas” que en la práctica sólo son aumentos de remuneraciones para los trabajadores del sector público sin un real fortalecimiento de la salud pública (Flores Díaz, todavía no publicado)

Un posible acercamiento, y también un desafío para los administrativistas, es repensar la Administración del Estado Social junto con el Derecho Administrativo Social, que regula la colaboración solidaria en aquellos casos en que las prestaciones no son realizadas por la Administración. Se trata de definir la labor que cumplirá la Administración del Estado Social y como participará con el sector privado. A nivel comparado, Schmidt-Assmann (2003) señala a la sanidad como un ejemplo de colaboración entre la Administración y el sector privado en el caso alemán. Sin embargo, la interrogante se presenta en el contexto sudamericano en el que el sector privado ha sido articulado como un oferente de servicios, que realiza una actividad lucrativa por una parte, y a la Administración convertida en cliente que compra esos servicios. Como advierte Schmidt-Assmann (2017) los contratos son un medio ambivalente, necesario pero no inofensivo, de actuación de la Administración.

En este trabajo se realizará una revisión somera de la relación entre derecho y salud, para luego esbozar el concepto de Derecho Administrativo Social y su rol como articulador de las relaciones de colaboración entre la Administración y el sector privado. Luego se cita el caso chileno como ejemplo de participación del sector privado como colaborador de la Administración en la pandemia del COVID19, y se plantearán algunas críticas a este modelo, desde su aplicación práctica así como por su diseño legislativo.

## **2. UNA MIRADA A LA RELACIÓN ENTRE DERECHO Y SALUD.**

El Derecho de Salud (*healthcare law*) como disciplina -también conocida como Derecho Sanitario, es un área difícil de definir y conceptualizar que involucra una amplia gama de actividades públicas y privadas destinadas a proteger y preservar la salud (Gostin & Fennell, 2005). La salud, de forma amplia, escapa a la noción decimonónica de rama o área como conjunto de normas íntimamente vinculadas entre sí, que dan origen a un código que sistematiza dicha rama y sirve para la enseñanza de los estudiantes (Aimone Gibson & Silva Walbaum, 2015).

Es posible encontrar normas relativas a la salud en el Derecho Constitucional como garantías de las personas y como mandato de organización de la Administración para cumplir con el mandato constitucional. También en el Derecho Administrativo en muchos aspectos, pero también en el Derecho Penal como los clásicos delitos contra la salud pública, o en el Derecho Internacional, ya sea en el ámbito humanitario, de las organizaciones internacionales, entre otros. Así mismo, si el sistema sanitario se articula desde una óptica privada basada en la libertad de elección, vale decir, con prestadores y aseguradores privados que compiten entre sí por los demandantes de esos servicios, y un Estado regulador, entonces el derecho del consumo tendrá un rol fundamental en la salud (Gostin & Fennell, 2005). En la misma dimensión del aseguramiento, aparecen los seguros complementarios de salud, que como pólizas son parte del Derecho de Seguros.

Esto solamente para empezar, pues la salud involucra al Derecho de Propiedad Industrial en el ámbito de medicamentos y tecnologías para tratamientos. Este punto también reconduce al Derecho de la Contratación Pública cuando se trata de la adquisición de estos bienes y servicios por parte del sector público sanitario. Pero la Contratación Administrativa, a su vez, remite a las formas de gestión de los Servicios de Salud que nuevamente es un ámbito del Derecho Administrativo como la aplicación del mandato constitucional. Junto con ello, esta forma de Contratación Pública abre las puertas a la participación privada como colaboradora de la Administración del Estado, lo que reconduce al Derecho Administrativo Social, categoría que se examinará en el apartado siguiente.

Parment et al. (2020) o Cierco Seira (2020) plantean la existencia de un Derecho de la Salud Pública [colectiva]. Este último explica que la clave colectiva de la salud tiene su foco:

*“en todos aquellos factores que están en grado de influir en la salud de la población —los llamados determinantes de la salud— y ello con el propósito último de alcanzar y mantener, en versión comunitaria*

y presupuesto de la individual, «el mayor nivel posible de salud»”  
(Cierco Seira, 2020, p. 26)

Estos conceptos están en sintonía con la Organización Mundial de la Salud, que en un informe de 2017, indica que el Derecho de la Salud Pública [colectiva] pretende cautelar la salud de una población amplia a diferencia de los tratamientos de enfermedades de personas específicas. Este mismo informe reivindica el rol que juega el Derecho en la Salud, pues permiten a los países alcanzar sus metas sanitarias, como ocurre en los casos de VIH en los que las leyes protegen a las personas frente a la discriminación, además de facilitar el acceso a tratamientos (Organización Mundial de la Salud, 2017a). Uno de los responsables del informe, Roger Magnusson, indica que “hay un enorme potencial sin explotar para usar las leyes de manera más eficaz con el fin de fortalecer los sistemas de salud y mejorar la calidad de la [salud de la] población” (Organización Mundial de la Salud, 2017b).

A pesar de estas definiciones de la OMS, los contornos entre el cuidado de la salud individual y colectivo son difusos, pues la tutela de la salud colectiva y la tutela de la salud individual están íntimamente vinculadas y suelen confundirse (Cierco Seira, 2005). Un criterio para diferenciar ambos aspectos está en separar entre el derecho de cada persona a las prestaciones y cuidados de salud que puede demandar o acceder, por una parte, y el derecho de tutela de la salud colectiva mediante las medidas preventivas o de otra índole (Cierco Seira, 2005, p. 15).

La Salud Pública [colectiva] es el título de intervención con el que cuentan la mayoría de los Estados para limitar derechos y libertades de las personas, así como para adoptar medidas de organización de un aparato que brinde prestaciones de salud a quienes no pueden costearlo o para financiar prestaciones de salud. Este aspecto es fundamental, pues incluso en los países más liberalizados en materia de salud, siendo los Estados Unidos el paradigma, aceptan la intervención estatal para los pobres, niños, discapacitados, entre otros, bajo la forma de ayudas, como el *Medicaid* o el *Medicare* (Gostin & Fennell, 2005).

Entonces, el derecho de la salud colectiva también cumple un rol fundamental en la corrección de desigualdades socioeconómicas de la salud (Parmet et al., 2020), aspecto que está relacionado con el siguiente acápite sobre el Derecho Administrativo Social

### 3. EL DERECHO ADMINISTRATIVO SOCIAL<sup>15</sup> Y LA COOPERACIÓN PRIVADA EN LA SALUD COLECTIVA

En la obra de Eberhard Schmidt-Assmann (2003) se plantea la existencia de un Derecho Social cuyo objeto es “evitar, paliar o eliminar las carencias materiales de los individuos y las necesidades provocadas por ellas” (p. 143), dentro del cual ubica al derecho del trabajo, la legislación de viviendas, entre otros. Este Derecho Administrativo Social está vinculado directamente a las políticas públicas que se orientan a desarrollar los derechos sociales. Dentro de este concepto, Schmidt-Assmann (2003) explica que

*“el Derecho Administrativo Social se basa [...] en una serie de principios que reflejan las condiciones ético-sociales esenciales de la comunidad. Desde un punto de vista normativo, tales principios están relacionados con los derechos fundamentales y con el fin social del Estado”* (p. 144).

Asimismo, Schmidt-Assmann (2003) explica que este concepto está vinculado con la idea de solidaridad, y presenta al Derecho Administrativo Social como el “ordenamiento jurídico de la cooperación solidaria” (p. 145). Rodríguez-Arana indica que al Derecho Administrativo Social le corresponde “la defensa, protección y promoción de los derechos fundamentales de la persona, especialmente de los más indefensos y desfavorecidos” (2015a). Aunque también da cuenta de que la crisis de los Estados de Bienestar -y la de su versión latinoamericana como Estados de Compromiso- dio cuenta que el principio de participación también es extensible a la colaboración de la sociedad civil para otorgar mínimos en las condiciones existenciales (Rodríguez-Arana, 2015b). Estos “mínimos” se refieren a:

*“a prestaciones imprescindibles para una existencia digna. Es decir, la cobertura del derecho a la alimentación, del derecho al vestido, del derecho a la vivienda, o, entre otros, el derecho al trabajo en condiciones dignas. En el fondo de esta doctrina late la idea de que el derecho fundamental de la persona no es sólo un espacio de libre determinación vedado a la acción de los poderes públicos”* (Rodríguez-Arana, 2015, pp. 50-51).

---

<sup>15</sup> Sosa Wagner indica que este concepto puede rastrearse en la obra de Hermann Roesler, *Lehrbuch des deutschen Verwaltungsrechts*, Erlangen, 1872/73 (1999)

El Poder Ejecutivo, y en consecuencia la Administración del Estado, ya no solo debe cumplir con el respeto de los derechos fundamentales, sino que generar las condiciones para que el goce de estos derechos sea efectivo. En consecuencia, el objetivo de la Administración del Estado está no sólo en ejecutar prestaciones sociales, sino que también en implementar un sistema de prestaciones públicas (Obregoso Silva, 2016). En esta situación, se estaría en presencia del principio de cooperación. Al respecto, Schmidt-Assmann (2003) indica que hay cooperación cuando las prestaciones no son realizadas por la Administración sino que por terceros que actúan como intermediarios. Se trata de una colaboración solidaria, en la que el sector privado ejerce funciones públicas, como es el caso de la asistencia sanitaria (Girela Molina, 2014).

En este sentido, Rodríguez de Santiago (2006) explica que en la cooperación entre Administración y sociedad para la realización de los fines sociales del Estado es posible hablar de reparto de funciones. Para realizar tal repartición, propone un concepto instrumental de responsabilidad estatal para entender la intensidad con la que el Estado se vincula a cada tarea social y el tipo de función que desempeña en ella. Al respecto, señala:

*“El resultado será una exposición de menor a mayor intensidad de la responsabilidad estatal en ámbitos diversos de realización de los fines sociales: en ocasiones el Estado sólo actúa legislativamente regulando intereses que de esa manera encuentran su situación empírica de equilibrio en la sociedad; a veces el Estado participa administrativamente en sectores fundamentalmente entregados a su realización por las fuerzas sociales, o garantiza -en un escalón superior- prestaciones públicas que -sin embargo- se desarrollan por terceros; o realiza por completo a través de su Administración una función prestadora” (p. 57).*

Manifestaciones de esto son los casos que se conocen como colaboración público-privada (Girela Molina, 2014), que para el derecho europeo adopta figuras contractuales y organizativas (Loo Gutiérrez, 2015).

Este proceso se enmarca en las reformas sanitarias impulsadas por la banca internacional en las décadas de 1990 y 2000 (Barba Solano 2012). Específicamente, el segundo proceso de reformas potenció el uso de contratos para provisión de servicios públicos, pero como un mecanismo de creación de condiciones de mercado (Flores Díaz, todavía no publicado), en los que la cooperación no fue parte de la agenda. Este proceso coincidió con la implementación de las primeras normativas de Contratación Pública a nivel local, en

un proceso simultáneo a nivel continental (Benavides & Moreno Cruz, 2016), que fueron parte de las agendas modernizadoras del Estado.

Esto también explicaría la falta de una legislación sistemática en el ámbito sanitario por la actitud que adoptaron los gobiernos respecto de este proceso de reformas que repercutió en el rol que la normativa asignó al sector privado. Los gobiernos denominados como neoliberales<sup>16</sup> asumieron que la competencia era positiva y que sólo debería existir un sector público residual para los más pobres (Cantero Martínez, 2019, Flores Díaz, todavía no publicado). Estos últimos fracasaron pues la gente que necesitaba de asistencia sanitaria por parte del Estado era una gran mayoría (Flores Díaz, todavía no publicado). Por su parte, los gobiernos progresistas<sup>17</sup> asumieron una tarea de “vigorizar” el sector público, intentando reducir al sector privado. Estos gobiernos centraron sus esfuerzos en aumentar las remuneraciones del personal de la salud y en hacer leyes que declaraban todo tipo derechos sin herramientas para garantizarlos (Flores Díaz, 2020b).

La pandemia del COVID19 se presentó como una oportunidad para abrir las puertas a la cooperación, pues sin la participación del sector privado, los Sistemas de Salud no habrían podido dar atención a toda la población. Aunque cada país adoptó medidas diferentes de acuerdo a las herramientas normativas con las que contaban sus gobiernos. En el caso español, mediante el artículo octavo de la Orden SND/232/2020, el Ministerio de Sanidad puso a disposición del Sistema Nacional de Salud los establecimientos privados para reforzarlos, logrando lo que nadie habría pensado, la sanidad pública y privadas actuando de consuno, coordinadas por el ministro de sanidad (Alemán, 2020, Socorro, 2020).

En el acápite siguiente, se analiza el caso chileno que mediante contratos de compra de servicios, realizados con los procedimientos de la Ley N° 19.886, se articuló una red integrada entre el sector público y privado.

---

<sup>16</sup> El concepto de gobiernos neoliberales se refiere a aquellos que implementaron reformas en armonía con el Consenso de Washington y en el marco del proceso de ajuste estructural. En Chile, esta denominación induce a confusiones pues las reformas neoliberales fueron impulsadas por el régimen del general Pinochet, y se acentuaron durante los gobiernos democráticos entre 1990 y 2006. Durante este último periodo se implementaron paquetes de reformas

<sup>17</sup> El concepto de gobiernos progresistas se ocupa para aquellos gobiernos que pretendieron dejar sin efecto las reformas neoliberales con una agenda populista y con un discurso político de izquierdas.

#### 4. LA SANIDAD PÚBLICA Y PRIVADAS UNIDAS: LA PANDEMIA COMO OPORTUNIDAD PARA PASAR DE LA COMPETENCIA A LA COLABORACIÓN

La pandemia del Covid19 forzó a los sistemas sanitarios de varios países a incorporar de diversas maneras a los prestadores privados para complementar la infraestructura pública. En el caso español, el artículo 12.6 del Real Decreto 463/2020, que establece el estado de alarma en España, indica que el Ministerio de Sanidad podrá ejercer facultades necesarias para disponer de los centros privados de salud. En cambio, el decreto supremo N° 104 de 18 de marzo 2020, que declara el estado de excepción constitucional de catástrofe en Chile, nada dice respecto de la gestión de los centros salud.

Esto da cuenta de los diferentes modelos constitucionales. Mientras el artículo 43 de la Constitución Española establece el derecho de protección de la salud, encomendando a los poderes públicos organizar y tutelar la “salud pública” a través de medidas preventivas y servicios necesarios, el artículo 19 N° 9, de la Constitución Política de la República chilena protege la libertad de acceso a las prestaciones de salud y la libertad de elección del sistema público o privado, dando una visión propia de un modelo liberal de salud.

Ahora bien, el decreto N° 4 de 5 de febrero de 2020, del Ministerio de Salud, que declaró la alerta sanitaria, inicialmente tampoco se pronunció sobre la participación del sector privado como colaborador del sector salud. Sin embargo, a través del decreto N° 10 de 24 de marzo de 2020, del Ministerio de Salud, se modificó el decreto N° 4, añadiendo un N° 10 al artículo 2 Bis. Esta nueva disposición indica:

*Artículo 2° bis.- Otórgase a la Subsecretaría de Redes Asistenciales facultades extraordinarias para disponer, según proceda, de todas o algunas de las siguientes medidas:*

*10. Coordinar la red asistencial del país, de prestadores públicos y privados. Para lo anterior, podrá solicitar de los establecimientos públicos y de los establecimientos privados, la facilitación, a los **precios previamente convenidos**, del otorgamiento de prestaciones asistenciales que no puedan postergarse sin grave perjuicio. [Las negritas son añadidas].*

Esta disposición da cuenta de la forma en que el sector privado participa en la gestión de la sanidad pública. Se trata de una gran licitación entre el Fondo Nacional de Salud (FONASA) y diferentes centros privados, para los más diversos fines. Esta conclusión se confirma por lo indicado en la resolu-

ción exenta N° 156, de 1° de abril de 2020, que dispone instrucciones para la coordinación de la red pública y privada de salud por parte de la subsecretaría de redes asistenciales. También da cuenta de los contratos que celebran los Establecimientos Autogestionados en Red (los hospitales públicos) con privados para proveerse de atención.

El artículo 2° del citado instrumento indica que “los prestadores privados se *incorporarán* a la red de los Servicios de Salud”, y estos prestadores privados se encontraban definidos en el artículo 1° de la misma resolución como aquellos que tienen un convenio de colaboración o de otro tipo con la red pública.

Si en el caso español se facultó a la autoridad sanitaria a disponer de todos los centros privados, en el caso chileno, la Autoridad Sanitaria compró servicios a los prestadores privados, y de esta manera les exigió participar en la red asistencial.

Los convenios entre el FONASA y prestadores privados se autorizaron en 1999, mediante la Ley N° 19.650, que regulaba diversas situaciones, pero la más importante fue el pago por parte del Fondo de las atenciones en caso de urgencias vitales de cualquier persona. Aunque en la práctica, los convenios fueron anteriores a la mencionada ley. Sólo en 2008, a través de la creación de la Unidad de Camas Críticas de la Subsecretaría de Redes Asistenciales se comenzó a utilizar la licitación como mecanismo de asociación con los entes privados.

Este caso es una paradoja desde el punto de vista de la contratación pública. La ley N° 19.886, es una ley de procedimientos de compra, y no una ley de contratos estatales, y hasta antes 2008, FONASA no la utilizaba para pagar las prestaciones que otorgaba el sector privado. Fue a instancias de la Contraloría General de la República, que FONASA comenzó a aplicarla en licitaciones abiertas, cuyas bases eran preparadas por la Unidad de Gestión de Camas Críticas. Pero este tipo de contratos, por su alcance y duración, eran convenios de cooperación. La evolución de este tipo de contratos transformó la red asistencial. Si bien es cierto que se celebran como “compras de servicios”, en estricto rigor, de acuerdo a los artículos 2 y 17, del Decreto con Fuerza de Ley N° 1 de 2005, del Ministerio de Salud, norma base del sistema sanitario, se trata de acuerdos de colaboración.

De acuerdo a la información entregada por Clínicas de Chile A.G. (ente que agrupa al 70% de los prestadores privados chilenos) indicó que el 50% de los pacientes que atendieron con motivo del COVID19 eran beneficiarios de FONASA, es decir, se trataba de personas dependientes del sistema público de salud (Clínicas de Chile A.G., 2020)



Sin embargo, las alianzas del FONASA con prestadores privados reflejan uno de los problemas más urgentes del Sistema chileno y que se enmarca dentro de este trabajo: la inequidad en el acceso y en la calidad de los servicios de salud. Este aspecto se abordará en el siguiente acápite.

## **5. LAS SOMBRAS DEL MODELO CHILENO: LA INEQUIDAD, CONCESIONES CON MALA GESTIÓN Y EL MAL USO DE LAS COMPRAS**

Una investigación independiente arrojó que, con ocasión de la pandemia, los hospitales públicos registraron una tasa mayor de mortalidad que los centros privados (CIPER Chile, 2020a). Por supuesto que se argumentó que los problemas del sector público están en la deuda hospitalaria y en la falta de recursos. A pesar de que entre 2008 y 2019 se triplicó el gasto público en salud (Flores Díaz 2020b) no se entiende porqué siguen existiendo problemas de financiamiento.

Los usuarios del sistema público, con anterioridad a la pandemia, tenían quejas con los centros públicos de salud. Un estudio del Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (2018) indica que los servicios públicos de salud es el tercer lugar donde se producen más malos tratos, y los usuarios evalúan mejor a los prestadores privados que a los entes públicos, e incluso, se percibe que los médicos del sector privado atienden más rápido, se toman más tiempo con los pacientes y explican mejor los tratamientos prescritos.

Este aspecto refleja un problema y una oportunidad. El problema está en la desigualdad de trato que se produce en el país, y que se acentúa por el nivel de ingresos o por residir en lugares alejados del centro político administrativo. La oportunidad está en que los convenios con privados pueden arrojar mejores resultados.

Sin embargo, otro aspecto crítico se dio en hospitales concesionados. Se trata de una variante de la concesión de obra pública con administración que se aplicó a la renovación de hospitales. Esto con motivo de la Ley N° 20.410 que fue realizada de forma incompleta y que a poco andar arrojó bastantes problemas (Camacho Cepeda, 2014). Específicamente, el Hospital Felix Bulnes, que atiende a un sector populoso de la capital demostró varios problemas de gestión y algunos de discriminación. A inicios de la pandemia, el hospital se inundó, lo que reflejó severos problemas en la ejecución de las obras concesionadas (El Mostrador, 2020; La Tercera, 2020). Tal vez uno de los casos más dolorosos fue la denuncia de la familia de un hombre de 37 años con síndrome de down

y afectado con Covid19, al que se le habría negado la atención en dicho centro hospitalario por su condición de salud (Delgado 2020).

Asimismo, la ley de compras fue mal utilizada por las autoridades sanitarias. De acuerdo a la información recopilada por el Observatorio del Gasto Fiscal, durante el primer semestre de 2020, las adquisiciones del Ministerio de Salud representaron el 65% del total de compras realizadas por el Gobierno Central (Observatorio del Gasto Fiscal, 2020). Este tipo de compras fue principalmente por trato directo -sin licitación- lo que representa un aumento del 103% en relación a 2019 (CIPER Chile, 2020b).

El uso de compras sin licitación por parte de las autoridades de salud pone en tela juicio los convenios de colaboración, y todos los contratos se analizan de la misma manera. Esto se debe principalmente a una improvisada ley de procedimientos compras del año 2003, que se pretende modificar, pero manteniéndola como una ley de procedimientos.

## **6. EL PROBLEMA TÉCNICO JURÍDICO: UNA LEY DE PROCEDIMIENTOS DE COMPRA**

La Ley N° 19.886, o ley de compras, fue producto de un acuerdo político de 2003 para sacar al gobierno de una crisis política en la que se encontraba. Importantes personeros de gobierno estaban acusados de recibir sobresueldos, parlamentarios oficialistas había recibido coimas para aprobar concesiones de plantas de revisión técnica, y malas operaciones financieras del grupo Inverlink, con relaciones estrechas con autoridades políticas económicas, provocaron la pérdida de cuantiosos fondos públicos.

El Presidente de la República y su coalición política enfrentaba una crisis política enorme y el principal líder de la oposición le ofreció ayuda en el congreso, a cambio de impulsar una agenda de modernización del Estado. Uno de sus puntos era implementar una ley de compras que estableciera plazos acotados para que el sector público pagara a sus proveedores.

Si algo evidencia la discusión de la Ley N° 19.653<sup>18</sup>, sobre probidad administrativa, y la Ley N° 19.886 de compras públicas, es que existe una resistencia por parte del mundo político a regular los contratos del Estado. Cada

---

<sup>18</sup> Esta normativa fue la primera en incorporar el concepto de “contratación administrativa” en el ordenamiento jurídico chileno.

vez que se intenta pensar este tema, se menciona que las leyes de concesiones de obra pública son un modelo exitoso, y que no es necesario regular nada más.

En 2020, se prepara un proyecto de reforma a la Ley N° 19.886 que bajo el argumento de simplificar los procesos de compras, establece bastantes excepciones para licitaciones y controles de entes administrativos. Nuevamente, la clase política bajo el argumento de simplificar los trámites de celebración y pago quiere eximir de control las compras estatales, y por supuesto, dejar sin regular los contratos del Estado.

El problema técnico es que se pretende regular la colaboración entre el sector público y el sector privado mediante una ley de procedimientos de compra. Este es uno de los problemas fundamentales, pues la misma normativa no está pensada para acuerdos de largo plazo y sobre todo, no otorga potestades a la Administración para velar por una adecuada ejecución del contrato. La Ley de Compras Públicas se refiere y detalla los procedimientos para adjudicar contratos de suministros, y por eso, el legislador no consideró adecuado otorgar potestades propias de la Contratación Administrativa a la Administración del Estado en estos procedimientos. Lo que lleva a la ironía, en el ámbito sanitario, de que la Autoridad no ordena sino que compra.

En el caso del FONASA, las licitaciones contemplan facultades para la ejecución de los contratos. Sin embargo, este aspecto es polémico y suele ser criticado por diversos actores políticos. En efecto, han existido tres grandes procesos, las licitaciones de 2015, 2017 y 2018. Esta última limitó las facultades de las unidades de coordinación y del FONASA pues la autoridad sanitaria era partidaria de reducir estos acuerdos a compras (Flores Díaz, todavía no publicado). Esto se debía a que no se quería abrir la posibilidad a que por estos acuerdos, el Sector Público exigiera a los prestadores privados que hubiesen celebrado estos contratos que realizaran procedimientos de interrupción del embarazo.

Además, contemplan otro problema técnico, no es posible asimilar las compras de suministros a estos contratos en los que se realizan prestaciones directas de servicios a los ciudadanos. En este sentido, este tipo de acuerdos contractuales están más cerca de un contrato de concesión de servicios públicos que de una compra de suministros.

A nivel comparado, la doctrina autorizada ha anunciado la masificación de formas convencionales para la gestión de diferentes actividades estatales (Schmidt-Assmann, 2017), y en la salud estos acuerdos contractuales son importantes para establecer relaciones de colaboración. Por eso, es necesario salir de la lógica estrecha de la compra de suministros para el sector público

y contemplar otras figuras contractuales que permitan mejores acuerdos de colaboración y que permitan salir de la lógica de la venta de servicios.

## 7. CONCLUSIONES

Uno de los problemas es la falta de preocupación por parte de la doctrina iusadministrativista en la tutela de la salud individual y colectiva es su escasa contribución en la falta de soluciones legislativas que permitan al Estado actuar en casos como la pandemia del COVID19. Pero también se refleja la falta de interés del legislador en salir de la lógica de la compra de suministros para entender las relaciones de colaboración con el sector privado. Dicho de otro modo, la pandemia reveló la falta de herramientas legales y técnicas administrativas para hacer frente a la gran demanda de prestaciones de salud. Por eso, se acudió a normas y técnicas añejas para enfrentar un problema sin precedentes.

Ahora bien, como se trata de la protección de salud, se está en la arena de los derechos fundamentales y, sobre todo, los derechos sociales. Se trata de salir de la tradicional óptica del Derecho Administrativo autoritario, basado en el privilegio y las prerrogativas de la Administración por una parte y en la defensa de la libertad individual por otra, para entenderlo como una herramienta al servicio de la Constitución para la realización de los fines sociales que ella contempla. También para entender de otra forma las relaciones con el sector privado, para que dejen de ser simples provisiones de suministros y se conciben como acuerdos de colaboración.

Ahora bien, estos acuerdos de colaboración deben considerar la solidaridad y la complementariedad, ya que muchas veces, la colaboración se entiende en el marco de proyectos de infraestructura en los que prima la protección de la inversión privada. Para esto, el Derecho Administrativo Social es un buen punto de partida para reflexionar sobre la actividad de la Administración en la protección e implementación de los derechos fundamentales sociales.

En aquellos casos en que se requiera de una intervención del poder ejecutivo, y que no existan bases o líneas generales definidas por el legislador, la invocación de la cláusula social permite contar con un marco sobre el cual construir soluciones y políticas al caso concreto.

El Derecho Administrativo Social apela a la colaboración con la sociedad, por lo que los contratos del Estado también deben revisarse en esta óptica. Vale decir, como pueden constituir un marco normativo de la cooperación. Se trata por sobre todo de recuperar la solidaridad como eje articulador de la actuación de la Administración para el desarrollo libre e igual de las personas.

## Referencias

- Aimone Gibson, E., & Silva Walbaum, A. (2015). La noción de derecho económico. *Revista de derecho (Valparaíso)*, 44, 387-420. <https://doi.org/10.4067/s0718-68512015000100012>
- Alemán, P. (2020, 17 marzo). *Lo que el coronavirus unió y nadie se esperaba: salud privada y pública como una sola en España*. BioBioChile. <https://www.biobiochile.cl/especial/lo-que-debes-saber-hoy/2020/03/17/lo-que-el-coronavirus-unio-y-nadie-se-esperaba-salud-privada-y-publica-como-una-sola-en-espana.shtml>
- Barba Solano, C. (2012). Las reformas de los sistemas de salud en América Latina: los casos de las reformas de tempranas, intermedias y de tercera generación en México y Chile. En C. Midaglia & G. Ordoñez (Eds.), *(Des)Encuentros entre reformas sociales, salud, pobreza y desigualdad en América Latina* (pp. 61-96). CLACSO.
- Bestard Perello, J. (2019a). Servicio público versus aseguramiento público. Apuntes ante retos pendientes (I). *Actualidad del derecho sanitario*, 271, 573-579. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=7529347>
- Bestard Perello, J. (2019b). Servicio público versus aseguramiento público. Apuntes ante retos pendientes (II). *Actualidad del derecho sanitario*, 272, 695-704. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=7120959>
- Blanc Altemir, A., & Cierco Seira, C. (2018). Presentación. En A. Blanc Altemir & C. Cierco Seira (Eds.), *El derecho ante la salud pública: dimensión interna, europea e internacional* (pp. 13-20). Aranzadi.
- Camacho Cepeda, G. (2014). La regulación de la colaboración público-privada para la provisión de servicios y de infraestructuras. Examen del modelo reformulado por la Ley N° 20.410. *Revista Derecho Público Iberoamericano*, 4, 141-162. <https://www.derechoiberoamericano.cl/wp-content/uploads/2018/04/RDPI-4.pdf>
- Cantero Martínez, J. (2019). Mercado interno sanitario y formas de gestión de los servicios ¿una vuelta hacia lo público? *DS: Derecho y Salud*, 28(1 Extra), 239-261. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=6938147>
- Cierco Seira, C. (2005). *Administración Pública y salud colectiva. El marco jurídico de la protección frente a las epidemias y otros riesgos sanitarios*. Editorial Comares.
- Cierco Seira, C. (2020). Derecho de la Salud Pública y COVID-19. En D. Blanquer (Ed.), *COVID-19 y Derecho Público (durante el estado de alarma y más allá)* (pp. 25-77). Tirant lo Blanch.
- CIPER Chile. (2020a, junio 21). *Coronavirus: tasa de mortalidad de los hospitales públicos metropolitanos duplica la de las clínicas – CIPER Chile*. <https://www.ciperchile.cl/2020/06/21/coronavirus-tasa-de-mortalidad-de-los-hospitales-publicos-metropolitanos-duplica-la-de-las-clinicas/>. <https://www.ciperchile.cl/2020/06/21/coronavirus-tasa-de-mortalidad-de-los-hospitales-publicos-metropolitanos-duplica-la-de-las-clinicas/>

- ciperchile.cl/2020/06/21/coronavirus-tasa-de-mortalidad-de-los-hospitales-publicos-metropolitanos-duplica-la-de-las-clinicas/
- CIPER Chile. (2020b, septiembre 21). *Caracterizando el inaudito aumento de las compras por trato directo en Salud: ¿cuánto, quién y por qué? – CIPER Chile*. <https://www.ciperchile.cl/2020/09/21/caracterizando-el-inaudito-aumento-de-las-compras-por-trato-directo-en-salud-cuanto-quien-y-por-que/>. <https://www.ciperchile.cl/2020/09/21/caracterizando-el-inaudito-aumento-de-las-compras-por-trato-directo-en-salud-cuanto-quien-y-por-que/>
- Clínicas de Chile A.G. (2020, 1 septiembre). *Ingreso Covid en clínicas: 50% de los pacientes es Fonasa*. Clínicas de Chile. <http://www.clinicasdechile.cl/noticias/ingreso-covid-en-clinicas-50-de-los-pacientes-es-fonasa/>
- Delgado, F. (2020, 3 junio). *Familia acusó que hombre con Covid-19 murió tras no acceder a ventilador por tener síndrome de Down*. BioBioChile - La Red de Prensa Más Grande de Chile. <https://www.biobiochile.cl/noticias/nacional/region-metropolitana/2020/06/03/familia-acuso-hombre-covid-19-murio-tras-no-acceder-ventilador-sindrome-down.shtml>
- El Mostrador. (2020, 13 abril). *Denuncian inundación en el “remodelado” Hospital Félix Bulnes*. <https://www.elmostrador.cl/noticias/multimedia/2020/04/13/denuncian-inundacion-en-el-remodelado-hospital-felix-bulnes/>
- Flores Díaz, S. (2020a). Contratación pública como mecanismo de gestión sanitaria indirecta. El caso de la compra de servicios médicos en el sistema chileno. En D. Zegarra Valdivia, A. Cairampoma, G. Valverde Encarnación, B. Paredes, M. Miranda, & W. Gallo Aponte (Eds.), *Nuevas tendencias e innovaciones del derecho administrativo. Memorias del II Congreso Latinoamericano Estudiantil de Derecho Administrativo* (pp. 197-211). Fórum.
- Flores Díaz, S. (2020b, marzo 23). *La “nacionalización” de la sanidad española y la salud chilena*. El Mostrador. <https://www.elmostrador.cl/noticias/opinion/columnas/2020/03/23/la-nacionalizacion-de-la-sanidad-espanola-y-la-salud-chilena/>
- Flores Díaz, S. (todavía no publicado). La participación privada en la gestión de la salud pública. *Revista de Gestión Pública*.
- Girela Molina, B. (2014). *Tesis Doctoral: Gestión administrativa de la asistencia sanitaria en el sistema nacional de salud*. Universidad de Granada.
- Gostin, L. O., & Fennell, P. (2005). Health: The Health Care System, Therapeutic Relationships, and Public Health. *The Oxford Handbook of Legal Studies*, 435-454. <https://doi.org/10.1093/oxfordhb/9780199248179.013.0021>
- J L, B., & Moreno Cruz, P. (2016). La contratación pública en América Latina y la comparación jurídica. En *La contratación pública en América Latina* (pp. 13-48). Universidad Externado de Colombia.
- La Tercera. (2020, 13 abril). *Hospital Felix Bulnes confirma filtración de agua tras inauguración y descarta que precipitaciones causaran la inundación*. <https://www.>

- latercera.com/nacional/noticia/hospital-felix-bulnes-confirma-filtracion-de-agua-tras-inaguracion-y-descarta-que-precipitaciones-causaran-la-inundacion/MPQFTKFEIFFQLNBXKTVPZBZNY3E/
- Loo Gutiérrez, M. (2015). Las asociaciones público-privadas en la Unión Europea: Elementos para un análisis sobre la concesión de obra pública en Chile. *Revista de derecho (Valparaíso)*, 45, 313-337. <https://doi.org/10.4067/s0718-68512015000200012>
- Muñoz Machado, S. (1995). *La formación y la crisis de los servicios sanitarios públicos*. Alianza Editorial.
- Observatorio del Gasto Fiscal. (2020, agosto). *Compras del Sector Salud a junio 2020*. <https://observatoriodefiscal.cl/archivos/documento/20200907121544863.pdf>
- Orbegoso Silva, M. (2016). *Tesis doctoral: La protección de los derechos fundamentales en las prestaciones sociales: relevancia de la organización y el procedimiento*. Universidad de Navarra. <https://dadun.unav.edu/handle/10171/54580>
- Organización Mundial de la Salud. (2017a). *Advancing the right to health: the vital role of law*. <https://apps.who.int/iris/bitstream/handle/10665/252815/9789241511384-eng.pdf;jsessionid=EA88F6C04366E01C82BFD913E764EF-A4?sequence=1>
- Organización Mundial de la Salud. (2017b, enero 17). *Un nuevo informe orienta sobre el uso de la legislación para mejorar la salud*. Organización Mundial de la Salud: Centro de Prensa. <https://www.who.int/es/news-room/feature-stories/detail/new-report-offers-global-resource-on-using-the-law-to-improve-health>
- Parmet, W., Frischhut, M., Garde, A., & Toebes, B. (2020). Introduction to Public Health Law. *The Oxford Handbook of Comparative Health Law*, 1-9. <https://doi.org/10.1093/oxfordhb/9780190846756.013.61>
- Programa de las Naciones Unidas Para el Desarrollo. (2018). *Desigualdad en Chile. Ingresos, salud y educación en perspectiva territorial*. <https://static1.squarespace.com/static/591a16f0b3db2b9357e5d065/t/5c1a827888251b285d38f704/1545241212970/Desigualdad+Regional+PDF.pdf>
- Repullo Labrador, J. (2014). Sistemas sanitarios y reformas: dimensiones, escenarios y patrones. En J. Repullo Labrador (Ed.), *Gestión Sanitaria para la calidad y la excelencia* (pp. 49-72). Díaz de Santos.
- Rodríguez-Arana, J. (2015a). El Derecho Administrativo ante la crisis (El Derecho Administrativo Social). *Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, 15(60), 13-37. <http://www.revistaaec.com/index.php/revistaaec/article/viewFile/51/354>
- Rodríguez-Arana, J. (2015b). Dimensiones del Estado Social y derechos fundamentales sociales. *Revista de Investigações Constitucionais*, 2(2), 31-62. <https://doi.org/10.5380/rinc.v2i2.44510>
- Rodríguez de Santiago, J. (2006). *La Administración del Estado social*. Marcial Pons.

- Schmidt-Assmann, E. (2003). *La teoría general del derecho administrativo como sistema*. Marcial Pons.
- Schmidt-Assmann, E. (2017). Contractualización del derecho administrativo. En A. Montaña Plata & J. Rincón Córdoba (Eds.), *Contratos públicos: problemas, perspectivas y prospectivas. XVIII jornadas internacionales de Derecho Administrativo* (pp. 717-742). Universidad Externado de Colombia.
- Socorro, E. (2020, 17 marzo). *Sanidad pública y privada cooperarán contra el COVID-19 sin importar precio o esfuerzo*. El Español. [https://www.elespanol.com/invertia/observatorios/sanidad/20200317/sanidad-publica-colaboraran-covid-sin-importar-esfuerzo/475204579\\_0.html](https://www.elespanol.com/invertia/observatorios/sanidad/20200317/sanidad-publica-colaboraran-covid-sin-importar-esfuerzo/475204579_0.html)
- Sosa Wagner, F. (1999). La fronteras del sector público. *La fronteras del sector público*, 11, 63-92. <https://buleria.unileon.es/bitstream/handle/10612/5963/Fronteras%20sector%20p%C3%BAblico.pdf?sequence=1&isAllowed=y>





# Las cláusulas excepcionales entre entidades estatales: un análisis desde el principio de planeación debido a la urgencia manifiesta por el COVID-19

*(The Exceptional Clauses Between State Entities: An Analysis from the Beginning of Planning Due to the Urgency Manifested by COVID-19)*

JOSÉ ZULUAGA PÉREZ

## **Resumen**

*La ley 80 de 1993 en el ordenamiento jurídico colombiano ha sido la norma general sirviendo como estatuto de la contratación pública. Dentro de sus fundamentos normativos establece las prerrogativas con las que cuentan las entidades en materia de contratación estatal, siendo estas las cláusulas excepcionales. Las cláusulas excepcionales son facultades con las que cuenta la administración como posición dominante frente al contratista, en las cuales las mismas no pueden pactarse por prohibición legal entre entidades públicas, específicamente en los convenios de cofinanciación.*

*Los convenios de cofinanciación según la jurisprudencia son transferencias económicas que una entidad le realiza a otra con el fin de que esta última genere un cumplimiento de sus fines estatales en concordancia con los fines constitucionales y con relación al Presupuesto General de la Nación. Frente a las relaciones estatales celebradas entre entidades estatales debe de operar y aplicar el principio de planeación y más aún si estamos en presencia de una urgencia manifiesta.*

**Palabras clave:** *Contratos estatales; Cofinanciación; Cláusulas excepcionales; Contratación estatal; Urgencia manifiesta; Principio de planeación.*

**Abstract**

*Summary: Law 80 of 1993 in the Colombian legal system has been the general norm serving as a statute of public procurement. Within its normative foundations, it establishes the prerogatives that entities have in matters of state contracting, these being the exceptional clauses. Exceptional clauses are powers that the administration has as a dominant position vis-à-vis the contractor, in which they cannot be agreed by legal prohibition between public entities, specifically in co-financing agreements.*

*Co-financing agreements according to jurisprudence are economic transfers that one entity makes to another in order for the latter to generate compliance with its state purposes in accordance with constitutional purposes and in relation to the General Budget of the Nation. Faced with state relations between state entities, the planning principle must operate and apply, and even more so if we are in the presence of a manifest urgency.*

**Key words:** *State contracts, Co-funding, Excepcional clauses, Government contract, Urgency, Planning principle.*

## 1. INTRODUCCIÓN

Las cláusulas excepcionales son aquellas prerrogativas utilizadas en materia de contratación estatal. Dentro del ordenamiento jurídico colombiano, la contratación estatal cuenta con un objetivo: la satisfacción del interés general y, en muchas ocasiones, el cumplimiento de la prestación de servicios públicos.

La contratación estatal en Colombia se encuentra regulada por una serie de leyes y decretos, siendo los principales la ley 80 de 1993 y la ley 1150 de 2007. Específicamente, la ley 80 de 1993 hace referencia al estatuto de la contratación pública, dando lugar a los límites y aspectos legales a la hora de contratar con una entidad del Estado colombiano. Ahora bien, en materia de contratación estatal no se puede hablar única y exclusivamente de contratos entre un particular y una entidad, sino que, a su vez, existen, además de los contratos estatales, los convenios interadministrativos y los contratos interadministrativos. Estos dos últimos conceptos van ligados y relacionados a los acuerdos o contratos que celebra una entidad del Estado con otra entidad estatal. El artículo 14 de la ley 80 de 1993 en su numeral 2 expresa que las entidades estatales a la hora de contratar cuentan con unas facultades legales que son las cláusulas excepcionales. No obstante, estas cláusulas excepcionales deben de suprimirse, es decir, no pueden pactarse en convenios entre entidades públicas, toda vez que el legislador así lo dejó plasmado en el parágrafo del artículo 14 de la ley 80 de 1993, por ende, cuando existan convenios entre entidades públicas, las mismas no podrán pactar dichas cláusulas.

El presente trabajo pretende evidenciar la existencia de los problemas que se pueden presentar al no permitir el legislador pactar las cláusulas excepcionales en los convenios entre entidades públicas, en el entendido de que es muy probable que, al no existir dicha incorporación, se presenten problemas jurídicos que impliquen a las entidades acudir a instancias judiciales, extendiendo innecesariamente un problema jurídico que, con la incorporación de las prerrogativas consignadas en el numeral 2 del artículo 14 de la ley 80 de 1993, podría solucionarse sin necesidad de generar problemas legales. Es importante resaltar que la mayoría de las entidades estatales en Colombia celebran convenios con otras entidades públicas, por ende, el problema planteado

puede presentarse en cualquier entidad y su solución podría encontrarse en la posibilidad de aplicar dichas facultades. De acuerdo a lo anterior surgen diversos interrogantes tales como: ¿es factible autorizar el pacto de cláusulas excepcionales entre entidades estatales? ¿se lograría una protección del erario público con la posibilidad de incorporar las cláusulas excepcionales a favor de la entidad que financie con sus recursos a otra entidad para que esta última desarrolle sus proyectos?. Sumado a lo anterior, el principio de planeación juega un papel fundamental en la contratación estatal, específicamente cuando se presentan urgencias manifiestas tal y como lo que estamos viviendo debido al Covid-19, por lo cual, es necesario permitir implementar dichas prerrogativas excepcionales toda vez que con dichas cláusulas se logra que no se afecte ni se vulnere el principio de planeación y mucho menos el erario público. Cabe resaltar que, en diversos países de Latinoamérica, debido al Covid-19, se presentaron necesidades de acelerar contrataciones por parte de las entidades, pero que en algunas ocasiones estas mismas generan una vulneración del principio de planeación, haciendo necesario dar aplicación a dichas cláusulas.

Por lo anterior, se hablará de la conceptualización de los convenios interadministrativos y contratos interadministrativos, específicamente de los convenios de cofinanciación, a su vez se hablara de la definición de cláusulas excepcionales y cuales son, para pasar a definir qué se entiende por el principio de planeación y de urgencia manifiesta dentro de la contratación estatal.

## **2. CONCEPTOS FUNDAMENTALES: CONVENIOS INTERADMINISTRATIVOS Y CONTRATOS INTERADMINISTRATIVOS**

### **2.1 Contratos interadministrativos**

Los convenios de cofinanciación hacen parte de los convenios interadministrativos. Los convenios anteriormente mencionados se diferencian de los contratos interadministrativos en la medida que los primeros son un vínculo jurídico establecido mediante políticas públicas o entidades estatales con el fin de coordinar la realización de funciones administrativas de interés común a los sujetos contratantes y cooperar o colaborar con ella (Chávez, 2020, p. 114). Cabe resaltar que el objeto de dichos convenios se encuentra establecido en el artículo 209 de la Carta Política de 1991. Este artículo desarrolla la función administrativa del ordenamiento jurídico colombiano, generando que, desde el punto de vista formal, los convenios interadministrativos constituyan una actividad contractual de la administración, en cuanto se forma mediante la concurrencia de manifestaciones autónomas de voluntades (Chávez, 2020, p. 124).

Por otra parte, los contratos interadministrativos contienen intereses distintos, ya que una de las partes contratantes pretende satisfacer una necesidad estatal y la otra parte pretende la retribución o reconocimiento de un precio por el servicio brindado a través del vínculo contractual generado.

Es así como en el concepto del 30 de abril del 2008 por parte del Consejo de Estado con Magistrado Ponente Enrique José Arboleda Perdomo se manifiesta que:

El principio de coordinación o colaboración está definido por el artículo 6° de la misma ley 489 de 1998, como la necesidad de ejercer sus respectivas funciones de los contratos, significa que las partes se obligan a poner en ejecución todos los medios a los que se comprometen para obtener la realización del objeto de convenio. Implica que en el contrato regido por el principio de colaboración no se da un verdadero intercambio de bienes o servicios, sino que los contratantes realizan la finalidad propia de las entidades contratantes. (Concepto 110001-03-06-000-2008-00013-00(1881), 2008).

Cabe resaltar que para que apliquen los convenios de cofinanciación se requiere que la norma que decreta el gasto prevea un sistema de cofinanciación. Para el Consejo de Estado, los convenios de cofinanciación son contratos privados de la administración dentro de los cuales de presentarse o generarse algún problema jurídico, el mismo debe dirimirse ante la Jurisdicción Contencioso Administrativa, lo anterior relacionado con el siguiente pronunciamiento:

Al respecto es conveniente señalar que el Consejo de Estado, en vigencia del Decreto 222, tuvo la oportunidad de analizar la naturaleza de los convenios de cofinanciación celebrados entre entidades y concluyó que no constituían contratos administrativos sino contratos privados de la administración, puesto que no estaban tipificados dentro de las normas referidas.. (Sentencia 70001-23-31-000-1997-06354-01(2554), 2014).

Al expresar el Consejo de Estado que los convenios de cofinanciación son contratos privados de la administración hace referencia a que las entidades debido a la autorización presupuestal pueden contribuir entre ellas para dar cumplimiento a proyectos estatales, dando lugar a manifestar que por ello son privados por ser entre administraciones, es decir, entre entidades.

### 3. DESARROLLO

#### 3.1 Cláusulas excepcionales en los contratos estatales

Para poder hablar de cláusulas excepcionales es necesario acudir a la regulación legal que existe en Colombia acerca de dichas cláusulas aplicadas y permitidas en la Contratación Pública. La ley 80 de 1993 en su artículo 14 consagra lo siguiente:

Para el cumplimiento de los fines de la contratación, las entidades estatales al celebrar un contrato:

2. Pactarán las cláusulas excepcionales al derecho común de terminación, interpretación y modificación unilaterales, de sometimiento a las leyes nacionales y de caducidad en los contratos que tengan por objeto el ejercicio de una actividad que constituya monopolio estatal, la prestación de servicios públicos o la explotación y concesión de bienes del Estado, así como en los contratos de obra. En los contratos de explotación y concesión de bienes del Estado se incluirá la cláusula de reversión. Las entidades estatales podrán pactar estas cláusulas en los contratos de suministro y de prestación de servicios.

En los casos previstos en este numeral, las cláusulas excepcionales se entienden pactadas aun cuando no se consignen expresamente. Parágrafo. En los contratos que se celebren con personas públicas internacionales, o de cooperación, ayuda o asistencia; en los interadministrativos; en los de empréstito, donación y arrendamiento y en los contratos que tengan por objeto actividades comerciales o industriales de las entidades estatales que no correspondan a las señaladas en el numeral 2o. de este artículo, o que tengan por objeto el desarrollo directo de actividades científicas o tecnológicas, así como en los contratos de seguro tomados por las entidades estatales, se prescindirá de la utilización de las cláusulas o estipulaciones excepcionales (Ley 80, 1993).

