

---

# DERECHO ADMINISTRATIVO: HACIA UN ESTADO MÁS CONFIABLE

LIBRO DE PONENCIAS DEL VII CONGRESO NACIONAL  
DE DERECHO ADMINISTRATIVO

---

ASOCIACIÓN PERUANA DE DERECHO ADMINISTRATIVO



THOMSON REUTERS®

# ÍNDICE

<b>NOTA DE PRESENTACIÓN</b> .....	9
<b>I. LA PARTE GENERAL DE DERECHO ADMINISTRATIVO Y EL RÉGIMEN DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO</b> .....	11
1) BALANCE A CASI QUINCE AÑOS DE LA ENTRADA EN VIGENCIA DE LA LEY DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO GENERAL: LO AVANZADO Y LO QUE PODRÍA MEJORARSE AL RESPECTO EN EL ACTUAL TEXTO DE ESTA NORMA POR ELOY ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA .....	13
2) LA MOTIVACIÓN CONSTITUCIONAL DEL ACTO ADMINISTRATIVO Y SU INCIDENCIA EN LAS REGLAS DE CONSERVACIÓN: UNA NECESIDAD DE REFORMA POR GONZALO CRUZ SANDOVAL .....	29
3) PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO: APLICACIÓN DE LOS PRINCIPIOS DE CONVENCIONALIDAD Y SU RECEPCIÓN JURISPRUDENCIAL EN LOS FALLOS DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN DE LA REPÚBLICA ARGENTINA POR IRMA PASTOR DE PEI-ROTTI Y MARÍA INÉS DEL C. ORTIZ DE GALLARDO .....	43
4) LA EVOLUCIÓN DEL ORDENAMIENTO ADMINISTRATIVO EN EL PERÚ POR JORGE DANÓS ORDÓÑEZ .....	55
5) REFORMA DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO Y TUTELA ADMINISTRATIVA EFECTIVA POR PABLO ESTEBAN PERRINO .....	89
6) PERSPECTIVAS ACTUALES DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO, EN PARTICULAR, EL DERECHO A LA TUTELA ADMINISTRATIVA EFECTIVA POR RAMÓN A. HUAPAYA TAPIA .....	123
7) LA POTESTAD NORMATIVA DEL PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA Y SU CONEXIÓN CON EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ADMINISTRATIVO NACIONAL POR ROBERTO JIMÉNEZ MURILLO .....	157
8) EL ESTADO Y LA NULIDAD DE PLENO DERECHO POR LA FALTA DE OPINIÓN DEL MEF EN EL DECRETO LEGISLATIVO 1224 Y SU REGLAMENTO POR ROBERTO C. SHIMABUKURO MAKIKADO .....	185
<b>II. LA SIMPLIFICACIÓN ADMINISTRATIVA, EL RÉGIMEN DE SUPRESIÓN DE BARRERAS BUROCRÁTICAS Y PARTES ESPECIALES DEL DERECHO ADMINISTRATIVO</b> .....	197
9) SIMPLIFICACIÓN ADMINISTRATIVA Y BARRERAS BUROCRÁTICAS POR AUGUSTO DURÁN MARTÍNEZ .....	199

10) "ABRIENDO LOS HORIZONTES". LA ACTUACIÓN DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA EN REFERENCIA AL ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA EN LOS PROCEDIMIENTOS CONCURSALES. A PROPÓSITO DEL PRECEDENTE DE OBSERVANCIA OBLIGATORIA APROBADO MEDIANTE RESOLUCIÓN N° 0888-2014/SCO-INDECOPI POR ANTHONY LIZÁRRAGA VERA-PORTOCARRERO.....	223
11) EL DESARROLLO DE CAPACIDADES PARA LA SIMPLIFICACIÓN ADMINISTRATIVA: CUANDO LAS NORMAS, POLÍTICAS E INSTITUCIONES NO SON SUFICIENTES POR DANTE MENDOZA ANTONIOLI.....	235
12) ANÁLISIS DE LAS RECIENTES REFORMAS DISPUESTAS POR EL DECRETO LEGISLATIVO N° 1212 AL RÉGIMEN DE BARRERAS BUROCRÁTICAS POR LAURA FRANCIA ACUÑA .....	247
13) EL SERVICIO PÚBLICO DE RADIODIFUSIÓN POR LUIS GERARDO RODRÍGUEZ LOZANO .....	257
14) LA SITUACIÓN ACTUAL Y PERSPECTIVAS DE LA BIOENERGÍA EN LA REPÚBLICA ARGENTINA POR MARTÍN GALLI BASUALDO.....	279
15) CONFLICTOS DE COMPETENCIA Y SU REPERCUSIÓN EN LA GESTIÓN AMBIENTAL: SOBRE LA IMPORTANCIA DE LA DETERMINACIÓN DE COMPETENCIAS PARA LA PROTECCIÓN OPORTUNA DEL AMBIENTE POR MAURICIO CUADRA MORENO Y MILAGROS GRANADOS MANDUJANO .....	293
16) LA GOBERNANZA, LA BUENA ADMINISTRACIÓN Y EL GOBIERNO ABIERTO COMO EXPRESIONES DE SIMPLIFICACIÓN ADMINISTRATIVA Y SUPRESIÓN DE BARRERAS POR VÍCTOR RAFAEL HERNÁNDEZ-MENDIBLE	307
17) EN DEFENSA DE LA TRANSMISIBILIDAD DE LAS LICENCIAS DE FUNCIONAMIENTO POR ORLANDO VIGNOLO CUEVA .....	337
<b>III. EL NUEVO RÉGIMEN DE PROMOCIÓN DE LA INVERSIÓN PRIVADA....</b>	<b>359</b>
18) LAS ASOCIACIONES PÚBLICO PRIVADAS EN EL SECTOR DE AGUA POTABLE Y SANEAMIENTO POR ALBERTO CAIRAMPOMA ARROYO Y PAUL VILLEGAS VEGA.....	361
19) ALCANCES SOBRE EL ROL DEL MINISTERIO DE ECONOMÍA Y FINANZAS BAJO LA NUEVA LEGISLACIÓN EN ASOCIACIONES PÚBLICO PRIVADAS POR JOAQUÍN JESÚS VÁSQUEZ CÓRDOVA.....	389
20) OBRAS POR IMPUESTOS. UN ENFOQUE JURÍDICO-ADMINISTRATIVO DEL RÉGIMEN Y DE LA NUEVA RELACIÓN PÚBLICO-PRIVADA QUE SUSCITA POR LUCIO ANDRÉS SÁNCHEZ POVIS.....	411
21) LA DECLARACIÓN DE NULIDAD DE LOS CONTRATOS DE PROMOCIÓN DE LA INVERSIÓN PRIVADA POR VICIOS DE CORRUPCIÓN EN EL PROCEDIMIENTO DE SELECCIÓN POR RICHARD J. MARTIN TIRADO.....	433