Esta ley establece de primera mano el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, estipulando la posibilidad de incorporar unas disposiciones no aplicables al derecho común, conocidas y catalogadas como cláusulas excepcionales; es así como la interpretación unilateral, la modificación unilateral, la terminación unilateral, la caducidad, el sometimiento a las leyes nacionales y la reversión se encuentran reguladas y definidas para su aplicación en los artículos 15 al 19 de la ley 80 de 1993, teniendo de esta forma un sustento legal y otorgando una posición dominante a las entidades estatales cuando celebran contratos estatales y una característica general como

es la protección de intereses generales, en armonía con los fines del Estado (Castellanos y Santos, 2014).

### **3.2 Interpretación Unilateral**

La interpretación unilateral es aquella que permite que una vez presentado un inconveniente o discrepancia en la ejecución del contrato y sobre la misma no exista una solución entre las partes, la entidad estatal, la cual ostenta una de las partes del contrato podrá interpretar a su forma el objeto o discrepancia sobre la cual no exista acuerdo. No obstante, la entidad deberá plasmar su interpretación mediante acto administrativo debidamente motivado toda vez que ello es exigido por el legislador en el artículo 15 de la ley 80 de 1993, por lo cual interpretar unilateralmente un contrato sin tener que acudir a la jurisdicción, circunstancia que no se permite respecto del particular contratista, es una causal que se configura ante unos supuestos fácticos legalmente establecidos (Guechá, 2018).

Frente a la interpretación unilateral, esta misma es otorgada por una potestad brindada en la contratación, potestad que deviene de la responsabilidad que tiene la entidad estatal de ejercer la dirección general, el control y vigilancia en la ejecución del contrato y su aplicación se da exclusivamente con el objeto de evitar la paralización o la afectación grave de los servicios públicos a cargo de la entidad, y asegurar su inmediata, continua y adecuada prestación (Betancur, Londoño y Múnera, 2017). Ligado a lo anterior hay que destacar que lo que puede hacer la entidad estatal con base en el artículo 14 de la ley 80 de 1993 es interpretar unilateralmente, lo que no puede hacer la entidad es modificar el contrato, de lo contrario estaría incurriendo en una nulidad del mismo. Frente a la presente cláusula, la Corte Constitucional en sentencia C 1514 del 2000 considero como razonable dicha potestad estatal partiendo del mandato constitucional y relacionado a la prestación de servicios públicos para que los mismos no se vean interrumpidos. (Sentencia 1514/00, 2000).

### **3.3 Modificación Unilateral**

Ahora bien, partiendo de la cláusula de modificación unilateral consignada en el artículo 16 de la ley 80 de 1993, sobre la misma se puede inferir que si se está ejecutando el contrato y se requiere introducir cambios contractuales en el contrato para evitar la paralización o afectación del servicio público y no se llega a un acuerdo entre las partes al igual que la interpretación unilateral

pero en este caso con cambios generados en el contrato, la administración podrá realizarlo a través de acto administrativo debidamente motivado. Dicha modificación se realizará suprimiendo o adicionando obras, u otros aspectos necesarios siempre y cuando dichas modificaciones no alteren el 20% o más del valor inicial del contrato, ya que si ello ocurre el contratista podrá renunciar a continuar con la ejecución, se realizaría la respectiva liquidación y la entidad deberá de lograr la terminación del objeto del contrato. Vemos como en esta potestad el contratista cuenta con la posibilidad de renunciar a la ejecución del contrato, aspecto que no se permite en la interpretación unilateral.

La modificación unilateral es una prerrogativa que tiene la administración para modificar unilateralmente un contrato estatal, constituye una facultad otorgada por el legislador, que posee una naturaleza reglada, es decir, que para poder ejercerla debe constatar la existencia de los supuestos facticos previstos en la norma, lo cual significa que la modificación unilateral no es discrecional, ya que debe adoptarse solamente cuando dentro de la ejecución de un contrato se presenten circunstancias que puedan paralizar o afectar la prestación de un servicio público (Betancur, Londoño y Múnera, 2017). La Corte Constitucional, a su vez, en sentencia C949 del 2001, manifestó y reitero lo mencionado, agregando que la modificación unilateral es una prerrogativa que se deriva de la responsabilidad de garantizar la continuidad del servicio contratado, adquiriendo la administración las facultades necesarias para tomar las medidas que aseguren la continuidad en la ejecución del mismo (Sentencia C 949/01, 2001).

### **3.4 Terminación Unilateral**

Otra de las prerrogativas con la que cuenta la administración en materia de contratación pública es la terminación unilateral del contrato estatal estipulada en el artículo 17 de la ley 80 de 1993. El artículo 17 de la ley 80 de 1993 manifiesta y reitera que la decisión proferida por la administración de terminación unilateral conste mediante acto administrativo debidamente motivado; dicha terminación podrá realizarla la entidad si se presentan 3 eventos: el primero de ellos es que las exigencias del servicio público lo requieran o la situación de orden público lo imponga, la segunda es cuando se presenta muerte o incapacidad física permanente del contratista, si es persona natural, o por disolución de la persona jurídica del contratista. En este numeral existe una exequibilidad condicionada con respecto al concepto de incapacidad física o permanente. La Corte Constitucional en sentencia C 454 de 1994 manifestó



que la exequibilidad debe de interpretarse y entenderse en la medida en que la incapacidad física permanente impida de manera absoluta el cumplimiento de las obligaciones específicamente contractuales, cuando ellas dependan de las habilidades físicas del contratista.

Los numerales 3 y 4 de la terminación unilateral expresan que se podrá terminar el contrato estatal por interdicción judicial o declaración de quiebra del contratista o por cesación de pagos, concurso de acreedores o embargos judiciales del contratista que afecten de manera grave el cumplimiento del contrato. El legislador fue claro en este punto al expresar que el embargo que presente el contratista sobre sus bienes debe afectar de manera grave el cumplimiento de las obligaciones, por lo cual no podrá predicar una terminación unilateral la administración estatal por cualquier embargo que presente el contratista, la condición establecida e impuesta es que dicha situación sea gravosa para el cumplimiento contractual.

Continua el artículo 17 de la ley 80 de 1993 expresando que cuando se presentan las situaciones del numeral 2 y 3 relacionadas a la muerte o incapacidad permanente del contratista y por interdicción judicial o declaración de quiebra del contratista, la ejecución del contrato continuara con el garante de la obligación, es decir con quien haya otorgado la garantía contractual. Culmina el precepto normativo determinando que cuando se presente un trámite de recuperación de empresa del contratista, la iniciación de dicho trámite no dará lugar a la declaratoria o terminación unilateral del contrato, el contrato debe de continuar sujeto a la normatividad de administración de los negocios del deudor y la administración pública podrá disponer de las medidas de inspección, control y vigilancia necesarias para asegurar el cumplimiento del objeto contractual e impedir la paralización del servicio.

Vemos cómo la terminación unilateral como potestad estatal no puede predicarse o aplicarse por el simple arbitrio de la entidad estatal toda vez que debe de existir una adecuación a los numerales anteriormente analizados, numerales consignados en la ley 80 de 1993, por lo cual el artículo 17 de la ley anteriormente mencionado nos hace referencia a unas causales netamente taxativas, conllevando a que si la entidad realiza la terminación unilateral sin justa causa debe de indemnizar al contratista.

### **3.5. Caducidad**

Esta potestad excepcional exige que la entidad evidencie que el incumplimiento pueda dar lugar a la paralización del objeto contractual y debido a

ello podrá terminar la relación que ostentan las partes. No obstante, la entidad puede abstenerse de declarar la caducidad y proseguir con medidas requeridas para garantizar que se dé el cumplimiento del contrato. También la declaratoria de caducidad permite que la entidad contratante tome posesión de la ejecución del objeto contratado ya sea a través del garante del contrato o a partir de otro contratista. La declaratoria de caducidad no da lugar a indemnización a favor del contratista y la declaratoria de la misma constituirá el siniestro de incumplimiento.

La caducidad en otras palabras es la estipulación a favor de las entidades estatales permitiendo como consecuencia la terminación y liquidación de la relación contractual, la posesión del objeto del contrato con el garante u otro contratista y la no indemnización a favor del contratista.

#### **4. REVERSIÓN Y SOMETIMIENTO A LAS LEYES NACIONALES**

Las últimas dos cláusulas excepcionales son la reversión y el sometimiento a las leyes nacionales, establecidas en los artículos 19 y 20 del mismo Estatuto General de Contratación de la Administración Pública. La cláusula de reversión es aplicable única y exclusivamente para los contratos de explotación o concesión de bienes estatales y sobre dichos contratos se pactará que una vez finalizado el término de concesión y explotación, los bienes que de manera directa se afecten en la relación contractual pasan a ser parte de la entidad contratante, sin generar una compensación alguna (Congreso de la República , 1993 ).

Las cláusulas excepcionales fueron creadas para corregir las acciones de incumplimiento de las obligaciones a cargo del contratista, se estipulan a favor de la administración y no del contratista, en algunos contratos pueden pactarse, en otros no se podría y en algunos se entienden pactados así no se diga expresamente en el contrato, dichas cláusulas son de carácter público y son inusuales al derecho común (Castellanos y Santos, 2014), siendo su objetivo y finalidad de manera tácita proteger el patrimonio público y la función administrativa.

#### **5. PRINCIPIO DE PLANEACIÓN Y URGENCIA MANIFIESTA RELACIONADO CON EL COVID-19**

El principio de planeación es aquel en virtud del cual las entidades se encuentran obligadas a realizar un estudio juicioso y minucioso de lo que de-

sean y necesitan contratar para la satisfacción de los intereses como servicios públicos, derechos colectivos, funciones administrativas, entre otros. En otras palabras, el principio de planeación, como su nombre lo indica, pretende que la entidad planee lo que tiene que contratar sin que afecte de manera arbitraria el erario público, específicamente el Presupuesto General de la Nación.

Por su parte, la urgencia manifiesta es aquella que se puede y debe de implementarse por las entidades a la hora de contratar cuando se dan situaciones de estados de excepción o cuando se trata de cumplir situaciones extremas o sumamente necesarias.

Con la llegada del Covid-19, las entidades han tenido que recurrir no a realizar de manera extensa un proceso de contratación, sino que por el contrario, han tenido que acudir a la urgencia manifiesta debido al estado de excepción decretado por el poder ejecutivo en Colombia. No obstante lo anterior, se genera un cuestionamiento ya que es factible que diversas entidades malinterpreten o de manera abusiva, contraten mediante urgencia manifiesta con el argumento del Covid-19 pero que en el fondo la necesidad de contratar no tenía nada que ver con la contingencia, afectando de dicha forma el principio de planeación.

## **6. LOS ARGUMENTOS A FAVOR Y EN CONTRA DE LA APLICACIÓN DE LAS CLÁUSULAS EXCEPCIONALES ENTRE ENTIDADES ESTATALES**

Sin embargo, es importante manifestar los pro y los contra de aplicar de las cláusulas excepcionales en los convenios entre entidades públicas. Una desventaja de dicha posibilidad de estipulación sería, quizás, la desnaturalización conceptual de las cláusulas excepcionales toda vez que se podría interpretar que el contratista que sería otra entidad se catalogaría como persona natural o jurídica del orden privado. Otro problema podría ser que se llegue a considerar que las finalidades de dichos convenios no sean la satisfacción constitucional y de la función administrativa sino que por el contrario se crea que la finalidad sea la de una posición dominante de la entidad cofinanciadora frente a la entidad cofinanciada.

No obstante, son más los argumentos a favor o positivos de la necesidad de pactar dichas cláusulas excepcionales en los convenios entre entidades públicas en el entendido de que como se han catalogado son unilaterales, ello quiere decir que solo una de las partes puede hacer uso de ellas; de acuerdo a ello podría determinarse que no se cambia la esencia de las mismas porque sería la entidad cofinanciadora quien pudiese pactarla a su favor y no ambas.

Ligado a ello, si bien los convenios son creados para dar cumplimiento a los fines constitucionales y administrativos es importante resaltar que al permitirse dichas prerrogativas entre entidades públicas se estaría protegiendo a la entidad, traduciéndose dicha protección en una garantía para los intereses generales; dicho de otro modo, si se permite que la entidad cofinanciadora tenga a su favor las cláusulas excepcionales, se estaría protegiendo su patrimonio que no es otra cosa que los recursos propios que se invierten en proyectos para la comunidad. De acuerdo a los argumentos positivos de la necesidad de dar aplicación a las cláusulas, quizás el argumento más fuerte sea aquel con el cual al lograrse que en los acuerdos entre entidades estatales la entidad que financie u otorgue los dineros cuente con las cláusulas, ello permitirá evitar que las entidades que celebren el convenio ante un inconveniente deban acudir a la jurisdicción contenciosa, es decir a instancias legales que como se sabe son sumamente demoradas, por lo cual si se logran sus incorporaciones la solución se presentaría en sede administrativa y no en sede judicial.

Haciendo un contraste con la postura legislativa de determinar que se debe de prescindir las cláusulas excepcionales entre entidades públicas, el argumento de fondo del legislador fue aquel que entre entidades lo que existe es una cooperación con fines constitucionales y de la función administrativa, pero con relación a los argumentos positivos expuestos, al permitirse la estipulación se lograría una mejor protección al erario público con fines legales y constitucionales debido a que se protege como tal es la entidad que otorga los recursos a la otra administración para que realice diversos proyectos.

#### **7. NECESIDAD DE DAR APLICACIÓN DE LAS CLÁUSULAS EXCEPCIONALES ENTRE ENTIDADES ESTATALES, ESPECÍFICAMENTE CUANDO SE PRESENTE UNA URGENCIA MANIFIESTA EN PRO DE PROTEGER EL PRINCIPIO DE PLANEACIÓN**

Es importante resaltar lo plasmado en la ley 80 de 1993 en su artículo 14 numeral 2 y su párrafo, ya que, como se evidenció anteriormente, las cláusulas excepcionales son garantías y prerrogativas con las que cuentan las entidades estatales para brindar protección a la función administrativa. Las potestades excepcionales según el párrafo del artículo 14 de la ley 80 de 1993 deben eliminarse y no aplicarse en los convenios interadministrativos y en otros contratos y cooperaciones estatales. El legislador manifestó su prohibición de pactar cláusulas excepcionales entre entidades estatales cuando celebren convenios con el argumento de que lo que existe cuando se presentan

dichos acuerdos es una cooperación entre entidades, pretendiendo ambas dar cumplimiento a los fines constitucionales de ayuda y los fines de las funciones administrativas para satisfacer los intereses generales, es decir, que la ley prohibió dichas prerrogativas excepcionales porque cuando las entidades celebran convenios interadministrativos ambas tienen como fines constitucionales la protección y cumplimiento de funciones públicas con miras a dar prevalencia al interés general y en ese orden de ideas las entidades se encuentran en igualdad de posiciones, no existe según el legislador una entidad por encima de otra cuando celebran convenios, siendo lo anterior el argumento de fondo del porque entre entidades debe prescindirse de las cláusulas excepcionales.

## 8. CONCLUSIONES

Las cláusulas excepcionales son garantías y prerrogativas legales con las que cuenta la administración, específicamente para ser aplicadas en los contratos estatales y de dicha forma dar protección al interés general en materia de prestación de servicios de índole público, protegiendo la función administrativa ya que las cláusulas son potestades únicas y exclusivas de las entidades contratantes y no del contratista.

Los convenios de cofinanciación son transferencias económicas que se realizan entre entidades públicas y entidades sin ánimo de lucro, dando lugar a entender los convenios de cofinanciación como aquellos convenios interadministrativos celebrados entre una entidad catalogada como entidad cofinanciadora y otra entidad denominada cofinanciada, convenios en los cuales a partir del Presupuesto General de la Nación, la entidad cofinanciadora le otorga unos recursos a la entidad cofinanciada para que esta última los utilice por cuenta propia y realice la labor o prestación del servicio público requerido. Surgen diversas preguntas en materia de convenios entre entidades públicas, la primera de ellas sería ¿existe una posición dominante de la entidad que financia un proyecto con relación a la entidad que recibe la financiación? ¿pactar las cláusulas excepcionales entre entidades estatales desfiguraría la esencia de dichas prerrogativas?

Se hace necesaria la posibilidad y autorización legal de incorporar las cláusulas excepcionales en los convenios de cofinanciación para que de dicha forma se eviten inconvenientes en el ámbito o la esfera judicial, es decir, se evite acudir a la Jurisdicción Contencioso Administrativa y de dicha forma se logre solucionar el conflicto en sede administrativa y no judicial.

La necesidad de brindar una aplicación de las potestades anteriormente mencionadas en la cofinanciación que celebren las entidades no sería un simple capricho jurídico sino una necesidad que en el fondo brindaría una protección de carácter público con relación a la función administrativa y al presupuesto general de la nación ya que la entidad cofinanciadora sería aquella entidad que en un convenio de cofinanciación ostentaría una postura un poco más elevada o supra-ordenada teniendo la facultad de las cláusulas excepcionales dentro del convenio, logrando con las cláusulas proteger los recursos o transferencias que le otorgue a la entidad cofinanciada y finalmente se logre evitar acudir a instancias judiciales para dirimir los conflictos que se presenten.

Con relación a los demás países, con la aplicación de dichas cláusulas excepcionales se lograría una protección del erario público y del Presupuesto General de la Nación, gracias a dar cabida al principio de planeación de la contratación estatal, toda vez que, específicamente en Colombia se ha evidenciado que con la llegada del fenómeno del Covid-19, diversas entidades han contratado por urgencia manifiesta, circunstancias que no van ligadas a la contingencia, contratando irregularmente y afectando y vulnerado el principio de planeación lo cual muy seguramente ha pasado en diversos países de Latinoamérica. El Covid-19, abre la puerta para que en la contratación estatal se hable de un principio de necesidad de contratar, dando lugar a que más adelante se genere un desarrollo legal o doctrinario de cuando en un estado de excepción si se hace necesario contratar por urgencia manifiesta y cuando no se hace necesario.

## Referencias

- ANDI. (s.f.). 6.1 Contratación Estatal. Recuperado de <http://proyectos.andi.com.co/es/GAI/GuiInv/ConEst/ConEst/Paginas/PotExc>.
- Betancur Hincapié, G. L., Londoño Muñoz, C y Múnera Rendón, M.N. (2017). Las cláusulas excepcionales en la contratación estatal . *Nuevo Derecho* 13(21), 1-31.
- Castellanos Duarte, E. M., y Santos Páez, S. P. (2014). Análisis de la aplicación de las cláusulas exorbitantes en los regímenes especiales de contratación estatal caso ley 42 de 1994. *Hipótesis libre* (8), 1-35.
- Chávez Marín, A. R. (2020). *Los convenios de la administración entre la gestión pública y la actividad contractual* . Bogotá: Temis.
- Congreso de la República de Colombia. (1993, 28 de octubre). *Ley 80 de 1993. Por la cual cse expide el Estatuto General de Contratación de la Administyración Pública*. Diario Oficial n.º 41.094.

- Congreso de la República. (2007, 16 de julio). *Ley 1150 de 2007. Por medio de la cual se introducen medidas para la eficiencia y la transparencia en la Ley 80 de 1993 y se dictan otras disposiciones generales sobre la contratación con Recursos Públicos*. Diario Oficial n.º 46.691.
- Consejo de Estado. (2000, 14 de diciembre). Concepto 1293. (Luis Camilo Osorio Isaza, M.P.).
- Consejo de Estado. (2008, 30 de abril). Concepto 110001-03-06-000-2008-00013-00(1881). (Enrique José Arboleda Perdomo, M.P.).
- Consejo de Estado (2014, 20 de febrero). Sentencia 70001-23-31-000-1997-06354-01(2554) (Danilo Rojas Betancourth, M.P.).
- Consejo de Estado. (2014, 12 de junio). Sentencia CE SIII E 29203 (Enrique Gil Botero, M.P.).
- Consejo de Estado (2017, 10 de noviembre). Sentencia 68001-23-31-000-2003-01342-01(39536) (Carlos Alberto Zambrano Barrera, M.P.).
- Constitución Política de Colombia [Const.] (1991) 20ma. Ed. Legis.
- Corte Constitucional. (1994, 20 de octubre). Sentencia C454/94, D-575 (Fabio Morón Díaz, M.P.).
- Corte Constitucional. (1997, 20 de noviembre). Sentencia C 593/ 97, OP-20 (Antonio Barrera Carbonell, M.P.).
- Corte Constitucional (2000, 8 de noviembre). Sentencia 1514/00, D-3026 (Martha Victoria SÁCHICA Méndez, M.P.).
- Corte Constitucional (2001, 5 de Septiembre). Sentencia C 949/01, D-3277 (Clara Inés Vargas Hernández, M.P.).
- Corte Constitucional (2006, 29 de Noviembre). Sentencia C 985/06 , OP-093 (Marco Gerardo Monroy Cabra, M.P.).
- Corte Constitucional (2012, 6 de Junio). Sentencia C 414/12, D-8813 (Mauricio González Cuervo, M.P.).
- Departamento Administrativo de la Función Pública. (2019, 28 de febrero). Circular 002.
- Guechá Torres, J. T. (2018). *La garantía del equilibrio económico y financiero en los contratos estatales ante el ejercicio de las cláusulas excepcionales* [Tesis de maestría Universidad del Rosario]. Repositorio Institucional UR. <https://repository.urosario.edu.co/bitstream/handle/10336/18500/Guecha%20Torres-Jessica%20Tatiana-2018.pdf?sequence=1&isAllowed=y>
- Secretaría Distrital de Gobierno. (s.f.). *Conceptos Jurídicos Contractuales*. Bogotá, Colombia.

*Parte III*  
**ORDENACIÓN DEL TERRITORIO Y  
RECURSOS NATURALES**



# La concesión de beneficio a través del lente internacional

## *(The granting of benefits through international comparative lens)*

MILAGROS MUTSIOS RAMSAY

### **Resumen**

*El sector minero está compuesto por diversos títulos habilitantes, entre ellos la concesión de beneficio. En estricto, y como lo he sostenido en otras publicaciones<sup>19</sup>, este tipo de “concesión” no permite el aprovechamiento de los recursos naturales minerales en su fuente, de allí que – desde el derecho administrativo- sea cuestionable su nomenclatura. No obstante, antes de buscar un cambio en sus alcances resulta necesario analizar el tratamiento de esta figura minera dentro del derecho internacional, permitiéndonos advertir ventajas y desventajas de su regulación.*

**Palabras clave:** Recursos naturales, minerales, concesión de beneficio, regulación comparada.

### **Abstract**

*he mining sector requires the approval of several administrative permits, including the beneficiation concession. Strictly speaking, and as I have argued in other publications, this type of “concession” does not allow the use of natural mineral resources at their source, hence - from an administrative law standpoint- its nomenclature is questionable. However, before seeking a change in its scope, it is necessary to analyze the treatment of this mining permit within international law, allowing us to notice the advantages and disadvantages of its regulation.*

**Key words:** Natural resources, minerals, granting of benefits, comparative law.

---

<sup>19</sup> Ver, tesis de licenciatura. <http://repositorio.pucp.edu.pe/index/handle/123456789/7312/browse?type=author&value=Mutsios+Ramsay%2C+Milagros>

## **1. INTRODUCCIÓN**

El presente artículo analiza el tratamiento de la actividad de beneficio en otros países de América Latina, a efectos de determinar si la figura administrativa (i.e. concesión de beneficio, regulada en la norma minera peruana) es el común denominador y si a partir del desarrollo legislativo comparado es posible identificar acciones de mejora aplicables a nuestra regulación. Debido a que el desarrollo de la industria minera tiene un correlato con la situación institucional, económica, política del país en el que se desarrolla, la selección de los países responde a su posición dentro de la Encuestas del Instituto Fraser<sup>20</sup>.

Los países con jurisdicciones mineras más atractivas en la región de América Latina para invertir en proyectos mineros fueron, incluyendo el Perú, Chile, México, Guyana y República Dominicana. No analizaremos la regulación minera en Guyana, pero la colombiana pues es un país que ha desarrollado el alcance de la actividad de beneficio (denominada “beneficio y transformación”) de manera específica.

## **2. EL DESARROLLO DE LA ACTIVIDAD DE BENEFICIO EN LA LEGISLACIÓN COMPARADA**

### **2.1. La actividad de beneficio en la regulación chilena**

De acuerdo con el Índice de Libertad Económica del 2020 elaborado por la Fundación Heritage (2020), Chile ocupa la posición 7 a nivel mundial y 1 a nivel de América, debido a su notable éxito en las libertades de comercio e inversión (188). Al respecto, la citada Fundación describe como una característica importante de la economía de este país el ser el líder en la producción y exportación de cobre, entre otros productos; teniendo el mejor perfil para atraer a la inversión en América Latina (189). Téngase en cuenta que Chile exporta cobre beneficiado, prueba de ello es que el Perú en diversas oportuni-

---

<sup>20</sup> <https://www.fraserinstitute.org/sites/default/files/annual-survey-of-mining-companies-2019.pdf>

dades haya tenido que comprar el producto final de cobre de este país pues, a pesar de contar con reservar propias de este mineral, no contamos con plantas de beneficio suficientes (Panizo, 2018).

En este contexto, de acuerdo con el Índice de Competitividad Global 2019, Chile se ubica en el puesto 33 de 137 países, liderando el ranking a nivel de América latina muy por encima del promedio de los países de la región (Foro Económico Mundial, 2019, p. 11). Para entender las razones de esta conclusión importará analizar cada uno de los pilares investigados en este índice.

Éste índice se divide en tres secciones (Foro Económico Mundial, 2019, p 88), en la primera sección (Requerimientos Básicos), el más alto pilar es la institucional. Ello se condice con el hecho que la corrupción sea el segundo menor problema para los inversionistas (0.9), únicamente por encima de la baja salud pública (0.4). Adicionalmente, en la segunda sección, los pilares más altos son educación superior y técnica (puesto 32); y desarrollo del mercado financiero (puesto 10).

El pilar sobre educación es algo que debe sorprender y permite entender su producción minera tan elevada y eficiente. La actividad minera es una actividad especializada, si bien, en términos legales, cualquier persona puede ingresar al negocio (siempre que no sea una persona inhábil); en términos prácticos, ello no es así, debido al alto nivel de inversión de capital y número de mano de obra altamente especializada que se requiere contratar. Definitivamente si te encuentras en un mercado donde el nivel de educación superior y técnico es alto, como inversionista, vas a poder contratar a mano de obra mejor capacitada y tu operación supondrá menos riesgos.

Finalmente, en la tercera sección (factores de innovación y sofisticación), aun cuando el pilar de innovación es uno de los más bajo (puesto 53), supera al Perú en un 50%<sup>21</sup>.

En este contexto, la industria minera chilena se rige por el Código de Minería, Ley 18248. Esta norma establece que “[e]l Estado tiene el dominio absoluto, exclusivo, inalienable e imprescriptible de todas las minas, [...]” (artículo 1); y en este contexto, se otorgan concesiones vía judicial en un procedimiento no contencioso, para su aprovechamiento (Varela y Silva, 2013, p. 73)<sup>22</sup>.

---

<sup>21</sup> El Perú ocupa la posición 90 en este pilar (Foro Económico Mundial 2019: 458).

<sup>22</sup> Sobre el alcance del “dominio” de los recursos minerales en Chile, téngase presente lo indicado en la sección 2.1.3 del capítulo 2 de la presente investigación.

Así, la concesión minera puede ser de exploración o explotación (esta última también denominada “pertenencia”), teniendo en cuenta lo siguiente:

Artículo 2.- La concesión minera es un **derecho real e inmueble; distinto e independiente del dominio del predio superficial**, aunque tengan un mismo dueño; oponible al Estado y a cualquier persona; transferible y transmisible; susceptible de hipoteca y otros derechos reales y, en general, de todo acto o contrato; y que se rige por las mismas leyes civiles que los demás inmuebles, salvo en lo que contrarién disposiciones de la ley orgánica constitucional o del presente Código. **La concesión minera puede ser de exploración o de explotación**; esta última se denomina también pertenencia [énfasis agregado].

En este contexto, González Gorroño (2017) establece que la actividad minera en Chile se divide en tres etapas: exploración, explotación y beneficio (p. 31); teniendo a la concesión minera como título habilitante que permite la ejecución de todas ellas.

Así, el beneficio es entendido como el procesamiento de “[...] las sustancias extraídas para liberarlas de impurezas y aumentar su concentración, poniéndolas así en aptitud para ser elaboradas. El beneficio de los minerales se efectúa en **plantas, fundiciones, refinería y otros establecimientos similares**. Si bien **el derecho minero no se ocupa de la etapa del beneficio puesto que ésta reviste un carácter industrial y no requiere de una concesión minera**, ello no obsta a que el código de minería se refiera a esta materia en su artículo 121<sup>23</sup>” [énfasis agregado].

Sobre lo anterior, es impreciso concluir que el Código de Minería no se pronuncie sobre la actividad de beneficio, sino que únicamente lo hace bajo el supuesto que tal acción se desarrolla dentro de una concesión minera. Ello se desprende por ejemplo del artículo 6, el cual establece que:

Artículo 6.- Los desmontes son cosas accesorias de la pertenencia de que proceden, y **los relaves y escorias lo son del establecimiento de beneficio de que provienen**. Extinguida la pertenencia, o abandonado el establecimiento, podrá constituirse concesión sobre las sustancias minerales concesibles que los desmontes, relaves o escorias contengan, conjuntamente con las demás sustancias

---

<sup>23</sup> Artículo 121.- Las mismas servidumbres que se reconocen en este título para las concesiones mineras podrán imponerse en favor de los establecimientos de beneficio de minerales

minerales denunciados que pudieren existir dentro de los límites de la concesión solicitada.

Adicionalmente, el artículo 9 del Código de Minas establece lo siguiente:

**Artículo 9.-** Podrá constituirse concesión minera sobre las sustancias concesibles de un yacimiento, aunque éste contenga también sustancias no concesibles. **Se deberá comunicar al Estado la existencia de las sustancias no concesibles que se encuentren con ocasión de la exploración, de la explotación o del beneficio de las sustancias procedentes de pertenencias. [...]** [énfasis agregado].

Finalmente, el propio artículo 121 citado por Gonzáles Gorroño precisa como derecho de la concesión minera la constitución de servidumbres para la instalación de establecimientos de beneficio.

A partir de lo anterior, se concluye que el establecimiento de plantas de beneficio es permitido para el procesamiento de las sustancias procedentes de pertenencias, es decir, de concesiones mineras de explotación. Por lo tanto, no se requiere de un acto administrativo minero adicional. Por otro lado, la regulación minera chilena no regula la actividad de beneficio independiente. Ello se debe a que tal actividad es entendida como la “actividad industrial minera” la cual tiene como finalidad separar la mena de la ganga a través de procesos como la hidrometalurgia o la pirometalurgia (Vergara, 2013, p.51). Por lo tanto, esta actividad – a diferencia del entendido en la regulación minera peruana- no se ejecuta respecto de bienes de dominio público, y, en consecuencia, estrictamente, no cabe que el Estado requiera una concesión para la ejecución de esta actividad.

Así en Chile, si el beneficio se ejecuta dentro del área de la concesión minera se permite como un derecho intrínseco a la propia explotación. Sin embargo, la regulación minera no obliga a tramitar una concesión para la instalación de un establecimiento de beneficio independiente, aun cuando el Estado chileno, al igual que el peruano, ejercen dominio sobre los recursos naturales minerales, siendo estos bienes de dominio público.

Finalmente, es importante resaltar que, aun cuando Chile no ha regulado extensamente la actividad de beneficio, su industria minera supera a la peruana en términos de producción. Así, “[e]n comparación con Chile, es claro que contamos con el potencial minero para el desarrollo de esta actividad, sin embargo, la baja institucionalidad y [con ello] la falta de predictibilidad respecto de las decisiones de la administración, impactan de forma negativa en este desarrollo” (Mutsios, 2016). Ello nos lleva a concluir que, más allá del

potencial minero de un país es necesario contar con un marco regulatorio conformado por reglas claras y una alta institucionalidad.

## 2.2 La actividad de beneficio en la regulación minera mexicana

De acuerdo con el Índice de Libertad Económica del 2019 elaborado por la Fundación Heritage (2019), México se encuentra por debajo del Perú, ocupando el puesto 67 a nivel mundial y 11 en América, considerado, así como moderadamente libre (p. 386). Sobre la visión de este país, en el citado índice durante el 2018 se ha afirmado que

[...] El gobierno continúa enfatizando **reestructuración económica, aprobación e implementación, por ejemplo, legislación de reforma energética, financiera, fiscal y de telecomunicaciones** con el objetivo a largo plazo de mejorar la competitividad y la economía crecimiento en toda la economía. El crecimiento está limitado por el petróleo bajo producción, precios del petróleo débiles, baja productividad, un sector informal aún grande que emplea a más de la mitad de la fuerza de trabajo, **el estado de derecho débil y la corrupción** [énfasis agregado].

De lo anterior se concluye que el interés del Estado mexicano no es repotenciar el sector minero, sino el sector energía y de telecomunicaciones (teniendo en cuenta que ambos regulan bienes de dominio públicos).

En este escenario, de acuerdo con el Índice de Competitividad Global de 2019-2020, México ocupa el puesto 48 de 141 países, teniendo como pilar más bajo la institucionalidad, con énfasis en seguridad (puesto 138). Sin embargo, sus posiciones más altas se encuentran en la sección de referida con la productividad y eficiencia en el mercado. El principal problema que enfrenta esta economía es el alto nivel de corrupción y criminalidad (Foro Económico Mundial, 2018, p.202).

Sin perjuicio de lo anterior, de acuerdo con la Encuesta Anual efectuada por el Instituto Fraser en 2017, aun cuando en términos generales, el Perú (puesto 43) supera a México (puesto 49) en el ranking de legislaciones más atractivas para invertir (p.39), este último país supera al Perú en diversos factores trascendentales tales como contar con una mejor regulación carente de duplicidades e inconsistencias (p.50), hay más certeza respecto a las disputas por terrenos superficiales (p.53), hay una mejor infraestructura minera (p.55), hay más posibilidades de llegar a acuerdos socio ambientales con la población

para el desarrollo del proyecto (p.56) aun cuando el sistema legal en general se encuentre por debajo del promedio (incluso debajo del peruano) (p.51).

En este escenario, la principal norma que regula el derecho minero mexicano es la Ley Minería, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 26 de junio de 1992, teniendo como última reforma a aquella publicada el 11 de agosto de 2014.

Al respecto, el artículo 2 del citado texto normativo establece que “[s]e sujetarán a las disposiciones de esta Ley, la exploración, explotación y **beneficio** de los minerales o sustancias que en vetas, mantos, masas o yacimientos constituyan depósitos cuya naturaleza sea distinta de los componentes de los terrenos, [...]” [énfasis agregado]. Por lo tanto, concluimos que la actividad de beneficio abarca a la regulación minera.

A efecto de determinar el objeto de beneficio, importa indicar que el artículo 4 especifica los tipos de minerales o sustancias que conforman esta denominación, sin desarrollar una clasificación general de minerales metálicos y no metálicos como en la regulación minera peruana, aun cuando del análisis del mencionado artículo se concluye la incorporación de tales minerales.

Sobre la definición de la actividad, el numeral III del artículo 3 se establece que el beneficio abarca “[l]os trabajos para **preparación, tratamiento, fundición de primera mano y refinación de productos minerales**, en cualquiera de sus fases, con el propósito de **recuperar u obtener minerales o sustancias**, al igual que de **eleva la concentración y pureza de sus contenidos**” [énfasis agregado]. La definición anterior resulta similar a aquella establecida en la regulación minera peruana vigente. Aun así, llama la atención que se busque “recuperar u obtener minerales” o “eleva su concentración”. Esta diferencia entre las actividades puede suponer la distinción entre la preparación y el tratamiento de la refinación de los productos minerales. No obstante, destacamos que la refinación conforma la actividad de beneficio, situación similar que ocurre en la regulación peruana vigente.

Un detalle a destacar es que se privilegia la actividad minera frente a otros usos del terreno. Al respecto, el artículo 6 indica que “[l]a exploración, explotación y **beneficio** de los minerales o [...] son de utilidad pública, **serán preferentes sobre cualquier otro uso o aprovechamiento del terreno**, con sujeción a las condiciones que establece [...]” [énfasis agregado]. Esta situación difiere de la regulación peruana pues, aun cuando el numeral V del Título Preliminar del Texto Único Ordenado de la Ley General de Minería, aprobado por Decreto Supremo No. 014-92-EM (“TUO LGM”) regula que “[l]a industria minera es de utilidad pública y la promoción de inversiones en su actividad

es de interés nacional”, no existe una primacía de esta actividad frente a los otros usos o aprovechamiento del terreno. Ello dependerá del acuerdo que exista con su titular. Adicionalmente, es relevante precisar que el TUO LGM se aprobó con fecha anterior a la vigente Constitución Política del Perú, la cual únicamente permite la expropiación para situaciones de necesidad pública y seguridad nacional (artículo 70), es decir, no es posible expropiar por la ejecución de una “utilidad pública”.

Adicionalmente, la Ley Minería mexicana no distingue un tipo de título habilitante que permita ejecutar la actividad de beneficio. Únicamente refiere que, las concesiones mineras confieren el derecho a “IV. Obtener la expropiación, ocupación temporal o constitución de servidumbres de los terrenos indispensables para llevar a cabo las obras y trabajos de exploración, explotación y **beneficio**, [...]” (artículo 19). A partir del numeral citado es posible concluir que, ejecutar la actividad de beneficio es un derecho conferido a partir del otorgamiento de la concesión minera, la cual también permite desarrollar las actividades de exploración y explotación. Ello resulta una situación novedosa ya que, a diferencia de la regulación peruana en la que el beneficio supone el otorgamiento de una concesión distinta a la minera y la regulación minera chilena, mediante la cual la actividad de beneficio está fuera del régimen minero; en México esta actividad forma parte de los derechos que confiere un único título habilitante: la concesión minera.

Finalmente, el capítulo cuarto de la Ley Minera regula las obligaciones que imponen las concesiones y asignaciones mineras y el beneficio de minerales. En este capítulo, los artículos 37, 38 y 39 establecen las obligaciones a las que están sometidas las personas que benefician minerales de acuerdo con lo siguiente:

Artículo 37.- Las personas que beneficien minerales o sustancias sujetas a la aplicación de la presente Ley están obligadas a:

- I. Dar aviso a la Secretaría del inicio de operaciones de beneficio;
- II. Sujetarse a las disposiciones generales y a las normas oficiales mexicanas aplicables a **la industria minero-metalurgia en materia de seguridad y del equilibrio ecológico y protección al ambiente;**
- III. Rendir a la Secretaría los informes estadísticos, técnicos y contables en los términos y condiciones que señale el Reglamento de esta Ley;
- IV. (Se deroga)
- V. Procesar el mineral de pequeños y medianos mineros y del sector social en condiciones competitivas [énfasis agregado].



Por otro lado, los artículos 37, 38 y 39 establecen las obligaciones a las que están sometidas las personas que benefician minerales. Entre ellos se encuentran dar aviso a la Secretaría del inicio de operaciones de beneficio y rendirle los informes estadísticos, teóricos y contables en los términos señalados por el Reglamento de la Ley Minera. Asimismo, están obligado a procesar el mineral de pequeños y medianos mineros y del sector social en condiciones competitivas hasta por un mínimo del 15% de la capacidad de beneficio instalada, cuando esta sea superior a cien toneladas en veinticuatro horas.

Respecto al último punto, Francisco González- Sánchez y Antoni Camprubí mencionan que ha existido una falta de cumplimiento de la ley por parte de las grandes empresas en cuanto a que estas deben prestar el servicio de beneficio a minerales de pequeños mineros hasta un 15% de su capacidad instalada. Los costos y las condiciones que estas grandes empresas imponen hacen imposible para los pequeños productores ingresar lotes de mineral para su beneficio o que obtengan utilidades de su mineral producido (2010).

A partir de lo anterior, se concluye que la actividad de beneficio se encuentra incorporada a la regulación minera. Su desarrollo se permite a través de la concesión minera e incluye la preparación, tratamiento, fundición y refinación con el objetivo de recuperar u obtener minerales o sustancias; y/o elevar su pureza. Estos minerales o sustancias pueden ser metálicas y/o no metálicas sin haberse establecido escenarios en los que el beneficio sea inaplicable. Adicionalmente, se prefiere el desarrollo de la actividad minera, incluyendo el beneficio, frente a otro uso de suelo. Finalmente, la regulación minera incorpora el cumplimiento de determinadas obligaciones entre ellas las referidas a temas de seguridad aplicables únicamente a la industria metalúrgica. Esto último permitiría interpretar que el beneficio únicamente se ejecuta respecto de minerales metálicos.

### **2.3 La regulación de la actividad de beneficio colombiana**

A partir de la Encuesta Anual realizada por el Instituto Fraser, no se considera a Colombia como un país con atractivo para la inversión en minería. Aun así, al 2014 este país era el noveno productor de carbón en el mundo y el primero en América Latina (Ricaurte 2014:86). Es resaltante que, a pesar que su producción minera principal sea un mineral no metálico, haya desarrollado una basta regulación en temas mineros (i.e. Código de Minas, Ley 685 de 2001) y guías técnicas los aspectos relevantes de la actividad de “beneficio y transformación”.

Atendiendo a lo regulado en el Código de Minas de Colombia, los recursos naturales son propiedad inalienable e imprescriptible del Estado (artículo 5, 6 y 15). Es decir, aplica una teoría dominialista sobre los recursos naturales mineros (Mutsios, 2019, p. 15).

Para el aprovechamiento de los recursos naturales minerales es necesario celebrar con el Estado un contrato de concesión minera el cual no puede ser entendido como uno de obra pública ni de servicio público (artículo 45). Su acuerdo permite al particular efectuar distintas actividades, entre ellas, el “[...] **beneficio de los minerales por cuenta y riesgo del concesionario [...]**” (artículo 45) [énfasis agregado]. Los derechos aplicables al titular de un contrato de concesión minera incluyen de manera genera la actividad de beneficio (artículo 58). Ello se debe a que el beneficio se entiende como una actividad que se incorpora dentro de la explotación minera, tal como lo establece el artículo 95 del Código de Minas analizado, en los términos siguientes:

Artículo 95.- Naturaleza de la explotación.- La explotación es el **conjunto de operaciones que tienen por objeto** la extracción o captación de los minerales yacentes en el suelo o subsuelo del área de la concesión, su acopio, **su beneficio** y el cierre y abandono de los montajes y de la infraestructura. El acopio y el beneficio pueden realizarse dentro o fuera de dicha área.

**El beneficio de los minerales consiste en el proceso de separación, molienda, trituración, lavado, concentración y otras operaciones similares, a que se somete el mineral extraído para su posterior utilización o transformación** [énfasis agregado].

A partir de lo anterior se concluye que (i) la explotación supone la ejecución de actividades de beneficio; y (ii) el beneficio tiene como objetivo someter al mineral extraído del yacimiento minero a distintos procesos para su posterior utilización o transformación.

Al respecto, téngase en cuenta que, el artículo 93, al analizar el alcance de las plantas de transformación, precisa los alcances de la transformación en los términos siguientes:

Artículo 93.- Plantas de transformación. **Si fuere indispensable** para efectuar los trabajos de explotación **integrar al completo industrial de extracción y beneficio**, plantas de procesamiento, éstas se deberán incluir el montaje a petición del interesado. En este caso, **el periodo para estas operaciones, podrá tener una**

**duración adicional de dos (2) años**<sup>24</sup>, sin perjuicio de la prórroga ordinaria señalada en el artículo 74 del Código<sup>25</sup>.

Se entiende por **transformación la modificación mecánica o química del mineral extraído y beneficiado, a través del cual resulta un producto diferente no identificable con el mineral en su estado natural** [énfasis agregado].

Del artículo citado se concluye que la regulación minera colombiana no enfatiza la necesidad de impulsar el desarrollo de la actividad de beneficio, tanto es así que regula la instalación de plantas de transformación únicamente si fuese indispensable. Considero que ello se debe a que el principal mineral explotado es uno de naturaleza no metálica (i.e. carbón) razón por la que no requiere de un beneficio en estricto. Por ello, puede ser dispensable la instalación de plantas de transformación.

Sin perjuicio de lo anterior, importa resaltar que el artículo 106 regula que “[q]uienes construyan y operen plantas e instalaciones **independientes** para beneficiar minerales provenientes de explotaciones de terceros, e igualmente **quienes se dediquen al proceso de joyería y elaboración de gemas**, disfrutan de las ventajas y prerrogativas que en las leyes se consagran a favor de la minería” [énfasis agregado]. Es decir, se extiende el alcance del sector minero a (i) plantas instaladas fuera del área que ocupa la concesión minera; y (ii) hasta la transformación terciaria del producto (i.e. joyería), actividad comprendida dentro de los alcances del sector manufactura.

Finalmente, el derecho a establecer servidumbres se extiende a la instalación de infraestructura para desarrollar la actividad de beneficio (artículo 167).

Por otro lado, se destaca que el Ministerio de Minas y Energía y el Ministerio del Medio Ambiente de Colombia hayan elaborado una Guía Minero

---

<sup>24</sup> Artículo 73. *Periodo de explotación*. El período máximo de explotación será el tiempo de la concesión descontando los períodos de exploración, construcción y montaje, con sus prórrogas. [...]”.

<sup>25</sup> Artículo 74. *Prórrogas*. El concesionario podrá solicitar por una vez prórroga del período de exploración por un término de hasta dos (2) años, con el fin de completar o adicionar los estudios y trabajos dirigidos a establecer la existencia de los minerales concedidos y la factibilidad técnica y económica de explotarlos. En este caso, la iniciación formal del período de construcción y montaje se aplazará hasta el vencimiento de la prórroga del período de exploración.

Igualmente el concesionario podrá solicitar prórroga del período de construcción y montaje por un término de hasta un (1) año. En este caso, la iniciación formal del período de explotación se aplazará hasta el vencimiento de la prórroga otorgada.

Ambiental específicamente aplicable a la actividad de beneficio y transformación (2002). En esta Guía es posible identificar, entre otros aspectos, (i) el marco jurídico aplicable al sector minero, incluyendo las normas ambientales, (ii) el alcance del proceso de beneficio y transformación determinados a nivel técnico, (iii) los impactos ambientales a considerar producto de estas actividades, (iv) el manejo de tales impactos; y (v) el seguimiento, monitoreo y evaluación de riesgos asociados a su ejecución.

Por todo lo anterior se concluye que, el régimen minero colombiano se rige por un sistema de contratos de concesión. Tal contrato permite la ejecución de actividades de beneficio incluidas dentro de la propia actividad de explotación. Ello no impide que puedan existir plantas de transformación independientes. Se precisa que no se regula el título habilitante para la instalación de tales plantas, o si se requiere alguno. Finalmente, en la medida que la actividad de beneficio se extiende hasta la industria manufacturera relacionada con la joyería es posible interpretar que únicamente se considera posible beneficiar minerales metálicos.

#### 2.4 La regulación de beneficio en la República Dominicana

La actividad minera en República Dominicana se regula principalmente por (i) la Constitución Política del país, (ii) Ley No. 146, Ley de Minería de la República Dominicana; y (iii) su Reglamento No. 207-98.

El artículo 17 permite concluir que los recursos naturales mineros son patrimonio de la Nación, y como tales solo pueden ser aprovechados luego que el privado obtenga los títulos habilitantes correspondientes para el desarrollo de la actividad minera. Estos títulos habilitantes son las concesiones o contratos en la medida que el artículo 3 de la Ley No. 146 establece que “[e]l derecho de explorar, explotar o **beneficiar** las substancias minerales se adquiere originalmente del Estado, **mediante concesiones o contratos** otorgados conforme a las prescripciones de esta ley” [énfasis agregado], y de manera similar a la regulación colombiana, se prevé que las actividades citadas, incluyendo el beneficio, son de utilidad pública e interés nacional. Por lo tanto, gozan de “[...] preferencia sobre cualquier otro aprovechamiento del terreno” (artículo 7 de la Ley No. 146).

La regulación minera regula dos tipos de contratos para el desarrollo de un proyecto minero: (i) los contratos de adhesión con el Estado suscritos luego que el peticionario realice el procedimiento de otorgamiento de concesiones; y (ii) los contratos especiales aplicables cuando se requiere ejercer actividad

minera en zonas de reserva fiscal (artículos 101 y 102 de la Ley No. 146). De esta manera, los contratos de adhesión suponen la previa obtención de una concesión minera para exploración o explotación.

En este escenario, es la concesión de explotación el acto administrativo a través del cual se otorga el derecho de beneficiar. Ello en atención al artículo 49 de la Ley No. 146. Sobre el alcance de este artículo, Pellareno y Pellareno han afirmado

En este caso [refiriéndose a los derechos requeridos para ejecutar actividades mineras], una Concesión de Explotación debe ser obtenida, la cual otorga a su titular el derecho de extraer, explotar y **fundir** las sustancias minerales extraídas para su uso económico dentro del área de la concesión por un **periodo de 75 años** (2013:96) [énfasis agregado].