22) LA ADQUISICIÓN Y EXPROPIACIÓN DE INMUEBLES PARA LA EJECUCIÓN DE OBRAS DE INFRAESTRUCTURA POR TANIA ZÚÑIGA FERNÁNDEZ.....	461
23) RÉGIMEN INSTITUCIONAL DE LA PARTICIPACIÓN PÚBLICO PRIVADA EN EL URUGUAY POR PABLO SCHIAVI.....	483
<b>IV. EL NUEVO RÉGIMEN DE CONTRATACIÓN ESTATAL.....</b>	<b>513</b>
24) LEY DE CONTRATACIONES DEL ESTADO. ANÁLISIS PRELIMINAR DESDE EL PRINCIPIO DE EFICIENCIA Y OBSERVACIONES SOBRE LA SUPERVISIÓN DE DECISIONES DISCRECIONALES POR MARIO ERNESTO LINARES JARA.....	515
25) LA MODIFICACIÓN DEL RÉGIMEN JURÍDICO DE LOS CONTRATOS DE GESTIÓN PATRIMONIAL EN DERECHO PERUANO POR VÍCTOR SEBASTIÁN BACA ONETO.....	531
26) RÉGIMEN DEL EQUILIBRIO ECONÓMICO-FINANCIERO EN LOS CONTRATOS ESTATALES POR LIBARDO RODRÍGUEZ.....	551
27) EL ESTATUTO JURÍDICO DEL SEGUNDO MEJOR POSTOR EN LAS LICITACIONES: ¿EXPECTATIVA, DERECHO U OBLIGACIÓN? POR JUAN CARLOS MORÓN URBINA.....	573
28) SUPUESTOS DE ENRIQUECIMIENTO SIN CAUSA EN LOS CONTRATOS PÚBLICOS POR JOSÉ RICARDO MONTERO WONG.....	589
29) LA DIRECTIVA DE CONTRATACIÓN PÚBLICA Y LA LUCHA CONTRA LA CORRUPCIÓN POR JAIME RODRÍGUEZ-ARANA.....	601
30) EL FRACCIONAMIENTO PROHIBIDO EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA VENEZOLANA POR ALEJANDRO CANÓNICO SARABIA.....	625
<b>V. DERECHO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR.....</b>	<b>649</b>
31) PRESCRIPCIÓN Y CADUCIDAD EN EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR POR JUAN CARLOS REBAZA MERINO Y HENRY VLADIMIR GUEVARA ROSALES.....	651
32) EL RÉGIMEN DE INFRACCIONES Y SANCIONES EN LA LEY DE PROTECCIÓN ANIMAL: ¿UN FOMENTO A LA IMPUNIDAD? POR JORGE PANDO VÍLCHEZ.....	669
33) SOBRE LA TENSA RELACIÓN ENTRE LOS DERECHOS HUMANOS Y EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR POR FRANCISCO GONZALES ALLENDE.....	683
34) LA UTILIZACIÓN DE CONCEPTOS JURÍDICOS INDETERMINADOS EN LA TIPIFICACIÓN DE INFRACCIONES ADMINISTRATIVAS: BREVE APROXIMACIÓN A SU ESTUDIO POR DIEGO ZEGARRA VALDIVIA.....	697

35) LEGALIDADE E TIPICIDADE NO EXERCÍCIO DA FUNÇÃO SANCIONADORA PELA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA POR VITOR RHEIN SCHIRATO.....	713
<b>VI. LA FUNCIÓN PÚBLICA Y EL RÉGIMEN DE RESPONSABILIDAD ADMINISTRATIVA DE LOS EMPLEADOS PÚBLICOS .....</b>	<b>731</b>
36) EL "PACTO LEGAL DE PERMANENCIA" EN LA LEY N° 30057, LEY DEL SERVICIO CIVIL: CONFRONTACIÓN ENTRE EL INTERÉS PÚBLICO Y LA LIBERTAD DE TRABAJO EN LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA POR ALBERTO HUAMÁN ORDÓÑEZ Y ROBERTO FARROÑAY ESPINOZA.....	733
37) EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO DISCIPLINARIO DESDE LA TEORÍA DE LAS RELACIONES DE ESPECIAL SUJECCIÓN: ¿UN JARDIN DE SENDEROS QUE SE BIFURCAN? POR JANEYRI BOYER CARRERA.....	749
38) DE REALIDADES Y UTOPÍAS EN LAS RESPONSABILIDADES DE LOS FUNCIONARIOS PÚBLICOS POR MIRIAM M. IVANEGA.....	765
39) EL COMBATE A LA CORRUPCIÓN EN MÉXICO, UN ANÁLISIS A LA REFORMA CONSTITUCIONAL DE 2015 POR RODRIGO SALAZAR MUÑOZ ...	779
40) LA POTESTAD SANCIONADORA DE LA CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA Y LA LUCHA CONTRA LA CORRUPCIÓN POR VERÓNICA ROJAS MONTES .....	797
41) RÉGIMEN DE LA RESPONSABILIDAD ADMINISTRATIVA DE LOS FUNCIONARIOS PÚBLICOS EN MÉXICO. HACÍA UN MODELO PROCESAL PUBLICISTA DE REPARACIÓN POR JUAN ANGEL SALINAS GARZA.....	811

## **EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO DISCIPLINARIO DESDE LA TEORÍA DE LAS RELACIONES DE ESPECIAL SUJECCIÓN: ¿UN JARDIN DE SENDEROS QUE SE BIFURCAN?**

**JANEYRI BOYER CARRERA**

Doctora en Derecho por la Universidad de Valladolid y abogada por la Pontificia Universidad Católica del Perú – PUCP. Profesora de Derecho Administrativo de la PUCP y de modernización del Estado de la Universidad ESAN. Asesora de la Presidencia Ejecutiva de la Autoridad Nacional del Servicio Civil – SERVIR. La opinión de la autora vertida en la presente ponencia no traduce ni compromete la opinión de SERVIR.

### **RESUMEN**

La presente ponencia tiene por propósito presentar algunas reflexiones sobre la configuración actual del procedimiento administrativo disciplinario en la experiencia peruana desde la teoría de las relaciones de especial.

### **PALABRAS CLAVE**

Procedimiento Administrativo; Teoría de las Relaciones de Especial Sujeción; Principio de Tipicidad; Principio de Estado Unitario

### **INTRODUCCIÓN**

Parafraseando a la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico – OCDE, el régimen disciplinario de un Estado constituye uno de los pilares de una política de integridad; necesario para combatir la corrupción y generar confianza en la población respecto a sus instituciones y autoridades públicas<sup>1</sup>. Un régimen disciplinario, en adición, responde a las potestades de organización y punitiva de un Estado que exige responsabilidad a un servidor público por las funciones encomendadas, y porque la ejecución de dichas funciones sea conforme a los valores constitucionales, la ética pública, y el ordenamiento jurídico.

Ahora bien, la salvaguarda de los antes mencionados bienes protegidos es tan crucial como que el Estado cuente con unos servidores públicos idóneos, elegidos por los criterios de mérito y capacidad; adecuadamente capacitados y motivados para innovar en beneficio de los administrados. Servidores públicos que gestionen con imparcialidad, sin temores irracionales y más allá de la estricta literalidad normativa para

<sup>1</sup> OCDE, “Mejorando la Integridad del Sector Público, fomentando el crecimiento inclusivo”, estudio de Integridad de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos – OCDE en el Perú, efectuado en el marco del Programa País, Lima, 2016, pendiente de publicación.

alcanzar la finalidad pública<sup>2</sup>. Luego un régimen de responsabilidad administrativa con reglas claras y razonables promoverían un equilibrio entre la garantía de los intereses generales y colectivos así como de los derechos individuales de los servidores públicos.

La presente ponencia tiene por propósito presentar algunas reflexiones sobre la configuración actual del procedimiento administrativo disciplinario en la experiencia peruana desde la teoría de las relaciones de especial.

## 1. BREVE ESTADO DE LA CUESTIÓN

El constituyente encomendó al legislador el desarrollo normativo de la responsabilidad administrativa de los servidores públicos cuando determinó en el art. 41 del texto constitucional – CP que “(...) la ley establece la responsabilidad de los funcionarios y servidores públicos, así como el plazo de su inhabilitación para la función pública”. No precisó que fuese un solo régimen el que canalizara dicha responsabilidad funcional.