A partir de lo anterior, la actividad de beneficio se regula de manera específica a partir de su objeto: la planta de beneficio. Al respecto, el artículo 53 de la Ley No. 146 regula lo siguiente:

Art. 53.- Para los fines de esta ley, se considerará planta de beneficio el **establecimiento industrial**, comprendiendo instalaciones y construcciones conexas en el que se realicen, sobre sustancias minerales, operaciones de **concentración mecánica o tratamiento minero-metalúrgico** de cualquier tipo, incluyendo operaciones de fundición o de refinación, para **obtener concentrados minerales y compuestos metálicos, metales, metaloides o minerales no metálicos susceptibles de ser aprovechados por otras industrias**” [énfasis agregado].

De esta manera, se establece que en las plantas de beneficio se pueden ejecutar dos (2) acciones: (i) concentración mecánica o (ii) tratamiento minero-metalúrgico. Ambas acciones son definidas en el artículo 20 Reglamento No. 207-98 en los términos siguientes:

- a) “Concentración mecánica”: **tratamiento del mineral bruto por procedimientos físicos** que aumentan su riqueza al eliminar una parte mayor o menor del material estéril, tales como: **lavado, clasificación, trituración, molienda, dimensionado y pulido de rocas.**
- b) “Tratamiento minero-metalúrgico de cualquier tipo”: Cualquier proceso, que no sea concentración mecánica, **con el fin de obtener concentrados minerales y compuestos metálicos, metales, metaloides o minerales no metálicos, incluyendo operaciones de**

**fundición y de refinación, así como, aquellos que se utilizan en la elaboración de cemento, cal y arcillas cocidas [énfasis agregado]**

A partir de lo anterior queda establecido que la acción de beneficio se aplica para minerales metálicos y no metálicos, especificando que para este último tipo de minerales se realizan operaciones industriales distintas a las aplicables a los minerales metálicos.

Por otro lado, el derecho a beneficiar se adquiere a partir del otorgamiento de la concesión de explotación. Sin embargo, contar con esta concesión no es requisito indispensable para la instalación de la planta.

En efecto, atendiendo al artículo 54 de la ley No. 146, si la sustancia mineral es adquirida de terceros no se requiere ser concesionario de explotación. Sin embargo, en este caso “[...] se requerirá una autorización expresa de la Secretaría de Estado de Industria y Comercio, a la cual le serán sometidos los planos y especificaciones de la planta y otros informes que dicha Secretaría considere pertinente, salvo datos relativos a procesos técnicos secretos”. A partir de lo anterior, el nivel de discrecionalidad respecto de la información que puede solicitar la mencionada Secretaría es alto, lo cual puede significar una baja predictibilidad en relación con los documentos que debe contar el privado para obtener la autorización regulada.

Finalmente, en atención al artículo 58 de la Ley No. 146<sup>26</sup>, los propietarios de plantas de beneficio que adquieran la sustancia mineral de terceros, tendrán los mismos derechos que aquellos que realizan esta actividad al amparo de la concesión de explotación.

Con arreglo a lo anterior cabe concluir que la regulación minera en República Dominicana también se regula bajo el sistema concesional y además supone contar con un contrato con el Estado. En este marco, el beneficio es un derecho que se adquiere al contar con una concesión de explotación. Sin embargo, es posible realizar esta actividad de manera independiente a las otras actividades mineras, en tanto supone el establecimiento de una instalación industrial. En este último escenario no será necesario que el administrado tramite una concesión, pero sí requerirá contar con una autorización de la autoridad industrial. Ello no impide que mantenga los derechos previstos en la regulación minera para este tipo de plantas.

---

<sup>26</sup> Art. 58.- Los propietarios de plantas de beneficio que adquieran sus materias primas de terceros gozarán de los derechos que esta ley concede a los concesionarios de explotación en la medida que sea necesario para sus propios fines incluyendo el derecho de solicitar la apropiación de terrenos y el de establecer servidumbres.

### 3. CONCLUSIONES

La actividad de beneficio es de gran importancia en el marco de la ejecución de un proyecto minero. Ello se debe a que, a partir de su ejecución se obtiene el mineral purificado con alto valor comercial. Antes de ello, únicamente se cuenta con rocas de minerales extraídas de la tierra. Para ejecutar esta actividad en el Perú es necesario requerir una concesión de beneficio. Por lo tanto, a efectos de impulsar la actividad de beneficio ha sido necesario analizar los alcances de esta actividad en la regulación internacional con la finalidad de tener en cuenta sus fortalezas y debilidades.

De este análisis comparado se concluye es posible mejorar la regulación peruana en los aspectos siguientes:

- i. Elaborar una regulación aplicable a los procesos de transformación de los minerales no metálicos en los que se defina (i) el proceso, (ii) sus etapas, (iii) autoridad y sector competente, (iv) derechos y obligaciones derivados; entre otros aspectos técnicos y legales que puedan permitir su mejor desarrollo.
- ii. Eliminar la figura de la concesión de beneficio sincerando su ejecución a través de un sistema de autorizaciones modales, ya que esta actividad no se realiza respecto de bienes de dominio público. El derecho preexistente es la libertad de desarrollar actividades industriales respecto de bienes que no pertenecen al demanio público incluso extendiendo sus alcances a los de la concesión minera, en el caso que las plantas se encuentren dentro de estas. Esta alternativa no supondría eliminar aquellos derechos comunes a los titulares de concesiones mineras, sino que podría incorporarse estos derechos a los titulares de las autorizaciones, tal como sucede en el caso de la concesión y autorización de generación eléctrica.
- iii. Tomando en cuenta que el beneficio de minerales metálicos ya se diferencia en tres etapas, podría convenir categorizar las autorizaciones tal como la categorización de los certificados ambientales dependiendo de sus impactos. Plantear una propuesta de categorización requiere el análisis de componentes técnicos que escapen a la materia de investigación. Precisamos que la razón por la cual mantenemos un sistema de autorización y no una comunicación, como sucede en la mayoría de países analizados, se debe a la necesidad de ejecutar el procedimiento de consulta previa frente a medidas administrativas que puedan afectar intereses colectivos. Somos conscientes

que el problema social es uno de alta importancia, y un sistema de comunicación no favorecería el desarrollo de esta actividad, sino que podría generar mayores problemas sociales, tomando en cuenta que se aprobaría la construcción y funcionamiento de una planta con la sola comunicación y sin consulta (en caso sea necesario).

- iv. Precisar los derechos y obligaciones que se generen a consecuencia de las autorizaciones de construcción y funcionamiento de las plantas de beneficio, y elaborar Guías Técnicas respecto de los procedimientos de beneficio y su vinculación con la regulación ambiental.
- v. Crear un Registro de Plantas de Beneficio, similar a aquel que existe para los derechos de uso de agua o el centro de transformación secundaria del sector forestal, en el que también se inscriban los actos vinculados a tales plantas.

## Referencias

ASAMBLEA NACIONAL REVISORA (2010) *Constitución Política de la República Dominicana*. Santo Domingo de Guzmán, 26 de enero.

<http://www.ifrc.org/docs/idrl/751ES.pdf>

CONGRESO DE COLOMBIA (2001) *Ley 685*. Código de Minas. Colombia: 15 de agosto. Consulta: 7 de octubre de 2020.

<https://www.ilo.org/dyn/natlex/docs/ELECTRONIC/69738/68799/F1119680939/COL69738.pdf>

CONGRESO NACIONAL DE REPUBLICA DOMINICANA (1971) *Ley Minera de la República Dominicana Num 146*. Santo Domingo de Gúzman, 4 de junio. Consulta: 7 de octubre de 2020.

[http://www.dgm.gov.do/images/docs/marco\\_legal\\_institucional/Ley\\_Minera\\_146.pdf](http://www.dgm.gov.do/images/docs/marco_legal_institucional/Ley_Minera_146.pdf)

FORO ECONÓMICO MUNDIAL (2018) *The Global Competitiveness Report 2017-2018*. Genova. Consulta: 7 de octubre de 2020

<http://www3.weforum.org/docs/GCR2017-2018/05FullReport/TheGlobalCompetitivenessReport2017%E2%80%932018.pdf>

FORO ECONÓMICO MUNDIAL (2019) *The Global Competitiveness Report 2019*. Genova. Consulta: 7 de octubre de 2020.

[http://www3.weforum.org/docs/WEF\\_TheGlobalCompetitivenessReport2019.pdf](http://www3.weforum.org/docs/WEF_TheGlobalCompetitivenessReport2019.pdf)

FUNDACIÓN HERITAGE (2020) *Index of Economic Freedom*. Estados Unidos de América. Consulta: 7 de octubre de 2020.



[https://www.heritage.org/index/pdf/2020/book/2020\\_IndexofEconomicFreedom\\_Highlights.pdf](https://www.heritage.org/index/pdf/2020/book/2020_IndexofEconomicFreedom_Highlights.pdf)

GONZÁLEZ GORROÑO, Álvaro (2017) *Minería oceánica en el Derecho Chileno*. Tesis para la obtención del grado de Magíster en Derecho. Santiago: Universidad de Chile; Facultad de Derecho. Consulta: 23 de mayo de 2018.

<http://repositorio.uchile.cl/bitstream/handle/2250/144454/Miner%C3%A1-Da-oce%C3%A1nica-en-el-derecho-chileno.pdf?sequence=1>

GONZÁLEZ SÁNCHEZ, Francisco y CAMPRUBÍ, Antoni. (2010) “La pequeña minería en México”. Boletín de la Sociedad Geológica Mexicana. México, volumen 62, número 1.

<http://boletinsgm.igeolcu.unam.mx/bsgm/index.php/component/content/article/140-sitio/articulos/cuarta-epoca/6201/436-6201-5-gonzalez-sanchez>

INSTITUTO FRASER (2016) *Fraser Institute Annual Survey of Mining Companies 2016*. Canadá. Consulta: 9 de febrero de 2018.

<https://www.fraserinstitute.org/sites/default/files/survey-of-mining-companies-2016.pdf>

INSTITUTO FRASER (2017) *Fraser Institute Annual Survey of Mining Companies 2017*. Canadá. Consulta: 15 de mayo de 2018.

<https://www.fraserinstitute.org/sites/default/files/survey-of-mining-companies-2017.pdf>

MINISTERIO DE MINAS Y ENERGÍA y Ministerio del Medio Ambiente (2002) *Guía Minero Ambiental*. Colombia. Consulta: 22 de mayo 2018

<https://www.minminas.gov.co/documents/10180/416798/beneficio.pdf>

MINISTERIO DE ENERGÍA Y MINAS (1992) Texto Único Ordenado de la Ley General de Minería. Decreto Supremo No. 014-92-EM.

MINISTERIO DE MINERÍA (1983) *Ley 18248*. Código de Minería. Chile, 26 de setiembre [fecha de promulgación]. Consulta: 7 de octubre de 2020

[http://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con4\\_uibd.nsf/009DE7F3A-9596FB905257EFF005F5B89/\\$FILE/Ley\\_18248\\_del\\_14\\_OCT\\_1983.pdf](http://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con4_uibd.nsf/009DE7F3A-9596FB905257EFF005F5B89/$FILE/Ley_18248_del_14_OCT_1983.pdf)

MUTSIOS, Milagros (2016) “¿En qué estamos? Breve análisis sobre la situación del sector minero en el Perú. En: Portal Jurídico Enfoque Derecho. Consulta: 23 de mayo de 2018.

<https://www.enfoquederecho.com/2016/01/22/en-que-estamos-breve-analisis-sobre-la-situacion-del-sector-minero-en-el-peru/>

MUTSIOS, Milagros (2019) “¿Quién se robó mi propiedad? El tratamiento de los recursos naturales mineros a la luz de las teorías de dominio público y su aplicación en el Perú”. En: Revista de Derecho Themis No. 74 (Derecho Ambiental). 2019: 11- 25.

- PELLARANO, Luis Rafael y Mariángela Pellarano (2013) “Chapter 16. Dominican Republic. Pellarano & Herrera”. *The International Comparative Legal Guide to: Mining Law 2014*. Reino Unido: Global Legal Group Ltd, pp. 96-100.
- PRESIDENTE CONSTITUCIONAL DE LOS ESTADOS UNIDOS DE MÉXICO (1992) *Ley Minera*. Consulta: 7 de octubre de 2020.  
[http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/151\\_110814.pdf](http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/151_110814.pdf)
- PRESIDENTE DE LA REPUBLICA DOMINICANA (1998) *Reglamento No.207-98*. Reglamento para la aplicación de la Ley Minera No. 146. Santo Domingo de Guzmán, 3 de junio. Consulta: 23 de marzo de 2020.  
[http://www.dgm.gov.do/images/docs/marco\\_legal\\_institucional/Decreto\\_%20207-09\\_Reglamento\\_aplicacion\\_Ley\\_de\\_Mineria.pdf](http://www.dgm.gov.do/images/docs/marco_legal_institucional/Decreto_%20207-09_Reglamento_aplicacion_Ley_de_Mineria.pdf)
- VARELA Francisco y José Joaquín SILVA (2013) “Chapter 12. Chile. Barros Silva Varela & Vigil Abogados Ltda.” *The International Comparative Legal Guide to: Mining Law 2014*. Reino Unido: Global Legal Group Ltd, pp. 73-77.
- VERGARA, Alejandro (2013) *Sistema de Derechos Mineros*. Santiago de Chile: Thomson Reuters y Legal Publishing.



# Cesiones, enclaves del siglo XXI

## (*Cessions, the Enclaves on XXI Century*)

KENSY SANTOS MEDINA  
JOSÉ CRUZ SUÁREZ

### **Resumen**

*Esta ponencia, la hacemos con la intención de hacer una comparación, entre los enclaves del pasado, y las cesiones de territorios, por parte del gobierno a empresas privadas o estados extranjeros; y ver cómo tanto los enclaves y las cesiones de territorios, han estado estrechamente ligados al empobrecimiento de los países en los que se han desarrollado.*

*Los países más empobrecidos de Latinoamérica, son aún más vulnerados, por los países del “norte rico” que según, Brandt; Con este “Norte rico” no se hace referencia exclusivamente a aquellos países que están en el hemisferio norte, pero se entiende que estos, son quienes dominan a la mayoría de países del “sur empobrecido”. Aunque, Brandt, incluía en este “Norte” a países del hemisferio sur como Australia y Nueva Zelanda, el resto de países coincidían con la posición geográfica de los países, en el hemisferio norte.*

*Estos países Ricos, llegaban a países pequeños, como la región de Centroamérica, y establecían un dominio económico y territorial. Aunque durante mucho tiempo el dominio territorial cesó en parte, la dependencia economía que existe de los países “pequeños” es aun evidente, lo que los hace más propensos a aceptar acuerdos que afecten directamente a los conciudadanos.*

*Las expropiaciones a comunidades Garífunas en Honduras, es algo que ha venido sucediendo desde hace varios años, e inclusive hay condenas contra el estado de Honduras, el cual ha hecho oídos sordos a estas.*

*La creación de ciudades modelos, busca crear desarrollo en el lugar donde son establecidas, pero el costo de este, es la pérdida administrativa de grandes partes del territorio.*

**Palabras clave:** República bananera, Concesiones, Enclaves, Territorio, Tratados, Expropiación, Disputas territoriales, Comunidades, ZEDEs.

### **Abstract**

*We make this presentation with the intention of making a comparison, between the enclaves of the past and the cessions of territory, by the governments, to private companies and foreign states, nowadays. And see how both the enclaves and the cessions of territories have been closely linked to the impoverishment of the countries in which they have developed.*

*The poorest countries of Latin America, are even more vulnerable, by the countries of the “rich north” that according Brant; with this “Rich North” it doesn’t make a reference exclusively to those countries that are on the northern hemisphere, but we understand that this are the ones who dominates the majority of countries in the “impoverish south”. Although Brant includes in this “North” countries in the south hemisphere like Australia and New Zealand, the rest of the countries coincided with the geographical position of the countries, in the north hemisphere.*

*These rich countries arrived to small countries, such Central America region, and established an economic and territorial domain. Although for a long time the territorial dominance ceased in part, the economic dependence that existed on the “small” countries is still evident, that’s what makes them more susceptible to accept treats that directly affects to the citizens.*

*The expropriations to Garifuna’s communities on Honduras, is something that have been happening since a long time, and even there are convictions against the Honduras state, which has turned a deaf ear to them.*

*The creation of “Model cities”, seeks to create a development in the place where they are established, but the cost of it, is the administrative loss of large parts of the territory.*

**Key words:** Banana republic, Concessions, Enclaves, Territory, Treaties, Expropriation, Territorial disputes, ZEDEs.

## 1. INTRODUCCIÓN

A lo largo de la historia hemos visto como algunas naciones arrastran cadenas de pobreza, corrupción y dependencia, impuestas por estados extranjeros o por sus propios gobernantes, esto viene sucediendo desde tiempos lejanos. Estas cadenas se vuelven la razón del por qué estas no avanzan ni crecen, sino que se debilitan, hunden y demoran su desarrollo y fortalecimiento. Los países necesitan independencia, no solo palabras; necesitan una independencia real que no les mantenga en cautiverio y retrase su desarrollo. Las cesiones, como el enclave del siglo XXI, son solamente un recordatorio de cuánto poder se ha desprendido de las naciones para fortalecer el dominio de otras sobre sí mismas. En la siguiente investigación hacemos un recorrido por la historia de distintas naciones que una vez fueron sometidas de forma económica y política, por otros gobiernos, y que aún ahora no se han podido tener una verdadera independencia, de estos países, que mantienen un dominio sobre la mayoría de los países en la región. Durante los siglos XIX y XX, estas prometían desarrollo y gran avance, pero el desarrollo no se dio en tierras donde se trabajaba, sino para las grandes compañías extranjeras. Esto trae consigo las expropiaciones que no son más que la transferencia coactiva de la propiedad privada desde su titular al Estado, en otras palabras, el robo de las tierras de los que no tienen voz para hacer de ellas utilidad privada; estas tomadas de la mano a las cesiones territoriales que se han visto a lo largo de la región latinoamericana: desde el orgulloso México hasta la pequeña Honduras, alcanzando también a la magnífica Amazonía. Es pues la razón de nuestra ponencia es crear conciencia de que muy lejos de avanzar y crecer, estamos siendo engañados con la falsa esperanza de que al ceder nuestro territorio, libertad y autonomía estamos dejando ingresar al primer mundo a nuestras naciones cuando en realidad lo que obtenemos es el deterioro de lo nuestro.

## 1. RECUERDOS DE LOS ENCLAVES EN LA REGIÓN

“República bananera”, un término viejo con gran vigencia en gran parte de América Latina; al escuchar esto nos trasladamos rápidamente a la época

de los enclaves bananeros en Centroamérica pero el concepto en sí, va más allá. El escritor estadounidense O. Henry fue quien acuñó este término para referirse a países empobrecidos por la corrupción y políticamente inestables, como es el caso de algunos países de Centroamérica.

La gran influencia que los países del norte han tenido sobre los países de la región es evidente, quizás en ciertas épocas más que en otras, en Centroamérica, durante el siglo XIX y XX, existió un gran dominio por parte de las empresas bananeras y mineras.

Durante la década de 1860, aparecen las primeras plantaciones bananeras en la región; entre productores locales y extranjeros, exportaban la fruta a los Estados Unidos. En Centroamérica había algo en común, el litoral atlántico era propicio para la creación de grandes plantaciones bananeras, gracias a los caudalosos ríos que existen en esa parte del istmo.

Si bien estas plantaciones eran de productores locales, con el tiempo, buscando un mercado más amplio y teniendo como principal comprador a los Estados Unidos, los productores centroamericanos se “asocian” con compañías Norteamericanas. “A partir de 1901, los productores bananeros locales de Guatemala se convirtieron en tributarios de la United Fruit Company” (Posas, 1993).

## **2. CESIONES TERRITORIALES EN AMÉRICA LATICA**

Una cesión territorial es aquella que, por medio de un acuerdo o tratado (generalmente bilateral), cede parte del territorio de un país a otro, o cede la administración de territorio que estaba bajo su jurisdicción. “Cesión es la renuncia que hace un Estado, en favor de otro, de los derechos o títulos sobre un territorio en litigio o como compensación a una cesión de la otra parte”. (Moreno Guerra, 2020)

## **3. TERRITORIO CEDIDO DE MÉXICO A ESTADOS UNIDOS**

En Latinoamérica, si de ceder territorio hablamos, quizás el hecho más conocido es el de México a Estados Unidos en 1848. En su edición digital, el periódico norteamericano BBC nos dice (BBC NEWS MUNDO, 2016):

“Lo que hoy son California, Nevada, Utah, Nuevo México y Texas —estados de EE.UU. todos ellos— fueron en su día territorio mexi-

cano. Y también lo fueron partes de Arizona, Colorado, Wyoming, Kansas y Oklahoma.

Lo que obligó a esa transferencia de tierras fue el Tratado de Guadalupe-Hidalgo, oficialmente llamado Tratado de Paz, Amistad, Límites y Arreglo Definitivo entre los Estados Unidos Mexicanos y los Estados Unidos de América”.

#### **4. INTERCAMBIO TERRITORIAL DE ENTRE HONDURAS Y GRAN BRETAÑA**

En Centroamérica, sucedió algo similar, aunque este fue un cambio de territorio entre Honduras y Gran Bretaña, cuando Honduras cedió el territorio (llamado en ese momento) Honduras Británica a cambio de las Islas de la Bahía en el tratado entre ambos países en el año 1859.

#### **5. CANAL DE PANAMÁ**

Una de las más importantes vías de navegación marítima (si no es que la más importante) es el canal interoceánico ubicado en el corazón de Panamá. El canal de Panamá es una conexión que sirve para unir el Mar Caribe en el Océano Atlántico con el Océano Pacífico. “La Comisión del Canal de Panamá reemplazó a la antigua Compañía del Canal de Panamá, la cual junto a la antigua Zona del Canal y su gobierno, desapareció el primero de octubre de 1979. El 31 de diciembre, tal como lo requería el tratado, Estados Unidos transfirió el Canal a Panamá.” (Reseña Histórica del Canal de Panamá, 2020)

#### **6. TRATADO CLAYTON-BULWER**

Ephaim George Squier, un periodista, diplomático y autor de varios libros acerca del istmo centroamericano, fue uno de los artífices del tratado Clayton-Bulwer. Fue el encargado de convencer al gobierno británico, de firmar dicho tratado, pero;

##### **6.1 ¿Qué es el tratado Clayton-Bulwer?**

Fue un tratado firmado por los gobiernos de los Estados Unidos de América y del Reino Unido; tenían como fin neutralizar las influencias que

ambos países tenían e impedir que pudieran colonizar o controlar algún país de Centroamérica.

“la preocupación de las Islas de la Bahía, la toma del puerto de San Juan en Nicaragua y el protectorado de los indios mosquitos, por parte del Gobierno británico, llamaron la atención del gobierno de los Estados Unidos, que veía en tales hechos una positiva amenaza contra la soberanía e independencia de Centroamérica”. (Romulo Duron, 1896).

Manifestaciones oficiales y de la prensa en ese sentido, dieron, por consecuencia, la celebración del Tratado Clayton-Bulwer, firmado el 11 de abril de 1850 entre los Estados Unidos de América y la Gran Bretaña. Según el tratado: «Ni los Estados Unidos ni la Gran Bretaña podrán ocupar, fortificar, colonizar ni ejercer dominio sobre parte alguna de Centro-América, ni hacer uso de protectorado de ninguna clase”. (Romulo Duron, 1896)

Entre los puntos más destacados del tratado, estaba la prohibición de un uso exclusivo del canal hasta 1901, cuando ambos países firman un nuevo tratado, el cual deja sin valor al tratado Clayton-Bulwer. Lo que significaba que se le reconocía a Estados Unidos el derecho de construir un canal interoceánico a lo largo de América Central.

## **7. EXPROPIACIONES EN LA REGIÓN**

Cuando de expropiación se habla, la lógica y la ley nos hacen pensar en la utilidad pública que se busca obtener sobre un tramo de terreno que está bajo de dominio privado. Pero, ¿Qué pasa si una persona es afectada de sus posesiones, por causa de una utilidad privada?

No es novedad que existen muchas empresas extranjeras que llegan a un país en vías de desarrollo, pero muy rico en cuanto a recursos naturales se refiere. Estos territorios generalmente cuentan con asentamientos humanos, como pueblos nativos.

## **8. DISPUTAS TERRITORIALES EN LA AMAZONÍA**

Conocido como el pulmón del planeta, la selva de la amazonía es la más extensa del mundo, ubicada en el sur de América, se extiende sobre 9 países en esa parte del continente. “Los grandes proyectos de infraestructura en la Amazonia obedecen a diferentes objetivos. En primer lugar, carreteras, hi-



droeléctricas, puertos y otros emprendimientos, buscan garantizar el acceso, uso y control de vastas extensiones territoriales y de los recursos naturales existentes en la región a poderosos grupos económicos nacionales y extranjeros” (Carvalho, s.f.)

“Los proyectos de infraestructura son importantes para los tres países que disputan actualmente la hegemonía en América del Sur, en particular en la Pan-Amazonia: Brasil, China y Estados Unidos. A éstos países les interesa que los emprendimientos previstos se ejecuten efectivamente. Para China, por ejemplo, que necesita gran cantidad de minerales y de productos alimenticios, la Amazonia se ha vuelto uno de sus principales abastecedores” (Carvalho, s.f.). Es así como estos territorios, que han pertenecido a los pueblos nativos, son afectados para que grandes empresas multinacionales puedan explotar los recursos que ahí encuentran.

## 9. EXPROPIACIONES A TIERRAS INDÍGENAS

“Territorios indígenas de Honduras se encuentran en amenazados ya que al menos 137 concesiones mineras y de producción de energía e hidrocarburo se encuentran consolidadas en los poblados aborígenes.” (TeleSUR, 2019).

Myriam Talaba, presidenta de la comunidad indígena de Saladillos, sostuvo que en ningún momento el gobierno informó sobre el proyecto ni se dio ningún proceso de consulta previa, libre e informada. (Salina Grandes, 2019)

Por todo Latinoamérica podemos ver como los gobiernos, en lugar de velar por el bien de las comunidades indígenas, buscan beneficiar a las grandes empresas con los territorios que, incluso por ley, son propiedad de estas comunidades.

El despojo de los territorios indígenas forma parte de un modelo económico nacional orientado a la explotación de los recursos naturales que resguardan, lo que ha estimulado el arribo de inversiones extranjeras en el campo energético, petrolero y minero, principalmente. (Valladares de la Cruz, 2017)

En muchas ocasiones, los territorios ancestrales no son respetados por parte de los gobernantes en América Latina. Un ejemplo claro lo tenemos en la zona costera hondureña de “Triunfo de la Cruz”. Desde hace varios años, se ha venido incrementando un problema entre los pobladores y el Estado, problemas que inclusive han llegado hasta la Corte Interamericana de Derechos

Humanos, con sentencia a favor de la comunidad garífuna, pero que el Estado de Honduras hasta el día de hoy (2020) se niega cumplir.

“La secretaria del comité de tierras, en la comunidad de Triunfo de la Cruz y representante de la Organización Fraternal Negra de Honduras, (OFRANEH), Teresa Reyes, expresa que está muy claro que el Estado Hondureño no tiene voluntad política de cumplir la sentencia. Además asegura que en el año 2017, las autoridades hondureñas mandaron un informe a la Corte Interamericana asegurando que tenían muchos avances en el cumplimiento, sin embargo el mismo fue totalmente desapegado de la verdad.” (Radio Progreso, 2018)

## 10. ZONAS DE EMPLEO Y DESARROLLO ECONÓMICO

Estas zonas, generalmente conocidas como “ciudades modelo”, son ciudades altamente industrializadas dentro de un país, pero no están subordinadas a las leyes del país donde se encuentran. Aunque están sujetas al gobierno nacional, cuentan con un gran nivel de autonomía administrativa, económica, judicial y política.

## 11. ZEDE EN ECUADOR

El proyecto “ZEDE-QUITO”, primera ZEDE de la capital, fue aprobado por el Consejo Sectorial de la Producción el 05 de junio de 2018 y tiene como objeto desarrollar actividades industriales y logísticas de valor agregado en la zona sur oriental del Aeropuerto de Quito, en una extensión de 205 hectáreas aproximadamente. Conforme al cronograma que ha socializado el Municipio de Quito, se ha previsto que durante el 2019 se produzca la calificación de las empresas interesadas en convertirse en administrador de la ZEDE-Quito, mientras que la acreditación de las empresas que busquen constituirse en operadores dentro de la ZEDE

Toda persona natural o jurídica, pública, privada o mixta, nacional o extranjera podrá solicitar ante el Ministerio de Producción, Comercio Exterior, Inversiones y Pesca (MPCEIP) el ser calificado como Operadores para instalarse en la Zona Especial de Desarrollo Económico (ZEDE) y ejecutar actividades de diversificación industrial, desarrollo tecnológico, logístico o turístico, con incentivos tributarios y beneficios específicos.

OJO. NO  
CIERRA  
BIENRRRA  
BIENESTE  
PÁRR.

## **12. ZEDES EN HONDURAS**

En el país centroamericano, la creación de estas zonas ha sido de mucho conflicto, ya que la Constitución prohíbe la cesión del territorio hondureño a un país extranjero o a cualquier ente privado.

Está en proyecto la creación de varias de estas ciudades con la intención de atraer inversión y generar empleo, en zonas deshabitadas del país o en municipios que soliciten su conversión a ZEDE mediante referéndum.

Estas ZEDES son conocidas como un estado dentro de otro, lo que nos hace recordar a los enclaves en el pasado. Se venden con la idea de que servirán como zonas de generación de empleo; sin embargo, las experiencias de los enclaves bananeros y mineros que existieron en la región nos dejan en claro que estos asentamientos extranjeros no benefician a los pobladores locales, sino al contrario, muchas comunidades son y seguirán siendo expropiadas de sus terrenos.

## **13. LA MALA ADMINISTRACIÓN POR PARTE DEL GOBIERNO**

Las zonas de empleo y desarrollo económico son extensiones de tierra que existen dentro de un país pero que no pertenecen a este [país, retirado para evitar reiteración], partiéndolo en pedazos y cediéndolo tanto a Estados extranjeros como a empresas privadas. Se buscan países menos desarrollados, que técnicamente son más vulnerables debido a la mala calidad administrativa por parte del gobierno, ya que el mismo titular del gobierno en el poder ejecutivo, promueve las expropiaciones de asentamientos humanos, es zonas que pueden ser explotadas por empresas multinacionales. La soberanía con que cuentan estos territorios hace que el Estado pierda la administración de esa zona, por lo tanto ese territorio se pierde y queda bajo la influencia de otro; lo que nos hace pensar que en pleno siglo XIX, hemos regresado a la época de enclaves.

## **14. CONCLUSIONES**

1. Los enclaves en la región central del continente americano tuvieron un gran impacto no solamente en el aspecto económico, sino también político durante muchas décadas, entre finales del siglo XIX y principios del siglo XX. Desde entonces, los países del centro han sido evidentemente influenciados por los países del norte.

2. Durante toda la historia, muchos países han sufrido cambios en cuanto a la delimitación de su frontera: mientras un país busca aumentar su dimensión territorial, otro es sometido para ceder parte de su territorio; en ocasiones esto es de forma violenta, como las guerras o de forma pacífica, a través de tratados, en el que ambos países llegan a un acuerdo.
3. Estados Unidos, junto con algunos países europeos, han sido quienes más influencias han tenido sobre América Latina; Inclusive en la actualidad, hay muchas islas y territorios continentales (Como Guyana Francesa) en América, que aún están bajo dominios de países europeos como Francia, Países Bajos entre otros. En el pasado, Estados Unidos y Reino Unido tuvieron que llegar a un acuerdo para impedir que uno de los dos (en especial Reino Unido) tuviera sometido a un país centroamericano, ya que eran considerados los más vulnerados; acuerdo que llegó a su fin, en 1901.
4. En general, las expropiaciones por utilidad privada son situaciones que se ven muy a menudo, son parte del avance de los pueblos y la sociedad misma; ya sea para construir una carretera, un hospital o una escuela, el Estado tiene todo el derecho de destituir de la posesión de los terrenos a una persona, indemnizándola. En la actualidad, muchas personas han sido afectadas de sus posiciones para que una empresa privada pueda utilizar los terrenos, lo que vulnera el derecho a la propiedad privada por parte de los ciudadanos.
5. Teniendo el ejemplo y la experiencia vívida por los países centroamericanos en la época de los enclaves bananeros y mineros, entendemos que los asentamientos extranjeros en estos países no crean desarrollo y tampoco generan empleos importantes para el país donde se lleva a cabo la creación de las “zonas de desarrollo”.

## Referencias

- Posas, M. (1993). *Historia general de Centroamérica*. España. Sociedad Estatal Quinto Centenario.
- Moreno Guerra, L. Cesión. VLex. Retrieved 16 October 2020, from <https://vlex.ec/vid/-537937838>.
- BBC Mundo. (2016). Cuáles son los territorios de México que pasaron a manos de Estados Unidos y por qué. BBC Mundo. Retrieved 15 October 2020, from <https://www.bbc.com/mundo/noticias-america-latina-37294814>.

- Reseña Histórica del Canal de Panamá – Canal de Panamá. Micanaldepanama.com. (2020). Retrieved 16 October 2020, from <https://micanaldepanama.com/historia-del-canal/resena-historica-del-canal-de-panama/#:~:text=En%201903%2C%20Panam%C3%A1%20y%20Estados,trav%C3%A9s%20del%20Istmo%20de%20Panam%C3%A1.&text=La%20construcci%C3%B3n%20del%20Canal%20de,%3A%20ingenier%C3%ADa%2C%20saneamiento%20y%20organizaci%C3%B3n>.
- Tratado Clayton-Bulwer. Es.wikipedia.org. (2020). Retrieved 16 October 2020, from [https://es.wikipedia.org/wiki/Tratado\\_Clayton-Bulwer](https://es.wikipedia.org/wiki/Tratado_Clayton-Bulwer).
- Duron, R. (1896). Tipografía Nacional. Honduras literaria: Escritores en prosa. Departamento de Islas de la Bahía. Es.wikipedia.org. (2020). Retrieved 16 October 2020, from [https://es.wikipedia.org/wiki/Departamento\\_de\\_Islas\\_de\\_la\\_Bah%C3%ADa#Tratado\\_Lennox\\_Wyke-Cruz](https://es.wikipedia.org/wiki/Departamento_de_Islas_de_la_Bah%C3%ADa#Tratado_Lennox_Wyke-Cruz).
- Duron, R. (1896). Tipografía Nacional. Honduras literaria: Escritores en prosa. Tratado Clayton-Bulwer. Es.wikipedia.org. (2020). Retrieved 16 October 2020, from [https://es.wikipedia.org/wiki/Tratado\\_Clayton-Bulwer](https://es.wikipedia.org/wiki/Tratado_Clayton-Bulwer).
- Guilherme Carvalho, G. (2014). Amazonia: disputa territorial y conflictos | WRM en español. Wrm.org.uy. Retrieved 16 October 2020, from <https://wrm.org.uy/es/articulos-del-boletin-wrm/seccion1/amazonia-disputa-territorial-y-conflictos/>.
- Guilherme Carvalho, G. (2014). Amazonia: disputa territorial y conflictos | WRM en español. Wrm.org.uy. Retrieved 16 October 2020, from <https://wrm.org.uy/es/articulos-del-boletin-wrm/seccion1/amazonia-disputa-territorial-y-conflictos/>.
- TeleSUR - VP. (2019). Concesiones mineras amenazan tierras indígenas de Honduras. Telesurtv.net. Retrieved 16 October 2020, from <https://www.telesurtv.net/news/honduras-concesiones-mineras-amenazan-tierras-indigenas-20191104-0018.html>.
- Salinas Grandes: Morales pretende expropiar tierras de comunidades indígenas para el negocio empresarial. La Izquierda Diario - Red internacional. (2019). Retrieved 17 October 2020, from [https://carga.laizquierdadiario.com/Salinas-Grandes-Morales-pretende-expropiar-tierras-de-comunidades-indigenas-para-el-negocio?var\\_mode=calcul](https://carga.laizquierdadiario.com/Salinas-Grandes-Morales-pretende-expropiar-tierras-de-comunidades-indigenas-para-el-negocio?var_mode=calcul).
- Valladares de la Cruz, L. (2017). El despojo de los territorios indígenas y las resistencias al extractivismo minero en México. Valentina Gatti. Retrieved from <https://journals.openedition.org/eces/2291>
- Estado sigue incumpliendo sentencia a favor de comunidades garífunas | Radio Progreso. Radio Progreso. (2018). Retrieved 17 October 2020, from <https://wp.radioprogreso.net/estado-sigue-incumpliendo-sentencia-a-favor-de-comunidades-garifunas/>.

Carrera, C., 2019. ¿Qué Es La Zona Especial De Desarrollo Económico ZEDE-QUITO? [Online] Pérez Bustamante & Ponce. Available at: <<https://www.pbplaw.com/es/que-es-la-zona-especial-de-desarrollo-economico-zede-quito/>> [Accessed 17 October 2020].

Calificación de Operadores de Zonas Especiales de Desarrollo Económico | Ecuador - Guía Oficial de Trámites y Servicios. Gob.ec. (2020). Retrieved 17 October 2020, from <https://www.gob.ec/mpceip/tramites/calificacion-operadores-zonas-especiales-desarrollo-economico>.

Zona de empleo y desarrollo económico. Es.wikipedia.org. Retrieved 17 October 2020, from [https://es.wikipedia.org/wiki/Zona\\_de\\_empleo\\_y\\_desarrollo\\_econ%C3%B3mico](https://es.wikipedia.org/wiki/Zona_de_empleo_y_desarrollo_econ%C3%B3mico)



# Derechos de uso de agua en estado de emergencia nacional en Perú<sup>27</sup>

## *(Water Use Rights in a State of National Emergency in Peru)*

MARYCIELO MIRANDA CABRERA

### **Resumen**

*En el presente artículo, la autora brinda algunos alcances sobre el impacto del Estado de Emergencia Nacional declarado en nuestro país por el COVID-19, y demás normas emitidas, sobre los procedimientos administrativos seguidos en la Autoridad Nacional del Agua – ANA para el otorgamiento de los derechos de uso de agua en Perú. Para ello, describe de qué manera se reconocen los derechos de uso de agua en el país que sustentan los procedimientos administrativos ante la ANA y, luego, analiza de qué manera se ha realizado el otorgamiento de títulos habilitantes de uso de agua, en cuanto a su forma y plazos administrativos, durante el Estado de Emergencia Nacional en mención.*

**Palabras claves** Derechos de uso de agua – Estado de Emergencia Nacional – COVID-19 - plazos administrativos –virtualización.

### **Abstract**

*In this article, the author provides some information on the impact of the National State of Emergency declared in our country by the COVID-19, and other*

---

<sup>27</sup> El presente artículo fue elaborado con propósito de la ponencia del “III Congreso Latinoamericano de Estudiantes de Derecho Administrativo”, en el marco del Proyecto de Afianzamiento de la Investigación en Derecho Administrativo del Grupo de Investigación en Derecho Administrativo (GIDA), bajo la dirección del Profesor Paul Villegas Vega de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

*regulations issued, on the administrative procedures followed at the National Water Authority - ANA for the granting of water use rights in Peru. In order to do that, she describes how the water use rights are recognized in the country that support the administrative procedures at the ANA and, then, she analyzes how the granting of water use titles has been done, in terms of their form and administrative terms, during the mentioned National State of Emergency.*

**Key words:** *Water use rights - State of National Emergency - COVID-19 - administrative terms -virtualization*



## 1. INTRODUCCIÓN

El agua es un recurso esencial para la vida humana y el desarrollo de las actividades en la sociedad, siendo así objeto de estudio por las diferentes disciplinas como el Derecho Administrativo, que estudia la gestión de los recursos hídricos en nuestra sociedad desde los distintos escenarios y actores involucrados (Cairampoma & Villegas, 2015).

En atención a la esencialidad del recurso hídrico, se ha reconocido el derecho humano al agua en diversas normas internacionales, declaraciones y otros instrumentos normativos, de manera directa o indirecta, a partir del cual los Estados deben implementar mecanismos necesarios su protección, entendiéndolo como el derecho de todos a disponer de agua en cantidades y calidad suficientes para los respectivos usos en observancia de la disponibilidad y sostenibilidad del recurso hídrico (Ribeiro Do Nascimento, 2018).

Este aprovechamiento de los recursos hídricos por parte de los particulares ha sido reconocido en norma constitucional y legal en nuestro país. Así, se ha establecido en la Constitución Política del Perú que los recursos naturales, en los que están incluidos los recursos hídricos, son de patrimonio de la Nación del cual el Estado es soberano en su aprovechamiento, estableciéndose en ley orgánica las condiciones de su utilización y otorgamiento a los personas naturales y jurídicas (artículo 66).

Es así que, a través de la Ley Orgánica para el Aprovechamiento Sostenible de los Recursos Naturales - Ley N° 26821, se reconoce que los recursos naturales como los hídricos son componentes de la naturaleza susceptibles de aprovechamiento por el ser humano para la satisfacción de sus respectivas necesidades y con valor actual o potencial en el mercado (artículo 3).

Para el otorgamiento de derechos sobre los recursos naturales en mención, se ha establecido en la misma ley que las modalidades son establecidas por las leyes especiales de cada recurso natural a cambio de una retribución económica fijada por criterios económicos, sociales y ambientales en atención al uso sostenible de los mismos y bajo las condiciones, términos y plazos que así establezca la autoridad competente (artículo 19, 20, 21 y 28).

La ley especial que regula el uso y gestión de los recursos hídricos en nuestro país es la Ley de Recursos Hídrico – Ley N° 29338 (Ley, en adelante), junto al Reglamento de la Ley N° 29338 - Decreto Supremo N° 001-2010-AG (Reglamento, en adelante), cuya finalidad es regular el uso y gestión integrada de dichos recursos y bienes asociados, la actuación del Estado peruano y de los particulares involucrados en la misma para el otorgamiento de derecho que permita el efectivo uso del recurso hídrico (artículo I y II de la Ley; artículo 1 del Reglamento).

Este último es un recurso natural renovable, indispensable para la vida, insumo fundamental para las actividades del ser humano y estratégico para el desarrollo sostenible de nuestra sociedad (artículo 1 de la Ley; artículo 2 del Reglamento). Conforme se establece en la Ley, el agua comprende el de los ríos y sus afluentes desde su origen natural, de los cauces artificiales, de la acumulada en forma natural o artificial, de las ensenadas y esteros, de los humedales y manglares, de los manantiales, de los nevados y glaciares, de la residual, de la subterránea, de origen minero medicinal, del geotermal, de la atmosférica y de la proveniente de la desalación (artículo 5).

El otorgamiento de derechos de uso de estos recursos debe seguir los procedimientos administrativos establecidos por la autoridad administrativa competente, siendo esta la Autoridad Nacional del Agua (ANA, en adelante) que ejerce sus funciones a nivel nacional, a través de las Autoridades Administrativas del Agua, que son órganos desconcentrados, y las Autoridades Locales del Agua, que son unidades orgánicas de estas últimas (artículo 14 y 15 de la Ley; artículo 11, 21, 22 y 23 del Reglamento).

En el marco de dicha competencia, la Autoridad Nacional del Agua ha establecido procedimientos administrativos que los administrados deben seguir ante la Entidad para la satisfacción o ejercicio de sus intereses o derechos, los cuales están comprendidos en el Texto Único de Procedimientos Administrativos (TUPA, en adelante) de la Entidad, de conformidad con lo establecido en el artículo 32, 40.3, 41, 43 y 44 del Texto Único Ordenado de la Ley de Procedimiento Administrativo General – D.S. N° 004-2019-JUS (TUO de la LPAG, en adelante).

Es así que, a comienzos del 2020, la ANA estableció dieciséis (16) procedimientos administrativos estandarizados, compilados y sistematizados, en el TUPA de la Entidad, en el que se establece la forma de dichos procedimientos, plazos administrativos, documentos exigidos y pago por derechos de tramitación que los administrados debían seguir para el otorgamiento de derechos de usos de los recursos hídricos y demás actuaciones vinculadas a su competencia.

No obstante, debido a las consecuencias del COVID-19 en diferentes sectores y espacios sociales, la forma y plazos administrativos en los procedimientos administrativos a cargo de las entidades públicas en nuestro país, en las que está incluida la ANA, se habrían visto alterados a partir de Estado de Emergencia Nacional declarado por el gobierno peruano en atención a las graves circunstancias que afectaban (y continúan afectando) la vida a consecuencia del COVID-19 en nuestro país.

En ese sentido, en el presente artículo, determinaremos si el Estado de Emergencia Nacional declarado en nuestro país por el COVID-19 y demás normas emitidas a partir de ella han alterado la forma y plazos administrativos de los procedimientos administrativos a cargo de la ANA para el otorgamiento de derechos de uso de agua en el territorio peruano. Para ello, se ha dividido el presente artículo en dos (02) partes: en la primera, describimos el reconocimiento de los derechos de uso de agua en Perú que sustentan los procedimientos administrativos establecidos en el TUPA de la ANA; y, en la segunda parte, analizaremos de qué manera se ha venido realizando el otorgamiento de títulos habilitantes de uso de agua en cuanto a su forma y plazos administrativos, en el Estado de Emergencia Nacional declarado por el gobierno peruano.

## **2. RECONOCIMIENTO DE DERECHO DE USO DE AGUA EN PERÚ**

Conforme se ha mencionado previamente, el aprovechamiento de los recursos hídricos en el país se rige por lo establecido en la Ley y su Reglamento. En estos, se establece una serie de criterios y condiciones para obtener título habilitante que reconozca derecho de uso de agua para la utilización del recurso hídrico por parte de los particulares en nuestro país.

Así, se establece en la Ley una serie de principios que rigen el uso y gestión integrada de los recursos hídricos, de los cuales podemos destacar los siguientes por su vinculación con el otorgamiento de derechos de uso de agua (artículo III de la Ley):

- El principio de valoración del agua y de gestión integrada del agua, que precisa que el uso del agua debe basarse en una gestión integrada y en equilibrio al tener un valor sociocultural, económico y ambiental.
- El principio de prioridad en el acceso al agua, que se establece para la satisfacción de las necesidades primarias del ser humano antes que otros usos.

- El principio de seguridad jurídica, que se brinda a través de un régimen de derechos para el uso del recurso hídrico.
- El principio de sostenibilidad, que señala el deber del Estado de promover y controlar el aprovechamiento y conservación sostenible de los recursos hídricos.
- El principio de eficiencia, que el aprovechamiento de los recursos hídricos por parte de los usuarios y operadores debe ser eficiente en atención a su conservación en el marco de la gestión integrada de los mencionados recursos.

Estos principios se materializan en las disposiciones sobre usos de agua y los respectivos derechos de uso de agua, a partir de los cuales los particulares pueden realizar un efectivo uso del recurso hídrico y de conformidad con lo establecido en el Sistema Nacional de Gestión de los Recursos Hídricos (SNRH, en adelante), a través del cual se articula el accionar del Estado para la gestión integral de los recursos hídricos y realizar el aprovechamiento sostenible, conservación e incremento de los recursos hídricos (artículo 9 y 10 de la Ley).

La autoridad administrativa competente para observar el efectivo aprovechamiento de los recursos hídricos en el país por parte es los particulares es la ANA a través del otorgamiento de títulos habilitantes que reconozcan derechos de uso de agua. La ANA es constituida como el rector y máxima autoridad técnico-normativa del SNRH, y se encuentra adscrita al Ministerio de Agricultura como organismo técnico especializado (artículo 14 de la Ley; artículo 11 y 21 del Reglamento). En relación al otorgamiento de títulos habilitantes sobre usos de agua, podemos destacar algunas funciones de la ANA que han sido establecidas en el artículo 15 de la Ley y artículo 11, 20, 21, 22 y 23 del Reglamento:

- Proponer normas legales en materia de su competencia, emitir normas y establecer procedimientos para asegurar la gestión integral y sostenible de los recursos hídricos.
- Elaborar el método y determinar el valor de las retribuciones económicas por el derecho de uso de agua y por el vertimiento de aguas residuales en fuentes naturales de agua.
- Otorgar, modificar y extinguir derechos de uso de agua, previo estudio técnico, así como aprobar la implementación, modificación y extinción de servidumbres de uso de agua, a través de los órganos desconcentrados de la Autoridad Nacional.

- Conducir, organizar y administrar el Sistema Nacional de Información de Recursos Hídricos, el Registro Administrativo de Derechos de Agua, el Registro Nacional de Organizaciones de Usuarios y los demás que correspondan.
- Emitir opinión técnica previa vinculante para el otorgamiento de autorizaciones de extracción de material de acarreo en los cauces naturales de agua.
- Establecer los parámetros de eficiencia aplicables al aprovechamiento de dichos recursos, en concordancia con la política nacional del ambiente;
- Y demás funciones establecidas en la Ley y su Reglamento.