A ello obedecería (entre otras razones) que cada uno de los principales regímenes de vinculación con el Estado (Decreto Legislativo 276 – 276, Decreto Legislativo 728 – 728, Decreto Legislativo 1057 – CAS), contase con sus respectivas normas disciplinarias (276) o punitivas (728 – régimen privado); que alguno de aquellos careciera de régimen disciplinario (CAS); que en adición a los regímenes predominantes, existieran otros que complejizaran, aun más, el espectro de la responsabilidad funcional (las carreras especiales); y que todos ellos estuvieran bajo el manto del Código de Ética de la Función Pública – CEFP (en este último caso, incluso los denominados “locadores de servicios”), así como de la Ley 29622, Ley que amplía las facultades a la Contraloría en el proceso para sancionar en materia de responsabilidad administrativa funcional de la Contraloría General de la República – LPAS<sup>3</sup>. En adición, bajo la competencia de dos autoridades de alcance nacional, rectoras de sendos sistemas administrativos: la Autoridad Nacional del Servicio Civil – SERVIR (Sistema Administrativo de Gestión de Recursos Humanos), y la Contraloría General de la República – CGR (Sistema Nacional de Control).

Como resultado explícito de este panorama encontramos una seria transgresión al principio de igualdad (a pesar de que dos servidores de regímenes distintos – 276 y CAS – hubieren estado involucrados en los mismos hechos que atentaron contra los intereses generales y la organización estatal, dichos hechos podrían haber sido configurados como falta en un régimen, pero no en el otro); y serios problemas en el propio impulso de dichos procedimientos debido a la antes referida ampulosidad normativa.

<sup>2</sup> En términos del profesor PARADA, “(...) la burocracia profesional, políticamente neutra, es ciertamente un colchón que amortigua el fragor de la lucha política, una transacción inteligente entre dos valores igualmente democráticos: el del sistema electivo y el de la correspondencia de los cargos y funciones con la mayor capacidad y mérito, (...) algo necesario para la propia supervivencia del sistema democrático”; en: *Derecho Administrativo II, Organización y Empleo Público*, 21ma. edición, Marcial Pons, Barcelona, 2010, p. 357.

<sup>3</sup> Debido a los objetivos del presente trabajo de investigación no me detendré en señalar las características de cada uno de los regímenes de vinculación con el Estado. Me remito a un trabajo anterior de la autora: “La reforma del empleo público en el Perú: análisis del nuevo servicio civil”, *Revista Soluciones Laborales*, N° 77, Mayo 2014.

Con la Ley 30057, Ley del Servicio Civil – LSC, este panorama cambió un poco, pero no lo arregló del todo. Actualmente, serían dos los regímenes de responsabilidad administrativa funcionarial predominantes: la responsabilidad disciplinaria de la LSC<sup>4</sup>, y la responsabilidad administrativa funcional de la LPAS.

La LSC procura canalizar en un solo procedimiento administrativo las faltas cometidas por los servidores de los regímenes 276 (carrera pública), 728 (privado) y CAS (“laboral público” de carácter temporal)<sup>5</sup>; así como las faltas reconocidas en distintas normas aún vigentes (por ejemplo, el CEF, las faltas del Procedimiento Administrativo General – Ley 27444, o la Ley 27588, que establece prohibiciones e incompatibilidades de funcionarios y servidores públicos, entre otras) y otras normas sobrevinientes que configuren faltas administrativas (por ejemplo, el art. 8 de la Ley 30353 que crea el Registro de Deudores de Reparaciones Civiles y tipifica como falta su incumplimiento)<sup>6</sup>. No obstante, subsisten otros regímenes disciplinarios recogidos en el desarrollo de las denominadas “carreras especiales” (policías, diplomáticos, médicos, jueces, fiscales, profesores, personal asistencial de salud), siendo de aplicación supletoria para ellos el régimen de la LSC.

## 2. LA TEORÍA DE LAS RELACIONES DE ESPECIAL SUJECCIÓN Y SU INFLUENCIA EN LA CONSTRUCCIÓN DE LA RESPONSABILIDAD DISCIPLINARIA

En términos generales, la potestad administrativa disciplinaria es aquella que la Administración ejerce respecto de los funcionarios y agentes que forman parte de su organización. Como uno de sus elementos centrales encontramos al principio de jerarquía y a la relación de sujeción especial que existe entre el servidor público y el Estado, debido a la vinculación ya sea formal o material existente entre ellos.

La teoría sobre las relaciones de sujeción especial habría surgido en Alemania<sup>7</sup>, y aunque su desarrollo doctrinario es un análisis que desbordaría el objetivo de este trabajo, se asumirá como premisa, que hace alusión a una relación principal entre el servidor público (no el vasallo o el “súbdito”, como fuera inicialmente concebida) y

<sup>4</sup> La LSC fue publicada el 4 de julio de 2013, y si bien sus 3 reglamentos fueron publicados el 13 de junio de 2014, el apartado destinado al procedimiento disciplinario, entró en vigencia a partir del 14 de setiembre de 2014. Ello, debido a que la Undécima Disposición Complementaria Transitoria del Reglamento (aprobado por Decreto Supremo 040-2014-PCM), dispuso que “el título correspondiente al régimen disciplinario y procedimiento sancionador entra en vigencia a los tres (3) meses de publicado el presente reglamento con el fin que las entidades adecuen internamente al procedimiento”.