Estas funciones de la ANA son ejercidas a nivel nacional por medio de las Autoridades Administrativas del Agua (AAA, en adelante), que son órganos desconcentrados de la ANA y dirigen la gestión de los recursos hídricos en el ámbito territorial de su competencia; y de las Autoridades Locales del Agua (ALA, en adelante), que son unidades orgánicas de las AAA y que administran los recursos hídricos y los bienes asociados al agua en el ámbito territorial de su competencia (artículo 22 y 23 del Reglamento), en atención a la técnica organizativa de la Administración Pública así elegida para el desarrollo de sus funciones (Martín Mateo & Díez Sánchez, 2012). De manera que, en el marco de su competencia, la ANA es la autoridad administrativa competente para reconocer derechos de uso de agua a partir del otorgamiento de títulos habilitantes que les permita a los particulares el uso efectivo del recurso hídrico, ejerciendo así la actividad administrativa de limitación (u ordenadora) de la Administración Pública (Rebollo Puig, 2009).

Ahora bien, con el propósito determinar si el Estado de Emergencia Nacional declarado en nuestro país por el COVID-19 y demás normas emitidas a partir de ella alteraron –o no- la forma y plazos administrativos de los procedimientos administrativos a cargo de la ANA para el otorgamiento de derechos de uso de agua en el territorio peruano, será necesario conocer y reconocer en primer lugar los usos de agua y derechos de uso de agua que han sido reconocidos en Perú, los cuales serán descritos en las siguientes líneas.

La Ley y su reglamento han establecido condiciones generales para el uso de los recursos hídricos en atención a la sostenibilidad de los mismos en la sociedad, siendo estos que el otorgamiento de derechos de uso de agua debe realizarse en forma eficiente y con respeto a los derechos de los terceros, promoviendo el mantenimiento o mejora de las características físico-químicas del

agua, el régimen hidrológico en beneficio del ambiente, la salud pública y la seguridad nacional, así como en atención a las necesidades reales de la actividad a realizarse (artículo 34 de la Ley; artículo 54 del Reglamento).

En la normativa mencionada, se ha establecido tres (03) clases de uso de agua a partir de los cuales los particulares acceden al recurso hídrico para la satisfacción de sus respectivas necesidades: el uso primario, el uso poblacional y el uso productivo (o también conocidos de carácter primario, poblacional y productivo, según Cairampoma y Villegas), debiendo priorizar el uso en el orden mencionado (artículo 35 de la Ley; artículo 55 del Reglamento).

En primer lugar, el uso primario del agua implica la utilización directa del recurso hídrico; es decir, desde las fuentes naturales y cauces públicos del agua, con la finalidad de satisfacer necesidades primarias del ser humano como la preparación de alimentos, consumo directo, aseo personal, uso en ceremonias culturales, religiosas y/o rituales. Para el uso primario del agua, el particular no requiere de un título habilitante de la autoridad administrativa que lo habilite al acceso del recurso hídrico, siempre que su uso no tenga fin lucrativo, no altere las fuentes de agua en cantidad y calidad ni los bienes asociados al agua, y sea una utilización manual (artículo 36 y 37 de la Ley; artículo 56 del Reglamento).

En segundo lugar, el uso poblacional consiste en la extracción del agua de una fuente a través de la captación, tratamiento debido y distribución del agua, con el fin de satisfacer las necesidades humanas básicas como la preparación de alimentos y hábitos de aseo personal. Para el uso poblacional del agua, se requiere de un título habilitante por parte de la autoridad administrativa, en atención a las condiciones de seguridad, calidad y cantidad suficiente para la satisfacción de dichas necesidades personales y domésticas (artículo 39 y 40 de la Ley; artículo 58 del Reglamento).

Y, en tercer lugar, el uso productivo comprende la utilización del agua con carácter exclusivo en proceso de producción o previos a estos, con la finalidad de ser empleado en actividades agrarias pecuarias y agrícolas, acuícola y pesquero, energético, industrial, medicinal, minero, recreativo, turístico y de transporte, así como de cualquier otra actividad económica, siendo este el orden de prioridad ante concurrencia de solicitudes de acceso al agua para uso productivo. El ejercicio del uso productivo del recurso hídrico se debe realizar en atención a los pronósticos oficiales de la disponibilidad anual de agua que emita la ANA y planes de aprovechamiento de las disponibilidades hídricas para las demandas multisectoriales, así como de los parámetros de eficiencia y planes de adecuación aprobados por la ANA, las medidas de protección

ambiental, conservación y protección de la calidad de los recursos hídricos establecidas en los planes de gestión de recursos hídricos en la cuenca, de los requerimientos de agua en cantidad y oportunidad de los usuarios ubicados aguas abajo del punto de devolución del agua y otros que así disponga la ANA (artículo 42 y 43 de la Ley; artículo 61 y 62 del Reglamento).

Pues bien, sobre la base de estos usos de agua, se otorgan los títulos habilitantes que reconocen derechos de uso de agua. Así, conforme a la Ley y Reglamento, se tienen tres (03) clases de derechos de uso de agua: licencias, permisos y autorizaciones, los cuales deben ser garantizados en atención a la seguridad jurídica mencionada en líneas previas y son otorgados, suspendidos, modificados o extinguidos por la ANA (artículo 44, 45 y 46 de la Ley; artículo 64 y 69 del Reglamento) a los usuarios de agua, quienes pueden ser personas naturales o jurídicas, públicas o privadas, y quienes se encuentran facultados para uso de agua poblacional o productivo, según corresponda, debiendo ser ejecutados en cumplimiento de la actividad y lugar que fueron reconocidos por la ANA, bajo imposición de sanción en caso supuestos de infracción establecidos en la normativa (artículo 64, 65, 66 y 69 del Reglamento), debiendo entenderse como un “mercado de derechos de uso de agua” en donde se puede adquirir derechos de uso de agua y no sobre el recurso hídrico como tal (Embid Irujo, 2008).

En primer lugar, las licencias de uso de agua son derechos de uso de agua reconocidos por la ANA a usuario de agua, previa opinión del Consejo de Cuenca respectivo y constado en resolución administrativa, a través de la cual se establece el fin y lugar determinado a aprovecharse, con atención de los términos y condiciones preestablecidos en los dispositivos legales vigentes. Las licencias de uso pueden ser para uso consuntivo, que se consume con el desarrollo de la actividad, o para uso no consuntivo, que no se consumen con el desarrollo de la actividad. Entre sus características, se puede mencionar que se otorgan a su titular facultad para usar y registrar dotación anual de agua expresada en metros cúbicos que sea extraída de una fuente, pudiendo ejercer las acciones legales para su defensa; que su plazo es indeterminado mientras que subsista la actividad para la cual fue otorgada; que son intransferibles; entre otros establecidos en la normativa aplicable. La solicitud de las licencias de uso de agua debe cumplir con la presentación de los requisitos establecidos en la Ley, su Reglamento y el TUO de la LPAG sobre el inicio del procedimiento administrativo; y está sujeta al silencio administrativo negativo. El otorgamiento de esta licencia es por medio de resolución administrativa de la AAA de la ANA, la misma que debe consignar el volumen anual máximo asignado al titular y

desagregado en periodos mensuales o mayores de acuerdo a la disponibilidad que haya sido acreditada en el procedimiento de otorgamiento de la licencia en mención (artículo 47, 48, 50, 53 y 54 de la Ley; artículo 70, 71, 72, 73 y 74 del Reglamento).

En segundo lugar, los permisos de uso son derechos de uso de agua con duración indeterminada y de ejercicio eventual de épocas de superávit hídrico (que haya sido así declarado previamente por la autoridad administrativa competente) otorgados por la ANA a un usuario de agua, previa opinión del Consejo de Cuenca respectivo y constado en resolución administrativa, a través del cual se le reconoce la facultad de usar indeterminada cantidad de agua variable proveniente de una fuente natural, con excepción de las aguas residuales. Entre sus características, se puede mencionar que se otorgan a su titular facultad para usar el recurso hídrico cuando se haya declarado estado de superávit hídrico previamente; que son otorgados por un plazo indeterminado en tanto subsistan las condiciones de superávit hídrico así declarado; entre otros establecidos en la normativa aplicable. La solicitud de estos permisos debe cumplir con la presentación de la acreditación de ser propietario o poseedor legítimo del predio en el que hará uso eventual del recurso, así como del predio que deberá contar con las obras autorizadas de captación, conducción, utilización, avenamiento, medición y demás que fuesen necesarias para el uso eventual del recurso hídrico solicitado. Al otorgamiento de los permisos de uso de agua, así como la modificación y extinción de los mismos se les aplicará las disposiciones establecidas para el procedimiento administrativo establecido para las licencias de uso de agua (artículo 58, 59, 60 y 61 de la Ley; artículo 87, 88 y 89 del Reglamento).

Y, en tercer lugar, las autorizaciones de uso de agua son derechos de uso de agua de plazo no mayor de dos (02) años con posibilidad de prorrogar por única vez en plazo similar, reconocidos por la ANA al usuario de agua y constado en resolución administrativa, por medio del cual se le faculta para usar una cantidad anual de agua que cubra exclusivamente las necesidades de aguas derivadas o relacionadas directamente con la ejecución de estudios, ejecución de obras y lavado de suelos. La solicitud de autorización de uso de agua debe comprender una memoria descriptiva que identifique la fuente de agua, volumen requerido, actividad, lugar del uso y debe estar acompañada por los demás documentos establecidos en el reglamento. Para el otorgamiento de las autorizaciones de uso de agua, así como la modificación y extinción de las mismas se les aplicará las disposiciones establecidas para el procedimiento



administrativo para las licencias de uso de agua (artículo 62 y 63 de la Ley; artículo 89 del Reglamento).

En ese sentido, podemos señalar que, en Perú, se reconoció el aprovechamiento de los recursos hídricos en atención a su sostenibilidad en el SNRH, reconociendo –por un lado- el uso primario, poblacional y productivo como usos de agua y –por otro lado- la licencia, permiso y autorización de uso de agua como derechos de uso de agua otorgados al usuario de agua a través de los títulos habilitantes reconocidos por resolución administrativa obtenidos por procedimiento administrativo establecido en el TUPA de la ANA para su aprovechamiento.

### **3. OTORGAMIENTO DE TÍTULOS HABILITANTES DE USO DE AGUA EN ESTADO DE EMERGENCIA**

Conforme se ha señalado en el apartado previo, el otorgamiento de los títulos habilitantes que reconocen derechos de uso de agua deben seguir el procedimiento administrativo que se establezca en el TUPA de la ANA, entendiéndose por procedimiento administrativo aquel “cause formal de la función administrativa” en el que la Administración Pública emite un acto administrativo definitivo que responde a los intereses de los administrados, luego del cumplimiento de requisitos (Canosa, 2008).

En atención a ello, a comienzos del año 2020, la ANA había actualizado su TUPA, comprendiendo dieciséis (16) procedimientos administrativos estandarizados, compilados y sistematizados, incluidos los relacionados al otorgamiento de títulos habilitantes para el aprovechamiento de los recursos hídricos en el país.

No obstante, el pasado 15 de marzo de 2020, mediante Decreto Supremo N° 044-2020-PCM, el gobierno peruano había declarado el Estado de Emergencia Nacional por quince (15) días hábiles debido a las graves circunstancias que afectaban (y continúan afectando) la vida en nuestra sociedad a consecuencia del brote del COVID-19, el mismo que fue prorrogado por el Decreto Supremo N° 051-2020-PCM, Decreto Supremo N° 064-2020-PCM, Decreto Supremo N° 075-2020-PCM, Decreto Supremo N° 083-2020-PCM, Decreto Supremo N° 094-2020-PCM, Decreto Supremo N° 116-2020-PCM, Decreto Supremo N° 135-2020-PCM, Decreto Supremo N° 146-2020-PCM, Decreto Supremo N° 156-2020-PCM, Decreto Supremo N° 174-2020-PCM y Decreto Supremo N° 184-2020-PCM, y precisado por demás normas emitidas por el mismo gobierno.

Esta declaratoria de Estado de Emergencia Nacional en nuestro país por brotes del COVID-19 no resulta ser una respuesta irrazonable, sino –por el contrario- una razonable luego de que el Director General del Organismo Mundial de la Salud haya declarado emergencia de salud pública de importancia internacional. Y es que se trata de una enfermedad respiratoria que afecta gravemente la salud de las personas por los síntomas que generan e impactan negativamente en estas últimas, y cuya transmisión es de persona a persona a través del contacto personal con una persona infectada al toser o estornudar, o al tocar objetos o superficies contaminadas y, luego, tocarse la boca, la nariz o los ojos, según lo ha expresado así Organismo Mundial de la Salud y la Organización Panamericana de la Salud (2020).

La mencionada declaración de Estado de Emergencia no solo generó un gran impacto en el ámbito social, cultural, político y económico (Instituto Peruano de Economía, 2020), así como la dinámica de la Administración Pública, puesto que, en muchos casos, las entidades públicas no se encontraban preparadas para llevar a cabo sus labores en modalidad remota. Es así que, en el marco del Estado de Emergencia Nacional, el gobierno peruano estableció medidas excepcionales y temporales a fin de prevenir la propagación del COVID-19 en nuestro país.

Entre las medidas excepcionales y temporales dispuestas por el gobierno peruano, se estableció la suspensión de los plazos de los procedimientos administrativos a cargo de las entidades públicas, los que incluirían los procedimientos administrativos seguidos ante la ANA para el aprovechamiento de los recursos hídricos. Sin embargo, más allá de generar un estado de certidumbre sobre los administrados durante el Estado de Emergencia en atención a sus respectivos procedimientos administrativos, dicha suspensión de plazos administrativos habría generado problemas jurídicos que acentuaban la incertidumbre sobre su aplicación en los respectivos procedimientos administrativos (Huapaya & Sánchez Povis, 2020).

Así, a fin de analizar de qué manera se han aplicado la suspensión de plazos en los procedimientos administrativos seguidos en la ANA para el otorgamiento de los títulos habilitantes que reconocen derechos de uso de agua previamente señalados, será preciso observar la normativa que suspendió los plazos administrativos:

- **Decreto de Urgencia N° 026-2020 de fecha 15 de marzo de 2020:**

Se suspendió treinta (30) días hábiles el cómputo de plazos de tramitación de procedimientos administrativos sujetos a silencio positivo y negativo

que se encuentren en trámite a la entrada en vigencia del D.U. N° 026-2020. El plazo de suspensión es desde 16 de marzo hasta el 28 de abril de 2020.

La suspensión de plazos en mención no se aplica a aquellos que contaban con un pronunciamiento de la autoridad pendiente de notificación y aquellos procedimientos administrativos que hayan sido incluidos en la “lista de procedimientos no sujetos a suspensión”, por parte de los Ministerios del Poder Ejecutivo.

- **Decreto Supremo N° 076-2020-PCM de fecha 28 de abril de 2020:**

Se prorrogó quince (15) días hábiles la suspensión del cómputo de plazos de tramitación de los procedimientos administrativos sujetos a silencio positivo y negativo que se encuentren en trámite a la entrada en vigencia de este decreto supremos, previamente referido en el Decreto de Urgencia N° 026-2020. El plazo de prórroga es desde el 29 de abril hasta 20 de mayo de 2020.

- **Decreto de Urgencia N° 029-2020 de fecha 20 de marzo de 2020:**

Se suspendió treinta (30) días hábiles el cómputo de plazos de inicio y de tramitación de los procedimientos administrativos, así como de los procedimientos de cualquier índole, incluidos los regulados por leyes y disposiciones especiales, los que se encuentren sujetos a plazo, los que se tramiten en entidades del Sector Público, los que no estén comprendidos en los alcances de la Segunda Disposición Complementaria Final del Decreto de Urgencia N° 026-2020 y los que se encuentren en trámite a la entrada en vigencia del presente decreto de urgencia. El plazo de suspensión es desde el 21 de marzo hasta el 06 de mayo de 2020.

- **Decreto de Urgencia N° 053-2020 de fecha 05 de mayo de 2020:**

Se prorrogó quince (15) días hábiles la suspensión del cómputo de plazos de inicio y tramitación de los procedimientos administrativos y procedimientos de cualquier índole, incluso los que regulen por leyes y disposiciones especiales y los que se encuentran previstos en el artículo 28 del Decreto de Urgencia N° 029-2020. El plazo de prórroga de suspensión es desde el 7 de mayo hasta 27 de mayo de 2020.

La suspensión de plazos en mención no se aplica a aquellos que hayan sido incluidos en la “lista de procedimientos no sujetos a suspensión”, conforme al Decreto de Urgencia N° 026-2020 y sus prórrogas, así como al Decreto de Urgencia N° 029-2020 y sus prórrogas, con excepción de los procedimientos

iniciados de oficio, que haya sido emitida por los titulares correspondientes de las entidades públicas.

- **Decreto Supremo N° 087-2020 de fecha 20 de mayo de 2020:**

Se prorroga hasta el 10 de junio de 2020 la suspensión del cómputo de plazos de tramitación de los procedimientos administrativos sujetos a silencio positivo y negativo que se encuentran en trámite a la entrada en vigencia de la presente norma, conforme a lo regulado en el Decreto de Urgencia N° 026-2020, ampliado por el Decreto Supremo N° 076-2020-PCM. El plazo de prórroga de suspensión es desde 21 de mayo hasta 10 de junio de 2020.

Se prorrogar hasta el 10 de junio de 2020 la suspensión del cómputo de plazos de inicio y tramitación de los procedimientos administrativos y procedimientos de cualquier índole, incluso los regulados por leyes y disposiciones especiales previstos en el Decreto de Urgencia N° 029-2020, ampliado por el Decreto de Urgencia N° 053-2020. El plazo de prórroga es desde el 28 de mayo hasta 10 de junio de 2020.

La suspensión de plazos en mención no se aplica a aquellos que hayan sido incluidos en la “lista de procedimientos no sujetos a suspensión”, que emitan los titulares de las respectivas entidades de acuerdo con lo dispuesto en el Decreto de Urgencia N° 053-2020.

Es así que, a partir de la facultad de las entidades públicas adscritas a los Ministerios del Poder Ejecutivo de emitir “lista de procedimientos no sujetos a suspensión”, la ANA emitió la Resolución Jefatural N° 089-2020-ANA de fecha 27 de mayo de 2020 y publicada en el Diario Oficial El Peruano el pasado 28 de mayo de 2020, a través de la cual publicó el “Listado de procedimientos cuya tramitación no se encuentra sujeta a la suspensión de plazos (administrativos)” y precisó que la reanudación de los plazos administrativos sería a partir del día siguiente de publicada la mencionada resolución en el Diario Oficial El Peruano; es decir, desde el 29 de mayo de 2020 (artículo 1 y 3 de la Resolución Jefatural N° 089-2020-ANA).

En la lista emitida por la ANA, se ha incluido a los procedimientos administrativos vinculados al otorgamiento de derechos de uso de agua, tales como el de permiso de uso de agua, la autorización de uso de agua, entre otros vinculados. De manera que la suspensión de plazos establecida en el Decreto de Urgencia N° 026-2020, Decreto Supremo N° 076-2020-PCM, Decreto de Urgencia N° 029-2020, Decreto de Urgencia N° 053-2020 y Decreto Supremo N° 087-2020 solo se aplicó a los procedimientos administrativos para aprovechamiento de uso de agua desde el 16 de marzo de 2020, que tuvo efectos la

primera norma de suspensión de plazos administrativos, hasta el 28 de mayo de 2020, que fue un día antes de la reanudación de plazos administrativos en la ANA de acuerdo a la Resolución Jefatural N° 089-2020-ANA, generándose con ello una suspensión de plazos administrativos de dos (02) meses y medio aproximadamente.

En línea a lo mencionado, se debe destacar que, en la medida que el Estado de Emergencia Nacional por COVID-19 todavía no ha sido superada, habría generado un cambio en la forma de llevar a cabo los procedimientos administrativos por parte de las entidades públicas, tal como es el caso de la ANA en los que incluye a los procedimientos administrativos para el otorgamiento de los derechos de uso de agua en el país.

Así, conforme podemos observar en el TUPA de la ANA, el administrado debía iniciar el procedimiento administrativo a través de la presentación física del formulario correspondiente al procedimiento administrativo de interés, adjuntando los documentos requeridos en la Ley, Reglamento y el TUO de la LPAG y previo pago en efectivo del derecho de tramitación establecido en porcentaje (%) sobre el valor de la UIT (4 200 soles) en la caja de la entidad.

Como se puede observar, pese a las medidas establecidas por la ANA en el Plan de Vigilancia, Prevención y Control de COVID-19 para la reducción y minimización de eventual transmisión de la enfermedad en las instalaciones de la entidad a nivel nacional en el marco del “Protocolo de Seguridad, Prevención de Riesgos de contagio por COVID-19 y atención de salud de los servidores civiles de la Autoridad Nacional del Agua que retornan a labor luego de culminada la emergencia nacional”, aprobado por Resolución Jefatural N° 085-2020-ANA de fecha 16 de mayo de 2020, el trámite de los procedimientos administrativos que impliquen acudir a la respectiva entidad pública no resulta ser una opción considerada por el momento, en tanto se debe evitar la aglomeración de personas en un mismo espacio que promueva la transmisión del virus.

Es así que, conforme se reconoce en la Resolución Jefatural N° 089-2020-ANA de fecha 27 de mayo de 2020 previamente mencionada, la ANA puso a disposición de las entidades del Estado y ciudadanía en general la atención de la Mesa de Partes Virtual de la ANA a nivel nacional, para la realización de los diferentes trámites correspondientes a los procedimientos administrativos llevados a cabo en la entidad, a partir de la facultad que les reconoce el artículo 30 del TUO de la LPAG a las entidades públicas de realizar total o parcialmente los procedimientos administrativos a través de las tecnologías y medios electrónicos (o también conocidos como procedimientos administrativos

electrónicos), siempre que se respete los principios, derechos y garantías del debido procedimiento administrativo (Morón Urbina, 2019).

Entre los procedimientos administrativos a ser tramitados mediante Mesa de Partes Virtual de la ANA, se han incluido a los vinculados al otorgamiento de derechos de uso de recursos hídricos:

- Permiso de uso de agua
- Autorización de uso de agua
- Otorgamiento de licencia de uso de agua superficial o subterránea
- Entre otros establecidos en el Anexo de la mencionada Resolución Jefatural de la ANA.

De manera tal que, al virtualizar los procedimientos administrativos, la ANA cambió la forma en la que se llevaban a cabo los procedimientos administrativos seguidos ante la entidad pública en mención para el aprovechamiento de los recursos hídricos a través del otorgamiento de derechos de uso de agua en el país.

En ese sentido, el Estado de Emergencia Nacional no solo generó un cambio radical en los sectores sociales, económicos, culturales y políticos de nuestro país, sino que también implicó un cambio en el cómputo regular de los plazos de los procedimientos administrativos para el otorgamiento de derechos de uso de agua en Perú, así como en la forma de la tramitación de los mismos.

#### **4. CONCLUSIONES**

A partir de lo mencionado, podemos concluir que el Estado de Emergencia Nacional declarado en nuestro país por el COVID-19 y demás normas emitidas a partir de ella generaron un cambio en el cómputo regular de los plazos administrativos para el otorgamiento de derechos de uso de agua en el territorio peruano, así como un cambio en la forma para tramitarlos.

No obstante, pese a los cambios en cuanto al cómputo de plazo administrativos regular y la forma (o plataforma) de tramitación, el aprovechamiento de los recursos hídricos en el Perú para la satisfacción de las necesidades del ser humano y actividades en la sociedad no habrían sido vulnerados, toda vez que la suspensión de plazos administrativos no puso en posición de desventaja al administrado y que la virtualización de dichos procedimientos permite la continuidad de las solicitudes para los derechos de uso de agua en nuestro país.

Por tanto, desde la ANA, se ha procurado el aprovechamiento efectivo de los recursos hídricos, mediante la no afectación del cómputo de plazos administrativos y la plataforma web puesta a disposición por la entidad pública en mención para el otorgamiento de los derechos de uso de agua con propósito de la realización de las distintas actividades vinculadas a los usos de agua establecidos en la norma aplicable dentro del Estado de Emergencia Nacional por COVID-19 en Perú.

## Referencias

- Cairampoma, A., & Villegas, P. (2015). El régimen jurídico para el aprovechamiento de recursos hídricos en el Perú. *Actas de Derecho de Aguas*, 5, 21–31.
- Canosa, A. (2008). *El procedimiento administrativo: recursos y reclamos*.
- Embid Irujo, A. (2008). *Asignación del agua y gestión de la escasez en España: los mercados de derechos de aguas* (pp. 1–15).
- Huapaya, R., & Sánchez Pavis, L. (2020). *Reflexiones de urgencia (y posibles soluciones) respecto a la suspensión de los plazos de procedimientos administrativos en el marco del estado de emergencia declarado a causa del Covid-19*. IUS 360. <https://ius360.com/publico/administrativo/reflexiones-de-urgencia-y-posibles-soluciones-respecto-a-la-suspension-de-los-plazos-de-procedimientos-administrativos-en-el-marco-del-estado-de-emergencia-declarado-a-causa-del-covid-19/>
- Instituto Peruano de Economía. (2020). *Informe IPE. Décimo quinto informe: análisis del impacto económico del COVID-19 en el Perú*. <https://www.ipe.org.pe/portal/wp-content/uploads/2020/06/INFORME-IPE-15.pdf>
- Martín Mateo, R., & Díez Sánchez, J. J. (2012). La organización administrativa. In *Manual de Derecho Administrativo* (pp. 123–138).
- Morón Urbina, J. C. (2019). Procedimiento administrativo electrónico. In *Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo* (Gaceta Jur, pp. 353–363).
- OPS/OMS. (2020). Orientaciones para comunicar sobre la enfermedad por el coronavirus 2019. In *Ops/Oms*. <https://www.paho.org/es/documentos/covid-19-orientaciones-para-comunicar-sobre-enfermedad-por-coronavirus-2019>
- Rebollo Puig, M. (2009). La actividad de limitación. In *Lecciones y materiales para el estudio del Derecho Administrativo* (Iustel, pp. 13–45).
- Ribeiro Do Nascimento, G. A. (2018). The right to water and its protection in the context of the inter American court of human rights. *Estudios Constitucionales*, 16(1), 245–280. <https://doi.org/10.4067/S0718-52002018000100245>

*- Parte IV -*  
**DERECHO ADMINISTRATIVO  
SANCIONADOR**





# **El ejercicio del control constitucional difuso en el Perú por la inaplicación en sede administrativa del artículo 46 de la Ley de Fortalecimiento de la Contraloría General de la República**

*(The Exercise of Diffuse Constitutional Control in Peru Due to the Non-Application in Administrative Headquarters of Article 46 of the Law for the Strengthening of the Office of the Comptroller General of the Republic)*

LUIS CLEMENTE RAMIREZ MOSCOSO

## **Resumen**

Cualquier órgano público debería encontrarse facultado de ser un intérprete cualificado de la Constitución al cumplir y hacer cumplir textos legales, especialmente al advertir vulneraciones a principios constitucionales que afectan los derechos fundamentales de los administrados. Sin embargo, al surgir el conflicto entre la ley y la Norma Suprema, el Tribunal Constitucional retrocedió en su postura inicial de confiarle a la administración pública el ejercicio del control difuso para inaplicar una ley por contravenir la Constitución (Tribunal Constitucional, Sentencia Nro. 3741-2004-AA/TC, 2006), sosteniendo que dicho precedente desnaturaliza una competencia otorgada exclusivamente por la Constitución al Poder Judicial, y que extender su ejercicio a quienes no están incurso en la función jurisdiccional implicaría un peligroso nuevo paradigma de poder para los órganos colegiados administrativos, “decidir que solamente

la ley constitucional es ley” (Tribunal Constitucional, Sentencia Nro. 4293-2012-PA/TC, 2014).

Actualmente, la Contraloría General de la República enfrenta precisamente dicho dilema en razón que tiene procedimientos administrativos sancionadores en trámite bajo el amparo del artículo 46 de la Ley de Fortalecimiento (Ley 30742 de 2018) que reproduce íntegramente las disposiciones del artículo 46 de la Ley que le otorgó facultades para sancionar en materia de responsabilidad administrativa funcional (Ley 29622 de 2011) declaradas inconstitucionales en la Sentencia Nro. 020-2015-PI/TC (Tribunal Constitucional, 2019). Situación que se agrava porque al ser consultado sobre los efectos que tendría la citada sentencia respecto a los hechos que configuran infracciones bajo el alcance de la potestad sancionadora de la Contraloría ocurridos a partir de la vigencia de la Ley de Fortalecimiento, el máximo intérprete de la Constitución concluyó que: “No ha emitido pronunciamiento alguno sobre la Ley 30742” (Sentencia Nro. 00020-2015-PI/TC, Auto aclaratorio Nro. 4, Tribunal Constitucional, 2019).

En ese sentido, ante el silencio del Tribunal Constitucional y sin la facultad de ejercer control difuso en sede administrativa, la Contraloría se encontraría obligada a cumplir el mandato legal de ejercer su potestad sancionadora, pero con una disposición inconstitucional que vulnera los principios de legalidad y tipicidad afectando los derechos de los administrados sometidos a su procedimiento administrativo sancionador.

**Palabras clave:** Potestad sancionadora del Estado, derecho administrativo sancionador, Contraloría General de la República, control difuso, Tribunal Constitucional, Corte Interamericana de Derechos Humanos.

#### Abstract

Any public body should be empowered to be a qualified interpreter of the Constitution when complying with and enforcing legal texts, especially when noting violations of constitutional principles that affect fundamental rights. However, when the conflict between the law and the Supreme Norm arose, the Constitutional Court backtracked in its initial position of entrusting the public administration with the exercise of diffuse control not to apply the law for contravening the Constitution (Constitutional Court, Sentence Nro. 3741-2004-AA/TC, 2006), arguing that said precedent distorts the scope of a competence granted exclusively by the Constitution to the Judiciary, and that extending its exercise to those who are not involved in the judicial function would imply a dangerous new paradigm of power for the administrative collegiate bodies, deciding that only constitutional law is law (Constitutional Court, Sentence Nro. 4293-2012-PA/TC, 2014).

Currently, the Office of the Comptroller General of the Republic faces precisely this dilemma, related to administrative sanctioning procedures in process under the protection of Article 46 of Law No. 30742 (Law of Strengthening of the Office of the Comptroller General of the Republic), which fully reproduced the provisions of Article 46 of Law No. 29622 (Law that granted powers to the

*Comptroller's Office to sanction in matters of functional administrative responsibility) declared unconstitutional by the Constitutional Court in Sentence No. 020-2015-PI / TC. This situation became more serious when, questioned about the effects that the aforementioned sentence would have regarding the facts that constitute infractions within the scope of the sanctioning power of the Comptroller's Office that occurred as of the entry into force of Law of Strengthening, the highest interpreter of the Constitution, in its clarifying order, concluded that: "It has not issued any pronouncement on Law 30742" (Sentence Nro. 00020-2015-PI/TC, Clarifying Order Nro. 4, Constitutional Court, 2019). Because of this, due to the silence of the Constitutional Court and without the power to exercise diffuse control in administrative headquarters, the Comptroller's Office would be obliged to comply with the legal mandate to exercise its sanctioning power, but with a provision unconstitutional that violates the principles of legality and typicity, affecting the rights of those subject to its administrative sanctioning procedures.*

**Key words:** *Sanctioning power, Administrative law penalties, Comptroller General of the Republic, diffuse control, Constitutional Court, Inter-American Court of Human Rights.*

## 1. INTRODUCCIÓN

La fuente que delimita la forma en la que el Estado ejerce el poder sobre los ciudadanos dentro de su territorio es la Constitución. El Perú al ser un Estado Social, Democrático de Derecho que se rige por los principios de supremacía de la Constitución, legalidad y división de poderes ha constituido sus propios mecanismos de control y equilibrio del poder. La supremacía constitucional vincula y somete a todos por igual, al que gobierna y a los gobernados, al que manda y al que obedece, así como al intérprete que custodia la Constitución. Por su parte, la legalidad constituye el parámetro que contiene la actuación del poder público, indispensable para prevenir el autoritarismo y la injusticia, reforzando en su ejercicio prudente la fidelidad del ciudadano con el Estado. Finalmente, el principio de división de poderes que no implica la repartición del poder entre órganos del Estado (en razón que el poder al emanar del pueblo es original, unitario e indivisible) sino que la Constitución al delegarlo en cada uno de los organismos constitucionalmente autónomos busca limitarlo a su proporcional empleo a los temas de su competencia, con esto, salvaguarda que ninguno pueda hacer un uso arbitrario del poder que le ha sido confiado.

Partamos de una idea clara: el control constitucional no es una facultad que se ejerza actualmente en sede administrativa en el Perú, más bien, es una competencia regulada expresamente para el Poder Judicial y el Tribunal Constitucional. Sin embargo, el Estado Convencional, Constitucional y Democrático de Derecho cuestiona precisamente una clásica idea kelseniana: Un guardián exclusivo de la Constitución.

El Tribunal Constitucional peruano, para dejar sin efecto su decisión inicial de confiar el control constitucional difuso a Tribunales Administrativos, sostuvo como principales argumentos el quebrantamiento del equilibrio de poderes, la inexistencia de un procedimiento de consulta para revisar el control ejercido por los Tribunales Administrativos, así como la afectación al sistema dual de jurisdicción constitucional. Sin embargo, no se detuvo a analizar que la defensa de los derechos fundamentales no se reduce a la actividad de la jurisdicción constitucional, por el contrario, está absolutamente determinada por la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos para

todos los operadores del Estado. Por lo que no existe un impedimento en sede Convencional para que la autoridad administrativa también pueda ser un guardián de la Constitución y velar por la defensa de los derechos fundamentales en los procedimientos administrativos sancionadores.

Si los derechos fundamentales no alcanzan a ser garantizados de manera oportuna, su validez quedaría en entredicho como consecuencia de su ineficacia. Así, el control constitucional difuso en sede administrativa es una propuesta que permite cubrir (jamás suplir) los vacíos que no alcanza a proteger de manera eficiente el Tribunal Constitucional ni el Poder Judicial. El presente artículo plantea un control complementario de constitucionalidad por parte de la administración pública, concretamente, de un organismo constitucionalmente autónomo como es la Contraloría General de la República en el Perú, y cuya interpretación sea finalmente controlada por la jurisdicción constitucional.

## **2. EL PROBLEMA EN LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA: ¿CUMPLIR CON EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD O TUTELAR LOS DERECHOS FUNDAMENTALES VÍA CONTROL CONSTITUCIONAL?**

En la Sentencia Nro. 3741-2004-AA/TC y su aclaración (Tribunal Constitucional, 2006) el Supremo Intérprete estimulado por la corriente de un nuevo constitucionalismo estableció como precedente vinculante que todo Tribunal u órgano colegiado de la administración pública con carácter nacional, adscrito al Poder Ejecutivo, y que impartiera “justicia administrativa” tenía la facultad y el deber de preferir la Constitución e inaplicar una disposición infraconstitucional cuando interprete que ella vulnera manifiestamente la Norma Suprema sea por la forma o por el fondo al pronunciarse sobre derechos fundamentales de los administrados, reconociendo lo que se denominó el ejercicio de control constitucional difuso en sede administrativa.

Sin embargo, ocho años después en la Sentencia Nro. 4293-2012-PA/TC (Tribunal Constitucional, 2014) dejó sin efecto el precedente vinculante de control difuso en sede administrativa, estableciendo que el mismo es una facultad intrínsecamente jurisdiccional que se extrae de los artículos 3, 38, 43, 51, y específicamente de la literalidad del artículo 138 de la Norma Suprema. Por ello, resulta consustancial a la supremacía de la Constitución que este poder-deber, en principio, sea ejercido exclusivamente por los jueces, quienes decidirán si corresponde o no inaplicar una ley por contravenir la Constitución para resolver un caso en concreto.

El retroceso en la postura del precedente estuvo guiado por las siguientes causas: la preocupación del Tribunal Constitucional de afectar el sistema de control dual de jurisdicción constitucional, desnaturalizando una competencia otorgada por la Constitución al Poder Judicial y al propio Tribunal Constitucional al extender su ejercicio a órganos administrativos no incursos en la función jurisdiccional quienes carecen de reconocimiento expreso para ejercer el control difuso de constitucionalidad; así como en la desnaturalización de la supremacía normativa de la Constitución como consecuencia de la inexistencia de un mecanismo de revisión del control constitucional realizado por los Tribunales Administrativos, posicionándolos en una aparente superioridad frente a los jueces quienes deben elevar en consulta sus decisiones a la Sala Constitucional y Social de la Corte Suprema de Justicia de la República con la finalidad de custodiar, precisamente, la validez de su interpretación e incluso un control inmediato sobre la actuación del legislador al desvirtuar la constitucionalidad de una ley consensuada, aprobada y publicada para su cumplimiento; y finalmente, la ruptura en el equilibrio de poderes, el mayor peligro que representaba el nuevo paradigma de poder para los órganos colegiados administrativos, decidir que solamente la ley constitucional es ley.

Actualmente en el Perú, el control difuso de la Constitución corresponde a su original depositario, el Poder judicial. Por lo que, para los Tribunales Administrativos, no es posible dejar de cumplir el mandato expreso de la ley interpretando su inconstitucionalidad, a pesar de advertir una manifiesta contravención a la Constitución. En ese sentido, frente a la vulneración por parte de la ley de los derechos fundamentales de un administrado sometido a un procedimiento sancionador, la autoridad administrativa tiene dos caminos: seguir resignándose en silencio a cumplir con el mandato expreso de ley esperando un eventual control judicial para el caso en concreto o asumir un rol proactivo en la defensa de los derechos fundamentales e inaplicar la ley motivando su decisión para un control constitucional posterior.

El problema jurídico se plantea respecto a si la Contraloría, a partir de la defensa de los derechos fundamentales, debería estar facultada para inaplicar en sede administrativa disposiciones contrarias a principios constitucionales o si aquello constituye un poder ajeno a la esfera de su competencia. ¿Cuáles son los fundamentos que sostienen el ejercicio del control constitucional difuso en el Perú?, ¿La Contraloría cuando ejerce su potestad sancionadora debería encontrarse facultada de proteger los derechos fundamentales de los administrados inaplicando una disposición manifiestamente inconstitucional?

Para Viveiros (2011) en principio: “cualquier órgano público puede -y a veces debe- ser un intérprete cualificado de la constitución en la aplicación de textos legales” (p. 210), sobre todo cuando advierte un conflicto flagrante de la ley frente a principios constitucionales afectando derechos fundamentales de los administrados.

No obstante, lo que viene ocurriendo en el Perú desde el año 2019 es que a partir de la Sentencia Nro. 020-2015-PI/TC, la Contraloría General de la República enfrenta, a la fecha, un dilema constitucional en razón que existen hechos de inconducta funcional sometidos a su competencia sancionadora bajo el amparo de la Ley de Fortalecimiento que reprodujo íntegramente las disposiciones declaradas posteriormente inconstitucionales del artículo 46 de la Ley Nro. 29622. Problema que se agudiza a causa de que el propio Tribunal Constitucional, al ser consultado sobre los efectos que tendría su sentencia respecto a los hechos que configuran infracciones bajo el alcance de la potestad sancionadora de la Contraloría ocurridos a partir de la vigencia de la Ley de Fortalecimiento, concluyó que: “únicamente evaluó la constitucionalidad de las disposiciones de la Ley 29622, que fueron cuestionadas a través de la demanda recaída en autos. No ha emitido pronunciamiento alguno sobre la Ley 30742” (Sentencia Nro. 00020-2015-PI/TC, Auto aclaratorio Nro. 4, Tribunal Constitucional, 2019).

En ese sentido, la Contraloría se encontraría obligada a cumplir el mandato legal de ejercer su potestad sancionadora, pero con una disposición que vulnera los principios constitucionales de legalidad y tipicidad afectando los derechos fundamentales de los administrados sometidos a su procedimiento administrativo sancionador.

Como se puede advertir el debate del control difuso en sede administrativa continúa siendo provocador, después de todo la administración pública tiene el corsé de cumplir el mandato expreso de ley sin poder inaplicarla para el caso en concreto, bajo responsabilidad. Esto resulta coherente si consideramos que el control de la legalidad de la decisión administrativa y la proporcionalidad de la sanción termina siendo una facultad del juez en el proceso contencioso administrativo, pero esta lógica reduce a la autoridad administrativa a un simple espectador de la arbitrariedad frente a la conculcación de derechos. Considero que es posible plantear una nueva propuesta de control difuso en sede administrativa a partir de la normativa existente, que atienda la preocupación de la doctrina, armonizando los disímiles criterios de la jurisprudencia constitucional peruana en concordancia con las sentencias de la Corte Interamericana de

Derechos Humanos. De esta manera, la Contraloría alcanzaría a convertirse en un juez sin toga que contribuya en la defensa de los derechos fundamentales.

### **3. LA POTESTAD SANCIONADORA DE LA CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA DEL PERÚ**

La Contraloría General de la República es una entidad descentralizada de Derecho Público que goza de autonomía conforme a su ley orgánica. Es el órgano superior del Sistema Nacional de Control. Supervisa la legalidad de la ejecución del Presupuesto del Estado, de las operaciones de la deuda pública y de los actos de las instituciones sujetas a control. (Artículo 82, Constitución Política del Perú, 1993).

El 22 de julio del 2002 entró en vigencia la Ley Nro. 27785, Ley Orgánica del Sistema Nacional de Control y de la Contraloría General de la República, en su versión primigenia, le encargaba a la máxima autoridad de la Entidad auditada la responsabilidad de procesar e imponer la sanción administrativa que corresponda a los funcionarios y servidores públicos comprendidos en los hechos irregulares descritos en los informes de control (artículo 11).

Sin embargo, la realidad demostró que confiarle a la propia Entidad auditada la responsabilidad de iniciar un procedimiento administrativo sancionador en contra de sus servidores y funcionarios públicos, no era lo más sensato:

Durante el periodo del 2001 al 2010, de un total de 466 informes de Contraloría identificando responsabilidades de naturaleza administrativa funcional, las Entidades sólo en el 34% de los casos iniciaron procedimientos administrativos sancionadores, quedando el 27.04% en proceso de implementación, y 38.96% en pendientes. (Dictamen del Proyecto Ley Nro. 4210/2010-CGR, 2010).

El elevado porcentaje de informes de control en los que la Entidad auditada no atendía las observaciones de la Contraloría para el deslinde de responsabilidad administrativa, traía como consecuencia la prescripción de presuntos hechos irregulares, se aminoren sanciones en contra de los involucrados o se recurra incluso a la absolución a pesar de existir un grave perjuicio del Estado, ello alimentaba una sensación de impunidad que estimulaba a malos elementos, afectaba directamente la lucha contra la corrupción, y minaba la confianza de la ciudadanía en sus Instituciones. Por estas razones, la Contraloría General de la República propuso la modificación de Ley Nro. 27785.



**4. LEY QUE AMPLIÓ LAS FACULTADES DE LA CONTRALORÍA PARA SANCIONAR EN MATERIA DE RESPONSABILIDAD ADMINISTRATIVA FUNCIONAL**

El 6 de abril del 2011 entró en vigencia la Ley Nro. 29622 que modificó la Ley Orgánica de la Contraloría ampliando sus facultades para procesar y sancionar supuestos de responsabilidad administrativa funcional. Fue con la Ley Nro. 29622 que se incorporó un nuevo modelo de procedimiento administrativo sancionador para ejercer la potestad sancionadora del Estado, su artículo 46 estableció las conductas infractoras en las que podrían incurrir los servidores y funcionarios públicos por contravenir el ordenamiento jurídico administrativo y las normas internas de la Entidad a la que pertenecen.

El último párrafo del citado artículo precisó que:

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. Por lo que, el Poder Ejecutivo a través de la Presidencia del Consejo Ministros emitió el catálogo de conductas infractoras mediante Reglamento aprobado por el Decreto Supremo Nro. 023-2011-PCM (artículo 46, Ley 29622, 2011).

**5. LEY DE FORTALECIMIENTO DE LA CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA Y DEL SISTEMA NACIONAL DE CONTROL**

El 28 de marzo del 2018 se publicó la Ley Nro. 30742, Ley de Fortalecimiento de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control, la cual tiene como objetivo modernizar, mejorar y asegurar el ejercicio oportuno, efectivo y eficiente del control gubernamental, así como de optimizar sus capacidades sancionadoras orientadas a la prevención y lucha contra la corrupción. A partir de la delegación Reglamentaria prevista en la Ley de Fortalecimiento, el 6 de abril del 2018, entró en vigencia la Resolución de Contraloría Nro. 100-2018-CG, con el nuevo “Reglamento de infracciones y sanciones para la determinación de la responsabilidad administrativa funcional derivada de los informes emitidos por los órganos del sistema nacional de control”, el cual se encuentra en vigencia a la fecha.

**6. CONDUCTAS INFRACTORAS DESCRITAS EN LOS ARTÍCULOS 46 DE LA LEY NRO. 29622 Y LA LEY NRO. 30742**

En el siguiente cuadro comparativo podemos advertir con claridad que el legislador reprodujo íntegramente las conductas infractoras previstas en el artículo 46 de la Ley que amplió las facultades de la Contraloría para sancionar en materia de responsabilidad administrativa funcional al remitirlas en el artículo 46 de la Ley de Fortalecimiento.

**Tabla 1: Cuadro comparativo de las conductas infractoras de la Contraloría.**

Ley Nro. 29622	Ley Nro. 30742
<p><b>Artículo 46.- Conductas infractoras</b></p> <p>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:</p> <p>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.</p> <p>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.</p> <p>c) Realizar actos persiguiendo un fin prohibido por ley o reglamento.</p> <p>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.</p> <p>El reglamento describe y especifica estas conductas constitutivas de responsabilidad administrativa funcional (...)</p>	<p><b>Artículo 3.</b> Modificación de diversos artículos de la Ley 27785, Ley Orgánica del Sistema Nacional de Control y de la Contraloría General de la República. <b>Modifícase</b> (...) los artículos <b>46</b> (...) de la Ley 27785: (...)</p> <p><b>Artículo 46.- Conductas infractoras</b></p> <p>Constituyen conductas infractoras graves o muy graves en materia de responsabilidad administrativa funcional, sujetas a la potestad sancionadora de la Contraloría General, las siguientes:</p> <p style="text-align: center;">[...]</p> <p>Mediante reglamento aprobado por resolución del titular, se describen y especifican estas conductas, constitutivas de infracciones graves o muy graves en materia de responsabilidad administrativa funcional sujetas a la potestad sancionadora de la Contraloría General. Estas infracciones pueden ser determinadas de forma objetiva, en los casos señalados en dicho reglamento. La sanción de las demás conductas constitutivas de responsabilidad administrativa funcional derivadas de los informes de control es de competencia de cada entidad.</p>

*Fuente: Elaboración propia.*

**7. LA INCONSTITUCIONALIDAD DE LAS CONDUCTAS INFRACTORAS DE LA CONTRALORÍA DESCRITAS EN EL ARTÍCULO 46 DE LA LEY NRO. 27785 INCORPORADAS MEDIANTE LA LEY NRO. 29622**

El 20 de agosto de 2015 el Colegio de Abogados de Arequipa interpuso una demanda de inconstitucionalidad contra la Ley Nro. 29622 que modificó la Ley Nro. 27785 sosteniendo que se vulneraba, entre otros, los principios de legalidad y tipicidad, los cuales se aplican tanto en el ámbito del derecho penal, como también en el derecho administrativo sancionador (Sentencias 02050-2002-AA/TC, 02192-2004-PA/TC y 00156-2012-PHC/TC). El 26 de abril de 2019 en el Diario Oficial El Peruano, se publicó la Sentencia Nro. 020-2015-PI/TC declarando: “(...) FUNDADA EN PARTE la demanda de inconstitucionalidad; en consecuencia, INCONSTITUCIONAL el artículo 46 de la Ley 27785, Orgánica del Sistema Nacional de Control y de la Contraloría General de la República, incorporada por el artículo 1 de la Ley 29622, en su totalidad” (Tribunal Constitucional, 2019).

**8. ACLARACIÓN DE LA SENTENCIA DE INCONSTITUCIONALIDAD RESPECTO A LA VIGENCIA DE LA LEY NRO. 30742 “LEY DE FORTALECIMIENTO DE LA CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA”**

El 26 de abril de 2019 el Congreso de la República presentó una solicitud de aclaración al Tribunal Constitucional respecto a la Sentencia de inconstitucionalidad Nro. 020-2015-PI/TC en lo relativo a los hechos ocurridos durante la vigencia de la Ley de Fortalecimiento, en los siguientes términos: “¿Qué efectos tendría la sentencia respecto a los hechos que configuran infracciones bajo el alcance de la potestad sancionadora de la Contraloría General de la República, ocurridos a partir de la vigencia de la Ley N° 30742 (esto es, desde el 29 de marzo de 2018)?”. El Supremo Intérprete de la Constitución respondió que:

15. A través de su sentencia, este Tribunal únicamente evaluó la constitucionalidad de las disposiciones de la Ley 29622, que fueron cuestionadas a través de la demanda recaída en autos. No ha emitido pronunciamiento alguno sobre la Ley 30742. Por tanto, este extremo del pedido de aclaración resulta **IMPROCEDENTE**

(Sentencia Nro. 00020-2015-PI/TC, Auto aclaratorio Nro. 4, Tribunal Constitucional, 2019).

En atención a lo antes expuesto, el propio Tribunal Constitucional no ha emitido pronunciamiento sobre la constitucionalidad o no de la Ley de Fortalecimiento de la Contraloría; por lo que, en principio no existe interpretación por parte de la máxima instancia constitucional que cuestione la legalidad del artículo 46 de la Ley Nro. 27785 incorporado por la Ley Nro. 30742, presumiéndose por ende su constitucionalidad.

## **9. POSICIÓN DE LA CONTRALORÍA SOBRE LOS ALCANCES DE LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL QUE DECLARÓ INCONSTITUCIONALES SUS CONDUCTAS INFRACTORAS**

La Sentencia Nro. 00020-2015-PI/TC a pesar de declarar la inconstitucionalidad de las conductas infractoras del artículo 46 de la Ley Nro. 29622, reconoció en uno de sus extremos la constitucionalidad de la competencia y procedimiento sancionador de la Contraloría para la determinación de responsabilidad administrativa funcional (artículos 45 y 51, Ley 29622): “la demanda debe declararse infundada en este extremo pues las disposiciones impugnadas no afectan los principios constitucionales de imparcialidad e independencia ni vulneran el derecho fundamental a ser juzgado por una autoridad independiente e imparcial en sede administrativa” (Tribunal Constitucional, 2019, Fundamento 27).

A pesar de encontrarse vigente la Ley de Fortalecimiento y la confirmación del rango constitucional de su competencia y procedimiento sancionador, la Contraloría General de la República prohibió a los Órganos del Sistema Nacional de Control identificar supuestos de responsabilidad administrativa funcional:

Artículo 1.- Disponer que, no son de aplicación las disposiciones sobre la identificación y desarrollo de la responsabilidad administrativa funcional, sujeta a la potestad sancionadora de la Contraloría General de la República (...) todos los casos de las auditorías de cumplimiento en las que se identifiquen responsabilidades administrativas. (Contraloría, Resolución 202 de 2019).

Como consecuencia de la restricción de identificar responsabilidades administrativas funcionales en los informes de control gubernamental, no había necesidad operativa de mantener el mismo número de órganos del procedi-

miento sancionador, por lo que, la Contraloría ordenó el cierre progresivo de los mismos: “la desactivación de los Órganos Instructores Sede Central 2, Sede Central 3, Lima Provincias, Moquegua, Tacna, Huancavelica, San Martín, Puno, Ica, Huánuco, Cajamarca, Ayacucho y Apurímac, así como los Órganos Sancionadores 3, 4 y 5” (Contraloría, Resolución 225 de 2019); tres meses después, dispuso: “La desactivación de los Órganos Instructores Sede Arequipa, Junín y Lambayeque, así como, el Órgano Sancionador 2” (Contraloría, Resolución 403 de 2019). Finalmente, ordenó:

La desactivación de la Sala 2 del Tribunal Superior de Responsabilidades Administrativas, modificó la denominación de la Sala 1 por Sala Única del Tribunal Superior de Responsabilidades Administrativas, y ordenó que la Sala Única del Tribunal Superior asuma la totalidad de expedientes y pedidos en trámite en dicha instancia del procedimiento administrativo sancionador (Contraloría, Resolución 270 de 2019).

A la fecha, existe un único órgano instructor y sancionador en la ciudad de Lima con competencia a nivel nacional, los cuales se encuentran impedidos de impulsar expedientes bajo los alcances de la Ley Nro. 30742.

A través del pedido de acceso a la información pública se consultó a la Contraloría sobre la situación de los expedientes que se encontraban en curso bajo el marco de la Ley de Fortalecimiento antes de la Sentencia Nro. 0020-2015-PI/TC, mediante Oficio Nro. 078-2020-CG/OGPS el Ente Rector del Sistema Nacional de Control informó que como consecuencia de la sentencia de inconstitucionalidad, el Órgano Instructor Sede Central 1 dispuso la conclusión de los 36 expedientes que se encontraban en trámite, lo que representa 306 administrados excluidos del procedimiento sancionador (Contraloría General de la República, Oficina de Gestión de la Potestad Sancionadora, 2020).

En atención a lo antes expuesto, se advierte que la Contraloría ha renunciado voluntariamente a ejercer su potestad sancionadora interpretando que la inconstitucionalidad del artículo 46 de la Ley Nro. 29622 se extiende incluso para el artículo 46 de la ley Nro. 30742 iniciando un proceso de desactivación de sus Órganos Instructores y Sancionadores y de una Sala del Tribunal Superior de Responsabilidades Administrativas, así como, la conclusión de la totalidad de los procedimientos administrativos sancionadores que se encontraban en trámite, resultando en la práctica inoperante la determinación de responsabilidad administrativa funcional para hechos ocurridos a partir de la vigencia de la Ley de Fortalecimiento. Situación que atendiendo a la realidad de los

hechos podría considerarse un control difuso fáctico en sede administrativa sancionadora.

## **10. EL CONTROL CONSTITUCIONAL DIFUSO EN EL PERÚ**

### **10.1 Los modelos de control de la supremacía constitucional**

A nivel mundial existen dos modelos de control de la Constitución que se diferencian por la competencia del Órgano que lo realiza y el alcance de su interpretación: i) El europeo o de control concentrado y abstracto impulsado por Hans Kelsen en la Constitución austríaca de 1920, el cual propone que un organismo constitucionalmente autónomo (Tribunal Constitucional) tenga la potestad de revisar la constitucionalidad de las normas legales y los actos de poder, con fuerza vinculante y excluyente para todo el sistema jurídico del Estado; y, ii) El americano o de control difuso y concreto, a partir de la célebre sentencia del caso *Marbury versus Madison*, el cual faculta al juez el poder de control de la constitucionalidad de una ley inaplicándola para el caso puesto a su conocimiento pero manteniéndose la norma en cuestión en el ordenamiento jurídico.

Buscar una justificación autóctona al control constitucional no ha sido, ni es, una tarea fácil, debido a la fuerte tendencia de imitar modelos extranjeros; no es de extrañar que, en materia de control del poder a través de la Constitución, la realidad constitucional peruana combine los dos modelos más importantes del mundo al establecer un sistema dual debido a que tanto el control concentrado como el control difuso se encuentran reconocidos de manera expresa por la Constitución para el Tribunal Constitucional y para el Poder Judicial, respectivamente.

### **10.2 Marco normativo del control constitucional difuso en el Perú**

En el caso peruano la data histórica del control constitucional difuso se remonta curiosamente en el plano de legalidad, fue el Código Civil (1936), donde se le incorporó por vez primera, precisando el artículo XXII del Título Preliminar que: “Cuando hay incompatibilidad entre una disposición constitucional y una legal se prefiere la primera”. Posteriormente, se consagró con la Constitución Política del Perú (1979), específicamente, en el artículo 236: “En caso de incompatibilidad entre una norma constitucional y una legal ordinaria, el Juez prefiere la primera. Igualmente, prefiere la norma legal sobre toda otra norma subalterna”. En ese sentido, se concedió a la justicia ordinaria,

el deber de preferencia constitucional frente al conflicto normativo con la ley, inaplicando esta última por ser contraria a la Norma Fundamental.

La Constitución Política del Perú (1993), vigente a la fecha, establece en el segundo párrafo del artículo 138 que: “En todo proceso, de existir incompatibilidad entre una norma constitucional y una norma legal, los jueces prefieren la primera”. Por otro lado, el artículo 201, señala que: “El Tribunal Constitucional es el órgano de control de la Constitución.”

El Código Procesal Constitucional en el Artículo VI del Título Preliminar respecto al control difuso e interpretación constitucional, establece que: “Cuando exista incompatibilidad entre una norma constitucional y otra de inferior jerarquía, el Juez debe preferir la primera, siempre que ello sea relevante para resolver la controversia y no sea posible obtener una interpretación conforme a la Constitución”. Asimismo, precisa que:

Las decisiones jurisdiccionales que se adopten en aplicación del control difuso de la constitucionalidad de las normas, serán elevadas en consulta a la Sala Constitucional y Social de la Corte Suprema de Justicia de la República, si no fueran impugnadas. Lo son igualmente las resoluciones judiciales en segunda instancia en las que se aplique este mismo precepto, aun cuando contra éstas no proceda medio impugnatorio alguno. (artículo 3).

Asimismo, la Ley Orgánica del Poder Judicial, sobre la Supremacía de la norma constitucional y control difuso de la Constitución, establece que:

De conformidad con el artículo 236 de la Constitución (1979) [artículo 138 en la Constitución de 1993], cuando los Magistrados al momento de fallar el fondo de la cuestión de su competencia, en cualquier clase de proceso o especialidad, encuentren que hay incompatibilidad en su interpretación, de una disposición constitucional y una con rango de ley, resuelven la causa con arreglo a la primera (Artículo 14, Decreto Supremo 017-93-JUS, 1993).

Seguidamente, agrega que:

Las sentencias así expedidas son elevadas en consulta a la Sala Constitucional y Social de la Corte Suprema, si no fueran impugnadas. Lo son igualmente las sentencias en segunda instancia en las que se aplique este mismo precepto, aun cuando contra éstas no quepa recurso de casación. En todos estos casos los Magistrados se limitan a declarar la inaplicación de la norma legal por incompatibilidad constitucional, para el caso concreto, sin afectar su

vigencia, la que es controlada en la forma y modo que la Constitución establece (Artículo 14, Decreto Supremo 017-93-JUS, 1993).

Detallada la base normativa que sostiene el control constitucional difuso en sede jurisdiccional en el Perú y el deber de elevar en consulta la interpretación realizada ante la Corte Suprema, nos centraremos en el control convencional relativo a la obligación de respetar y defender los derechos fundamentales por parte de los operadores públicos, lo que permitirá establecer la viabilidad de extenderlo a la autoridad administrativa.

## **11. EL DEBER DE TUTELAR DERECHOS FUNDAMENTALES EN SEDE ADMINISTRATIVA SANCIONADORA EN LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS**

### **11.1 La Interpretación y Aplicación de los Tratados Internacionales en Materia de Derechos Humanos en el Derecho Interno Peruano**

La Declaración Universal de Derechos Humanos del 10 de diciembre de 1948 aprobada por el Perú mediante Resolución Legislativa Nro. 13282 del 9 de diciembre de 1959, reconoce, entre otros, el derecho a un recurso efectivo ante los Tribunales que ampare a la persona humana contra actos que violen sus derechos fundamentales, proscribiendo la desigualdad y las sanciones por hechos no previstos por la ley. Asimismo, la Convención Americana sobre Derechos Humanos adoptada en San José de Costa Rica el 22 de noviembre de 1969, fue ratificada por el Perú el 12 de julio de 1978, reconociéndose la competencia contenciosa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos desde el 21 de enero de 1981 (Organización de Estados Americanos, Departamento de Derecho Internacional, 2021).

El artículo 1 de la Constitución Política del Perú (1993) declara que: “La defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado”. El artículo 55 y la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución, exigen que los derechos fundamentales se interpreten y apliquen al derecho interno de conformidad con la Declaración Universal de los Derechos Humanos, los Tratados y Acuerdos Internacionales sobre la materia que hayan sido ratificadas por el Estado peruano.

Asimismo, el Código Procesal Constitucional en el Artículo V del Título Preliminar, sobre la interpretación de los derechos constitucionales, establece que:



El contenido y alcances de los derechos constitucionales protegidos por los procesos regulados en el presente Código deben interpretarse de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos, los tratados sobre derechos humanos, así como de las decisiones adoptadas por los tribunales internacionales sobre derechos humanos constituidos según tratados de los que el Perú es parte.

En esa línea, el fundamento 09 de la Sentencia Nro. 2730-2006-PA/TC. El Tribunal Constitucional destacó que: Los tratados internacionales sobre derechos humanos no sólo forman parte positiva del ordenamiento jurídico nacional (artículo 55° de la Constitución), sino que la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución -en cuanto dispone que los derechos fundamentales reconocidos por ella se interpretan de conformidad con los tratados y acuerdos internacionales sobre derechos humanos ratificados por el Perú- exige a los poderes públicos nacionales que, a partir del ejercicio hermenéutico, incorporen en el contenido protegido de los derechos constitucionales los ámbitos normativos de los derechos humanos reconocidos en los referidos tratados. Se trata de un reconocimiento implícito de la identidad nuclear sustancial compartida por el constitucionalismo y el sistema internacional de protección de los derechos humanos: la convicción jurídica del valor de la dignidad de la persona humana, a cuya protección y servicio se reconduce, en última y definitiva instancia, el ejercicio de todo poder. (Tribunal Constitucional, 2006).

De lo antes expuesto, se puede concluir prematuramente que, en el marco de un Estado Convencional, Constitucional y Democrático de Derecho, la ley debe ser interpretada conforme a la Constitución y a los Tratados sobre derechos humanos suscritos por el Perú, los cuales son de obligatorio cumplimiento y marco de interpretación por los operadores públicos al formar parte del derecho nacional, conforme a lo dispuesto en el artículo 55 y la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución (Principio Pro Homine).

### **11.2. El Deber de Ejercer el Control de Convencionalidad por parte de Cualquier Autoridad Pública en la Defensa de los Derechos Fundamentales**

La Corte Interamericana de Derechos Humanos (2006), en el caso “Almonacid Arellano y otro vs. Chile”, sobre ‘el Control de Convencionalidad’ sostuvo que:

La Corte es consciente que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermadas por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer una especie de “control de convencionalidad” entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana (53-124).

La Corte Interamericana de Derechos Humanos (2006), en el caso “Claude Reyes Vs. Chile”, sobre ‘Aplicación del artículo 8.1 de la Convención respecto a las decisiones de un órgano administrativo’, indicó que:

El artículo 8.1 de la Convención no se aplica solamente a jueces y tribunales judiciales. Las garantías que establece esta norma deben ser observadas en los distintos procedimientos en que los órganos estatales adoptan decisiones sobre la determinación de los derechos de las personas, ya que el Estado también otorga a autoridades administrativas, colegiadas o unipersonales, la función de adoptar decisiones que determinan derechos (52-118).

La Corte Interamericana de Derechos Humanos (2010), en el caso “Cabrera García y Montiel Flores vs. México”, sobre ‘la interpretación de los Derechos Humanos por parte de los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia’, sostuvo que:

Este Tribunal ha establecido en su jurisprudencia que es consciente de que las autoridades internas están sujetas al imperio de la ley y, por ello, están obligadas a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado es Parte de un tratado internacional como la Convención Americana, todos sus órganos, incluidos sus jueces, también están sometidos a aquél, lo cual les obliga a velar por que los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermados por la aplicación de normas contrarias a su objeto y fin. Los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles están en la obliga-

ción de ejercer ex officio un “control de convencionalidad” entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes. En esta tarea, los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia deben tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana (86-225).

La Corte Interamericana de Derechos Humanos (2011), en el caso “Gelman vs. Uruguay”, sobre ‘el Control de Convencionalidad por parte de cualquier autoridad pública’, precisó que:

La sola existencia de un régimen democrático no garantiza, per se, el permanente respeto del Derecho Internacional, incluyendo al Derecho Internacional de los Derechos Humanos, lo cual ha sido así considerado incluso por la propia Carta Democrática Interamericana. La legitimación democrática de determinados hechos o actos en una sociedad está limitada por las normas y obligaciones internacionales de protección de los derechos humanos reconocidos en tratados como la Convención Americana, de modo que la existencia de un verdadero régimen democrático está determinada por sus características tanto formales como sustanciales, por lo que, particularmente en casos de graves violaciones a las normas del Derecho Internacional de los Derechos, la protección de los derechos humanos constituye un límite infranqueable a la regla de mayorías, es decir, a la esfera de lo “susceptible de ser decidido” por parte de las mayorías en instancias democráticas, en las cuales también debe primar un “control de convencionalidad” que es función y tarea de cualquier autoridad pública y no sólo del Poder Judicial (69-239).

Sobre el control de convencionalidad que debe ejercer precisamente la Contraloría de un Estado Parte de la Convención, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (2011), en el caso “Caso López Mendoza Vs. Venezuela”, ratificó que:

(...) conforme lo ha establecido en su jurisprudencia previa, este Tribunal recuerda que es consciente que las autoridades internas están sujetas al imperio de la ley y, por ello, están obligadas a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado es Parte de un tratado internacional como la Convención Americana, todos sus órganos, incluidos sus jueces y demás órganos vinculados a la administración de justicia, también

están sometidos a aquél, lo cual les obliga a velar para que los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermados por la aplicación de normas contrarias a su objeto y fin. Los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles están en la obligación de ejercer ex officio un “control de convencionalidad” entre las normas internas y la Convención Americana, en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes. En esta tarea, los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia deben tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana (76-226).

Seguidamente, la Corte Interamericana (2011), en el citado caso, sobre ‘la interpretación conforme a la jurisprudencia de la Corte Interamericana y el control de convencionalidad por parte de las autoridades administrativas’, sostuvo que:

En conclusión, independientemente de las reformas legales que el Estado deba adoptar con base en el control de convencionalidad, es necesario que las interpretaciones judiciales y administrativas y las garantías judiciales se apliquen, adecuándose a los principios establecidos en la jurisprudencia de este Tribunal que han sido reiterados en el presente caso (77-228).

Finalmente, en el “Caso Petro Urrego Vs. Colombia”, una de las sentencias más recientes de la Corte Interamericana (2020), se reitera como una obligación propia de todo poder, órgano o autoridad del Estado Parte en la Convención, el cumplir en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes, controlar que los derechos humanos de las personas sometidas a su jurisdicción sean respetados y garantizados:

La Corte recuerda que el control de convencionalidad ha sido concebido como una institución que se utiliza para aplicar el Derecho Internacional, en este caso el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, y específicamente la Convención Americana y sus fuentes, incluyendo la jurisprudencia de este Tribunal. El control de convencionalidad es una obligación propia de todo poder, órgano o autoridad del Estado Parte en la Convención, los cuales deben, en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes, controlar que los derechos humanos de las personas sometidas a su jurisdicción sean respetados y garantizados. (...) En ese sentido, un adecuado control

de convencionalidad a nivel interno fortalece la complementariedad del Sistema Interamericano y la eficacia de la Convención Americana al garantizar que las autoridades nacionales actúen como garantes de los derechos humanos de fuente internacional. (41-107).

En ese orden de ideas, de conformidad con la jurisprudencia de la Corte Interamericana todo órgano vinculado a la administración de justicia, y para el caso que nos ocupa, una autoridad administrativa como la Contraloría General de la República del Perú, está en la obligación de defender los derechos fundamentales ejerciendo un control de convencionalidad.

### **11.3 El respeto a las garantías judiciales dentro del procedimiento administrativo sancionador**

Las garantías judiciales y principios de la administración de justicia, establecidos en el artículo 8 de la Convención Americana de Derechos Humanos, y los artículos 1, 2, 3, 44, y 139 de la Constitución son transversales para todos los procedimientos que involucren la declaración de derechos.

Respecto a la relación del procedimiento administrativo con la Convención Americana, el Tribunal Constitucional ha sostenido en el fundamento 18 de la Sentencia Nro. 03741-2004-AA/TC que:

“(…) el derecho al debido proceso, reconocido en el inciso 3 del artículo 139° de la Constitución, no sólo tiene una dimensión estrictamente jurisdiccional, sino que se extiende también al procedimiento administrativo y, en general, como la Corte Interamericana de Derechos Humanos lo ha establecido, a “(…) cualquier órgano del Estado que ejerza funciones de carácter materialmente jurisdiccional, el cual tiene la obligación de adoptar resoluciones apegadas a las garantías del debido proceso legal, en los términos del artículo 8° de la Convención Americana (Caso: Tribunal Constitucional Vs Perú, párrafo 71)”.

Respecto a la vinculación del procedimiento administrativo sancionador con las garantías judiciales establecidas en la Convención Americana, la Corte Interamericana ha sido constante en señalar la obligación de su aplicación e interpretación conforme a su jurisprudencia. Por ello, repasaremos los principales pronunciamientos que existen sobre el particular.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos (2010), en el caso “Caso Vélez Loor Vs. Panamá”, sobre ‘la prohibición de la administración de

dictar actos administrativos sancionatorios sin otorgar también a las personas sometidas a su procedimiento las garantías mínimas de un debido proceso”, sostuvo que:

141. Aun cuando la función jurisdiccional compete eminentemente al Poder Judicial, en algunos Estados otros órganos o autoridades públicas también ejercen en ciertos casos funciones de carácter materialmente jurisdiccional y toman decisiones, como la del presente caso, que afectan derechos fundamentales, como es la libertad personal del señor Vélez Lóor. Sin embargo, la actuación de la administración en casos de este tipo tiene límites infranqueables, entre los que ocupa un primerísimo lugar el respeto de los derechos humanos, por lo que se torna necesario que su actuación se encuentre regulada.

142. Es por ello que se exige que cualquier autoridad pública, sea administrativa, legislativa o judicial, cuyas decisiones puedan afectar los derechos de las personas, adopte tales decisiones con pleno respeto de las garantías del debido proceso legal. Así, el artículo 8 de la Convención consagra los lineamientos del debido proceso legal, el cual está compuesto de un conjunto de requisitos que deben observarse en las instancias procesales, a efectos de que las personas estén en condiciones de defender adecuadamente sus derechos ante cualquier tipo de acto del Estado que pueda afectarlos. Adicionalmente, la Corte ha interpretado que el elenco de garantías mínimas establecido en el numeral 2 del artículo 8 de la Convención se aplica también a la determinación de derechos y obligaciones de orden –civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter. Por esta razón, no puede la administración dictar actos administrativos sancionatorios sin otorgar también a las personas sometidas a dichos procesos las referidas garantías mínimas, las cuales se aplican mutatis mutandis en lo que corresponda. (45-46, 141-142).

La Corte Interamericana de Derechos Humanos (2001), en el caso “Baena Ricardo y otros Vs Panamá”, sobre ‘la aplicación e interpretación de la Convención Americana a las sanciones administrativas’, señaló que:

“(…) conviene analizar si el artículo 9 de la Convención es aplicable a la materia sancionatoria administrativa, además de serlo, evidentemente, a la penal. Los términos utilizados en dicho precepto parecen referirse exclusivamente a esta última. Sin embargo, es preciso tomar en cuenta que las sanciones administrativas son, como las penales, una expresión del poder punitivo del Estado

y que tienen, en ocasiones, naturaleza similar a la de éstas. Unas y otras implican menoscabo, privación o alteración de los derechos de las personas, como consecuencia de una conducta ilícita. Por lo tanto, en un sistema democrático es preciso extremar las precauciones para que dichas medidas se adopten con estricto respeto a los derechos básicos de las personas y previa una cuidadosa verificación de la efectiva existencia de la conducta ilícita. Asimismo, en aras de la seguridad jurídica es indispensable que la norma punitiva, sea penal o administrativa, exista y resulte conocida, o pueda serlo, antes de que ocurran la acción o la omisión que la contravienen y que se pretende sancionar. La calificación de un hecho como ilícito y la fijación de sus efectos jurídicos deben ser preexistentes a la conducta del sujeto al que se considera infractor. De lo contrario, los particulares no podrían orientar su comportamiento conforme a un orden jurídico vigente y cierto, en el que se expresan el reproche social y las consecuencias de éste. Estos son los fundamentos de los principios de legalidad y de irretroactividad desfavorable de una norma punitiva (84-106).

La Corte Interamericana de Derechos Humanos (2001), en el caso “Tribunal Constitucional Vs Perú”, sobre ‘la obligación de cualquier órgano del Estado que ejerza funciones de carácter materialmente jurisdiccional de adoptar resoluciones apegadas a Convención Americana’, sostuvo que:

De conformidad con la separación de los poderes públicos que existe en el Estado de Derecho, si bien la función jurisdiccional compete eminentemente al Poder Judicial, otros órganos o autoridades públicas pueden ejercer funciones del mismo tipo. Es decir, que cuando la Convención se refiere al derecho de toda persona a ser oída por un “juez o tribunal competente” para la “determinación de sus derechos”, esta expresión se refiere a cualquier autoridad pública, sea administrativa, legislativa o judicial, que a través de sus resoluciones determine derechos y obligaciones de las personas. Por la razón mencionada, esta Corte considera que cualquier órgano del Estado que ejerza funciones de carácter materialmente jurisdiccional, tiene la obligación de adoptar resoluciones apegadas a las garantías del debido proceso legal en los términos del artículo 8 de la Convención Americana (41-71).

La Corte Interamericana de Derechos Humanos (2012), en el caso “Caso Nadege Dorzema y otros Vs. República Dominicana.”, sobre ‘el respeto a las garantías mínimas del debido proceso dentro de un procedimiento administrativo sancionador’, señaló que:

Asimismo, en su jurisprudencia constante, la Corte consideró que el elenco de garantías mínimas del debido proceso legal se aplica en la determinación de derechos y obligaciones de orden “civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter”. Es decir, “cualquier actuación u omisión de los órganos estatales dentro de un proceso, sea administrativo sancionatorio o jurisdiccional, debe respetar el debido proceso legal (46-157).

La Corte Interamericana de Derechos Humanos (2015), en el caso “Caso Ruano Torres y otros Vs. El Salvador”, sobre ‘el respeto al debido proceso por parte de cualquier autoridad administrativa’, sostuvo que:

La Corte ha señalado que el derecho al debido proceso se refiere al conjunto de requisitos que deben observarse en las instancias procesales a efectos de que las personas estén en condiciones de defender adecuadamente sus derechos ante cualquier acto del Estado, adoptado por cualquier autoridad pública, sea administrativa, legislativa o judicial, que pueda afectarlos. El debido proceso se encuentra, a su vez, íntimamente ligado con la noción de justicia, que se refleja en: i) un acceso a la justicia no sólo formal, sino que reconozca y resuelva los factores de desigualdad real de los justiciables, ii) el desarrollo de un juicio justo, y iii) la resolución de las controversias de forma tal que la decisión adoptada se acerque al mayor nivel de corrección del derecho, es decir que se asegure, en la mayor medida posible, su solución justa (44-151).

A partir de lo precedentemente expuesto, queda claro que las garantías judiciales que protegen a los administrados sometidos a la potestad sancionadora del Estado son transversales para toda la administración pública y deben ser cumplidos y garantizados por todos los operadores del Estado, independientemente que el servidor y funcionario público se encuentre sometido a un proceso en instancia penal o procedimiento administrativo sancionador. En consecuencia, la defensa de sus derechos fundamentales es de obligatorio cumplimiento tanto para un juez como para una autoridad administrativa. Por lo que, resulta necesario retomar el debate de devolverle a los Tribunales Administrativos, y en especial a un organismo constitucionalmente autónomo como la Contraloría General de la República la responsabilidad de ejercer un control difuso (complementario) de constitucionalidad.

## 12. CONCLUSIONES



El control difuso es la facultad concedida a los jueces para declarar inaplicable una ley para el caso en concreto por contravenir la Constitución, con efectos jurídicos únicamente a las partes involucradas en el proceso. Mediante el control difuso los jueces asumen un rol activo privilegiando y resguardando la Constitución como Norma Suprema. El control difuso en sede administrativa se encuentra prohibido a la fecha en el Perú.

La posibilidad de que la administración pública pueda ejercer el control constitucional difuso debe edificarse a partir de lo establecido por la Convención Americana sobre Derechos Humanos y la Constitución, respetando las garantías judiciales y principios de la administración de justicia, respectivamente.

En ese sentido, el Estado peruano al reconocer en la Constitución como su fin supremo la dignidad de la persona humana y la defensa de sus derechos fundamentales, declara en realidad el núcleo duro de su propia existencia. Así, el modelo de control Constitucional que se adopte se convierte en un instrumento que tiene como medio la supremacía normativa de la Constitución para salvaguardar el fin supremo del Estado: tutelar a la persona humana.

Este problema actual de la Contraloría para ejercer su potestad sancionadora con conductas que reproducen infracciones inconstitucionales que vulneran los principios de legalidad y tipicidad, ha reabierto un necesario debate sobre la necesidad de ejercer control difuso en sede administrativa. Al ser la Constitución también una norma jurídica permite la constitucionalización del derecho administrativo sancionador a partir de su propia fuerza normativa, privilegiando el respeto a los derechos fundamentales como normas objetivas con vocación de efectividad, las mismas que deberían ser interpretadas conforme a la Constitución y a la Convención por todos los organismos del Estado.

La Contraloría privilegiando la defensa de los derechos fundamentales de los administrados (principio de legalidad, tipicidad y debido procedimiento) habría ejercido una facultad (control difuso en sede administrativa) que no le ha sido confiada en la Constitución ni por una sentencia interpretativa del Tribunal Constitucional.

La paralización y posterior conclusión de expedientes del procedimiento administrativo sancionador en la etapa instructiva de la Contraloría ha originado que el Tribunal Superior de Responsabilidades Administrativas no pueda actuar como segunda y última instancia administrativa para emitir pronunciamiento alguno sobre el particular, como consecuencia de ello se imposibilita al Poder Judicial en un proceso contencioso Administrativo ejercer precisamente el control difuso.

La inaplicación de una ley por parte de una autoridad administrativa debe ser elevada en consulta directamente al Tribunal Constitucional por ser en el modelo de control constitucional peruano, el Supremo Intérprete de la Constitución.

## Referencias

- Acuña, J. (2019). *El Modelo difuso de Control de Constitucionalidad y Convencionalidad en México*. Tirant lo Blanch. México (80)
- Angulo, C. (2020). *Control constitucional del debido procedimiento administrativo en la tutela efectiva de los derechos fundamentales del administrado*, Tribunal Constitucional - 2018. Tesis doctoral, Universidad Nacional Federico Villareal. Lima, Perú. <http://repositorio.unfv.edu.pe/handle/UNFV/4159>
- Ames, O. (2017). *Necesidad actual del control difuso en los Tribunales Administrativos: Análisis aplicado a la actuación que venía desempeñando el Tribunal Registral de la SUNARP*. Tesis maestría, Pontificia Universidad Católica del Perú. <http://tesis.pucp.edu.pe/repositorio/handle/20.500.12404/9232>
- Arias, L. (2015). *El control difuso administrativo y sus implicancias en el estado constitucional de derecho*. Tesis de pregrado en Derecho. Universidad de Piura. Facultad de Derecho. Programa Académico de Derecho. Piura, Perú. [https://pirhua.udep.edu.pe/bitstream/handle/11042/2253/DER\\_024.pdf?sequence=1](https://pirhua.udep.edu.pe/bitstream/handle/11042/2253/DER_024.pdf?sequence=1)
- Ballenas Loayza, P. (2016) *Aplicación de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos a nivel nacional*. Academia de la Magistratura del Perú. <http://repositorio.amag.edu.pe/bitstream/handle/123456789/718/MANUAL%20TALLER%20APLICACION%20DE%20LAS%20SENTENCIAS%20DE%20LA%20CORTE%20INTERAMERICANA.pdf?sequence=1&isAllowed=y>
- Blume Fortini, E. (1996). *El tribunal constitucional peruano como supremo intérprete de la constitución*. Derecho PUCP, (50), 125-205. <https://doi.org/10.18800/derechopucp.199601.005>
- Castillo-Córdova, L. (2005). *El carácter normativo fundamental de la Constitución peruana*. *Revista jurídica del Perú*, 55 (63), 33-55. [https://pirhua.udep.edu.pe/bitstream/handle/11042/2104/Caracter\\_normativo\\_fundamental\\_Constitucion\\_peruana.pdf?sequence=1&isAllowed=y](https://pirhua.udep.edu.pe/bitstream/handle/11042/2104/Caracter_normativo_fundamental_Constitucion_peruana.pdf?sequence=1&isAllowed=y)
- Castillo-Córdova, L. (2006). *Administración pública y control de la constitucionalidad de las leyes: ¿Otro exceso del TC? Dialogo con la jurisprudencia*, (98), 31-45. [https://pirhua.udep.edu.pe/bitstream/handle/11042/1940/Administracion\\_publica\\_control\\_constitucional\\_leyes.pdf?sequence=3&isAllowed=y](https://pirhua.udep.edu.pe/bitstream/handle/11042/1940/Administracion_publica_control_constitucional_leyes.pdf?sequence=3&isAllowed=y)
- Castillo-Córdova, L. (2012). *El control constitucional sobre las interpretaciones que realizan los jueces*. *Gaceta constitucional: jurisprudencia de observancia*

- obligatoria para abogados y jueces*, (58), 181-192. [https://pirhua.udep.edu.pe/bitstream/handle/11042/2097/Control\\_constitucional\\_sobre\\_interpretaciones\\_realizan\\_jueces.pdf?sequence=1&isAllowed=y](https://pirhua.udep.edu.pe/bitstream/handle/11042/2097/Control_constitucional_sobre_interpretaciones_realizan_jueces.pdf?sequence=1&isAllowed=y)
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso Baena Ricardo y otros Vs. Panamá* (no especifica ponente). Sentencia de 2 de febrero de 2001. [https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec\\_72\\_esp.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_72_esp.pdf)
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso Claude Reyes Vs. Chile* (no especifica ponente). Sentencia de 19 de septiembre de 2006. [https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec\\_151\\_esp.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_151_esp.pdf)
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso Almonacid Arellano y otro vs. Chile* (no especifica ponente). Sentencia de 26 de septiembre de 2006. [https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_154\\_esp.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_154_esp.pdf)
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Cabrera García y Montiel Flores vs. México* (no especifica ponente). Sentencia de 26 de noviembre de 2010. <https://www.cndh.org.mx/sites/all/doc/Internacional/Casos/1.pdf>
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso Vélez Loor Vs. Panamá* (no especifica ponente). Sentencia de 23 de noviembre de 2010. [https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_218\\_esp2.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_218_esp2.pdf)
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso López Mendoza Vs. Venezuela* (no especifica ponente). Sentencia de 1 de septiembre de 2011. [https://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_233\\_esp.pdf](https://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_233_esp.pdf)
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. y *Caso Nadege Dorzema y otros Vs. República Dominicana* (no especifica ponente). Sentencia de 24 de octubre de 2012. [https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_251\\_esp.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_251_esp.pdf)
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso Ruano Torres y otros Vs. El Salvador* (no especifica ponente). Sentencia de 5 de octubre de 2015. [https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_303\\_esp.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_303_esp.pdf)
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso German Vs. Uruguay* (no especifica ponente). Sentencia de 24 de febrero de 2011. [https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_221\\_esp1.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_221_esp1.pdf)
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso Petro Urrego Vs. Colombia* (no especifica ponente). Sentencia de 8 de julio de 2020. [https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_406\\_esp.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_406_esp.pdf)
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso Tribunal Constitucional Vs Perú* (no especifica ponente). Sentencia de 31 de enero de 2001. [https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec\\_71\\_esp.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_71_esp.pdf)
- Dictamen del Proyecto de Ley 4210/2010-CGR (2010, 23 de septiembre). *Modificación de la Ley 27785, Ley Orgánica del Sistema Nacional de Control y de la Contraloría General de la República, que amplía las facultades en el proceso para sancionar en materia de responsabilidad administrativa funcional [radicado] (iniciativa aprobada)*. <http://www2.congreso.gob.pe/Sicr/ApoyComisiones/>

dictamen20062011.nsf/FD1F91B03D6D3CB6052577A80002F903/\$FILE/04210DC10MAY230910.pdf

- García Belaunde, D (2003). De la Jurisdicción Constitucional al derecho Procesal Constitucional: Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional (sección peruana), (4<sup>ta</sup> ed). Editora Jurídica Grijley. <http://gozaini.com/wp-content/uploads/2019/08/De-la-Jurisdiccion-Constitucional-al-DP-Constitucional-de-Garcia-Belaunde.pdf>
- Gómez Tomillo, M. y Sanz Rubiales, I (2010). *Derecho Administrativo Sancionador. Parte General. Teoría General y Practica del Derecho Penal Administrativo*. Tercera edición, Editorial Aranzadi, España.
- Lautaro Ríos, A. (2002). *El Control Difuso de Constitucionalidad de la Ley en la República de Chile*. *Ius et Praxis*, 8(1), 389-418. <https://dx.doi.org/10.4067/S0718-00122002000100021>
- Lay Lozano, J., & Muñoz Ccuro, F. (2019). *Control difuso administrativo y las dificultades interpretativas del Tribunal Constitucional*. *lex - revista de la facultad de derecho y ciencias políticas*, 17(24), 133-160. <http://dx.doi.org/10.21503/lex.v17i24.1814>
- Organización de Estados Americanos, Departamento de Derecho Internacional (2021, 04 de enero). *Estado de firmas y ratificaciones de la Convención Americana sobre Derechos Humanos suscrita en la conferencia especializada interamericana sobre derechos humanos (B-32)* [https://www.oas.org/dil/esp/tratados\\_B-32\\_Convencion\\_Americana\\_sobre\\_Derechos\\_Humanos\\_firmas.htm#Per%C3%BA](https://www.oas.org/dil/esp/tratados_B-32_Convencion_Americana_sobre_Derechos_Humanos_firmas.htm#Per%C3%BA): Naciones Unidas (2021, 04 de enero) *La Declaración Universal de Derechos Humanos* <https://www.un.org/es/universal-declaration-human-rights/#:~:text=La%20Declaraci%C3%B3n%20Universal%20de%20los,historia%20de%20los%20derechos%20humanos.&text=La%20Declaraci%C3%B3n%20establece%2C%20por%20primera,a%20m%C3%A1s%20de%20500%20idiomas>.
- Pérez Royo, J (1984). *La doctrina del Tribunal Constitucional sobre el Estado social*. *Revista española de derecho constitucional*, 4 (10), 157-182. <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/249933.pdf>
- Quiroga León, A. (1996). *Control «Difuso» y control «Concentrado» en el Derecho Procesal Constitucional peruano*. *Derecho PUCP*, (50), 207-233. <https://doi.org/10.18800/derechopucp.199601.006>
- Ramírez Moscoso, L. (junio de 2019). *La inconstitucionalidad de la potestad sancionadora de la Contraloría*. *Gaceta Constitucional y Procesal Constitucional* (138).
- Ramírez Moscoso, L. (septiembre de 2019). *Preguntas sin respuestas en la aclaración de la sentencia sobre la facultad sancionatoria de la Contraloría General de la República*. *Diálogo con la jurisprudencia* (252)

- Morales, S. (2017). *La valoración de la aplicación del control difuso por la Corte Suprema peruana*. Tesis maestría, Pontificia Universidad Católica del Perú. <http://tesis.pucp.edu.pe/repositorio/handle/20.500.12404/9196>
- Sar Suárez, O. (2014). *Treinta años de Jurisdicción Constitucional en el Perú – Tomo II*. Tribunal Constitucional, 843-868. [https://www.researchgate.net/profile/Omar\\_Sar/publication/266795450\\_La\\_jurisdiccion\\_constitucional\\_en\\_el\\_Peru/links/543bfcda0cf24a6ddb97d2e1.pdf](https://www.researchgate.net/profile/Omar_Sar/publication/266795450_La_jurisdiccion_constitucional_en_el_Peru/links/543bfcda0cf24a6ddb97d2e1.pdf)
- Schneider, J (2015). *El control de constitucionalidad difuso de la norma. Un análisis a partir de sus presupuestos epistemológicos*. Tesis doctoral, Universidad de Burgos. <https://riubu.ubu.es/bitstream/handle/10259/4498/Schneider.pdf?sequence=1&isAllowed=y>
- Tribunal Constitucional (2006, 05 de agosto). Sentencia 2730-2006-PA/TC (Arturo Castillo Chirinos, Jurado Nacional de Elecciones). <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2006/02730-2006-AA.pdf>
- Tribunal Constitucional (2006, 24 de octubre). Sentencia 3741-2004-AA/TC (Ramón Hernando Salazar Yarlénque, Municipalidad Distrital de Surquillo). <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2006/03741-2004-AA.pdf>
- Tribunal Constitucional (2014, 03 de julio). Sentencia 4293-2012-PA/TC (Consortio Requena, OSCE). <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2014/04293-2012-AA.pdf>
- Tribunal Constitucional (2019, 26 de abril). Sentencia 00020-2015-PI/TC (Colegio de Abogados de Arequipa, Congreso de la República). <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2019/00020-2015-AI.pdf>
- Tribunal Constitucional (2019, 11 de agosto). Sentencia 00020-2015-PI/TC-Auto aclaratorio Nro. 4 (Colegio de Abogados de Arequipa, Congreso de la República). <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2019/00020-2015-AI%20Aclaracion.pdf>
- Viveiros, M (2011). *El control de constitucionalidad: el sistema brasileño como un modelo híbrido o dual*. Tesis doctoral, Universidad Complutense de Madrid. <http://eprints.ucm.es/12685/1/T32408.pdf>
- Weber, Max (2009). *La política como vocación*. Madrid, Alianza. 2009. 83-84.



**Estado de emergencia nacional  
y la potestad sancionadora de la  
Administración Pública: apuntes  
sobre la suspensión del cómputo de la  
caducidad y prescripción regulados en  
el TUO de la LPAG**

*(State of National Emergency and  
the Sanctioning Power of the Public  
Administration: Notes on the Suspension  
of the Computation of the Expiration and  
Prescription Regulated in the TUO of the  
LPAG)*

ALEJANDRO SUCA CONCHA

GIANPIERRE VALVERDE ENCARNACIÓN

**Resumen**

*La pandemia ocasionada por el COVID-19 ha transformado por completo la realidad a la que estuvimos acostumbrados. Nos ha confinado a permanecer sin contacto social por un periodo largo en el que se han suspendido las actividades económicas de la nación. La Administración Pública no ha sido ajena a esta realidad extraordinaria. Sus actividades se vieron forzadas a suspenderse y como correlato de ellos al abandono non carentiam de sus procedimientos. La solución temporal adoptada por el Estado peruano a tributo de lo hecho en España, fue suspender los plazos administrativos de los procedimientos sancionadores. La consecuencia de este régimen ad hoc ha sido compatibilizar su aplicación al cómputo de la caducidad y prescripción regulados en el TUO de*

la LPAG. Este trabajo se propone a analizar estas nuevas realidades jurídicas y ensayar respuestas al tenor de la institucionalidad jurídico administrativa.

**Palabras clave:** Prescripción, caducidad, suspensión de plazos, potestad sancionadora, política punitiva, Derecho Administrativo Sancionador, Estado de Emergencia Nacional.

### **Abstract**

*The pandemic caused by COVID-19 has completely transformed the reality to which we were accustomed. It has confined us to remain without social contact for a long period in which the nation's economic activities have been suspended. The Public Administration has not been oblivious to this extraordinary reality. Their activities were forced to be suspended and as a correlate to their abandonment of their procedures. The temporary solution adopted by the Peruvian State in tribute to what was done in Spain, was to suspend the administrative deadlines of the sanctioning procedures. The consequence of this ad hoc regime has been to make its application compatible with the computation of expiration and prescription regulated in the TUO of the LPAG. This work sets out to analyze these new legal realities and to test responses to the tenor of administrative legal institutions.*

**Key words:** Limitation period, Expiry, Suspension of the Deadlines, Sanctioning power, Punitive policies, Administrative disciplinary law, State of National Emergency

## 1. INTRODUCCIÓN

La palabra ecuménico deriva del griego oikoumeikos. Significa que pertenece a todo el mundo. La pandemia generada por la COVID-19 lo es. Un evento catastrófico que ha extendido sus efectos en todo el mundo y ha provocado cambios sociales, económicos, políticos en cada país donde ha hallado terreno fértil para su brote.

Qué duda cabe que estas transformaciones tampoco son ajenas al Derecho. Como disciplina reguladora de las conductas humanas en un determinado ámbito de convivencia social, las instituciones jurídicas han experimentado transformaciones en sus reglas y procesos. Las hay algunas que han demostrado resistencia y han rechazado la denominada nueva normalidad y las hay otras que, por su propio constructus jurídico, han mostrado resiliencia y capacidad de adaptación.

El Derecho administrativo se coloca en este segundo grupo. Su extendida ramificación ha sido impelida a adaptarse a los nuevos tiempos, variando procedimientos, modificando instituciones y extinguiendo muchas otras que por muy tradicionales que nos sean, no tendrán cabida en los tiempos actuales ni futuros.

No ha sido el caso de la prescripción y la caducidad, figuras otrora catalogadas como “formalismos” y convertidas hoy en indispensables y de primer orden por su influjo en el devenir de los procedimientos administrativos sancionadores. La pandemia también afectó el normal desarrollo de las actividades de las entidades públicas y por efecto de aquella la innegable necesidad de insertar una regulación ad hoc para disciplinar el cómputo de los plazos de prescripción y caducidad y su paralización.

Este trabajo nace del interés científico por indagar si es posible que aplique la suspensión de los plazos de la caducidad y la prescripción de los procedimientos sancionadores; regulación implementada ex nihilo por la publicación de los Decretos de Urgencia N° 026-2020 y N° 029-2020. La hipótesis nuestra nos apremia a adelantar que, como todo en la vida, la respuesta tiene sus bemoles.



Los resultados de este estudio son el producto de cada uno de los aspectos que hemos abordado en las 4 secciones en las que se estructura nuestra investigación. La primera sección estará dedicada al estudio de la noción y contenido jurídico de la potestad sancionadora. Aspectos como la definición de la potestad sancionadora, sus delimitaciones teóricas y la finalidad que cumple serán examinados y descritos a fin de tener una noción, aunque resumida, con suficientes alcances respecto a la potestad sancionadora.

En la segunda sección, el tema tratado versará sobre los principios de la potestad sancionadora como el de legalidad, tipicidad, razonabilidad, presunción de inocencia, entre otros. Su incorporación dentro del análisis nos resulta necesaria en la medida que explica los límites que tiene la Administración Pública en el ejercicio de su poder punitivo.

En la tercera sección presentaremos las delimitaciones conceptuales del procedimiento administrativo sancionador en la medida que es relevante tener claridad en su definición, así como conocer cuáles son las características que le dan identidad y diferencian de otros tipos de procedimientos con los que le une uno o varios elementos en común.

En la sección cuarta, nos avocaremos a analizar si el régimen de suspensión de plazos aplica a la caducidad y prescripción; siendo esta última la más compleja a nivel de aplicación práctica, ya que hasta tres escenarios posibles son extraíbles y cada uno de ellos con su aplicación específica y singular. El término del estudio pondrá de manifiesto un recuento de las reflexiones hechas durante el estudio y a modo de colofón.

Digresión aparte, incluso el método de investigar ha padecido los mismos embates. Por accidente o por circunstancia, las líneas escritas nos han forzado a dejar el rol contemplativo y teórico y nos ha situado como dechado de resultados empíricos. El estándar de neutralidad (la utópica búsqueda de la objetividad del investigador) no aplica aquí al ser receptores directos de los efectos de la pandemia.

## **2. NOCIÓN Y CONTENIDO JURÍDICO DE LA POTESTAD SANCIONADORA DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA**

El hecho de vivir en sociedad activa la inmediata necesidad de establecer reglas de comportamiento que ayuden a mantener el orden y la armonía entre los individuos que componen estos colectivos sociales.

Para garantizar el cumplimiento de estas normas de convivencia, la Administración Pública se sirve de potestades públicas, que son poderes conferidos por el ordenamiento jurídico para procurar sus fines y sujetar a los particulares a soportar determinados efectos jurídicos derivados del ejercicio de estas potestades dentro de sus esferas privadas (Ivanega 2008, 107).

Sobre este particular, Rebollo et al, reafirma el fin público que cumplen las potestades, dado que, “(...) ellas no se sirven intereses propios del titular de la potestad, sino que se cuidan intereses de otras personas (...) ese es el fin genérico al que apuntan todas las potestades administrativas, fin que, luego se va especificando para cada potestad y cada materia” (2010, 148-149).

Ahora bien, cuando los particulares conculcan estas normas de convivencia, la Administración recurre a la potestad sancionadora para corregir y castigar esas incorrecciones a fin de reestablecer el orden quebrantado. Este poder punitivo deriva del ejercicio del *ius puniendi*, es decir, de la atribución que tienen las instituciones públicas para disciplinar las conductas antijurídicas cometidas por los administrados en un determinado ámbito de protección.