<sup>5</sup> Véase la Novena Disposición Complementaria de la LSC y el art. 91 de su Reglamento aprobado por D.S. 040-2014-PCM.

<sup>6</sup> Véase el artículo 100 del Reglamento de la LSC.

<sup>7</sup> La profesora Marina Jalvo sostiene que esta categoría conceptual aparece los trabajos de Otto Mayer, y que la sujeción especial, cuando fue concebida, implicaba un vínculo “de dos personas desiguales desde el punto de vista del Derecho, cuyo contenido lo determina la voluntad de la persona superior”. El servidor público era visto como un súbdito, lo cual, permitía al Estado regular sus conductas con una amplia discrecionalidad pero “conforme a un cierto interés público”, en: Mayer, OTTO, *Derecho Administrativo alemán*, Tomo IV, ed. Buenos Aires, Depalma, 1982, citado por: MARINA JALVO, M. *El régimen disciplinario de los funcionarios públicos*, 3era. ed. Valladolid, Lex Nova, 2006, pp. 71-73.



el Estado (no con un monarca) para el ejercicio de una función pública (no para ejercer cualquier tarea, pública o privada, exigida por el superior jerárquico). Que dicha relación lleva una carga de deberes del servidor para con la Administración Pública (especial probidad, observancia del principio de juridicidad, imparcialidad, ética pública, entre otros), y un consecuente listado de incompatibilidades (prohibición del nepotismo y a la doble percepción, restricciones al ejercicio privado de la profesión, entre otros) de las que carecen los trabajadores privados. En suma, éste tipo de relación, adoptando los términos de la profesora IVANEGA:

*"exige que el particular ingrese personalmente en la esfera jurídica y material, o simplemente jurídica de la Administración, de manera que se haga necesaria una especial disciplina más acentuada. En el marco del empleo público, esa especial relación determina el campo de actuación del Estado con el objetivo de cumplir con fines estatales y de la consiguiente responsabilidad del agente público y de la carga que significa el ejercicio de la función"*<sup>8</sup>.

En la medida que, inicialmente, la relación de sujeción especial asumiese al servidor como un "súbdito" del entonces monarca, el poder disciplinario fue concebido solo como una manifestación del poder de organización del Estado. Ello trajo como consecuencia que se considerase innecesario la existencia de un debido procedimiento para canalizar dicho poder; o que, de existir un procedimiento, este contase con garantías (como el sometimiento a los principios de legalidad o tipicidad, o al derecho de defensa). La materialización del poder disciplinario quedaba a la merced discrecional (y abusiva) de la Autoridad Administrativa<sup>9</sup>.

Esta concepción ha sido abandonada paulatinamente, debido, en primer lugar, a la expansión de los principios del Estado constitucional y democrático de Derecho, ya que, la relación de sujeción especial no es una "categoría dogmática superior, sino una consecuencia derivada de las (...) normas constitucionales" que reconocen al servidor público<sup>10</sup>. A ello obedecería la actual proyección de principios constitucionales en el procedimiento disciplinario que era inadmisibles (como el principio del debido procedimiento). En segundo lugar, debido a la constatación que el poder disciplinario es tanto una manifestación directa del poder de organización del Estado, como de su poder

<sup>8</sup> IVANEGA, Miriam. *Cuestiones de potestad disciplinaria y derecho de defensa*, 2da. ed., RAP, Buenos Aires, 2013, p. 96. Los subrayados corresponden a la autora.

<sup>9</sup> Es elocuente la referencia que hace el profesor Alejandro Nieto a una sentencia del Tribunal Supremo español del 28 de noviembre de 1989. Los magistrados señalaron que estas relaciones se manifiestan "cuando la Administración no actúa en el ámbito de su supremacía ni en uso de su potestad, sino en el ámbito de la organización de sus servicios públicos". En la STS del 11 de diciembre de 2000, acotó que "la reserva de ley (...) no tiene en el seno de las relaciones de sujeción especial el mismo alcance que respecto a la potestad sancionadora general de la Administración, en cuanto que en las relaciones de sujeción especial la potestad sancionadora no es la expresión del ius puniendi del Estado sino manifestación de la capacidad propia de la autoordenación correspondiente", en: *Derecho Administrativo Sancionador*, Tecnos, Madrid, 4ta. ed., 2005, segunda reimpresión, 2008, p. 228.

<sup>10</sup> ISAZA SERRANO, Carlos Mario, *Teoría General del Derecho Disciplinario. Aspectos históricos, sustanciales y procesales*, 2da. Ed. Temis, Bogotá, 2009, p. 55.

punitivo. Como ya lo ha manifestado la Corte Interamericana de Derechos Humanos – CIDH, cuando refiere 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"<sup>11</sup>.

Por contraste, entre los administrados y el Estado existe una relación de sujeción general que se sustenta en el *ius imperium* del Estado. En el ámbito normativo, esto se evidencia cuando, de modo similar a la experiencia española (art. 127 de la Ley 30/1992), se efectúa un tratamiento diferenciado entre el procedimiento administrativo sancionador, y el procedimiento administrativo disciplinario (art. 229.2 de la LPAG). El primero rige las relaciones de sujeción general, y el segundo las de sujeción especial. No obstante, en la medida que ambos procedimientos son expresión del poder punitivo del Estado, es posible integrar ambos ordenamientos y entender que las garantías que rigen en uno son aplicables al otro, ante vacío o antinomia legal (es posible que los regímenes disciplinarios, como el de la LSC, no hayan recogido un catálogo exhaustivo de principios, como sí lo hace el art. 230 de la Ley del Procedimiento Administrativo General - LPAG) y en la medida, claro está, que no se opongan a una norma expresa. Ello, esencialmente, porque dicha norma sancionadora general reconoce principios constitucionales (como la prohibición del *bis in idem*, debido procedimiento, legalidad, entre otros) configurándolos para que sean adecuadamente aplicables a la vía administrativa; y los principios constitucionales, como bien recordaremos, constituyen normas mandatorias con eficacia directa<sup>12</sup>.

### 3. ALGUNAS REFLEXIONES SOBRE LAS RELACIONES DE SUJECCIÓN GENERAL Y EL DESARROLLO NORMATIVO DEL PODER DISCIPLINARIO

Es imprescindible armonizar la relación de sujeción especial con un ejercicio de la función pública acorde con los intereses generales, la finalidad pública, la neutralidad de los servidores públicos y la eficacia de los derechos fundamentales (de los administrados que acuden a la Administración), con los objetivos y planes de gobierno de las autoridades públicas representativas. Sin que ello implique ceder a los intereses privados del político de turno con las consecuentes desviaciones de poder. La gran pregunta es si eso es posible. En este epígrafe propongo algunas reflexiones al respecto:

<sup>11</sup> SCIDH Caso López Mendoza vs. Venezuela, de 1 de setiembre de 2011 (Fondo, Reparaciones y Costas), FJ. 111.

<sup>12</sup> En el precedente administrativo aprobado por Resolución de Sala Plena N° 001-2012-SERVIR/TSC, publicada el 18 de mayo de 2012, el Tribunal del Servicio Civil interpretó con carácter vinculante que ante el vacío legal, se debía aplicar el principio constitucional del debido procedimiento. En consecuencia, determinó que "si bien el Decreto Legislativo N° 276 y su reglamento, no disponen (...) que de forma previa a la imposición de una sanción de amonestación o de suspensión debe realizarse un procedimiento administrativo disciplinario; ello no implica que los administrados sometidos a la potestad disciplinaria de una entidad se encuentren desprovistos de la posibilidad de ejercer su derecho de defensa de forma previa a la aplicación de alguna de las dos sanciones referidas. (...) Por tal razón, para esta Sala Plena, todo procedimiento administrativo que tenga como derrotero la identificación de responsabilidades administrativas y que eventualmente conlleve la aplicación de una sanción disciplinaria; necesariamente debe implicar la oportunidad de presentación de descargos en un plazo razonable y de forma previa a la aplicación de la sanción, a efectos de garantizar el derecho de defensa y el derecho al debido procedimiento del administrado sometido a la potestad disciplinaria de su empleador" (Fundamentos 21, 22 y 23. Los resaltados corresponden a la autora)

### a) La "relajación" del principio de tipicidad

En las relaciones de sujeción especial se constataría que el principio de legalidad, y específicamente el de tipicidad, se "relaja". A juicio del profesor NIETO, a diferencia de la rigidez que caracteriza al principio de tipicidad en un procedimiento administrativo sancionador - PAS, en el PAD existen matizaciones que deben ser resueltas en cada caso concreto, y que dependerán de la fortaleza de la especial sujeción<sup>13</sup>. Es posible afirmar que la presencia de estos conceptos jurídicos indeterminados es necesaria en el ámbito de la responsabilidad funcional, en la medida que los hechos que pueden subsumirse en faltas como, la "negligencia en el ejercicio de las funciones", o "impedir el funcionamiento del servicio público"<sup>14</sup>, adoptan matices en cada una de las entidades públicas; en función a las competencias que tienen encomendadas (la negligencia de un médico del seguro social cuyo paciente fallece en la sala de operaciones tendrá matices distintos a la negligencia de un logístico que elabora inadecuadamente un expediente de contrataciones), o a la fortaleza de la sujeción especial (por ejemplo, la negligencia en una institución castrense)<sup>15</sup>.

Por su parte, el TC peruano ha admitido la constitucionalidad de los conceptos jurídicos indeterminados en la tipificación de las faltas disciplinarias, condicionando su aplicación a una exhaustiva motivación y a la progresiva definición normativa de sus contenidos<sup>16</sup>. Y en una reciente sentencia, ha acotado que los hechos subsumidos en la imputación de una falta (para el caso, "la inconducta funcional") deben encontrarse directamente relacionados con la función pública encomendada y la posible afectación a los intereses generales<sup>17</sup>. En todo caso, la total ausencia del principio de legalidad o tipicidad, ha sido proscrita por inconstitucional.