Cabe señalar que la potestad sancionadora, al igual que cualquier otra potestad, ha de hacerse de forma expresa a través de una ley que permita delimitar sus alcances a fin de que la Administración no desvíe su ejercicio ni caiga en arbitrariedades por el uso inadecuado o excesivo de estos poderes (Muñoz 2017, 223).

Así, como desarrollaremos en las secciones siguientes, la potestad sancionadora es una atribución propia y exclusiva de la Administración Pública cuya finalidad es procurar la protección de los bienes jurídicos protegidos que están bajo su resguardo.

### **2.1. El *ius puniendi* de la Administración Pública**

La potestad sancionadora o el *ius puniendi* es una atribución exclusiva que detenta el Estado y sus instituciones competentes para accionar y castigar a aquellos que infrinjan las reglas que armonizan la convivencia de un colectivo regidos por normativas de orden general o específica. Para ello, se identifican conductas que califiquen como perjudiciales para luego aplicar sanciones de acuerdo a la naturaleza de la infracción. En el marco de las finalidades de dicho ejercicio punitivo, el Estado emplea diferentes disciplinas del Derecho, puesto que todas constituyen una misma manifestación del *ius puniendi* (Nieto 2012, 52).

Sobre este particular, seguimos a García Amado (2008, 12-14), para quien el ejercicio del poder punitivo, desde el punto de vista subjetivo, no es otra cosa que la facultad que el sistema jurídico reconoce a algún órgano estatal para sentar y aplicar castigos; mientras que, desde el punto de vista objetivo, se trata de un conjunto de reglas sancionadoras establecidas en un cuerpo normativo cuya existencia es previa y conocida por todos.

Ahora bien, cabe señalar que esta potestad se manifiesta en varios niveles o ámbitos de protección: la responsabilidad penal, la responsabilidad disciplinaria y la responsabilidad administrativa (Ramírez-Torrado y Aníbal 2015, 111-112). Cada una de ellas difiere en función al grado de aflicción que arrojan a la persona responsable (Alarcón 2014, 146-147).

En el ámbito penal, son los órganos jurisdiccionales quienes tienen la atribución para imponer condenas a los inculpados al más alto nivel de intervención y restricción posible, ya que tiene la facultad para privar a las personas de su libertad por la cantidad de años establecida en el tipo penal.

Las sanciones en el ámbito disciplinario apuntan más bien a castigar las indisciplinas cometidas por los funcionarios o servidores de la Administración Pública, quienes están sometidos a un estatuto que regula su comportamiento dentro de una organización pública.

Como consecuencia de estas faltas, la Administración les impone sanciones disciplinarias que buscan disuadir y prevenir futuras infracciones. Estas sanciones pueden ser multas pecuniarias, suspensiones o inhabilitaciones temporales o permanentes (Ossa 2009, 96-100).

Por su parte, la potestad sancionadora de la Administración Pública se traduce en la viabilidad jurídica para imponer sanciones a los particulares luego de que se demuestre su responsabilidad en la comisión de un acto ilícito. A diferencia del ámbito penal o disciplinario, el poder punitivo de las autoridades administrativas no les permite a estas imponer condenas privativas de la libertad ni castigar a sus propios funcionarios, ya que su ámbito de aplicación se circunscribe en los administrados y en las infracciones que estos realizan (Ossa 2009, 90-93).

Las razones que llevan a la Administración a asumir esta función se explican, en primer lugar, en la insuficiencia de recursos del poder jurisdiccional para asumir esta carga de sanciones; en segundo lugar, en la especialización del aparato administrativo para descubrir las inconductas producidas en determinados sectores; en tercer lugar, la conveniencia de una mayor intermediación de

la autoridad sancionadora en la apreciación de determinadas infracciones que no necesariamente poseen los jueces (Coscolluela 2011, 223).

Es posible afirmar, entonces, que la sanción administrativa como la sanción penal, representan manifestaciones de la potestad sancionadora pública, que, a su vez, implican la observancia de los mismos principios y garantías esenciales, que aseguren a los particulares, desde una perspectiva de garantías frente al administrado, el respeto a su derecho al debido procedimiento y defensa, y desde una perspectiva institucional de las administraciones, la observancia del principio de legalidad.

Sobre los ámbitos descritos a través de los cuales se materializa el *ius puniendi* del Estado, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha señalado que “(...) es preciso tomar en cuenta que las sanciones administrativas son, como las penales, una expresión del poder punitivo del Estado y que tienen, en ocasiones, naturaleza similar a la de éstas. Unas y otras implican menoscabo, privación o alteración de los derechos de las personas, como consecuencia de una conducta ilícita” (2001, fundamento jurídico 106).

Posteriormente puntualizó, que “(...) la Corte recuerda lo expuesto en su jurisprudencia previa en el sentido que las sanciones administrativas y disciplinarias son, como las penales, una expresión del poder punitivo del Estado y que tienen, en ocasiones, naturaleza similar a la de éstas” (Corte Interamericana de Derechos Humanos 2001, fundamento jurídico 111).

El Tribunal Constitucional, por su parte, ha señalado que “(...) los principios de culpabilidad, legalidad, tipicidad, entre otros, constituyen principios básicos del derecho sancionador, que no sólo se aplican en el ámbito del derecho penal, sino también en el del derecho administrativo sancionador” (2003b, Fundamento jurídico 8).

El mismo Tribunal, en cuanto a las sanciones penales y administrativas, ha indicado que “(...) no pueden equipararse ambas, dado que no sólo las sanciones penales son distintas a las administrativas, sino que los fines en cada caso son distintos (reeducación y reinserción social en el caso de las sanciones penales y represiva en el caso de las administrativas). A ello hay que agregar que, en el caso del derecho administrativo sancionador, la intervención jurisdiccional es posterior, a través del proceso contencioso administrativo o del proceso de amparo, según corresponda” (2009, Fundamento jurídico 4)

En cuanto a la Corte Suprema, ésta ha hecho énfasis en cuanto a la importancia del principio de legalidad en los siguientes términos, recaídos en

dos pronunciamientos distintos. El primero de ellos da cuenta en su tercer y cuarto fundamento que:

(...) es válido concebir que el poder punitivo del Estado se manifiesta a través de dos potestades sancionadoras, la penal y la administrativa, pues en ellas subyace un elemento común consistente en el mandato imperativo de la ley que recae sobre cierta conducta del sujeto que la infringe, en búsqueda de la sana convivencia social que resulta siendo la aspiración última del Estado (...) (Corte Suprema 1999, considerando jurídico cuarto).

Asimismo, en la Casación 19723-2015 PIURA, la Corte Suprema (2015, considerando décimo) reafirma que:

(...) tanto el derecho penal, el derecho administrativo sancionador y el derecho disciplinario forman parte del ius puniendi estatal, pues en este fallo el Tribunal Constitucional ha dejado sentado que en materia penal: “(...) las decisiones interpretativas de la jurisdicción se enfrentan con uno de sus límites constitucionales más claros: el principio de legalidad, lo que implica que la Constitución ha establecido que el órgano competente para establecer las conductas punibles y las respectivas penas es el Poder Legislativo, lo que excluye claramente a la jurisdicción”.

En síntesis, queda claro en nuestro ordenamiento que existe una unidad del ius puniendi del Estado y que el mismo se manifiesta a través de diversos mecanismos, recogidos en diversas ramas del Derecho, una de las cuales es el Derecho Administrativo. En una sección posterior desarrollaremos nuestras consideraciones a propósito del tratamiento y aplicación de los principios en el ámbito penal y administrativo, aunque adelantamos que no hemos encontrado motivos para diferenciarlos.

## **2.2. Definición de la potestad sancionadora de la Administración Pública**

En el apartado anterior, hemos adelantado los aspectos en que difiere la potestad sancionadora de la Administración Pública de las otras manifestaciones de la potestad punitiva del Estado. De este ejercicio se puede advertir que esta potestad pertenece al conjunto de manifestaciones del ius puniendi del Estado, a través del que consigue castigar:

(...) con una sanción la comisión de infracciones administrativas, siendo éstas las conductas tipificadas como prohibidas por las leyes y reglamentos administrativos. La finalidad de esta previsión sancionadora no es solo retributiva de la acción u omisión constitutiva de infracción, sino también preventiva o disuasoria de la comisión de infracciones (Coscolluela 2016, 565).

Sobre esta última descripción postulada por Coscolluela se advierten dos categorías jurídicas estrechamente vinculadas al ámbito administrativo y al ejercicio de la potestad sancionadora administrativa. Nos referimos a los conceptos de infracción y sanción administrativas, las cuales constituyen la causa que motoriza el ejercicio del ius puniendi y la herramienta con que la Administración la persigue y castiga, respectivamente.

La infracción administrativa es aquella conducta típica, antijurídica, culpable y punible que vulnera de manera voluntaria al ordenamiento jurídico. Una conducta es típica cuando se encuentra establecida en una norma de manera previa, expresa y específica que determine el supuesto de hecho prohibido o reprochable. No es posible aceptar que una acción sea típica si en su configuración concurren supuestos de error de tipo o de prohibición (Rebollo et al 2010, 159-165).

Es antijurídica cuando la acción u omisión son contrarias al Derecho Administrativo, es decir, ilícitas, toda vez que "(...) no todos los autores son, sin más imputables (piénsese en los menores edad, dementes, etc.), de modo que una conducta no podrá ser castigada sino suponen un comportamiento que contravenga el ordenamiento jurídico" (Nieto 2012, 504).

La culpabilidad, por su parte, es una garantía que se refiere al elemento subjetivo del ilícito, vale decir, "(...) aquel juicio personal de reprochabilidad dirigida al autor de un hecho típico y antijurídico, a título de dolo o negligencia, la misma que es incompatible con la responsabilidad objetiva, es decir, aquella derivada automáticamente del hecho" (Muñoz 2017, 985). Y es punible en tanto es una conducta cuya comisión implica la imposición de una sanción, salvo que concurren la configuración de algún supuesto de exclusión de responsabilidad dimanado de una política punitiva (Nieto 2012, 326).

En cuanto a la sanción administrativa, convenimos con Santamaría (2009, 388) cuando señala que esta existe cuando a la "(...) conducta ilícita se anuda la imposición de una privación de derechos con una finalidad represiva (de castigo) de la infracción, y preventiva o disuasoria de conductas similares, sin que dicha privación deba guardar una relación cuantitativa exacta con el volumen del daño causado".

Sobre esto último, Fuentes (2009, 77-78) añade requisitos para que una actuación pública alcance a ser considerada como sanción. Para ello, el castigo consistirá en una restricción de derechos o libertades que el sancionado disfrutaba y ejercía de manera antelada; que sea idónea al mal causado, que disuada futuros incumplimientos y que se imponga en retribución del incumplimiento.

Para entender los alcances de la sanción, cabe categorizarlo como acto de gravamen. Éstos últimos son actos a través de los cuales se imponen cargas, obligaciones, limitaciones o restricciones de derechos o ventajas jurídicas de las que gozan los administrados (García-Trevijano 1986, 219; Muñoz 2017, 29).

En tanto acto de gravamen es un mal afligido a un particular como consecuencia de un hecho o una conducta constitutivos de infracción administrativa que puede consistir tanto en la obligación de satisfacer una cantidad de dinero, como de una pérdida de una situación jurídica favorable al particular (Parejo 2008, 640; García de Enterría y Fernández 2013, 163).

De tal modo, se colige que la sanción se caracteriza por tener un contenido aflictivo y su imposición es competencia exclusiva de la Administración Pública. Por ello, es importante establecer un punto de distinción entre aquellas decisiones administrativas que se constituyen como una sanción de las que tienen otra naturaleza.

Para Rebollo (2005, 25), lo que diferencia a las sanciones de otras medidas administrativas reside en que, a través de estas, se busca directa, precisa y deliberadamente causar un mal como castigo como respuesta a la comisión de una acción ilegal realizada. Este castigo no tiene como finalidad restablecer la “(...) legalidad o la realidad física alterada o los valores lesionados, ni para compensar el daño producido ni para imponer la conducta correcta”.

La sanción, por ende, no debe guardar relación con la actividad infractora, ya que, la aflicción que causa es inútil para los intereses específicos de la Administración y de la persona lesionada:

El concreto mal causado por la sanción administrativa no realiza directamente lo necesario para proteger los intereses generales (...) Todo esto, por el contrario, es lo característico de otras decisiones administrativas que no son sanciones administrativas propiamente dichas, por lo que no tiene ningún sentido aplicarles el régimen de las sanciones administrativas. (Rebollo e Izquierdo 2018, 206)

De lo dicho, se desprende que la sanción no debe confundirse con otras formas de intervención como las medidas de policía y las de restauración de la legalidad, las cuales tienden a satisfacer a intereses públicos, “(...) con inde-

pendencia de que también supongan un perjuicio para el infractor, perjuicio que no está en primer plano y que es irrelevante para la justificación de la medida (Huergo 2007, 225).

A partir de lo anteriormente analizado, se llega al convencimiento de que una definición de la potestad sancionadora administrativa debe edificarse bajo la firme aceptación que se trata de un poder concedido por el ordenamiento jurídico a las entidades públicas, mediante una norma legal, para que estas tengan la capacidad de tener instrumentos punitivos para castigar la comisión de conductas típicas, antijurídicas, culpables y punibles mediante la imposición de una sanción administrativa que tiene una finalidad eminentemente aflictiva, al tiempo que también se caracteriza por ser preventiva o disuasiva que le sirve para, de manera indirecta, proteger los intereses confiados a las Autoridades (Rebollo 2001, 156-157).

### **2.3. Finalidad**

La finalidad de la potestad sancionadora busca conservar el orden en todos los ámbitos en que la Administración tiene la obligación de proteger determinados bienes jurídicos. A decir de Ossa (2009, 76), este fin constituye un motivo más que suficiente para justificar la existencia de esta potestad, ya que su ejercicio les dota de herramientas a las autoridades administrativas para hacer cumplir la ley por medio de sanciones cuya finalidad tiende a ser disuasiva y preventiva.

## **3. PRINCIPIOS APLICABLES A LA POTESTAD SANCIONADORA ADMINISTRATIVA**

En la sección anterior hemos advertido cuáles son los alcances de la potestad sancionadora de la Administración. También hemos adelantado que esta potestad, al ser una que impone un gravamen al administrado, debe estar limitada, toda vez que su descontrol puede generar consecuencias innecesarias y adversas en las libertades de aquellos administrados sometidos a una investigación por la comisión de una infracción a una norma administrativa.

Estos límites al poder punitivo son todos aquellos principios que regulan la correcta y adecuada intervención de las autoridades competentes al momento de iniciar, instruir y dictaminar una investigación contra un presunto infractor, de tal manera que el administrado tendrá plenas garantías de que sus derechos



serán respetados y que las decisiones administrativas serán fruto de un análisis en cuyo desarrollo se haya tenido una debida observancia a estos principios.

De lo afirmado, cabe destacar que los principios aplicables a la potestad sancionadora cumplen una funcionalidad duplicada. Por un lado, constituyen límites al ejercicio de la potestad punitiva; y, por otro lado, se instituyen como garantías fundamentales a favor del administrado durante el tiempo que dure el procedimiento administrativo sancionador.

Ahora bien, también es importante poner en relieve que muchos de estos principios han tenido y tienen un desarrollo conceptual amplio y prolongado en el Derecho Penal. Sin embargo, ello no representa, bajo ninguna circunstancia, una diferencia insalvable, ya que, como hemos mencionado en la sección antecedente, en la actualidad prima la tesis de la unidad del *ius puniendi* del Estado, el mismo que se dimana en la responsabilidad penal, la administrativa y la disciplinaria: todas ellas manifestaciones de la potestad sancionadora.

De ahí que el tratamiento y aplicación de los principios en el ámbito penal tiene réplica en el ámbito administrativo sancionador; opinión que es compartida por García de Enterría y Fernández (2013, 167), para quienes no existe justificación para separar los principios del Derecho Penal del Derecho Administrativo Sancionador, ya que esto es un entrapamiento propio del Antiguo Régimen donde primaba un aparato represivo prebeccariano “donde las sanciones eran aplicadas por simple discrecionalidad, acaso no arbitrariedad, de las autoridades”.

A la misma conclusión arriban nuestro Tribunal Constitucional (2003b, Fundamento jurídico 13) y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (1976, Apartado 8), debido a que la potestad penal hace extensiva a la potestad sancionadora diversos principios. Ello ya que tanto el Derecho penal y el Derecho Administrativo sancionador no son compartimentos estancos y, en consecuencia, no se puede menoscabar a los derechos fundamentales o humanos del imputado o acusado.

En ese orden de ideas, procederemos a detallar los principios aplicables a la potestad sancionadora de la Administración.

### **3.1. Principio de Legalidad**

Al igual que sucede en el ámbito penal, los administrados tienen la garantía de que la Autoridad no puede accionar punitivamente contra ellos, salvo que exista una norma que otorgue, por un lado, la competencia sancionadora y, por otro lado, que estipule de manera precisa y predeterminada cuál es el

supuesto de hecho reprochable que amerita ser castigado con una sanción administrativa.

Las garantías que hemos descrito tienen origen en el principio de Legalidad. Este principio, que tiene reconocimiento constitucional, cumple una doble función, ya que de un lado delimita el ámbito de actuación de las Autoridades en relación a su competencia administrativa; y, de otro lado, otorga seguridades a los administrados como parte de su derecho de defensa.

En ese sentido, cabría colegir que el principio de Legalidad detenta un rol rector del ejercicio del poder en la medida no existe facultad, función o acto que puedan desarrollar las Administraciones que no se encuentre prescrito, definido o establecido de forma expresa, clara y precisa en la ley. A decir de la Corte Constitucional de Colombia (2001, Fundamento jurídico 3), “este principio exige que todos los funcionarios del Estado actúen siempre sujetándose al ordenamiento jurídico que la establece la constitución y lo desarrollan las demás reglas jurídicas”.

Esto último guarda estrecha relación con la potestad sancionadora que adquieren las entidades públicas para perseguir y castigar las infracciones que se cometen dentro del ámbito de su propia competencia. No obstante, el principio de Legalidad no se agota en esta funcionalidad, ya que también cumple otra función como garantía a favor de los administrados.

Así, el principio de Legalidad supone la exigencia que las conductas infractoras deban estar previamente establecidas en una norma con rango legal bajo una redacción precisa y taxativa que evite caer en confusiones o laxitudes que terminen atentando contra los derechos de los administrados. Esta descripción se resume, como lo señala Cosculluela (2011, 226), como la exigencia que cualquier infracción y su consiguiente sanción deba reunir las condiciones de *lex scripta*, *lex praevia* y *lex certa*

El término *lex scripta* se traduce como la exigencia de que toda infracción deba estar consagrada de manera obligatoria en una norma con rango de ley. La inobservancia de esta cualidad conlleva la invalidez de la sanción, ya que solamente por ley se puede restringir o recortar derechos de los administrados (Suay 2008, 46). Sin embargo, en el ámbito administrativo sancionador, esta obligación ha sido matizada en la medida que está permitido establecer normas sancionadoras a través de reglamentos administrativos.

Los motivos de la flexibilización de este aspecto del principio de Legalidad se explican a partir de dos razones. El primero tiene que ver con la enorme cantidad de regulaciones sectoriales que existen en todos los ámbitos

administrativos. La dificultad que supone agrupar todas estas regulaciones en un solo cuerpo legislativo es la principal justificación para que se haya habilitado la tipificación de las conductas por vía reglamentaria.

La otra razón guarda relación con el elevado nivel de tecnificación de las regulaciones administrativas. Así, sería complejo reunir dentro de una ley las especificaciones técnicas que deben presentarse para que una persona califique como infractora. Un ejemplo de esta situación se observa en la legislación ambiental, aeronáutica, de las telecomunicaciones, entre otras, donde cada conducta típica implica la realización de una serie de actuaciones que dan como resultado la configuración de un supuesto de hecho punible.

El término *lex praevia* se traduce en la prohibición de que la Administración castigue conductas que no hayan estado previamente establecidas o que exija retroactivamente el cumplimiento de obligaciones que no estuvieron vigentes durante la actuación del administrado. Por último, respecto del término *lex certa*, Menéndez (2008, 68) nos explica que este aspecto obliga a la Administración a ser precisa y específica en la descripción de la conducta que desea castigar porque ello destierra cualquier atisbo de arbitrariedad por parte del ente sancionador.

### **3.2. Principio de Tipicidad**

Según la doctrina especializada, la Tipicidad representa una manifestación derivada del principio de Legalidad, constituyendo aquella su exigencia material y absoluta de predeterminación normativa de las conductas y de las sanciones correspondientes (Gómez y Sanz 2013, 345-346).

En ese sentido, como apuntan García de Enterría y Fernández (2013, 177), el principio de Tipicidad impone un mandato a las autoridades a ser específicas y precisas en la descripción legal del supuesto de hecho infractor y de la consecuencia jurídica que gatilla su comisión. Esto último se dimana en dos sentidos. Por un lado, la Administración se ve obligada a evitar caer en ambigüedades o redacciones genéricas durante el proceso de descripción normativa del tipo infractor; y, por otro lado, otorga seguridad al administrado de tener suficiente certeza de conocer cuál es la conducta prohibida y cuáles serán las consecuencias.

A la misma conceptualización de este principio arriba el Tribunal Constitucional peruano, para quien el principio de tipicidad o taxatividad constituye una de las manifestaciones o concreciones del principio de legalidad “a efectos de que las prohibiciones que definen sanciones, sean éstas penales o adminis-

trativas, estén redactadas con un nivel de precisión suficiente que permita a cualquier ciudadano de formación básica, comprender sin dificultad lo que se está proscribiendo bajo amenaza de sanción en una determinada disposición legal» (2004, Fundamento jurídico 5; 2010, fundamento jurídico 6).

Con todo, el principio de Tipicidad se instituye como una garantía que la Administración no puede desconocer durante el ejercicio de su potestad punitiva. Por el contrario, es su deber observar su adecuada y oportuna aplicación, no solamente en la redacción del tipo, sino también al momento de formular las imputaciones que inician el procedimiento sancionador.

### **3.3. Principio de Presunción de Inocencia o Licitud**

Ningún administrado puede ser sancionado si es que la autoridad que lo acusa no logra demostrar fehacientemente su culpabilidad en la comisión u omisión de los hechos antijurídicos. Esta regla cuya base proviene del principio de Presunción de Inocencia supone la construcción de un bloque que protege al administrado de las acusaciones vacías, injustificadas y carentes de una adecuada base probatoria.

Así, la Administración juega un rol activo en la medida que en ella recae la responsabilidad de demostrar la culpabilidad del imputado, realizando para ello una labor de investigación exhaustiva y prolija para hallar elementos de juicio suficientes para destruir esta presunción, ya que la mínima duda razonable sobre los hechos imputados favorecerá la libertad antes que la limitación (García de Enterría y Fernández 2013, 181).

Lo que se colige de lo anteriormente afirmado tiene que ver con la carga de la prueba y el nivel de probanza exigido para destruir la presunción de inocencia. Para explicar ello, seguimos el planteamiento de López Menudo (2008, 165), quien propone tres actuaciones que coadyuvan a la destrucción de la presunción de inocencia: la primera vendría a ser que la sanción esté basada en actos o medios probatorios de cargo de la conducta reprochada; la segunda prohíbe la inversión de la carga de la prueba; y la tercera apunta a la regla-garantía del in dubio pro administrado, el cual favorece al administrado ante cualquier insuficiencia en el resultado de las pruebas practicadas.

### **3.4. Principio del Debido Procedimiento**

El Debido Procedimiento es un principio que se instala, en un primer momento, en el ámbito jurisdiccional como parte de las garantías de los ciu-

dadanos. A esta garantía se le conoce con el nombre de Debido Proceso. Sin embargo, el ámbito de proyección de esta garantía no se agotaba en los procesos jurisdiccionales, sino que extendía su aplicación a los procedimientos administrativos, especialmente tratándose de los que desembocan en una denegación, restricción o supresión de derechos, como los sancionadores (Tribunal Constitucional 2011, Fundamento jurídico 5).

Para el administrado, este principio-derecho representa una doble garantía formal y material. El aspecto formal del debido procedimiento se vincula con la obligación de que las investigaciones se realicen dentro de un procedimiento administrativo que resguarde las garantías y derechos fundamentales de los imputados. El incumplimiento de este requisito supone la invalidación de la imputación y de la futura resolución administrativa. En el plano material, este principio concede al administrado la garantía de que sus derechos serán respetados por la Administración que le instruye y resuelve la comisión de una infracción (Rojas 2015, 184).

El contenido del Debido Procedimiento está ramificado por manifestaciones que, a su vez, son derechos a favor del administrado como el derecho a ser investigado en un procedimiento regular y que dicho procedimiento tenga una estructura que diferencie la etapa de instrucción y la de resolución, no solo a nivel funcional, sino a nivel organizativo. También se manifiesta a través, del derecho a conocer la imputación, a la defensa, a que se actúen los medios probatorios y el derecho a una resolución congruente, motivada y con ejecutividad limitada (Suay 2008, 47).

### **3.5. Principio de *Ne bis in ídem***

El principio del *Ne bis in ídem* debe entenderse como la prohibición del doble castigo por lo mismo, de acuerdo a lo estudiado por la profesora Alarcón (2008, 23). Así, este principio establece una regla de naturaleza dual, ya que tiene carácter sustantivo y adjetivo.

En el plano sustantivo, este principio impide que los administrados sean castigados duplicadamente por el mismo hecho infractor; mientras que en el plano adjetivo, proscribire el doble enjuiciamiento por la misma conducta. Es decir, ningún administrado está obligado a soportar una doble sanción o investigación por los mismos hechos (Alarcón 2008, 19).

En su desarrollo jurisprudencial, el Tribunal constitucional ha señalado lo siguiente, en cuanto a la doble configuración, sustantiva y procesal, de dicho principio:

- a) Desde el punto de vista material, el enunciado según el cual, “(...) nadie puede ser castigado dos veces por un mismo hecho (...)”, expresa la imposibilidad de que recaigan dos sanciones sobre el mismo sujeto por una misma infracción, puesto que tal proceder constituiría un exceso del poder sancionador, contrario a las garantías propias del Estado de Derecho. Su aplicación, pues, impide que una persona sea sancionada o castigada dos (o más veces) por una misma infracción cuando exista identidad de sujeto, hecho y fundamento.
- b) En su vertiente procesal, tal principio significa que “(...) Nadie pueda ser juzgado dos veces por los mismos hechos(...)”, es decir, que un mismo hecho no pueda ser objeto de dos procesos distintos o, si se quiere, que se inicien dos procesos con el mismo objeto. Con ello se impide, por un lado, la dualidad de procedimientos (por ejemplo, uno de orden administrativo y otro de orden penal) y, por otro, el inicio de un nuevo proceso en cada uno de esos órdenes jurídicos (dos procesos administrativos con el mismo objeto, por ejemplo). (2003a, Fundamento jurídico 3)

Para que se configure el supuesto prototípico de aplicación del *ne bis in ídem*, se necesita la concurrencia de tres identidades: la identidad en el sujeto, en el objeto y en el fundamento. Existe identidad subjetiva cuando una misma persona ha infringido por omisión o comisión una conducta antijurídica. Mientras que la identidad objetiva cuando solo existe un hecho infractor dimanado de la concurrencia de la manifestación de la voluntad y del factor cognitivo. Finalmente, se configura la identidad de fundamento cuando las conductas presuntamente infringidas protegen el mismo bien jurídico (Alarcón 2008, 40-47).

### **3.6. Principio de Razonabilidad**

El denominado principio de razonabilidad o proporcionalidad tiene su origen en el desarrollo del Derecho público, específicamente en la doctrina y jurisprudencia alemana (Fuentes 2009, 250-256). El presupuesto de este principio estriba en la existencia de situaciones límite que llevan a la colisión de principios, provocando una situación controvertida y problemática para los titulares de tales derechos.

Su desarrollo, posteriormente, va cobrando importancia en los otros ámbitos del derecho hasta llegar a formar el bloque duro de las garantías de los administrados ante escenarios en los que la Administración ponga en ejercicio sus potestades limitativas y punitivas. Así, la razonabilidad actúa como un factor

de modulación de la acción punitiva y para ello obliga a la Administración a buscar “(...) un equilibrio entre los medios utilizados y la finalidad perseguida, una correspondencia entre la gravedad de una conducta y la consecuencia punitiva que se le atribuye” (Fuentes 2009, 267).

### **3.7. Principio de Irretroactividad**

La aplicación de la ley en el tiempo es materia de discusión contemporánea que se extiende a todos los ámbitos del Derecho. En el ámbito administrativo, este asunto no es desconocido, antes bien, es tratado con bastante importancia, ya que, en los procedimientos sancionadores prima el principio de irretroactividad, el cual implica que la norma que determina la “(...) conducta infractora y la correspondiente sanción debe estar vigente en el momento de producirse los hechos que constituyan infracción” (Coscolluela 2011, 226).

En ese sentido, las autoridades administrativas no pueden imponer sanciones por hechos que no estuvieron tipificados como conductas prohibidas, ya que ello configuraría una aplicación retroactiva de la norma; circunstancia que solo se permite, de forma excepcional, cuando la norma favorece al imputado (Menéndez 2008, 87).

### **3.8. Principio de Oportunidad**

Un aspecto muy importante asociado al principio de Oportunidad es la eficiencia de la Administración Pública para racionalizar su acción punitiva y enfocarse en casos en los que exista una necesidad insalvable de castigar y corregir una infracción. Con ello se consigue apuntalar los esfuerzos y recursos públicos a los asuntos medulares que merece atención prioritaria de las autoridades (Ossa 2009, 224).

No obstante, el ejercicio de este principio no propicia del desapego de la legalidad o de la obligación que tienen las autoridades de investigar y sancionar las conductas atentatorias del ordenamiento jurídico. Por el contrario, su aplicación debe hacerse en equilibrio con los demás principios que rigen y limitan la potestad sancionadora a fin de encontrar un balance que le permita a la Administración priorizar el ejercicio de su acción punitiva en los casos de mayor gravedad y optar por medidas menos punitivas, ya que “(...) existen cauces más eficaces que la sanción para obtener los objetivos señalados” (Van Weezel 2017, 1015).

### **3.9. Principio de Culpabilidad**

El principio de culpabilidad exige que las conductas antijurídicas reúnan en su configuración los elementos volitivos y cognitivos. Es decir, que la persona que haya cometido la infracción haya realizado la acción de forma voluntaria y teniendo conocimiento de que dicha conducta se encuentra prohibida.

Por lo tanto, como señala el profesor Rebollo *et al* (2005, 37-38), no es posible admitir un régimen sancionatorio donde la regla sea la responsabilidad objetiva y la excepción sea la de índole subjetivo. Por lo tanto, no cabe imponer sanciones cuando no hayan concurrido el dolo o la negligencia en el accionar del sujeto responsable, ya que la aparición de alguna causa excluyente de responsabilidad conlleva al archivamiento del procedimiento sancionador.

### **3.10. Principio de Causalidad**

Este principio edifica su contenido jurídico a partir del principio de personalidad de las sanciones, el cual reclama la asunción de la responsabilidad para el sujeto que realizó efectivamente la conducta prohibida, desterrando la responsabilidad por hechos ajenos y primando la que se asume por hechos propios.

Igualmente, la causalidad implica que el hecho ilícito detona una acción prohibida que genera un daño real y concreto, y que en dicha formulación no haya mediado situaciones de fuerza mayor, hechos de terceros o eximentes de responsabilidad (Rebollo *et al* 2010, 200-206).

## **4. EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR**

El procedimiento administrativo es una categoría jurídica propia del Derecho Administrativo. La construcción teórica que la doctrina especializada ha desarrollado nos permite tener una comprensión ampliamente difundida de su definición, su finalidad y las clasificaciones que se dimanan como consecuencia del tipo de vínculo que se configura entre la Administración y los administrados.

Una definición del procedimiento administrativo es aquella que la describe como una serie o combinación de actos concatenados cuyos elementos se articulan por un vínculo común tendientes a una proyección unitaria sin que ello confunda la particularidad de cada uno de los actos que lo componen (Morón 2001, 242; González Pérez 2000, 73).



Sobre este particular, Villar (1997, 97) resalta la conexión y dependencia de los actos entre sí, ya que no se trata de un conjunto de actos desconectados que se van produciendo espontáneamente dentro del procedimiento. Por el contrario, la producción de estas actuaciones se realiza de manera ordenada y correlativa: los actos iniciales condicionan la validez de los posteriores, y estos a su vez, la eficacia de los primeros

Este carácter ordenador también es advertido por Schmidt-Assmann para quien:

Los procedimientos son procesos divididos en fases específicas, que señalan los distintos puntos clave en el procesamiento de la información, marcan los momentos de inflexión en los que se decide la trayectoria de todo el proceso, y evidencian la necesidad de reglas que garanticen la neutralidad, la eficacia y la regularidad de la acción administrativa (2003, 360).

Con esta concepción se advierte la funcionalidad que tiene el procedimiento administrativo y la finalidad que cumple cuando se comprueba la producción sucesiva y ordenada de los actos que van a terminar dando forma a la decisión final. Esta función que le importa legitimidad al acto final se amolda al propósito del procedimiento, el cual es buscar la armonización entre el interés general y los intereses particulares sometidos a examen en el proceso de maduración y formación de la decisión final de la Administración (Parada 2010, 198).

Al cumplirse este desarrollo, la Administración enviste de validez su decisión final y despeja cualquier atisbo de arbitrariedad en sus decisiones. Para Santofimio (2011, 35-40), estas ritualidades formales impiden el incumplimiento de los fines públicos del interés general y procura espacios de garantía y participación para los particulares con el fin de que sean partícipes (como una manifestación democrática) del proceso de formación del acto, el cual ratifica su validez desde la seguridad del cumplimiento de los actos que edifican su composición.

Esta finalidad se repite en cada una de las clasificaciones del procedimiento administrativo sin importar qué elementos o especificidades abonen a su diferenciación. Es decir, para todos los tipos de procedimientos, la principal finalidad de la Administración será la protección del interés general, pero sin perder de vista la búsqueda de este con los intereses particulares, cuando las circunstancias permitan su armonización.

Así, cada tipo de procedimiento administrativo tendrá la misión de cumplir este fin. Pero, sobre todo, esta exigencia se intensifica en el caso de los procedimientos administrativos sancionadores, quienes, por su naturaleza especial, requieren un grado de atención más prolijo, ya que al ubicarse dentro del grupo de los procedimientos de emisión de actos de gravamen o desfavorables —los cuales, a su vez, pertenecen al tipo de procedimiento de oficio—, involucran el ejercicio de potestades de naturaleza punitiva y restrictiva que afectan derechos de los administrados y, por ende, el monitoreo de las actuaciones administrativas deben ser válidas y respetuosas de las garantías irrenunciables de los particulares en tanto sujetos imputados.

Con todo, el procedimiento sancionador, si bien comparte una base común con los demás procedimientos administrativos, adiciona a su construcción teórica elementos y aspectos propios que no son compartidos ni repetidos en los demás procedimientos. En atención a ello, en las secciones siguientes, nos detendremos a estudiar su definición, sus características y su finalidad especial.

#### **4.1. Concepto del procedimiento administrativo sancionador**

El procedimiento sancionador es el cauce formal en que la Administración ejerce su potestad sancionadora. Para ello, elabora y produce actuaciones tendientes a descubrir si se configuró una transgresión jurídico-administrativa que amerite ser castigada con una sanción administrativa (González Pérez 2000, 455).

En su desarrollo tienen participación los órganos administrativos atribuidos de potestades de instrucción y resolución y los particulares imputados, quienes ofrecerán recursos y medios probatorios de toda naturaleza con el objetivo de demostrar la veracidad de sus afirmaciones o imputaciones, según sea el caso de quien las profiera (Gosálbez 2013, 13).

El procedimiento sancionador está compuesto por fases. La primera de ellas se denomina la fase de instrucción y en ella el órgano encargado cumple el rol de investigador. Para ello, reúne pruebas a cuenta propia o solicita información a la parte imputada u otras personas que tengan en su poder información valiosa para el descubrimiento de los hechos. El administrado, por su parte, tiene el derecho de defenderse contra estas acusaciones en la medida de sus posibilidades. Esta fase culmina con la emisión de un informe final de instrucción que contiene los resultados de las indagaciones hechas por el órgano instructor y las recomendaciones que, producto de estas últimas, se le derive al órgano de resolución.

La siguiente fase la conduce el órgano de resolución. En esta etapa se dilucida finalmente la decisión que deba imponerse al administrado. Pero, antes de emitir su decisión, el particular podrá gozar de otra oportunidad para defenderse de los resultados y recomendaciones contenidas en el informe final elaborado por el órgano de instrucción. Así, al término de la producción de estas actuaciones, el órgano resolutorio contará con la información necesaria para adoptar una decisión condenatoria o absolutoria, adquiriendo de esa manera la condición de resolución administrativa válida, fundada en derecho y debidamente motivada.

Esta separación entre las fases de instrucción y resolución es importante destacarla, ya que ello permite, por un lado, que sean dos órganos diferentes quienes se encarguen de conducir cada etapa, y, por otro lado, que al estar separados los órganos no corren el riesgo de contaminarse el uno del otro. Por ello, resulta necesario que la división de las fases y los órganos no sea solamente una cuestión funcional sino también organizativa (Morón 2019, 381).

La operatividad de estas etapas se encuentran ordenadas de forma consecutiva a fin de que su desarrollo sea concatenado desde el inicio mismo del procedimiento sancionador, que se produce con la notificación de la imputación de cargos al administrado, hasta su terminación, que puede ser convencional, si finaliza con la emisión de un acto definitivo, o no convencional, si concurren otras causas que provocan la culminación del procedimiento sancionador como la terminación convencional, la prescripción o la caducidad perención.

## **4.2. Características**

### **4.2.1. *Carácter oficioso y de gravamen***

La ubicación del procedimiento sancionador se sitúa dentro del conjunto de procedimientos de oficio. A este tipo de procedimientos se les caracteriza por la forma que se produce su inicio. En el caso de los procedimientos sancionadores, su inicio se gatilla por decisión unilateral de la Administración Pública, es decir, tiene carácter de oficio.

Así, se establece una diferencia bastante marcada con los procedimientos administrativos iniciados a instancia o solicitud del particular. Como fuere el caso, los procedimientos sancionadores solamente pueden ser iniciados por la propia Administración, quedando proscrita la posibilidad de que los particulares tengan facultad para iniciarlo (Morón, 2019, 381).

El procedimiento sancionador también calza dentro de la categoría de los procedimientos de emisión de actos de gravamen o desfavorables, los cuales pertenecen al tipo de procedimientos de oficio, ya que, como señala González Pérez (2000, 455-456), no se concibe que un acto administrativo afecte a un particular, si no es por interés y decisión de la propia Administración, siendo ella la única legitimada para iniciar el respectivo procedimiento en el que se producirá la actuación necesaria para sustanciar el acto definitivo.

De esa manera, queda descartada la habilitación a los particulares para que estos petitionen el inicio de un procedimiento de esta naturaleza contra otro particular por tratarse de un acto que provocará una reducción de los derechos o libertades de los particulares, los mismos que deberán soportar cargas o gravámenes que les situará en una posición desfavorable.

#### **4.2.2. *Carácter instrumental***

La naturaleza jurídica del procedimiento sancionador es instrumental. Por lo tanto, cumple una función accesoria a la resolución final, puesto que sirve como cauce o medio para que la Administración instruya la investigación, forme su voluntad y adopte una decisión sobre el fondo que tiene como objetivo imponer un castigo a quien resulte responsable o determinar la absolución de la condena si verifica que no existe una fundamentación suficiente para condenar a ninguna persona (Alarcón 2018, 18-19).

En tal sentido, seguimos lo dispuesto por Maurer (2011, 478), para quien el procedimiento sancionador cumple una función auxiliar, pero que, por cumplir dicha condición

(...) no debe ser infravalorado y su regulación no debe despreciarse, considerándola una desagradable y molesta formalidad. Y es que mediante la determinación y la observancia de normas procedimentales se garantiza la obtención de decisiones materialmente adecuadas e irreprochables. Según las modernas teorías decisionales, al proceso de toma de decisiones se le debe otorgar un valor cada vez mayor.

Con base en ello, se advierte que el procedimiento sancionador significa un canal en el que la Administración recaba información acerca de la existencia, el alcance, la naturaleza y las características de las conductas antijurídicas que confluyen en la configuración de una determinada infracción, al tiempo que se le brinda al sujeto imputado la posibilidad de ofrecer sus descargos de defensa cuya finalidad es desvirtuar la base argumentativa de las imputaciones proferidas en su contra (Loo 2017, 171).

### **4.2.3. Formal**

El procedimiento representa una exigencia formal de parte del ordenamiento jurídico. Eso significa que su constitución obedece a una circunstancia formal, mediante la cual se constituye como la sede en la cual se encadenan los actos administrativos y las actuaciones de los particulares (Esteve 2015, 172).

Así, como lo expresa González Pérez, el procedimiento sancionador

(...) es el cauce formal de la acción administrativa, cauce formal por el que debe discurrir la voluntad administrativa exigida en la tramitación de las actuaciones propias de la vía administrativa y que desde luego constituye el cauce jurídico necesario para garantía de los intereses de la Administración y de los particulares. (2000, 74)

A partir de lo expuesto, es posible afirmar que el procedimiento es formal en tanto dicha calificación le dota de fuerza para situarse como un canal obligatorio para las autoridades y los particulares involucrados en una investigación de responsabilidad administrativa.

### **4.2.4. Es una garantía**

Como resultado de las garantías que impone el principio de Debido Procedimiento, la Administración Pública debe cumplir determinados requisitos al momento de ejercitar su potestad sancionadora. El procedimiento administrativo sancionador constituye una de estas garantías esenciales que se dimanan del contenido de este principio. Dado el nivel de intensidad que supone la imposición de una sanción contra aquellos acusados de haber conculcado una conducta prohibida, el procedimiento sancionador se vuelve imprescindible y necesario en la medida que supone una garantía de acierto para el administrado, puesto que, en él podrá ejercer sus derechos y desterrar todo riesgo de arbitrariedad (Rebollo et al 2010, 541).

A partir de lo anterior, se colige que no existe posibilidad alguna que las sanciones administrativas sean impuestas sin que previamente se haya tramitado el correspondiente procedimiento sancionador, toda vez que este procedimiento constituye el cauce natural donde se forma la voluntad de la Administración Pública. Asimismo, es importante recordar la doble función de garantía que cumplen los procedimientos sancionadores, ya que, representa el punto de equilibrio entre la "(...) protección de los intereses públicos (que lleva a sancionar determinadas conductas infractoras del ordenamiento jurídico) y las garantías de los derechos del inculgado" (Gómez y Sanz 2013, 692-693).

En complemento de esta doble funcionalidad, García Gómez de Mercado et al (2016, 320-321) y Santamaría (2009, 415) añaden que el diseño del procedimiento sancionador, de un lado, sirve para la correcta determinación de los hechos y las circunstancias ocurridas en la comisión del acto ilícito; y de otro lado, ofrece garantías de defensa para el administrado, doblemente necesarias en el ejercicio de este tipo de actividades, cuyo nivel de incidencia y lesión en las personas y sus patrimonios es mucho más invasivo que otras actividades que desarrolla la Administración.

Sobre esto último, cabe resaltar que la conjugación de ambos aspectos confluye en el cauce formal que representa el procedimiento sancionador para que se garantice una resolución sancionadora basada en hechos acreditados que den crédito a las imputaciones proferidas por la autoridad, al tiempo que se evita la privación de los derechos y garantías del imputado para que dicha situación no se convierta en un estado de indefensión (Gamero 2014, 843; Cobo 2008, 101).

En consecuencia, como afirman Fuentes (2009, 364) y Alarcón (2018, 50-60), la Administración se encuentra prohibida de imponer sanciones sino a través del cauce obligatorio del procedimiento sancionador establecido legalmente. Por lo que las denominadas sanciones de plano quedan proscritas del ordenamiento jurídico.

#### ***4.2.5. Duración establecida legalmente***

El procedimiento sancionador tiene una duración determinada por el momento de su inicio y de su finalización. Por lo tanto, los procedimientos sancionadores no tienen una duración ad infinitum, sino que operan en un plazo legalmente establecido a fin de que el administrado no se vea sometido a una investigación inacabable y prolongada.

De ahí que se vuelve necesario la aplicación de figuras como la caducidad perención que sancionan con la extinción del procedimiento la inactividad de la Administración Pública, eliminando la denominada “pena del banquillo” que padece el sujeto imputado (Santamaría, 2009, 52).

El inicio del procedimiento sancionador se produce con la imputación de cargos. Cuando el administrado recibe la notificación de los cargos que la Administración le imputa, se entiende por iniciado el procedimiento.

Ahora bien, para que el inicio sea válido, el órgano instructor tiene que indicar expresamente cuál es el hecho infractor bajo investigación, cuál es la base normativa en donde se encuentra tipificada esa conducta y cuáles son los

indicios o elementos que motivan iniciar un procedimiento sancionador. De no estar presente alguno de estos elementos, la notificación no será válida y, por ende, el procedimiento tendrá un nacimiento viciado e ilegal, ya que no se habrán configurado en su contenido los elementos esenciales, los cuales son necesarios para que el sujeto imputado pueda desarrollar una defensa efectiva y suficiente.

El procedimiento sancionador culmina con la emisión de la resolución definitiva (terminación normal) o con la configuración de factores exógenos como la terminación convencional, la prescripción o la caducidad perención (terminación anormal).

El periodo de tiempo que va desde el inicio hasta la culminación del procedimiento sancionador es establecido en la legislación administrativa y, por lo tanto, representa una obligación legal para los órganos sancionadores.

#### **4.3. Finalidad**

Con el establecimiento del procedimiento sancionador se busca la consecución de dos fines. Por un lado, se garantiza la existencia de un espacio donde los imputados tienen plenas garantías de hacer valer sus derechos y ofrecer pruebas y alegaciones de defensa para lograr que se desestimen las imputaciones hechas en contra suya (Tawil 2010, 12).

Por otro lado, es la forma más idónea para determinar, conocer y comprobar la verdad de los hechos y las circunstancias y si estos datos acreditan la comisión de infracciones reprochables a los imputados. Para la realización de estas actuaciones, todos los que participan en un procedimiento sancionador como los órganos competentes y los administrados:

(...) tienen, en general, la facultad y la responsabilidad de resolver o tramitar los asuntos, adoptando las medidas oportunas para llegar a una resolución legal e idónea, así como removiendo los obstáculos que impidan, dificulten o retrasen el ejercicio pleno de los derechos de los interesados o el respeto a sus legítimos intereses. (Bermejo 2016, 338)

Por todo ello, sin el procedimiento, la Administración no podría contar con las bases correctas para la toma de sus decisiones, ya que, su obrar no podría calificarse como coherente y acomodada al ordenamiento jurídico (Schmidt-Assmann 2003, 373; Santofimio 2011, 28)

De esa manera, el procedimiento sancionador no solo se instituye como el cauce formal donde la Administración economiza sus movimientos, da sentido y eficacia a sus actuaciones y ahorra costos, sino que se convierte en el medio adecuado para someter a análisis los hechos a fin de preservar el interés público, en primer orden, y de armonizar este con el interés particular del imputado, en segunda instancia (Hernández 2010, 65; Martín y Díez 2012, 287).