### b) El concepto de función pública y el principio de Estado unitario

En la jurisprudencia del TC, el contenido de la noción de función pública y su ejercicio (sustento del poder disciplinario) adopta una perspectiva finalista o del deber ser<sup>18</sup>; otra

<sup>13</sup> A juicio de este autor "la matización se traducirá en una exigencia más suave de la regla de la reserva legal y del mandato de tipificación, permitiendo un margen mayor a la colaboración reglamentaria y a la valoración de los órganos administrativos", en: *Derecho Administrativo Sancionador*, Tecnos, Madrid, 4ta. ed., 2005, segunda reimpresión, 2008, p. 232.

<sup>14</sup> Literales d) y e) del artículo 85, de la Ley 30057, Ley del Servicio Civil. También presentes en el artículo 28 del Decreto Legislativo 276.

<sup>15</sup> ISAZA señala que "a diferencia de la materia penal, en donde la descripción de los hechos punibles es detallada, en la disciplinaria el fallador cuenta con un mayor margen de valoración e individualización de las faltas sancionables por la diversidad de comportamientos que pugnan contra los propósitos de la función pública y del régimen disciplinario", en: *Teoría General del Derecho Disciplinario*, ob. Cit., p. 94.

<sup>16</sup> "La remisión a estos conceptos jurídicos indeterminados comporta una exigencia mayor de motivación objetiva y coherente (...); y ello porque, a mayor discrecionalidad de la norma, mayor habrá de ser la motivación lógica y racional, en proporcional correlato. Motivación que, en el presente caso, a juicio del Tribunal Constitucional, no ha estado dirigida a determinar en qué medida la conducta del demandante ha afectado la dignidad del cargo" y ha acarreado, concomitantemente, un "desmerecimiento del concepto público", en: STC recaída en el expediente N° 5156-2006-PA/TC.

<sup>17</sup> STC 03485-2012-PA/TC, del 10 de marzo de 2016.

<sup>18</sup> El TC peruano sostiene que "la finalidad esencial del servicio a la Nación radica en prestar los servicios

subjetiva (quiénes son los que ejercen función pública de acuerdo al artículo 39 del texto constitucional)<sup>19</sup>, formal (el tipo de vinculación a la organización administrativa), y material (específicamente asociado a las funciones que ejercen); o según el mecanismo a través del cual sus titulares acceden a la función pública: función pública representativa (sufragio directo, universal, secreto y obligatorio – principio democrático); y función pública no representativa (“los servidores públicos de la administración, estatal, regional, o municipal, y desde luego, los de los poderes del Estado y, en general, de toda entidad pública”)<sup>20</sup>.

Ahora bien, una perspectiva material del concepto “función pública”, que el TC considera “constitucionalmente adecuada”, apunta a entenderla como “el desempeño de funciones en las entidades públicas del Estado” siendo que “la determinación de este aspecto ha de efectuarse casuísticamente”. El Alto Tribunal relaciona este aspecto material a los distintos regímenes de vinculación con el Estado creados por el legislador, cuando señala que “no obstante, (...) pueden ser considerados como tales cargos el de los servidores públicos, en general, de conformidad con la Ley de la materia, de los profesores universitarios, los profesores de los distintos niveles de formación escolar preuniversitaria, servidores de la salud, servidores del cuerpo diplomático y, ciertamente, jueces y fiscales”<sup>21</sup>.

Luego no es posible inferir que la presencia del poder disciplinario obedezca a un estricto “poder de dirección” de la Administración Pública (como si fuera un empleador privado), sino que se alinea con la supremacía estatal que defiende intereses colectivos e intereses generales (que encuentran su sustento en la Constitución y los Derechos Fundamentales) y que va más allá del adecuado funcionamiento de la organización de la propia entidad en la que se ejerce dicho poder. Esa sería la razón que fundamenta algunas reglas que adscriben la supremacía estatal y el principio del Estado Unitario al poder disciplinario<sup>22</sup>.

---

públicos a los destinatarios de tales deberes, es decir a los ciudadanos, con sujeción a la primacía de la Constitución, los derechos fundamentales, el principio democrático, los valores derivados de la Constitución y al poder democrático y civil en el ejercicio de la función pública”. Y en adición, que es “obligación de todos los servidores de la Nación, independientemente de su jerarquía y la función pública que cumplan en los ámbitos civil, militar y policial, de que ejerzan dicha función con probidad, honestidad y austeridad en el manejo de los recursos públicos, necesarias para generar la confianza ciudadana en los servidores de la Nación a través de la cual el modelo democrático establecido por la Constitución se legitima”, en: STC 008-2005-PI/TC, del 12 de agosto de 2005, F.J. 14 y 16.

<sup>19</sup> “(...) el artículo 39° de la Constitución dispone que el Presidente de la República tiene la más alta jerarquía en el servicio de la Nación. Por su parte los artículos 137.° y 118.° inciso 14.° de la misma Norma Suprema establecen que el Presidente de la República es el Jefe Supremo de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional y que organiza, distribuye y dispone el empleo de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional. Entonces, si al Presidente de la República le corresponde la más alta jerarquía en el servicio de la Nación, es claro que sus subordinados también sirven a la Nación (...)”, en STC 008-2005-PI/TC, del 12 de agosto de 2005, F.J. 13.