## **5. INTERPRETACIÓN Y APLICACIÓN DE LA SUSPENSIÓN DE LOS PLAZOS DE CADUCIDAD Y PRESCRIPCIÓN EN EL CONTEXTO DEL ESTADO DE EMERGENCIA NACIONAL**

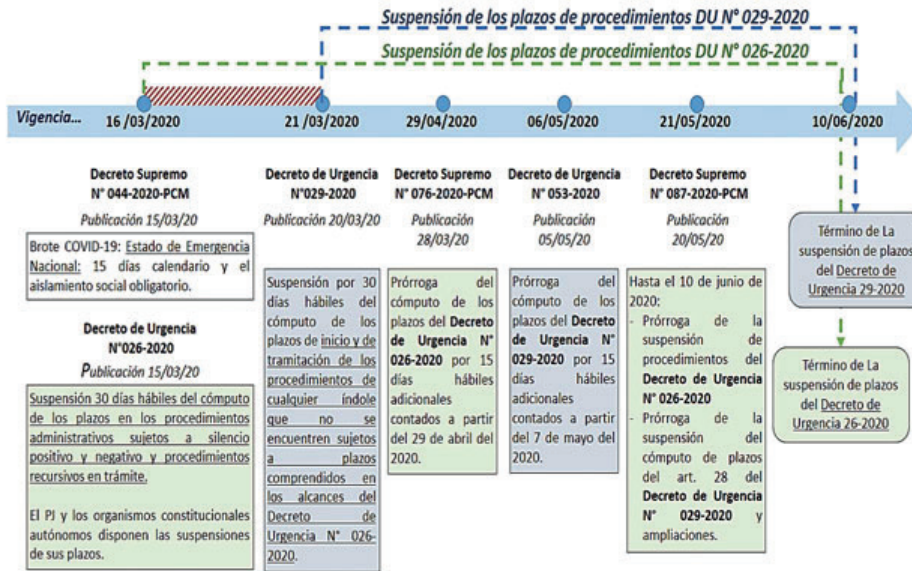
A fin de contextualizar las sucesivas suspensiones de plazos que afectaron a los procedimientos administrativos en el marco de la coronavirus disease 2019 (o conocida como COVID-19, por sus siglas en inglés), haremos un recuento de las normas pertinentes:

- El 11 de marzo de 2020, a través del Decreto Supremo N° 008-2020-SA, se declaró la Emergencia Sanitaria a nivel nacional por el plazo de noventa (90) días calendario y se dictaron medidas para la prevención y control para evitar la propagación del COVID-19.
- El 15 de marzo de 2020 se publicó el Decreto Supremo N° 044-2020-PCM “Decreto Supremo que declara Estado de Emergencia Nacional por las graves circunstancias que afectan la vida de la Nación a consecuencia del brote del COVID-19”, el cual declaró el Estado de Emergencia Nacional por el plazo de quince (15) días calendario. Cabe señalar que dicha declaratoria de Estado de Emergencia contó con sucesivas prórrogas.
- En simultáneo se publicó el Decreto de Urgencia N° 26-2020 “Decreto de Urgencia que establece diversas medidas excepcionales y temporales para prevenir la propagación del coronavirus (covid-19) en el territorio nacional” (en adelante, “DU 26-2020”), el cual estableció medidas en materia laboral, económico y presupuestario y además suspendió los plazos de los procedimientos sujetos a silencio administrativo positivo y negativo que se encuentren en trámite por el plazo de 30 días hábiles contados a partir del 16 de marzo de 2020. Además, en el marco de dicha suspensión, dispuso que el Poder Judicial y organismos constitucionales autónomos disponían la suspensión de sus propios plazos.



- El 20 de marzo de 2020 se publicó el Decreto de Urgencia N° 29-2020 “Dictan medidas complementarias destinadas al financiamiento de la micro y pequeña empresa y otras medidas para la reducción del impacto del COVID-19 en la economía peruana” (en adelante, “DU 29-2020”), el cual suspendió el cómputo de los plazos de inicio y de tramitación de los procedimientos administrativos y procedimientos de cualquier índole, incluso los regulados por leyes y disposiciones especiales, que se encuentren sujetos a plazo, que se tramiten en entidades del Sector Público por un periodo de 30 días calendarios.
- Seguidamente, el 28 de abril de 2020, mediante Decreto Supremo N° 076-2020-PCM se dispuso la prórroga del plazo de suspensión del cómputo de los plazos de tramitación de los procedimientos administrativos sujetos a silencio positivo y negativo al amparo del numeral 2 de la Segunda Disposición Complementaria Final del DU 26-2020 por el término de 15 días hábiles contados a partir del 29 de abril de 2020.
- Mediante Decreto de Urgencia N° 53-2020 publicado el 5 de mayo de 2020, se prorrogó por 15 días hábiles el cómputo de los plazos de inicio y tramitación de los procedimientos administrativos y procedimientos de cualquier índole, incluso los regulados por leyes y disposiciones especiales, que se encuentran previstos en el artículo 28 del DU 29-2020.
- Finalmente, mediante Decreto Supremo N° 087-2020-PCM publicado el 20 de mayo de 2020, se dispuso la prórroga de la suspensión del cómputo de plazos de los procedimientos administrativos regulada en el numeral 2 de la Segunda Disposición Complementaria Final del DU 26-2020 y ampliaciones, hasta el 10 de junio de 2020. Asimismo, se prorrogó la suspensión del cómputo de plazos del artículo 28 del DU 29-2020 y ampliaciones.
- Luego de sucesivas prórrogas, mediante Decreto Supremo N° 094-2020-PCM “Decreto Supremo que establece las medidas que debe observar la ciudadanía hacia una nueva convivencia social y prorroga el Estado de Emergencia Nacional por las graves circunstancias que afectan la vida de la Nación a consecuencia del COVID-19” publicado el 23 de mayo de 2020, se dispuso el aislamiento social obligatorio (cuarentena), por las graves circunstancias que afectan la vida de la Nación a consecuencia del COVID-19, hasta el martes 30 de junio de 2020.

Para un mejor entendimiento de esta cronología, presentamos la siguiente línea de tiempo:



Fuente: Elaboración propia

Cabe señalar que las suspensiones de plazos admitían excepciones a procedimientos determinados, siempre que éstos hayan estado fijados por la Entidad Pública competente, así como regulación específica dada por el Poder Judicial o los organismos constitucionales autónomos. Sin embargo, explícitamente las normativas citadas no prevén que la suspensión de plazos alcance o no a la caducidad y la prescripción, sino que esto último puede darse producto de las interpretaciones que hagan las diversas Entidades.

De cara al desarrollo realizado a lo largo del presente trabajo, a propósito de los principios y características del procedimiento administrativo sancionador, pasaremos a analizar el impacto de la normativa listada a propósito de los plazos de prescripción y caducidad regulado en la norma administrativa peruana, a saber, el Texto Único Ordenado de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, aprobado mediante Decreto Supremo N° 004-2019-JUS (“TUO de la LPAG”).

Cabe precisar que, para efectos del presente artículo, el análisis que sigue a continuación se hace desde una perspectiva del régimen general establecido

mediante los Decretos de Urgencia N° 026-2020, 029-2020 y sus respectivas prórrogas. En consecuencia, no se ahondará en los diversos supuestos o regímenes de suspensión de plazos procedimentales que se deriven de la declaratoria de Estado de Emergencia Nacional mediante Decreto Supremo N° 044-2020-PCM, los mismos que, con sus particularidades y reglas específicas, impactaron en mayor o menor medida en la tramitación de procedimientos e incluso en las funciones propias a cargo del Estado.

También cabe anotar que, dadas las figuras analizadas en el presente, a saber, la caducidad y prescripción en el marco de los procedimientos administrativos sancionadores, el análisis se centrará en el trámite que comprende su inicio hasta la resolución final de instancia que resuelve con un pronunciamiento de fondo la materia imputada. No ahondaremos en la suspensión de plazos que pudiera afectar los recursos administrativos interpuestos o por interponer por parte de los administrados.

### **5.1. Sobre la aplicación de la caducidad procedimental en el contexto de la COVID-19: ¿se suspende su cómputo?**

Nuestra normativa específica sobre la suspensión de los plazos no hace mención expresa a la caducidad o la prescripción, a diferencia de lo que ocurre en la norma de la que es tributaria. Nos referimos al Real Decreto 43/2020 de 14 de marzo de 2020, por el que se declara el Estado de Alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19 en España. En específico, en la disposición adicional cuarta de dicha norma se prescribe lo siguiente:

Disposición adicional cuarta. Suspensión de plazos de prescripción y caducidad

Los plazos de prescripción y caducidad de cualesquiera acciones y derechos quedarán suspendidos durante el plazo de vigencia del estado de alarma y, en su caso, de las prórrogas que se adopten.

Como se observa, la legislación española sí dispone expresamente la suspensión de los plazos de prescripción y caducidad contenidos en la Ley 39/2015 y la Ley 40/2015 que vienen a ser el símil de nuestro TUO de la LPAG. Por ello es que en nuestra realidad hace falta analizar si esta suspensión tiene aplicación a los plazos de la caducidad y prescripción estipulados en los artículos 259 y 252 del TUO de la LPAG, respectivamente.

Así, a propósito de la caducidad, podemos indicar que es una figura administrativa que extingue el procedimiento sancionador siempre que el plazo para resolver el procedimiento haya sido superado por causa de la inactividad de la Administración Pública (Valverde y Sánchez 2019, 86-88).

Nuestra legislación prevé como plazo para resolución y notificación los nueve meses contados a partir de la notificación de la imputación de cargos; sin embargo, cabe la ampliación del plazo cuando se haya justificación válida.

Sobre el particular, expresamente no existe una disposición en el régimen de la caducidad que active su suspensión. Sin embargo, la doctrina comparada ha concretado que sí cabe suspender el procedimiento siempre que se presente una situación que impida la regular actuación de la Administración Pública y sus funcionarios.

De ahí que la Declaratoria de Emergencia Sanitaria y Nacional provean los insumos necesarios para que se justifique la suspensión de los plazos de caducidad, en la medida que su disposición se da por una norma con rango legal como viene a ser el Decreto de Urgencia.

En atención a ello, y a la luz de lo prescrito en la propia normativa, sí cabe la suspensión de la caducidad, ya que esta figura se traduce en el plazo de duración o tramitación del propio procedimiento sancionador (como instrumento). Así que su tránsito está supeditado a que no existan factores exógenos que impiden su desarrollo regular.

Sobre este punto, cabría señalar que el cómputo del plazo remanente se realizará en días calendarios ya que la caducidad contabiliza los plazos en meses. A falta de pronunciamiento, si la Entidad competente dispuso la reanudación de los inicios y trámites antes del 10 de junio de 2020, cabe también concluir que la caducidad ya no continúa suspendida y su cómputo se reanuda hasta el final del plazo dispuesto por la norma.

Pese a lo anterior, cabe hacer una precisión en cuanto al inicio de la suspensión del plazo de caducidad. El Decreto de Urgencia N° 26-2020 reguló la suspensión del cómputo de los plazos de tramitación de los procedimientos administrativos sujetos a silencio positivo y negativo que se encuentren en trámite a la entrada en vigencia de dicha norma. Ello evidencia que propiamente no se reguló el trámite del procedimiento sancionador, ya que este procedimiento no está sujeto al silencio administrativo.

La situación antes descrita cambia con la publicación del Decreto de Urgencia N° 29-2020, cuando se estableció la suspensión del cómputo de los plazos de inicio y de tramitación de los procedimientos administrativos y pro-

cedimientos de cualquier índole (incluso los regulados por leyes y disposiciones especiales) “que se encuentren sujetos a plazo y que no estén comprendidos en los alcances del Decreto de Urgencia N° 26-2020; incluyendo los que encuentran en trámite a la entrada en vigencia del presente Decreto de Urgencia”.

Sobre ello, dos conclusiones: (i) la primera referida a que, entre los días 16 a 20 de marzo de 2020, inclusive, no habría operado una suspensión del plazo de caducidad; (ii) la segunda, implica un hecho que nos ayudará a continuar con el análisis del caso de la prescripción, y se vincula con que las suspensiones de plazo dictadas por ambos Decretos de Urgencia se limitan a hacerlo desde el ámbito instrumental o procesal del procedimiento. Dicho esto, último de otro modo, ambas normas sólo regularon plazos de tramitación o procesales, mas no plazos que afecten la acción por parte de la Administración.

## **5.2. (In) aplicación de la suspensión de plazos de prescripción**

### **5.2.1. Aspectos conceptuales de la prescripción de la potestad sancionadora**

En el ámbito administrativo sancionador, la prescripción se fundamenta en dos presupuestos. Desde la perspectiva del administrado, la prescripción constituye una garantía y un derecho a su favor que se expresa en el deber de contigüidad o inmediatez temporal, el mismo que debe mediar entre la acción infractora y la reacción sancionadora, toda vez que, en virtud del principio de seguridad jurídica, el administrado tiene derecho a conocer con total certeza el periodo en el que será perseguido por la comisión de la conducta ilícita por él cometida:

(...) como una limitación al ejercicio tardío del derecho sancionador, en beneficio de la seguridad jurídica, y debe acogerse en aquellos supuestos en que la Administración, por inactividad o laxitud, deja transcurrir el plazo máximo legal para ejercitar su derecho a exigir o corregir las conductas ilícitas administrativas, o interrumpe el procedimiento de persecución de la falta durante un lapso de tiempo (de Diego 2009, 25).

Desde la perspectiva de la Administración, la prescripción es una exigencia cuya fuente radica en el principio de eficacia administrativa. Esto se explica a partir de la valoración que se le brinda al deber que tiene la Administración para proteger el interés público, ya que pierde relevancia sancionar una conducta que no haya sido castigada oportunamente en el sentido que no se habrá dado una debida protección a los intereses de la colectividad, cuya tutela está a cargo de aquella (Becerra 2015, 120).

En cuanto a la naturaleza jurídica de la prescripción, seguimos la posición de Zegarra (2010, 207), quien postula que esta figura “supone una renuncia del Estado al derecho de castigar basada en razones de política criminal aunadas por el transcurso del tiempo, cuya incidencia es que la propia Administración considere extinta la responsabilidad de la conducta infractora y, por consiguiente, de la sanción”.

El Derecho Administrativo Sancionador reconoce dos ámbitos donde se aplica la prescripción. Por un lado, la prescripción opera como factor restrictivo de la persecución de la infracción administrativa; y, por otro lado, opera en la ejecución de la sanción. A estos dos ámbitos, de Diego (2009, 23) los clasifica como prescripción de la sanción para referirse a primera, y como prescripción de la sanción para la calificar la segunda.

La prescripción se caracteriza por ser objetiva, ya que, en su configuración no confluye ninguna voluntad o actuación ni de la Administración Pública ni del administrado imputado; así como también su carácter oficioso. La Administración, titular de la acción punitiva, tendrá que constatar el tiempo transcurrido para determinar si el plazo se excedió, dando pie a la configuración de la prescripción (Baca 2011, 265).

La importancia de tener definido la duración del plazo concedido a la Administración para ejercitar su potestad punitiva representa una garantía a favor del imputado. Por ello, es esencial que la prescripción se compute a partir de dos momentos. Estos son el inicio y la terminación de su cómputo.

El inicio de la prescripción empieza a contabilizarse desde el momento que se materializa la infracción, la misma que en función de su calificación puede tener diferentes repercusiones al momento de contabilizar el transcurso de la prescripción. Así, el inicio varía en su determinación cuando se está frente a una infracción instantánea, a una infracción instantánea de efectos permanentes de estado, a una infracción permanente o continua o a una infracción continuada.

En cuanto al momento exacto en que culmina el plazo de la prescripción, tiene mucha importancia el tiempo que la legislación le ha otorgado a la Administración para ejecutar su potestad. Así, cuando se cumpla el plazo y no se haya emitido ninguna resolución definitiva sobre el fondo de la materia, se habrá configurado el término del plazo y, por ende, habrá prescrito la potestad sancionadora.

Ahora bien, cabe remarcar que el plazo de prescripción puede suspenderse cuando el administrado sea notificado con la imputación de cargos que

da inicio al procedimiento sancionador. A partir de este momento, el plazo de prescripción deja de contabilizarse, sin que ello implique la pérdida del tiempo acumulado, y volverá a reanudar su cómputo cuando transcurra un periodo de inactividad de la Administración.

Los efectos extintivos de la prescripción recaen sobre la potestad sancionadora de la Administración. Así, como señala Danós (2013, 695), “(...) lo que se extingue no es la responsabilidad del administrado por haber cometido una conducta contraventora”, ya que lo que se extingue es la acción para perseguir y sancionar una posible infracción aún no acreditada.

Por lo tanto, cuando se materialice la prescripción, la Autoridad no podrá iniciar ningún procedimiento sancionador o continuar con el trámite de uno ya iniciado, dado que, la conducta ya no será pasible de persecución ni de sanción y, por ende, el procedimiento deberá archiversse, bastando solo la mera declaración de la autoridad, bien a título oficioso o a solicitud de parte (Tribunal Constitucional 2005, fundamento jurídico 9).

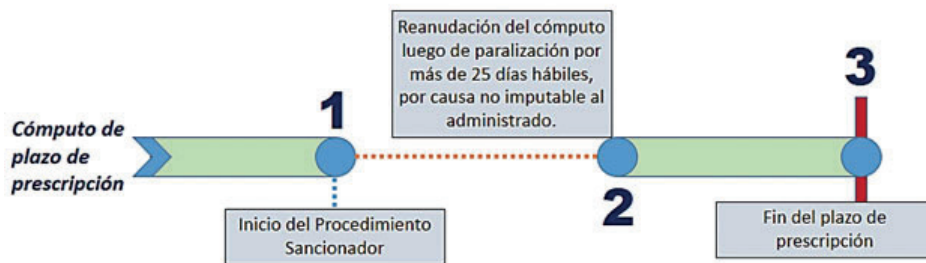
### ***5.2.2. Tres hitos para la posible operación de la prescripción durante la pandemia***

A fin de analizar el impacto de la suspensión de plazos en la operatividad de la prescripción de los procedimientos administrativos sancionadores, conviene revisar su regulación vigente. Así, el TUO de la LPAG dispone lo siguiente:

#### Artículo 252.- Prescripción

(...) El cómputo del plazo de prescripción sólo se suspende con la iniciación del procedimiento sancionador a través de la notificación al administrado de los hechos constitutivos de infracción que les sean imputados a título de cargo, de acuerdo a lo establecido en el artículo 255, inciso 3. Dicho cómputo deberá reanudarse inmediatamente si el trámite del procedimiento sancionador se mantuviera paralizado por más de veinticinco (25) días hábiles, por causa no imputable al administrado (...).

Para efectos del presente trabajo, y conscientes de las limitaciones de espacio propias de un artículo académico, sólo analizaremos la sección referida al supuesto de suspensión del plazo de prescripción. Dicha regulación la podemos resumir en tres momentos o escenarios, los mismos que nos servirán para desarrollar nuestro análisis sobre el particular:



Fuente: Elaboración propia

#### a) Primer hito

Se refiere a un escenario de entrada. Así, la norma es clara en señalar que sólo se suspende el plazo por el inicio del procedimiento sancionador. En consecuencia, el hito principal de este escenario es el inicio (imputación de cargos) del procedimiento administrativo sancionador.

Es el caso de una infracción administrativa cuyo plazo de prescripción se encontraba próximo a cumplirse en el mes de marzo de 2020. Dado ello, una primera reflexión consiste en sostener que no procede la suspensión del plazo de prescripción de un procedimiento sancionador no iniciado, en tanto que el propio numeral 2 del artículo 252 del TUO de LPAG, determina que solamente su inicio suspende el referido plazo. Como ya hemos anotado, las suspensiones de plazo ordenadas mediante los Decretos de Urgencia N° 026-2020, 029-2020 y ampliatorios afectan el carácter instrumental del procedimiento, por lo que no podrían afectar a un procedimiento no iniciado.

Una segunda reflexión nos lleva a analizar el Decreto de Urgencia N° 29-2020 y sus ampliatorios, en tanto que una posición contraria a la señalada anteriormente podría indicar que, en tanto los inicios de los procedimientos se encuentran suspendidos, ergo, existe una prórroga en la suspensión del plazo de prescripción de los procedimientos no iniciados. Sobre esta situación, cabe apelar a la prescripción como garantía del administrado. Como hemos visto en la norma general administrativa, se regulan supuestos que, mientras no sea una causa imputable al administrado, el plazo de prescripción se reanuda o, por lo menos, se encamina a reanudarse (si todavía no se han cumplido los 25 días hábiles de paralización).



En consecuencia, desde una perspectiva de las garantías expresamente dadas desde el precepto analizado y ante la omisión de una regulación específica en los Decretos de Urgencia N° 026-2020 y 029-2020, no se deriva que pueda existir una suspensión del plazo de prescripción de infracciones que aún no han sido imputadas o iniciadas a través de un procedimiento administrativo sancionador.

*b) Segundo hito*

Se refiere a un momento intermedio, configurado por lo que ocurre entre el inicio del procedimiento sancionador y el reinicio del cómputo del plazo de prescripción. Como se observa en la referida disposición, corresponde que dicho plazo se reanude inmediatamente si el trámite se mantuviera paralizado por más de veinticinco días hábiles por causa no imputable al administrado. El hito principal en este escenario lo constituye el momento en que se reanuda el plazo de prescripción.

En este caso, corresponde analizar las posibilidades que se deriven de la entrada en vigencia del Decreto de Urgencia N° 29-2020. Dicho análisis, nos lleva a considerar los siguientes tres escenarios:

- *Existe una actuación pendiente por parte del administrado y no han transcurrido veinticinco días hábiles de paralización*

En este escenario, a la entrada en vigencia del referido Derecho de Urgencia, se encontraba pendiente una actuación por parte del administrado, en virtud de un plazo otorgado dentro del procedimiento administrativo sancionador. Así, estamos ante un plazo de descargos, recursos o de requerimientos en el marco del trámite del procedimiento a cargo de la Entidad, donde ésta estableció oportunamente un término para dicha actuación.

En este caso, consideramos que, el cómputo del plazo de prescripción se encuentra suspendido siempre y cuando no hayan transcurrido ya los veinticinco días para su reanudación. Ello, en tanto que la suspensión afecta el plazo otorgado al administrado, ampliándolo. Dicho plazo, entonces, por efecto del Decreto de Urgencia N° 29-2020 y sus respectivas ampliaciones, se encuentra suspendido.

Pero, cabe la cuestión, ¿hasta cuándo se encuentra ampliado dicho plazo? Al ser un plazo otorgado al administrado que le sirve como garantía: (i) éste se amplía hasta el término de la suspensión dictada mediante el Decreto de

Urgencia N° 29-2020; (ii) continúa ampliado hasta que se retome la recepción documental en los términos establecidos en TUO de la LPAG, en aplicación del artículo 145.2 del TUO de la LPAG; y esto último, (iii) salvo que el administrado se acoja a los mecanismos de actuación o presentación documental que la entidad establezca de manera alternativa a la regulada en el régimen general.

Ahora bien, ¿qué ocurre si el administrado realiza o cumple con la actuación respecto de la cual fue otorgada un plazo mediante los mecanismos aprobados o proporcionados por la Entidad? En este caso, a partir de dicho hecho, y luego de los veinticinco días hábiles establecidos en la norma, se reanuda el cómputo del plazo de prescripción. Y ello ocurre a pesar de que los plazos de tramitación de los procedimientos sancionadores se encuentran suspendidos, en tanto que dicha suspensión de la tramitación ya no es una causa imputable al administrado

A efectos de concluir con el desarrollo de este escenario, cabe recordar que existe un periodo de descalce entre la entrada en vigencia del Decreto de Urgencia N° 26-2020 y el Decreto de Urgencia N° 29-2020. Ciertamente, ya sea por la inmovilización social obligatoria, ordenada mediante Decreto Supremo N° 044-2020-PCM o por las disposiciones emitidas por cada Entidad referida a la suspensión general de procedimientos y cierre de sus mesas de partes presenciales, se impidió la normal realización de actuaciones ante las Entidades. En este sentido, en virtud del artículo 145.2 del TUO de la LPAG aquellas actuaciones que se encontraban sujetas a plazos y que vencieron en dicho periodo de descalce, se entienden prorrogadas al primer día hábil siguiente, sucesivamente, hasta que se permita su realización a través de los mecanismos regulares establecidos por el TUO de la LPAG en sus artículos 128 y siguientes, a saber, el trámite presencial.

Así, el plazo de prescripción en este último caso también se encuentra suspendido, en tanto el administrado aún cuenta con el plazo otorgado. Sin embargo, si se realiza o cumple con la actuación mediante los mecanismos alternativos establecidos por la Entidad, y transcurren los veinticinco días hábiles establecidos en la norma, se reanuda el cómputo del plazo de prescripción.

- *No existe una actuación pendiente por parte del administrado y no han transcurrido veinticinco días hábiles de paralización*

En este escenario, a pesar de la entrada en vigencia de los decretos de urgencia, en aplicación del propio artículo 252.2 del TUO de la LPAG, continúa el cómputo de los veinticinco días hábiles para que se reanude el plazo de

prescripción. Ello, en tanto que ni el Decreto Supremo N° 044-2020-PCM, ni los decretos de urgencia y sus sucesivas prórrogas, establecieron que el plazo de la declaración de Estado de Emergencia Nacional o las suspensiones de los procedimientos contenidos en ambos Decretos de Urgencia, supondrían una inhabilidad de días en toda su duración.

¿Qué ocurre si la administración notificó un acto no definitivo otorgando un plazo a cargo del administrado? Pues ocurre de manera análoga al escenario anterior: continúa el cómputo de los veinticinco días hábiles y la posterior reanudación del plazo de prescripción, en tanto que la tramitación se encuentra suspendida y el plazo otorgado por la administración, por tanto, no resulta exigible, por lo menos no hasta el levantamiento de la suspensión de los plazos de tramitación.

- *Han transcurrido los veinticinco días hábiles de paralización por causa no imputable al administrado*

En este escenario, ya sea a la entrada en vigencia de cualquiera de los decretos de urgencia, el plazo de prescripción continúa en su cómputo, en virtud del artículo 252.2 del TUO de la LPAG. Sucede que, como ya ha sido desarrollado, entendemos que los citados Decretos de Urgencia y sus respectivas prórrogas, regularon la suspensión de la tramitación de los procedimientos sancionadores desde una perspectiva procedimental. Así, la persecución de la infracción imputada y los plazos impuestos por la figura de la prescripción, desde una perspectiva del régimen general, no sufrieron modificaciones o excepciones normativas.

### *c) Tercer hito*

Se trata de un momento de salida de los alcances del artículo 252.2 del TUO de la LPAG, y lo vinculamos con lo que ocurre entre el momento de reanudación del plazo de prescripción y el fin del cómputo de dicho plazo. En consecuencia, el hito principal de este escenario es el propio fin del plazo o, lo que es lo mismo, la operatividad de la prescripción. Para analizar ello, planteamos los siguientes escenarios:

- *Existen actuaciones pendientes a cargo de la administración*

Reanudado el plazo de prescripción regulado en el artículo 252.2 del TUO de la LPAG, en este escenario, la paralización del expediente ya no resulta imputable a un plazo otorgado al administrado, sino, a una actuación o conjunto de actuaciones pendientes por parte de la administración. Nos referimos, por ejemplo, a la necesaria actuación de los medios de prueba, regulados en el artículo 177 del TUO de la LPAG, que buscan generar convicción al órgano decisor sobre los hechos imputados respecto a una declaración de responsabilidad o archivo del procedimiento.

Si bien algunas de las actuaciones probatorias (e incluso su producción) en el marco del trámite del procedimiento sancionador se encuentran a cargo de la Administración, los administrados también ofrecen medios probatorios con los que buscan convencer de su posición al órgano decisor. En consecuencia, si una de las actuaciones necesarias para la generación de dicha convicción se encuentra pendiente (prueba pericial, testimonios, entrega de información adicional, entre otros) o la misma requiere una participación activa por parte de los administrados (declaraciones, audiencias orales, entre otros), el procedimiento no se encuentra expedito para resolver, y ello no resulta imputable al administrado.

Consecuentemente, en estos casos, y dados los alcances de la suspensión de plazos establecida mediante el Decreto de Urgencia N° 29-2020: (i) por un lado, si el término del plazo de prescripción tiene lugar en un momento dentro de lo establecido en el citado Decreto de Urgencia, la prescripción operará, dado que, en virtud del artículo 252.2 del TUO de la LPAG, no es posible suspender nuevamente el plazo de prescripción; y, (ii) por otro lado, si la prescripción tiene lugar en un momento posterior a la suspensión regulada en el Decreto de Urgencia N° 29-2020, y la misma se encuentra indistintamente dentro o fuera de los alcances del aislamiento social obligatorio, si no se realizan las actuaciones pendientes por parte de la Administración oportunamente, la prescripción operará también, sin suspensiones extranormativas.

- *El caso está expedito para resolver*

En este escenario, la Administración ya cuenta con los elementos de convicción para emitir un pronunciamiento en primera instancia que resuelva la cuestión de fondo, pero dados los decretos de urgencia ve limitada su actuación. Una primera aproximación a la operatividad de la prescripción en este ámbito nos induciría a concluir que, si durante la vigencia de los referidos Decretos de Urgencia concluyó el cómputo del plazo de prescripción, operó de

manera inmediata (en favor del administrado). Sin embargo, dicha aproximación requiere un segundo análisis que, proponemos, permitiría compatibilizar o equilibrar tanto una perspectiva institucional, como una de garantías frente al administrado.

Cabe anotar que, ante la falta de regulación sobre el particular, la vigencia del Decreto Supremo N° 044-2020-PCM o los citados Decretos de Urgencia y sus sucesivas prórrogas, no suponen una inhabilidad de días, ni para el cómputo de plazos, ni para el régimen laboral o de desempeño de funciones correspondientes. En este sentido, no podría indicarse de plano que las Administraciones se encontraron impedidas de realizar actividades propias de su gestión, e incluso, por qué no, en el ámbito de la resolución de casos.

Dicho esto, el planteamiento que proponemos establece lo siguiente:

- i) Si el plazo de prescripción contó con un término dentro del descalce temporal entre el Decreto de Urgencia N° 26-2020 y el Decreto de Urgencia N° 29-2020, ésta operó, en tanto que, como vimos, el alcance de la suspensión del primer Decreto citado no impactó en los procedimientos administrativos sancionadores. ¿Qué sucede entonces con los actos que se encontraban resueltos o por resolver y, en ambos casos, pendientes de notificar? Pues, dadas las limitaciones de redacción del propio DU 26-2020, el riesgo o responsabilidad de dicho descalce en materia de procedimientos sancionadores se traslada, principalmente, a la administración.
- ii) Si el plazo de prescripción contó con un término durante la vigencia del Decreto de Urgencia N° 29-2020 y sus sucesivas prórrogas, siempre y cuando la resolución del caso se haya dado en una fecha anterior a la de la operatividad de la prescripción, ésta resolución pudo notificarse hasta el 11 de junio de 2020. ¿Y por qué? Pues porque la administración sí contaba con los elementos de convicción correspondientes e incluso resolvió (ya sea a favor o en contra del administrado) en instancia el caso, pero un factor externo suspendió los plazos de tramitación de los procedimientos administrativos sancionadores. Puntualmente, se suspendió la posibilidad de notificar la resolución ya emitida, en virtud del mismo Decreto de Urgencia N° 29-2020.

Sobre ello, cabe recordar que el artículo 18.1 del TUO de la LPAG establece que la notificación “(...) es practicada de oficio y su debido diligenciamiento es competencia de la entidad que lo dictó. La notificación debe realizarse en día y hora hábil, salvo regulación especial diferente o naturaleza continuada de

la actividad”. Así, se dispone un imperativo de diligencia a cargo de la entidad competente. A su vez, el artículo 24.1 del TUO de la LPAG dispone que “(t)oda notificación deberá practicarse a más tardar dentro del plazo de cinco (5) días, a partir de la expedición del acto que se notifique (...)”, disposición que evidencia que la Administración cuenta con un plazo determinado para realizar dicho acto de notificación.

Dicho lo anterior, en tanto resulte imposible iniciarse el procedimiento de notificación, no podría imputarse a la Administración falta de diligencia, o lo que es lo mismo, un incumplimiento al artículo 18.1 del TUO de la LPAG. En este sentido, desde el inicio del cómputo del plazo previsto en el 24.1 del TUO de la LPAG, la Administración que no falte a la diligencia se habría visto frente a una imposibilidad prevista en el propio Decreto de Urgencia N° 29-2020.

Cabe recordar lo establecido en el artículo 145.2 del TUO de la LPAG, el mismo que dispone que “(c)uando el último día del plazo o la fecha determinada es inhábil o por cualquier otra circunstancia la atención al público ese día no funcione durante el horario normal, son entendidos prorrogados al primer día hábil siguiente”. Frente a este dispositivo, dado que en el día o días previos a la resolución del caso antes de la operatividad de la prescripción, para la administración resultó imposible notificar, se deberá entender sucesivamente prorrogada la posibilidad de realizar el acto de notificación de acuerdo a lo dispuesto en el artículo ya mencionado.

¿Hasta cuándo correspondería aplicar dicha prórroga del acto de notificación? Mientras dure la imposibilidad prevista en el Decreto de Urgencia N° 29-2020, a saber, el 10 de junio de 2020 inclusive. ¿Y por qué no mientras dure todo el periodo de aislamiento social obligatorio? Pues porque en la línea del artículo 145.2 del TUO de la LPAG, es la suspensión de los plazos de trámite, es decir, los procesales, prevista en el Decreto de Urgencia N° 29-2020 lo que genera la imposibilidad. Dicha imposibilidad jurídica (suspensión de plazos procesales) desaparece luego de cumplida la última prórroga del referido Decreto de Urgencia, a saber, la realizada mediante Decreto Supremo N° 087-2020-PCM.

Un cuestionamiento adicional podría estar referido a por qué este razonamiento no se replica en los supuestos donde el plazo de prescripción se cumple en un día inhábil en un periodo normal, libre de la influencia de Decreto de Urgencia N° 29-2020. La respuesta la encontramos en el propio artículo 18.1 del TUO de la LPAG ya citado. Y es que, mientras que en un periodo normal la Administración puede prever diligentemente que el término del plazo de prescripción se dará en una fecha inhábil y tomar los recaudos correspondientes;

en un periodo bajo la influencia de una norma como el Decreto de Urgencia N° 29-2020 que imposibilita la notificación regular a las Administraciones, dicha previsión no resulta razonablemente exigible.

En atención a lo anterior, cabe preguntarnos, ¿estamos ante un escenario de prórroga del plazo de prescripción? La respuesta es que no, en tanto que el plazo de prescripción vincula a la administración a pronunciarse oportunamente, vale decir, antes de que dicha figura opere. Sin embargo, se genera una suerte de prórroga de notificación del acto que resuelve en instancia el pronunciamiento de fondo, dado lo establecido en el Decreto de Urgencia N° 29-2020 y sus ampliaciones.

- i) Si el plazo de prescripción contó con un término durante la vigencia del Decreto de Urgencia N° 29-2020 y sus sucesivas prórrogas, y la resolución del caso se dio en una fecha posterior al término del plazo de prescripción, en dicho supuesto, la figura de la prescripción ha operado. Ello, en tanto que la obligación de notificar el acto de resolución no habría nacido, puesto que dicha resolución no se dio oportunamente. Correspondería proceder con emisión y notificación del acto declaratorio de la prescripción.
- ii) Si el plazo de prescripción contó con un término luego de la vigencia del Decreto de Urgencia N° 29-2020 y sus sucesivas prórrogas, e indistintamente antes o después del término del aislamiento social obligatorio (a saber, al 30 de junio de 2020), en dicho supuesto, la figura de la prescripción ha operado, ello en aplicación del artículo 252.2 del TUO de la LPAG. Cabe recordar que el espacio donde se genera cierta distorsión en la notificación de una resolución de fondo de una infracción con riesgo de prescripción es durante la vigencia del Decreto de Urgencia N° 29-2020. Así, fuera de los límites de las suspensiones de plazo previstas en dicho cuerpo normativo, procede la operación de la prescripción sin dichas consideraciones.

### **5.3. Factores adicionales a considerar**

#### ***5.3.1. Comunicados y suspensión de plazos***

Llegados a este punto hemos sostenido que la suspensión de plazos en los procedimientos administrativos sancionadores se da desde la entrada en vigencia del Decreto de Urgencia N° 29-2020, pero sucede que diversas administraciones emitieron sendos comunicados desde el día 16 de marzo de 2020, y señalaban que suspendían los plazos de tramitación de los procedimientos

seguidos ante ellas. Más allá de la discusión de si dichos comunicados son o no vinculantes, lo cierto es una lectura concordante entre lo dispuesto por dichos comunicados, la regulación propia de las figuras de la caducidad y prescripción en una norma con rango de ley como el TUO de la LPAG y lo dispuesto en el Decreto de Urgencia N° 26-2020, nos llevan a las mismas conclusiones ya desarrolladas.

En cuanto al cómputo de plazos, como ya hemos desarrollado, consideramos que, desde el 16 de marzo de 2020, dada la inmovilización social obligatoria ordenada por el Gobierno, los plazos se habrían visto prorrogados en virtud del artículo 145.2 del TUO de la LPAG, en tanto dicha situación no permitió que la atención al público, ya sea desde la perspectiva de la institución como de la del administrado, funcione durante el horario normal. Ello, sin perjuicio de la habilitación de mesas de partes virtuales, las mismas que suponen un canal alternativo, pero no sustitutorio, de las mesas de partes presenciales.

### ***5.3.2. Sobre la creación de mesas de partes virtuales y notificaciones vía correo electrónico por parte de la administración***

Durante la vigencia de los Decretos de Urgencia y sus ampliaciones, diversas entidades dispusieron la creación de mesas de partes virtuales traducidas en destinar un correo electrónico para recibir documentación de la ciudadanía. Respecto a ello, cabe recordar que en atención a los artículos 125.1, 128 y siguientes del TUO de la LPAG, la regla general se basa en la presentación en físico de documentos. Visto ello, las facilidades brindadas por dichas instituciones suponen alternativas al empleo de las mesas de partes presenciales, y como alternativas, significan una opción no sustitutoria del trámite regular establecido en el TUO de la LPAG.

Así, el cómputo de los plazos otorgamos a los administrados mientras el trámite regular del régimen general no se restituya, debe ser concordante con lo establecido en el TUO de la LPAG y, ante dudas en el cómputo, se debe preferir una interpretación a favor de la flexibilidad de los plazos. Un ejemplo de una buena práctica en el uso de las mesas de partes virtuales lo constituye el del Consejo Ejecutivo del Poder Judicial (2020), que ha establecido que la presentación de documentos a través de su mesa de partes electrónica se puede hacer todos los días (sábados, domingos, feriados inclusive), desde las 00:00 horas a las 23:59 horas. A diferencia de lo que podría ocurrir con las autoridades administrativas, el Poder Judicial no limita el horario de recepción o atención de su mesa de partes electrónica, y considera días completos.



Conjuntamente con la creación de las mesas de partes virtuales, las administraciones han buscado realizar notificaciones vía correos electrónicos previamente autorizados por los administrados. Sobre ello, conviene recordar que el régimen de notificaciones, obliga, en el artículo 18 del TUO de la LPAG a que la notificación se realice en día y hora hábil. Con esta primera regla podríamos concluir que cualquier notificación fuera de ese horario sería defectuosa. Sin embargo, cabe desatacar que el artículo 20.4 del TUO de la LPAG ha establecido que la notificación se entiende válidamente efectuada cuando la entidad reciba la respuesta de recepción del administrado (automática o no) y surte efectos desde día que conste haber sido recibida (se cuentan con un plazo máximo de 2 días hábiles para dar dicha respuesta). Por su parte, el artículo 25 del mismo cuerpo normativo establece que las notificaciones mediante correo electrónico surten efectos el día que conste haber sido recibidas.

Sobre esto último, si bien el artículo 26 del TUO de la LPAG establece que las notificaciones defectuosas deben volver a realizarse, el artículo 27 dispone que opera el saneamiento o que se acepta como válida la notificación defectuosa en la que el administrado haya manifestado expresamente haberla recibido. En este sentido, la activación de las “respuestas automáticas” de los correos electrónicos, o los acuses de recibo dentro del plazo establecido en el TUO de la LPAG podría convalidar notificaciones realizadas fuera de los horarios y días hábiles.

## 6. CONCLUSIONES

La Administración funciona en base a plazos. Los hay internos y los externos. Los primeros son “arcanos”, como le llamaría Santamaría (2009), y los segundos son fluctuantes y su longevidad depende de qué lado de la relación te ubiques: más largo para la Administración, más corto para los administrados.

Sin embargo, todas las legislaciones son perfectibles y adaptables a situaciones futuras e inesperadas. Esto sucede con el cómputo de los plazos de los procedimientos sancionadores. El TUO de la LPAG no contempla expresamente supuestos de suspensión de los plazos de caducidad. De hecho, la interpretación exegética daría como respuesta que el Decreto de Urgencia N° 29-2020 no constituye un supuesto de suspensión de la caducidad porque no prevé una disposición que dedique una batería de estos supuestos.

Ha tenido que ser el análisis jurídico quien ha permitido entender que este decreto sí suspende el plazo de caducidad por el hecho de que suspende el plazo de duración de los procedimientos de oficio; expresión que debe

entenderse bajo la óptica del espíritu de la caducidad, que no es otro que ser una figura perentoria cuyo presupuesto es el transcurso de la duración del procedimiento sancionador.

La complejidad del asunto se asienta en la aplicación de la prescripción. ¿Figura incompatible con el tenor del Decreto de Urgencia N° 29-202? Nuestro desarrollo nos ha permitido demostrar que existe un espectro amplio de situaciones donde la prescripción tiene asidero. Así, el examen se clasifica en función a sus momentos: hay una regulación para el inicio, otra para el excursus del procedimiento y otra de salida.

Con todo, nos queda una reflexión que atraviesa todo nuestro estudio y reside en partir de la siguiente premisa: tanto la caducidad como la prescripción son garantías a favor del administrado y como tales deben ser entendidas sus ropajes jurídicos y sus aplicaciones a cada eventualidad o circunstancia que ofrezca la realidad tan cambiante en la que habitamos.

#### **Referencias:**

- Alarcón, Lucía. 2018. El procedimiento administrativo. En *Derecho Administrativo*, 17-74. Madrid: Tecnos.
- Baca, Víctor. 2011. 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). *Revista Derecho & Sociedad* 37: 263-274.
- Beladiez, Margarita. 2000. La vinculación de la Administración al Derecho. *Revista de Administración Pública* 153: 315-350.
- Becerra, Ana María. 2015. Algunos apuntes sobre la prescripción y la caducidad en el derecho administrativo peruano. En *II Convención Estudiantil de Derecho Público*, 105-134. Lima: Palestra.
- Bermejo, José. 2016. *Derecho Administrativo básico. Parte general*. Navarra: Civitas.
- Brewer-Carías, Allan. 2011. La regulación del procedimiento administrativo en América Latina con ocasión de la primera década (2001-2011) de la Ley de Procedimiento Administrativo General del Perú (ley 27444). *Revista Derecho PUCP* 67: 47-76.
- Cobo, Tomás. 2008. *El procedimiento administrativo sancionador tipo*. Barcelona: Bosch.
- Consejo Ejecutivo del Poder Judicial. 2020. Resolución Administrativa N° 000177-2020-CE-PJ.
- Corte Constitucional de Colombia. 2001. Sentencia C-710/01. Bogotá, 5 de julio.

- Corte Interamericana de Derechos Humanos. 2001. Caso Baena Ricardo y otros vs. Panamá. 2 de febrero.
- Corte Suprema de Justicia del Perú. 1999. Sentencia de 22 de octubre de 1999, recaída en el Exp. 86-97.
- Coscolluela, Luis. 2016. *Manual de derecho administrativo*. Madrid: Civitas Thomson Reuters.
- Danós, Jorge. 2013. La prescripción de las infracciones, de la ejecución de las sanciones y la caducidad (perención) del Procedimiento Administrativo Sancionador. En. *Derecho Administrativo del siglo XXI, Libro de ponencias del Congreso Internacional de Derecho Administrativo*, 693-726. Lima: Adrus.
- De Diego, Alfredo. 2009. *Prescripción y caducidad en el procedimiento administrativo sancionador*. Barcelona: Bosch.
- Fuentes, Joaquín. 2009. *Manual de derecho administrativo sancionador*. Navarra: Cizur Menor.
- Gamero, Eduardo. 2014. *Manual básico de derecho administrativo*. Décimo primera edición. Madrid: Tecnos.
- García Amado, Juan Antonio. 2008. Sobre el *ius puniendi*: su fundamento, sus manifestaciones y sus límites. *Documentación Administrativa* 280-281:11-41.
- García de Enterría, Eduardo y Tomás-Ramón Fernández. 2013. *Curso de Derecho Administrativo*. Tomo I y II. Navarra: Civitas.
- García Gómez de Mercado, Francisco. 2016. *Procedimiento administrativo común y régimen jurídico*. Granada: Comares.
- García-Trevijano Fos, José. 1986. *Los Actos Administrativos*. Madrid: Editorial Civitas S.A.
- Gómez, Manuel e Iñigo Sanz. 2013. *Derecho administrativo sancionador*. Navarra: Cizur Menor.
- González Pérez, Jesús. 2000. *Manual de procedimiento administrativo*. Madrid: Civitas.
- Gosálbez, Humberto. 2013. *El procedimiento administrativo sancionador (teoría y práctica)*. Madrid: Dykinson.
- Hernández, José. 2010. El objeto del Procedimiento y el concepto del Derecho Administrativo. *Revista de Derecho Administrativo* 9: 65-75.
- Huergo, Alejandro. 2007. *Las infracciones administrativas*. Madrid: Civitas.
- Ivanega, Miriam. 2008. Consideraciones acerca de las potestades administrativas en general y de la potestad sancionadora. *Revista de Derecho Administrativo* 4: 107-120.
- Loo, Martín. 2017. El significado del procedimiento administrativo. *Revista Derecho del Estado* 38: 155-175.

- López, Francisco. 2008. Principios del procedimiento sancionador. *Documentación Administrativa* 280-281: 159-193.
- Martín, Ramón y Juan José Díez. 2012. *Manual de derecho administrativo*. Navarra: Thomson.
- Maurer, Hartmut. 2011. *Derecho Administrativo. Parte general*. Madrid: Marcial Pons.
- Menéndez, Eva María. 2008. Los principios de la potestad sancionadora de las Administraciones Públicas. Legalidad e irretroactividad. *Documentación Administrativa* 280-281: 65-93.
- Muñoz, Santiago. 2017. *Tratado de derecho administrativo y derecho público general*. Madrid: Iustel.
- Morón, Juan Carlos. 2019. *Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General: texto único ordenado de la Ley N° 27444*. Lima: Gaceta Jurídica.
- Nieto, Alejandro. 2012. *Derecho administrativo sancionador*. Madrid: Tecnos.
- Ossa, Jaime. 2009. *Derecho Administrativo Sancionador*. Bogotá: Legis.
- Parada, Ramón. 2010. *Derecho administrativo I*. Madrid: Marcial Pons.
- Parejo, Luciano. 2008. *Lecciones de derecho administrativo*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Ramírez-Torrado, María y Hernando Aníbal-Bendek. 2015. Sanción administrativa en Colombia. *Vniversitas* 131: 107-148.
- Rebollo, Manuel *et. al.* 2010. *Derecho Administrativo Sancionador*. Valladolid: Lex Nova.
- Rebollo, Manuel y Manuel Izquierdo. 2018. Derechos administrativo sancionador: caracteres generales y garantías materiales”. *Derecho administrativo*, 201-224. Madrid: Tecnos, pp. 201-224.
- Rojas, Héctor. 2015. *Fundamentos del Derecho Administrativo Sancionador*. Lima: Instituto Pacífico.
- Santamaría, Alfonso. 2009. *Principios de Derecho Administrativo General*. Madrid: Iustel.
- Santofimio, Jaime. 2011. *Procedimientos administrativos y tecnología*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Schmidt-Assmann, Eberhard. 2003. *La teoría general del Derecho Administrativo como sistema: objeto y fundamentos de la construcción sistemática*. Madrid: Instituto Nacional de Administración Pública
- Suay, José. 2008. La potestad sancionadora de la administración y sus exigencias actuales: un estudio preliminar. *Documentación Administrativa* 280-281: 43-64.
- Superintendencia de Banca, Seguros y Administradoras Privadas de Fondos de Pensiones. 2020. Resolución S.B.S. N° 1259-2020.
- Tawil, Santiago. 2010 . Sobre el futuro del procedimiento administrativo. *Revista de Derecho Administrativo* 9: 11-20.

- Tribunal Constitucional del Perú. 2011. Expediente N° 02098-2010-PA. Lima, 22 de junio.
- Tribunal Europeo de Derechos Humanos. 1976. Sentencia Caso Engel. Estrasburgo, 8 de junio.
- Van Weezel, Alex. 2017. Sobre la necesidad de un cambio de paradigma en el derecho sancionatorio administrativo. *Política Criminal* 24: 997-1043.
- Valverde, Gianpierre y Lucio Sánchez. 2019. Naturaleza jurídica, competencia administrativa e impugnación del acto de ampliación de la caducidad a partir de los preceptos contenidos en el TUO de la Ley del Procedimiento Administrativo General. En *Anuario del CICAJ 2019*, 73-100. Lima: CICAJ.
- Villar, José Luis. 1999. *Principios de derecho administrativo*. Madrid: Universidad Complutense de Madrid.
- Zegarra, Diego. 2010. La figura de la prescripción en el ámbito administrativo sancionador y su regulación en la Ley No. 27444 – Ley del Procedimiento Administrativo General. *Revista de Derecho Administrativo* 9: 207-214.



# Las infracciones sometidas a prohibición relativa bajo la última modificación a la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas

*(Infractions Subject to Relative Prohibition Under the Last Amendment to the LLw on the Repression of Anti-Competitive Behaviors)*

FERNANDO BALLON ESTACIO  
SAMUEL YÁBAR PALACIOS

## **Resumen**

*En la última modificación a la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas se introdujeron cambios para mejorar el tratamiento de las infracciones sometidas a prohibición relativa, dando paso a un nuevo enfoque para esta situación: el de responsive regulation. No obstante, tras analizar las nuevas herramientas otorgadas a la autoridad y su aplicación práctica, podemos concluir que no existen los elementos suficientes para sostener que dicha propuesta pueda obtener los resultados esperados.*

**Palabras clave:** *Conductas anticompetitivas, prohibición relativa, Responsive regulation, medidas regulatorias, Enforcement*

## **Abstract**

*In the most recent amendment to the Repression of Anti-Competitive Behaviors Law some changes were introduced to improve the treatment of infringements submitted to a relative prohibition, stepping onto a new approach to this situation: responsive regulation. However, after analyzing the new tools granted to the authority and its practical application, we can conclude that there are not sufficient elements to support that this proposal would obtain the expected results.*

**Key words:** *Anti-Competitive Behaviors, Relative prohibition, Responsive regulation, Regulatory measures, Enforcement*

## **1. INTRODUCCIÓN: UNA APLICACIÓN SUBÓPTIMA DE LA LEY DE REPRESIÓN DE CONDUCTAS ANTICOMPETITIVAS**

Desde la entrada en vigor del Decreto Legislativo 1034 – Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas (ahora contenido en el Texto Único Ordenado de la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas, aprobado por Decreto Supremo 030-2019-PCM, en adelante, el TUO de la LRCA), las conductas anticompetitivas sujetas a prohibición relativa han tenido un relegado papel secundario. Si bien el TUO de la LRCA otorga a la Secretaría Técnica de la Comisión de Defensa de la Libre Competencia del Indecopi (en adelante, la Secretaría Técnica) la potestad de iniciar los casos de oficio por infracciones de cualquier tipo, la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico – OCDE ha notado que «a diferencia de lo que sucede con los casos de prácticas colusorias, el Indecopi no inicia de oficio las investigaciones de los abusos de posición de dominio. Solo investiga estos casos cuando las denuncias de parte cumplen unas exigencias legales mínimas. Las denuncias son declaradas inadmisibles en la mayoría de los casos» (OCDE, 2018, p. 75).

En efecto, tras revisar las resoluciones emitidas por el Indecopi, podemos advertir que casi la totalidad de las denuncias por prácticas de abuso de posición de dominio (en adelante, APD) han sido declaradas inadmisibles o improcedentes. En 12 años solo dos veces se ha sancionado por APD: bajo la modalidad de abuso de procesos legales a una concesionaria ferroviaria (Resolución 026-2010/CLC) y bajo la modalidad de cambio de condición de cliente a distribuidor contra una empresa del sector lácteo (Resolución 051-2012/CLC). No obstante, ambas decisiones fueron revocadas por la segunda instancia mediante Resoluciones 1351-2011/SC1 y 589-2015/SC1, respectivamente, declarándose infundadas las imputaciones.

El TUO de la LRCA contiene una estrecha tipificación del APD con las siguientes características:

- i) La necesidad de existencia de posición de dominio de manera previa a la realización de la conducta (art. 10.1).



- ii) Una relación causal entre la posición de dominio y la conducta, en el sentido de que, en ausencia de aquella, no sería posible realizar esta (art. 10.1).
- iii) Una relación de competencia entre el agente económico dominante y el agente afectado por la conducta (efecto exclusorio restringido, art. 10.1).
- iv) Ausencia de justificación comercial en términos de eficiencia de la conducta (art. 10.2).
- v) Efectos negativos para la competencia y el bienestar de los consumidores (art. 9).

En otros países no están presentes todas estas reglas. Por ejemplo, en Chile el Art. 3 del Decreto Ley 211 establece que determinadas conductas pueden ser sancionadas incluso cuando solo buscan alcanzar o mantener una posición dominante. En el caso de Estados Unidos, la Sherman Act distingue entre la monopolización y el intento de monopolización infracciones distintas, requiriendo solo la primera como precondition la existencia de posición de dominio (Hovenkamp, 2008, p. 151). En la Unión Europea ciertos supuestos de adquisición de un competidor podrían calificar como APD bajo los alcances del Artículo 102 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (Ibañez Colomo, 2020, p. 157).

Asimismo, nuestra norma descarta expresamente la posibilidad de sancionar conductas abusivas con efectos explotativos como el incremento excesivo de precios. Mientras que, en palabras de Saavedra y Tapia, «[e]n Chile, al igual que en Europa, no existe duda de que la legislación de defensa de la competencia (el Decreto Ley 211) acepta la sanción de los abusos explotativos en general, incluyendo tanto la discriminación arbitraria de precios como los precios excesivos» (2019, p. 111). Dichos autores califican la disposición peruana como una declaración excepcional a nivel latinoamericano.

Además, el efecto exclusorio es restringido porque solo será relevante para el TUO de la LRCA cuando se trate de la exclusión de competidores directos, reales o potenciales, no de otros agentes económicos que puedan verse expuestos o afectados por la posición de dominio cuestionada. Ello se desprende del texto del art. 10.1 del TUO de la LRCA, al indicar que el APD se realiza para perjudicar a competidores, lo que ha sido cuestionado a nivel doctrinario (Quintana y Villarán, 2008, p. 31), pero ha sido ratificado por la jurisprudencia (Resolución 0930-2011/SC1-INDECOPI), criterio que se mantiene hasta los casos más recientes (Resolución 0304-2016/SDC-INDECOPI).

Bajo nuestro entendimiento, estas reglas no son per se ni buenas ni malas. Toda regla tendrá en su aplicación costos de error, ya sean falsas condenas (si su ámbito de aplicación es más amplio) o falsas absoluciones (si es más restringida), ambas negativas para la sociedad en su conjunto. En ese sentido, «desde la perspectiva de la Sociedad, la mejor regla en este espectro será aquella que minimice el costo esperado de error. Este costo es una función de la probabilidad de error y el costo de cada tipo de error» (Evans y Padilla, 2005, p. 85), lo que dependerá de la realidad institucional y económica de cada jurisdicción.

Sin perjuicio de la conveniencia de estas reglas, es importante mencionar 4 circunstancias que influyen en la poca actividad de la autoridad en casos de APD: (i) una tipificación estrecha reduce necesariamente el número de casos a ser evaluados por la autoridad. A ello debe sumarse (ii) las limitaciones presupuestales y de personal de las que adolece el Indecopi (OCDE, 2018), lo que limita su capacidad de aplicación del TUO de la LRCA al tener que priorizar la detección, sanción y corrección de los carteles, y (iii) la ausencia de un sistema de aplicación privada del derecho de la competencia o de un procedimiento trilateral que permita a los particulares asumir el riesgo de un «caso gris» a cambio de una reparación. Estos problemas locales (presentes también, en mayor o menor grado, en otras partes del mundo) están acompañados por (iv) una natural indeterminación de la infracción en cuestión que se caracteriza por estar sujeta a estándares antes que a reglas.

Estas circunstancias pueden explicar, además, por qué el desempeño de las autoridades de competencia difiere según el tipo de conductas al que se enfrenten y, en consecuencia, su predilección por cierto tipo de casos. Por ejemplo, en Chile se evaluó el desempeño de la Fiscalía Nacional Económica (FNE) en las controversias tramitadas en el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia de dicho país desde 1997 hasta 2013. En dicha investigación se concluyó que la FNE (equivalente a la Secretaría Técnica) era más efectiva en litigios con menor complejidad (como la colusión), mientras que era menos efectiva en litigios relacionados con abuso de posiciones dominantes, que revisten una complejidad mayor (Pardow Lorenzo, 2015, p. 445-446).

Por lo expuesto, si bien es necesario un estudio más profundo sobre las causas y efectos de la limitada aplicación de la Ley en materia de APD y prácticas de prohibición relativa en general, se puede concluir preliminarmente que estamos frente a un nivel subóptimo de disuasión. Sin perjuicio de los diagnósticos y soluciones específicas por cada uno de los problemas antes descritos, un primer paso transversal es un cambio de enfoque (sección II). El Decreto Legislativo 1510 (en adelante, DL 1510), promulgado el 11 de mayo de 2020,

ha dado algún avance en esta dirección, no obstante, la reforma introducida, en nuestra consideración, no ha sido correctamente diseñada, como veremos en la sección III.

## **2. CAMBIO DE ENFOQUE: HACIA UN MODELO DE *RESPONSIVE REGULATION***

### **2.1 Las normas de libre competencia como regulación económica**

Con frecuencia es postulada la dicotomía entre la regulación económica y las normas de libre competencia (Tassano Velaochaga, 2016, p. 108), bajo la cual una aplicación paralela de ambas es descartada por existir diferencias metodológicas. No obstante, esta concepción ha perdido fuerza en la doctrina (Dunne, 2015, p. 136-138; Ibañez Colomo, 2010, p. 301-306; Quintana Sánchez, 2011, p. 21-22), utilizándose en la praxis a las normas de libre competencia como un instrumento de regulación económica.

Aunque es cierto que el Derecho de la competencia suele tener una aplicación reactiva (*ex post*), esto resulta aplicable primordialmente para el control de conductas, pues el control de estructuras es una intervención realizada de forma proactiva (*ex ante*). No obstante, en el control de conductas también se puede apreciar una intervención *ex ante*, por ejemplo, en los remedios conductuales ordenados por la Comisión Europea en algunos casos debido a las condiciones del mercado (Ibañez Colomo, 2010, p. 272-276). Por esto, podemos afirmar que la tendencia en la evolución del Derecho de la Competencia es volverlo más similar a la regulación para combatir de forma más efectiva ciertas fallas de mercado y lograr un mejor enforcement (Dunne, 2015, 136-137).

Por su parte, la regulación económica no solo busca simular la competencia en aquellos mercados donde esta no existe (como los monopolios naturales), sino que también puede servir para introducir competencia en aquellos mercados que se van abriendo a la competencia (p. ej. por ir perdiendo sus características de monopolio natural). Así, la regulación económica también es una herramienta que ayuda a la creación de condiciones favorables para el surgimiento de competencia. Por esta razón, no se puede afirmar que allí donde hay regulación económica no existe competencia, ni la aplicación de normas de libre competencia (Quintana Sánchez, 2008, p. 122-123).

Con esta precisión, analizaremos a las normas de libre competencia bajo un enfoque regulatorio. En particular, el empleo de *responsive regulation* o

«regulación responsiva» para lidiar frente a los problemas de competencia que pudieran resultar de ciertas conductas tipificadas como infracciones de prohibición relativa.

## **2.2 La utilidad de *responsive regulation* para el *enforcement* de las infracciones de APD**

Por responsive regulation entendemos al modelo regulatorio que busca la sinergia entre el empleo de la disuasión y la persuasión. Bajo las estrategias de disuasión, el enforcement –nos referimos a la actividad pública realizada para hacer cumplir las normas– está a cargo de técnicas sancionadoras, mientras que las estrategias de persuasión –o compliance– están centradas en la prevención. Así, responsive regulation fue postulada por primera vez por Ian Ayres y John Braithwaite bajo la siguiente premisa: «rechazar la regulación punitiva es ingenuo (...) el truco de una regulación exitosa consiste en establecer una sinergia entre el castigo y la persuasión» (1992, p. 25).

De esta forma, la responsive regulation busca lograr los niveles más altos de enforcement, combinando las estrategias de disuasión y persuasión. Para esto se requiere que la autoridad cuente con un rango amplio de formas de intervención –de distintos tipos e intensidad– frente a los eventuales incumplimientos de la norma. Estas formas de intervención pueden ordenarse mediante una pirámide, donde las herramientas de persuasión se encuentren en la base y gradualmente incrementen su intensidad hasta llegar a la cúspide con herramientas sancionadoras (Ayres y Braithwaite, 1992, p. 4-5). En consecuencia, la autoridad solo utilizará las sanciones como último recurso, cuando primero haya agotado las opciones persuasivas.

Como se ha hecho notar recientemente, las características del APD podrían ser mejor abordadas con un enfoque de responsive regulation en la aplicación de las leyes de competencia (Mufdi Guerra, 2020). Estas características son las siguientes:

- i) Las disposiciones normativas contienen conceptos jurídicos «extremadamente amplios y vagos».
- ii) No existen consensos sobre tales conceptos clave para la aplicación de estas normas, ni sobre los fines de este ámbito regulatorio.
- iii) Presuponen una situación de riesgo asociado al elevado poder de mercado que pueda ostentar un agente económico antes que a una intencionalidad.

iv) Preponderancia de estándares de comportamiento antes que reglas para el análisis de cada práctica cuestionada (2020, pp. 7-10).

En línea con esta argumentación, la OCDE ha puesto de relieve que «[e]n casos de abuso de posición dominante y prácticas verticales, las autoridades de competencia con frecuencia se enfrentan a serios desafíos para establecer una infracción de la ley de competencia. A menudo existe incertidumbre en cuanto a qué comportamientos equivalen a conducta ilegal y las agencias están obligadas a hacer un balance cuidadoso de los efectos favorables y anticompetitivos sobre la base de investigaciones exhaustivas» (OCDE, 2016, p. 18).

Este tipo de conductas implican para la autoridad casos con una probabilidad menor de ser «ganados», en comparación con los casos de carteles, en los que la autoridad cuenta con otras facultades de detección (programa de clemencia) y la discusión en el procedimiento es principalmente probatoria y sobre aspectos formales. Como hemos desarrollado líneas arriba, eso puede explicar en parte que la agencia de competencia tenga mayores incentivos de centrar sus recursos en la persecución de prácticas sometidas a la prohibición absoluta.

En esta línea, la última modificación del TUO de la LRCA ha dotado a la autoridad de competencia de más formas de intervención. Como veremos a continuación, estas nuevas herramientas conllevan a que la persecución y el inicio de un procedimiento administrativo sancionador (modelo con un enfoque disuasivo) no sea la única vía para el enforcement de las prohibiciones relativas. De esta manera, el enfoque de la autoridad dejará de ser exclusivamente disuasivo y pasará a uno con un carácter más persuasivo.

### **3. MEDIDAS REGULATORIAS INTRODUCIDAS POR EL DL 1510**

#### **3.1 Cambio normativo**

En mayo de 2020 se incorporó al art. 18 de la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas el siguiente numeral:

**«Artículo 18.- Formas de iniciación del procedimiento.-**

18.4. Mediante resolución debidamente motivada, la Secretaría Técnica puede, en ejercicio de una facultad discrecional, no iniciar ni instruir un procedimiento administrativo sancionador cuando determine, en función a los criterios previstos en el artículo 44 de la presente Ley, que una conducta sujeta a la prohibición re-

lativa no esté en capacidad de tener un efecto significativo sobre la competencia.

En este supuesto, la Secretaría Técnica puede imponer, de oficio o a solicitud del investigado, la implementación de acciones que restablezcan o promuevan la competencia y aseguren el cumplimiento de la Ley. La Comisión aprueba los Lineamientos para el ejercicio de esta facultad discrecional, a propuesta de la Secretaría Técnica».

Esta nueva disposición normativa permite la aplicación alternativa de herramientas que no sean la imposición de sanciones para las conductas sometidas a prohibición relativa que no tengan un efecto significativo sobre la competencia.

Este artículo debe ser leído de manera sistemática con los arts. 9 y 44 del TUO de la LRCA. El primero indica cuándo una conducta sometida a prohibición relativa constituye una infracción (cuando es idónea para generar una afectación real o potencial para la competencia). El segundo artículo señala los criterios para determinar cuándo una infracción tiene «efectos significativos» sobre la competencia, para lo cual establece un catálogo de factores como el alcance de la restricción, la dimensión del mercado afectado o la cuota de mercado del infractor.

De esta forma, queda a discreción de la autoridad –siempre de forma motivada– si tras tomar conocimiento de una conducta sometida a prohibición relativa y efectuar la evaluación del «efecto significativo», corresponde iniciar un procedimiento sancionador o más bien emplear una herramienta de enforcement alternativa como la imposición de medidas regulatorias (no solo medidas correctivas ligadas a las conductas infractoras) que permitan tutelar la competencia. Así, la Secretaría Técnica no solo puede optar discrecionalmente por no perseguirla, sino que puede optar también por no imponer ninguna medida en su contra.

No obstante, en nuestra opinión, tal y como está planteado, el art. 18.4 no brinda ni a los agentes económicos ni al Indecopi los incentivos necesarios para una mejor aplicación del TUO de la LRCA. Lo importante hubiera sido migrar hacia un enfoque cuya prioridad sea la efectiva solución del problema identificado por la norma, sin importar el nivel de sus efectos. Esto debido a que, a la fecha, no existen casos resueltos (con o sin efectos significativos). Por el contrario, según lo dispuesto por la norma, la autoridad puede evadir casos que no considere significativos, incluso sin imponer ninguna medida.

### 3.2 Consideraciones para la aplicación de medidas regulatorias

En los últimos años, las agencias de competencia en el mundo vienen siendo dotadas de facultades para aceptar compromisos de agentes económicos que pueden haber cometido una infracción, conducentes a solucionar los problemas de competencia identificados, a cambio de no iniciar un procedimiento en su contra con imposición de sanciones, lo que en la Unión Europea ha sido denominado como la «transaccionalización» del Derecho de la competencia. Así, estos compromisos (entre otros mecanismos similares) constituyen «una forma de co-regulación o incluso negociación privada, supeditada a la cooperación de los investigados, que da como resultado un cambio prospectivo del mercado antes que en una determinación de una responsabilidad ya ocurrida» (Dunne, 2019, p. 2 y 3).

Estas medidas suelen reunir las siguientes características procesales (OECD, 2016, p. 7):

- i) Los compromisos pueden ser propuestos durante una investigación o ante una evaluación o análisis preliminar sobre posibles infracciones a la ley de competencia.
- ii) Las empresas involucradas deciden voluntariamente si proponen o no compromisos de mitigación.
- iii) Las autoridades inician un proceso de consulta para que los terceros interesados puedan proveer información o formular observaciones dentro de un plazo establecido.
- iv) Cuando la autoridad está de acuerdo en que los compromisos son adecuados para solucionar los problemas identificados o mitigar los riesgos de que ocurran, emite una decisión formal que deja sin posibilidad el inicio de acciones posteriores como el inicio de procedimientos sancionadores. Estas decisiones suelen ser públicas.
- v) Las autoridades de competencia supervisan el cumplimiento de los compromisos, pudiendo tomar acciones coercitivas si es que no son respetados.

Hay distintos beneficios y riesgos asociados a estas medidas cooperativas. En el primer grupo se encuentran los ahorros de tiempo y recursos que significan los procedimientos largos para la determinación de responsabilidad e imposición de sanciones, así como la solución rápida del problema a través de una intervención efectiva, especialmente relevante en industrias cambiantes, cuyos tiempos podrían ser más rápidos que los de un proceso. Así, se privilegia la obtención de un resultado cierto ante la incertidumbre que supone lo

que pueda resolverse en un procedimiento (Dunne, 2019; Grunberg, 2020; OCDE, 2016).

Asimismo, en línea con lo señalado anteriormente, «en los procedimientos de compromiso, las agencias pueden ser más proactivas y tratar de moldear las estructuras del mercado o el comportamiento de las empresas hacia modelos que tienen más probabilidades de generar resultados competitivos» (OCDE, 2016, p. 19). Además, las empresas se ven incentivadas a adoptar estos compromisos porque ganan control y predictibilidad sobre las medidas a adoptarse, evitan multas costosas, una mala reputación y reducen el riesgo de acciones civiles por reparación de daños, lo que cobra especial relevancia en jurisdicciones en las que la autoridad de competencia no ostenta el monopolio de la acción (Grunberg, 2020, p. 74).

No obstante, existen dos riesgos principales asociados a estas medidas. En primer lugar, un uso excesivo de los compromisos puede perjudicar alcanzar otros objetivos como la disuasión de infracciones graves y claras a través de sanciones (lack of deterrence). Esta falta de disuasión se ve facilitada por los incentivos que tienen tanto las empresas como la autoridad para emplear mecanismos más rápidos y predecibles, evitando enviar señales claras al mercado sobre lo que no se puede hacer y permitir a los infractores internalizar el costo de las prácticas anticompetitivas. Así, «La eficiencia del enforcement, a su vez, debe compensarse con el aumento de incentivos para emprender prácticas socialmente dañinas y con el hecho de que las decisiones de compromiso pueden debilitar el efecto disuasorio de las multas» (OCDE, 2016, p. 22).

Por ello, «Dada la tensión que pueden generar los acuerdos administrativos como estrategia de enforcement, conviene tener presente que estos deberían descartarse en casos de claras y serias infracciones donde existen fuertes indicios e, incluso, pruebas irrefutables de quebrantamiento a la ley. En situaciones como la señalada, las agencias de competencia estarían arriesgando demasiado la obtención de un eventual efecto disuasivo a cambio de ahorros administrativos por la terminación temprana de casos» (Romero, 2014, p. 209, citado por Grunberg, 2020, p. 78).

Por otro lado, y como ha sido especialmente apuntado para el caso de la Unión Europea, dado que las autoridades pueden obtener de los compromisos medidas más amplias que las que podrían obtener en un proceso sancionador (normalmente enfocadas en la infracción y sus causas), existe el riesgo de ampliar el ámbito de aplicación de las leyes de competencia, restando claridad sobre sus los conceptos, criterios o teorías del daño involucrados en un determinada conducta, conclusiones que, además, se basan en una aproximación



preliminar a esta conducta. En consecuencia, restaría predictibilidad para los agentes económicos (Ibáñez Colomo, 2020, p. 289).

En dicha jurisdicción, ello viene exacerbado por el hecho de que la judicatura solo revisa el acuerdo cuando este ha sido impugnado por terceros. «Esto significa, simplemente, que la ley de competencia puede llegar a regular, y posiblemente prohibir, un espectro cada vez más amplio de comportamiento empresarial, lo que podría generar preocupaciones tanto sobre la administrabilidad como sobre la regulación excesiva de la actividad del mercado. La razón de esto, nuevamente, es que los casos resueltos rara vez se presentan ante el Tribunal de Justicia, lo que significa que hay menos oportunidades para que se pronuncie sobre las teorías de daños que se recogen en las decisiones pertinentes» (Dunne, 2019, p. 31).

Como puede verse, migrar hacia un enfoque de cooperación o de responsive regulation es más complejo que prever la potestad de no iniciar casos. En ese contexto, la nueva facultad de imponer medidas regulatorias introducida por el DL 1510 presenta algunos problemas. Estos, en alguna medida, pueden ser mitigados por los futuros lineamientos, no obstante, es preferible que las observaciones que planteamos a continuación se incorporen legalmente.

Estas medidas regulatorias pueden ser materialmente coercitivas. El catálogo es amplio: desde un compromiso de cese hasta la obligación de desprenderse de una unidad económica. Si bien no son multas, en la práctica pueden representar un castigo grave, pues la Secretaría Técnica está en la facultad de ordenarlas de oficio, debiendo solo verificar la existencia de la infracción a nivel preliminar.

Bajo un enfoque de responsive regulation, no hay ningún cambio respecto del modelo puramente sancionatorio. Por el contrario, son más perjudiciales aun, toda vez que no existe la posibilidad de defenderse adecuadamente durante un procedimiento ni las garantías que ello conlleva. Por ejemplo, como ha puesto de relieve la OCDE, los procedimientos de compromisos se caracterizan por un limitado acceso al expediente, como sería el caso de una investigación preliminar bajo los alcances del TUO de la LRCA, lo que coloca a los agentes en una situación asimétrica por su limitada visión del caso (OCDE, 2016, p. 26).

En ese sentido, los lineamientos deberán privilegiar la cooperación y negociación en la medida de lo posible. Para ello, serán los agentes económicos que se encuentran en una investigación preliminar o que han identificado un problema de competencia y quieren evitar los costos de un procedimiento y una sanción quienes tengan a su cargo proponer a la Secretaría Técnica la adopción de compromisos que eliminen o reduzcan dicho problema.

La Secretaría Técnica debe ser lo suficientemente receptiva y estar habilitada para contraproponer medidas regulatorias, llegando finalmente a un acuerdo con los agentes económicos. Así, por más gravosas que puedan ser las medidas, en principio, no serán ni formal ni materialmente coercitivas porque media el consentimiento y cooperación de tales agentes. En el mismo sentido, la Secretaría Técnica se abstendría de iniciar de oficio un procedimiento sancionador después de adoptado el acuerdo. Es dudoso, no obstante, hasta qué punto los lineamientos puedan contribuir con esto.

Con ello, algunos de los beneficios que anota la literatura especializada se pierden. Los agentes económicos no ganan control ni predictibilidad sobre la medida y la posibilidad de que estas acciones no consensuadas sean desproporcionadas puede redundar en largos y costosos procesos de revisión.

- Para reducir la asimetría informativa y evitar comportamientos oportunistas, deben realizarse consultas a competidores, organismos públicos y otros agentes del mercado, incluyendo al posible denunciante o informante que pueda verse afectado. Así, la Secretaría Técnica estará en mejor posición de conocer la dimensión del problema y el verdadero aporte de los compromisos. Un buen ejemplo es el Proyecto de Reglamento del Decreto de Urgencia 13-2019, que establece el régimen de control de concentraciones, el cual prevé la consulta a terceros durante el incidente de compromisos.
- En las jurisdicciones analizadas existen contrapesos, ya sea por la facultad de terceros de impugnar el acuerdo (Unión Europea) o la necesidad de ser revisados por otra instancia independiente (Chile y Estados Unidos cuando los acuerdos son suscritos por el Departamento de Justicia). En el caso peruano, en general, la Secretaría Técnica no encuentra un contrapeso relevante ni en la Comisión, el Tribunal ni el Poder Judicial por el diseño institucional y la altísima ratio de casos confirmados (OCDE, 2018, p. XX).

A efectos de garantizar la tutela del interés público y evitar sesgos que pueden ser naturales entre partes negociantes, el acuerdo debe presentarse ante el Tribunal del Indecopi para su aceptación o rechazo, junto con todos los antecedentes, como ocurre en el caso chileno con el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia. El Tribunal no debería poder modificar el acuerdo por el riesgo de volver las medidas materialmente coercitivas. Sobre este punto, claramente, los lineamientos no pueden hacer mucho. Debe tenerse en cuenta la experiencia de la Unión Europea antes descrita, en donde una «tentación regulatoria» de la autoridad puede ampliar el ámbito de aplicación de la ley.

- Debe evitarse el uso de compromisos en aquellos casos en que las conductas no sean claras o que sustenten teorías del daño que no gozan aun de una aceptación plena en la experiencia nacional, pues se pierde una oportunidad de establecer prospectivamente reglas claras y, consiguientemente, el efecto disuasivo. Los criterios para definir cuándo una situación representa una infracción «clara» o «no clara» y, en consecuencia, cuando corresponde utilizar una medida de *enforcement* distinta a las sanciones deben ser definidos en los lineamientos. En esa línea, ha sido un acierto que el DL 1510 excluya el caso de las conductas que puedan calificar como graves o tengan efectos significativos. Estas pautas se recogen en el siguiente gráfico:

**Gráfico 1: Coerción versus cooperación en función a las infracciones identificadas**

Graves	Disuasión	Predictibilidad
No graves	Compromisos	Predictibilidad
Infracciones	Claraas	No claras

- *Sunset review* y revisión por cambio de circunstancias, como es lógico. Los compromisos se desarrollan en un contexto temporal y no pueden ser indefinidos. Están expuesto a los cambios que presenta el paso del tiempo, por lo que deben poder ser revisados cada cierto tiempo para su ratificación o no, así como cuando las circunstancias en el mercado hayan cambiado de tal forma que los hagan innecesarios o merecedores de algún ajuste.

La Tabla 1 recoge los riesgos y medidas de mitigación identificados, así como el instrumento normativo a través del cual deben implementarse estas medidas:

**Tabla 1: Riesgos de las medidas regulatorias introducidas por el DL 1510 y mitigación**

Riesgo	Mitigación	Instrumento normativo
Tentación regulatoria: ampliación del ámbito del TUO de la LRCA	Revisión por parte del Tribunal	Modificación legislativa
Predictibilidad y coherencia con el TUO de la LRCA	Revisión por parte del Tribunal	Modificación legislativa
Proporcionalidad, transparencia, debido procedimiento	Compromisos voluntarios Revisión por parte del Tribunal	Modificación legislativa
Uso estratégico y asimetría informativa	Participación de terceros	Modificación legislativa Lineamientos
Nivel de disuasión óptimo	Ver Gráfico 1	Lineamientos
Revisión de medidas regulatorias	Criterios de monitoreo e identificación de cambios de circunstancias	Lineamientos

En suma, la propuesta es diseñar una suerte de procedimiento abreviado no sancionador, voluntario y público, enfocado en la solución inmediata del problema, como alternativa al tradicional procedimiento sancionador garantista. Este procedimiento, naturalmente, debe ser establecido por ley, superando todas las falencias que deja el modificado artículo 18.

Por ejemplo, no están definidos los efectos que tendría la imposición de una medida regulatoria sobre la prescripción de la infracción y si luego de impuesta no podría acaso la Secretaría cambiar de opinión e iniciar un procedimiento. ¿Y qué pasaría con los terceros afectados? Ellos siguen teniendo

derecho a denunciar por lo que la Secretaría Técnica podría, nuevamente, iniciar un procedimiento a pesar de haber «solucionado el problema».

Ahora bien, dado que son infracciones, pero no se declararon como tales, ¿cómo conversa esto con las demandas por responsabilidad civil que requieren de un pronunciamiento firme del Indecopi? Por otro lado, ¿cuál es el procedimiento de revisión de las medidas regulatorias impuestas? ¿Son apelables? Todas estas cuestiones no pueden ser abordadas por lineamientos y si bien algunas pueden encontrar soluciones sistemáticas y en el TUO de la LPAG, no necesariamente brindarán una respuesta coherente bajo el enfoque que hemos planteado.

### 3. CONCLUSIONES

En el Perú las conductas sometidas a prohibición relativa como el abuso de posición de dominio o prácticas colusorias verticales no han recibido la misma atención que las conductas sometidas a prohibición absoluta (hardcore cartels). Entre las razones para ello se encuentran los distintos estándares a los cuales ambas infracciones se encuentran sometidos, teniendo la autoridad una mayor probabilidad de éxito al emplear sus herramientas de disuasión respecto a las prohibiciones absolutas, mas no respecto a las prohibiciones relativas.

Considerando que las normas de libre competencia pueden ser entendidas como una forma de regulación económica, los enfoques de la teoría de la regulación para el cumplimiento normativo también podrían ser aplicables a esta disciplina. Por ejemplo, el empleo de responsive regulation, como una forma de combinar estrategias de persuasión y estrategias de castigo.

Por sus características, las infracciones sujetas a prohibición relativa podrían ser mejor abordadas por un enfoque de responsive regulation antes que un enfoque tradicional como el del TUO de la LRCA, que no ha mostrado los mejores resultados. Estas características son, principalmente, la indeterminación de sus alcances, la existencia de una situación constante de riesgo y la preponderancia de estándares.

Con la modificación a el TUO de la LRCA introducida mediante el DL 1510, la Secretaría Técnica tiene la facultad de no iniciar un procedimiento sancionador e imponer medidas regulatorias en los casos de infracciones de prohibición relativa que no tengan efectos significativos. Así, estaría migrando de un enfoque tradicional a uno de responsive regulation.

No obstante, esta reforma presente una serie de problemas, identificados con base en la experiencia de otras jurisdicciones. Las medidas regulatorias a imponerse serían materialmente coercitivas, su uso podría ceder ante la «tentación regulatoria» de la autoridad, restarían predictibilidad a los agentes económicos y están exentas del contrapeso que legítimamente podrían ejercer los terceros afectados y el propio Tribunal del Indecopi.

En consecuencia, se proponen una serie de medidas de mitigación de estos riesgos, que requieren tanto el empleo de lineamientos (soft law), así como modificaciones legislativas. Ello siempre considerando que una política de persuasión solo funcionará si los niveles de castigo y/o disuasión se incrementan.

#### **Referencias:**

- AYRES, I. Y BRAITHWAITE, J. (1992). *Responsive Regulation*. Oxford: Oxford Socio-Legal Studies.
- BULLARD GONZALES, A. (2003). *Derecho y Economía*. Lima: Palestra
- CALLE CASUSOL, J. Y ROCA FABIAN, J. (2017). ¿Qué es la fiscalización bajo el enfoque de cumplimiento normativo, de prevención y de gestión del riesgo? *Smart Regulation Perú* (Serie apuntes de trabajo 4).
- Decreto Supremo 004-2019-JUS. Decreto Supremo que aprueba el Texto Único Ordenado de la Ley N° 27444 - Ley del Procedimiento Administrativo General. En: Sistema Peruano de Información Jurídica, 22 de enero de 2019.
- Decreto Supremo 030-2019-PCM. Decreto Supremo que aprueba el Texto Único Ordenado de la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas. En: Sistema Peruano de Información Jurídica, 19 de febrero de 2019.
- DUNNE, N. (2019). *From Coercion to Cooperation: Settlement within EU Competition Law*. LSE Legal Studies Working Paper, (14/2009).
- Disponible en: [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=3481419](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3481419)
- (2015). *Competition law as regulation*. En: *Competition Law and Economic Regulation: Making and Managing Markets* (pp. 69-138). Cambridge: Cambridge University Press.
- EVANS, D. Y PADILLA, J. (2004). *Designing Antitrust Rules for Assessing Unilateral Practices: A Neo-Chicago Approach*.
- Disponible en:  
[https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=580882&rec=1&srcabs=381940&pos=2](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=580882&rec=1&srcabs=381940&pos=2)
- FERNÁNDEZ FLORES, D. (2015). *Litigación predatoria: ¿anticompetitiva o desleal?* *Revista de la Competencia y la Propiedad Intelectual*, (20), 11-56.

- Disponible en: <https://revistas.indecopi.gob.pe/index.php/rcpi/article/view/17>
- GRUNBERG PILOWSKY, J. (2020). Los acuerdos extrajudiciales como atribución de la Fiscalía Nacional Económica para poner término a sus investigaciones acerca de eventuales infracciones a la libre competencia. *Revista de Derecho Público*, (92), 71-100.
- Disponible en:  
<https://revistaderechopublico.uchile.cl/index.php/RDPU/article/view/57709>
- HOVENKAMP, H. (2008). *The Antitrust Enterprise. Principle and Execution*. Boston: Harvard University Press.
- IBAÑEZ COLOMO, P. (2020). *The Shaping of EU Competition Law*. Cambridge: Cambridge University Press.
- (2010). On the Application of Competition Law as Regulation: Elements for a Theory. *Yearbook of European Law*, (29), 261-306
- Indecopi (2020). Lineamientos de Visitas de Inspección y exposición de motivos. Disponible en: <https://www.indecopi.gob.pe/documents/51771/4891085/Lineamientos+de+Visitas+de+Inspecci%C3%B3n/>
- (2016). *Guía de Estudios de Mercado*.  
Disponible en: <https://www.indecopi.gob.pe/documents/51771/197143/Mercado/>
- Ley 30230. Ley que establece medidas tributarias, simplificación de procedimientos y permisos para la promoción y dinamización de la inversión en el país. En: *Sistema Peruano de Información Jurídica*, 11 de julio de 2014.
- LODGE, M. Y WEGRICH, K. (2012). *Managing Regulation: Regulatory Analysis, Politics and Policy*. Londres: Red Globe Press.
- LUPPI, B. Y PARISI, F. (2011). Rules versus standards. En: Parisi, F. (Ed.). *Edward Elgar Publishing Ltd*.
- MARCOS, F. (2017). Remedios y obligaciones impuestos por las autoridades de defensa de la competencia. *Cuadernos de Derecho Transaccional*, (10), 331-371.  
Disponible en:  
<https://e-revistas.uc3m.es/index.php/CDT/article/download/4125/2652>
- OCDE. (2018). *Exámenes Inter-Pares de la OCDE y el BID sobre el Derecho y Política de Competencia*. Perú.  
Disponible en: <https://www.oecd.org/daf/competition/PERU-Peer-Reviews-of-Competition-Law-and-Policy-SP-2018.pdf>
- (2016). *Commitment Decisions in Antitrust Cases – Background paper by the Secretariat*.  
Disponible en: [https://one.oecd.org/document/DAF/COMP\(2016\)7/en/pdf](https://one.oecd.org/document/DAF/COMP(2016)7/en/pdf)

PARDOW LORENZO, D. (2015). El desempeño en juicio de la FNE: ¿El realmente un mejor litigante que los demandantes privados? *Revista de Derecho de la Universidad Católica del Norte*, (22), 419-451.

Disponible en: <https://scielo.conicyt.cl/pdf/rducn/v22n2/art14.pdf>

QUINTANA SÁNCHEZ, E. (2011). El objetivo de la ley de competencia peruana y la interpretación de las conductas prohibidas. *Revista de la Competencia y la Propiedad Intelectual*, (12), 19-59.

(2008). Normas de competencia en industrias reguladas. *Revista de Economía y Derecho*, (Vol. 5 Núm. 19), 117-143.

QUINTANA SÁNCHEZ, E. Y VILLARÁN ELÍAS, L. (2008). Sobre la prohibición de Abuso de Posición de Dominio sin necesidad de probar Relación de Competencia. *Revista Derecho y Sociedad*, (31), 317-326.

Disponible en:

[recvistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoysociedad/article/view/17414](http://recvistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoysociedad/article/view/17414)

REBOLLO PUIG, M. (2019). El procedimiento sancionador en el Texto Único Ordenado de la Ley del Procedimiento Administrativo General del Perú. En: Zegarra Valvidia, D. (Coord.). *La proyección del Derecho Administrativo Peruano. Estudios por el Centenario de la Facultad de Derecho de la PUCP* (541-567). Lima: Palestra Editores.

Resolución 026-2010/CLC, emitida por la Comisión de Defensa de la Libre Competencia del Indecopi

Resolución 051-2012/CLC, emitida por la Comisión de Defensa de la Libre Competencia del Indecopi

Resolución 1351-2011/SC1, emitida por la Sala Especializada en Defensa de la Competencia del Indecopi

Resolución 589-2015/SC1, emitida por la Sala Especializada en Defensa de la Competencia del Indecopi

Resolución 0930-2011/SC1-INDECOPI, emitida por la Sala Especializada en Defensa de la Competencia del Indecopi

Resolución 0304-2016/SDC-INDECOPI, emitida por la Sala Especializada en Defensa de la Competencia del Indecopi

SAAVEDRA, E. Y TAPIA, J. (2019). El control de los precios excesivos en el Derecho de la Libre Competencia: análisis y propuesta. *Revista de Estudios Públicos*, (153), 95-140.

Disponible en:

[https://www.cepchile.cl/cep/site/docs/20190510/20190510161622/rev153\\_esaavedra\\_tapia.pdf](https://www.cepchile.cl/cep/site/docs/20190510/20190510161622/rev153_esaavedra_tapia.pdf)

SÁNCHEZ POVIS, L. (2019). El enfoque preventivo y la labor educadora de la fiscalización administrativa en el TUO del Procedimiento Administrativo General.



- En: Zegarra Valvidia, D. (Coord.). La proyección del Derecho Administrativo Peruano. Estudios por el Centenario de la Facultad de Derecho de la PUCP (445-466). Lima: Palestra Editores. Sentencia del Tribunal Constitucional recaída sobre los Exps. (acumulados) 003-2015-PI/TC y 0012-2015-PI/TC, del TASSANO VELAOCHAGA, H. (2016). Competencia y regulación. Derecho PUCP, (76), 105-121.
- YBAR ABAD, M. (2014). Comprendiendo el abuso de posición de dominio: revisión de la doctrina y jurisprudencia nacional y comparada sobre las principales conductas exclusorias. Revista de Derecho Económico, (76), 11-60.
- ZEGARRA VALDIVIA, D. (2006). Control judicial de la discrecionalidad administrativa: Viejo problema y nuevo excursus (sus alcances en la Doctrina Española). Revista de Derecho Administrativo, (1), 33-62.



## Conclusión general

La organización de la tercera edición del Congreso Latinoamericano de Estudiantes de Derecho Administrativo representaba, desde su planificación, un reto particular, debido a que se realizaría en el contexto de la emergencia sanitaria causada por la COVID – 19. Es por ese motivo, que se tomó la decisión de abordar esta problemática e impulsar la investigación del impacto de la pandemia en el Derecho Administrativo.

Si bien, en un principio este evento estaba previsto para llevarse a cabo a finales del año 2020, decidimos ampliar. Es así que ampliamos el plazo de convocatoria tanto de los artículos de investigación como el de las y comunicaciones científicas, extendiendo la invitación a participar a estudiantes de todos los países de Latinoamérica, cuyos trabajos pasaron por un riguroso proceso de revisión; tras el cual, finalmente, seleccionamos aquellos que cumplieron los estándares de calidad buscados.

Luego de haber culminado la tercera edición del Congreso Latinoamericano de Estudiantes de Derecho Administrativo: Retos de la Administración Pública en el contexto de la COVID-19, nos satisface haber logrado congregado a ponentes de pre y post grado de diversos países y a profesores de larga trayectoria, en un espacio académico, de diálogo y debate de importantes contenidos que propiciaron la investigación del Derecho Administrativo.

Esta jornada de dos días del Congreso nos permite, a su vez, manifestar nuestras gratitudes a los moderadores, ponentes, autores de las comunicaciones científicas y público en general, quienes, pese a las circunstancias actuales de pandemia y realización virtual del evento, fueron partícipes activos en todo el desarrollo del mismo.

Finalmente, no podemos cerrar estas líneas sin antes expresar nuestro agradecimiento a la Red Juvenil Iberoamericana de Derecho Administrativo, al Círculo de Derecho Administrativo y a la Editorial & Librería Yachay por haber hecho posible la realización de este importante evento y a todos los profesores moderadores, ponentes y al público en general que participaron de

este Congreso, a quienes exhortamos a seguir promoviendo la discusión sobre temas de Derecho Administrativo.

Lima, 7 de febrero de 2021

EQUIPO DE COORDINACIÓN

**III Congreso Latinoamericano de Estudiantes de Derecho Administrativo**



## Sobre los autores

### **Ballon Estacio, Fernando**

*Bachiller en Derecho con estudios de Maestría en Derecho de la Empresa por la UNMSM. Miembro del Instituto de Competencia y Regulación UNMSM. Diplomado en Derecho y Política de Competencia por la Universidad de Chile. Asesor Legal en el Estudio Muñiz, Olaya, Meléndez, Castro, Ono & Herrera.*

### **Cruz Suárez, José**

*Estudiante de último año de la carrera de derecho en la Universidad Nacional Autónoma de Honduras. Miembro Fundador del Movimiento Estudiantil Participativo en el Valle de Sula (MEP-VS). Miembro del Partido Libertad y Refundación (Libre)*

### **Fernández Rojas, Paolo**

*Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú, con estudios de Segunda Especialidad en Derecho Administrativo por la misma casa de estudios, miembro de la Red Iberoamericana Juvenil de Derecho Administrativo – RIJDA, y ex integrante del Consejo Directivo del Círculo de Derecho Administrativo – CDA, en el periodo 2015 - 2016.*

### **Flores Díaz, Sebastián**

*Abogado y Magister en Derecho Público por la Universidad de Chile. Doctorando en Derecho por la Universidad Autónoma de Madrid. Profesor de Derecho Administrativo en la Escuela de Gobierno de la Universidad de Chile. Fue investigador del Programa de Relaciones Internacionales de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile entre 2011 y 2017.*

### **Franco Fuquen, Natalia Rocio**

*Abogada de la Universidad del Rosaio con profundización en Derecho Penal, Magister en Derecho Administrativo de la misma Universidad con mención de tesis laureada por el proyecto de grado en entidades regulatorias y soft law administrativo. Candidata a Especialista en Economía de la Universidad de los Andes. Asesora de políticas públicas de la Sugerencia Jurídica del ente gestor*

*del Sistema Integrado de Transporte Público en Bogotá – Transmilenio S.A.*

**Gonçalves, Oksandro**

*Pós-Doutor pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa com bolsa CAPES. Doutor em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUCSP, Brasil. Mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná – PUCPR, Brasil. Advogado. Professor Titular da Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Professor Permanente do Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu da Pontifícia Universidade Católica do Paraná (PUCPR)*

**Luciani, Danna**

*Mestranda em Direito Econômico e Desenvolvimento pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Graduada em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná (PUCPR). Coordenadora Científica do Grupo de Estudos em Análise Econômica do Direito (GRAED PUCPR).*

**Medina Reyes, Julieta**

*Pasante de la carrera de Licenciatura en Ciencias Jurídicas con el título de Abogada de la Universidad Nacional Autónoma de Honduras, Valle de Sula.*

**Miranda Cabrera, Marycielo**

*Bachillera en Derecho por la Pontifícia Universidad Católica del Perú. Asistente de investigación en temas de derecho administrativo, derecho de agua y responsabilidad social. Miembro de la Red Iberoamericana Juvenil de Derecho Administrativo (RIJDA). Asistente en el Grupo de Investigación en Derecho Administrativo (GIDA). Miembro extraordinario del Círculo de Derecho Administrativo (CDA). Adjunta de docencia en Derecho Administrativo 1 en la Facultad de Derecho de la Pontifícia Universidad Católica del Perú.*

**Mutsios Ramsay, Milagros**

*Abogada de la Pontifícia Universidad Católica del Perú (PUCP) con tesis sobre la naturaleza jurídica de la concesión de beneficio. Asociada del área de recursos naturales y medio ambiente del estudio Rodrigo, Elias & Medrano Abogados. Miembro del Grupo de Investigación de Derecho Administrativo de la PUCP; y adjunta de docencia en los cursos de minería y energía, economía y derecho; y comunicación jurídica eficaz.*

**Ramos Miranda, Josué David**

*Pasante de la carrera de Licenciatura en Ciencias Jurídicas con el título de Abogado de la Universidad Nacional Autónoma de Honduras, Valle de Sula. Socio activo de Rotaract Choloma. Miembro activo de la directiva de Derecho de Miembro activo de la directiva de Derecho de UNAH-VS. Miembro de la Cruz Roja Hondureña.*

**Ramirez Moscoso, Luis Clemente**

*Abogado por la Universidad San Martín de Porres, egresado de la Maestría en Ciencias Penales en la citada casa de estudios, post título en derecho penal por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Egresado de la Maestría en Derecho Constitucional por la Universidad Privada de Tacna. Diplomado de Especialización en Derecho Administrativo Sancionador por la Universidad de Valladolid-España. Especialista legal en el Tribunal Superior de Responsabilidades Administrativas de la Contraloría General de la República (2015-2018). Jefe Órgano Instructor Tacna de la Contraloría General de la República (2018-2019).*

**Santos Medina, Kensy**

*Estudiante de último año de la carrera de derecho en la Universidad Nacional Autónoma de Honduras. Miembro fundador del Movimiento Estudiantil Participativo en el Valle de Sula (MEP-VS)*

**Suca Concha, Alejandro**

*Egresado de la Maestría en Regulación de los Servicios Públicos de la Pontificia Universidad Católica del Perú (Lima, Perú). Segunda Especialidad en Derecho Público y Buen Gobierno por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Estudios de posgrado en la Pontificia Universidad Católica del Perú, Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas y Harvard University (Harvard Extension School). Abogado por la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Project Leader de la Secretaría General y Asuntos Públicos de Telefónica del Perú S.A.A.*

**Valverde Encarnación, Gianpierre**

*Abogado Suma Cum Laude por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Ejecutivo Asociado de la Secretaría General y Asuntos Corporativos de Telefónica del Perú. Coordinador del Capítulo Perú de la Red Iberoamericana Juvenil de Derecho Administrativo. Ha sido Becario del Curso de Extensión Universitaria de OSITRAN en el 2018. Ha sido Ganador del Primer Concurso Nacional de Jóvenes Administrativistas en el 2018, organizado por la Asociación Peruana de Derecho Administrativo. Becario del Programa de Apoyo al Desarrollo a la Elaboración de Tesis de Licenciatura – PADET 2018.*

**Yábar Palacios, Samuel**

*Bachiller en Derecho por la UNMSM con estudios de Derecho Público en la Universität zu Köln (Alemania). Ha sido Coordinador General del Taller de Investigación en Derecho Administrativo - TIDA de la UNMSM y asistente de cátedra en los cursos de Derecho de la Competencia y Derecho Administrativo de la UNMSM. Asociado del estudio Díez Canseco.*

**Zuluaga Pérez, José**

*Estudiante de Posgrado en Derecho Administrativo por la Universidad Pontificia Bolivariana. Miembro del Semillero de investigación de territorio y políticas públicas y de la Universidad pontificia Bolivariana. Miembro de la Clínica Jurídica del consultorio Pio XII de la Universidad Pontificia Bolivariana.*