<sup>20</sup> STC recaída en los expedientes 0025-2005-PI/TC y 0026-2005-PI/TC, del 25 de abril de 2006, FJ. 51. El TC sigue el mismo criterio en el caso HUATUCO, STC 05057-2013-PA/TC, FJ. 8.

<sup>21</sup> STC recaída en los expedientes 0025-2005-PI/TC y 0026-2005-PI/TC, del 25 de abril de 2006, FJ. 52.

<sup>22</sup> Art. 43 de la Constitución Política del Perú.

Una de ellas es que si una entidad impone una sanción disciplinaria (digamos, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos) y el servidor público se encontrara vinculado al Estado en una segunda entidad pública (por ejemplo, Ministerio del Interior), esta última tiene el deber de ejecutar la sanción (276 y LSC – regímenes de carrera pública, ambos). Otra regla es la que crea el Registro Nacional de Sanciones de Destitución y Despido – RNSDD (que todas las oficinas de recursos humanos deberán consultar en los procesos de selección, para identificar si los candidatos contasen con alguna sanción de inhabilitación vigente que les impida acceder a algún cargo público). O, y quizá una de las más importantes, la creación del Tribunal del Servicio Civil que permitiría unificar los criterios jurisprudenciales sobre la responsabilidad disciplinaria (aunque, de acuerdo a la LSC, ahora sólo cuando se imponga al servidor público las sanciones de suspensión o destitución). Conforme a la LSC, su competencia es de alcance nacional, encontrándose facultado para resolver en segunda instancia los recursos administrativos presentados contra las decisiones de todas y cada una de las entidades de los tres niveles de gobierno en materia disciplinaria.

En esta misma línea, considero de dudosa constitucionalidad la coexistencia de dos regímenes generales de responsabilidad funcional (disciplinario - LSC y responsabilidad funcional - LPAS) carentes de puentes y de hitos fronterizos claros entre uno y otro.

Primero, porque la similitud en la configuración de las conductas infractoras en ambos regímenes podría vulnerar la proscripción del *bis in idem*. Más allá que la LSC y la LPAS hayan establecido cláusulas expresas que impedirían dicha vulneración (entre otras, que el PAS de Contraloría solo está previsto para las faltas graves y muy graves), en los hechos, la doble persecución se produce debido a la nula coordinación (no se prevé un ente coordinante en ninguno de los dos sistemas administrativos), ni conexión entre los criterios de las autoridades rectoras o de sus respectivos tribunales. Ahora bien, en un acuerdo plenario, el Tribunal de Contraloría sostuvo que son vías distintas porque responden a fundamentos jurídicos y bienes protegidos distintos, acotando que la relación entre la entidad pública y el servidor en el disciplinario, responde únicamente a la condición de Estado empleador y el consecuente poder de dirección<sup>23</sup>. En esta misma línea, GARCÍA COBIÁN considera que el poder sancionador es un poder implícito de la Contraloría que obedece a su función constitucional de control<sup>24</sup>. Sin embargo, lo cierto es que más allá de la relación estricta que el servidor tiene con la entidad, una relación que el Tribunal de Contraloría define (inadecuadamente, a mi juicio) como estrictamente laboral, el servidor público es responsable por una infracción a las normas que tutelan el adecuado funcionamiento del Estado, incluso, si la conducta infractora se subsume un agravio contra “el patrimonio del Estado” (conductas que la LPAS tipifica como infracciones). Cuando CEPLAN, por poner un

<sup>23</sup> Véase el Acuerdo Plenario 01-2013-CG/TSRA, publicado el 1 de diciembre de 2013, especialmente, los FJ 2.8 y 2.18.

<sup>24</sup> GARCÍA COBIÁN, Erika, *Análisis de constitucionalidad de la facultad de la Contraloría General de la República para sancionar por responsabilidad administrativa funcional y su relación con el principio del “Ne bis in idem”*, Tesis para optar por el grado académico de Magíster en Derecho Constitucional, Pendiente de Publicación, Lima, 2014, p. 91.

ejemplo, impone una sanción de destitución a un servidor público no solo tutela la organización y el adecuado funcionamiento del propio CEPLAN, también de todo el Estado. Ese servidor, será, en adición inhabilitado y estará imposibilitado de acceder al sector público por cinco (5) años. Las relaciones de sujeción especial se generan, recordemos, entre el Estado unitario y el servidor público<sup>25</sup>, no solo entre una entidad como empleadora y el servidor.

Segundo, la aludida coexistencia es de dudosa constitucionalidad porque el poder punitivo del Estado alcanza mayores dimensiones cuando existe una relación de sujeción especial, que cuando ésta es de carácter general; resultando contraria al principio de proporcionalidad con dos regímenes generales. En este escenario, en tercero, la coexistencia profundiza dichas relaciones en el sentido nocivo del término, impidiendo el ejercicio adecuado de la función pública. El servidor público deja de buscar la finalidad pública para concentrarse en la más estricta literalidad del profuso ordenamiento jurídico que rige los actos de la Administración. Obedece al temor, no a su deber de vinculación al principio de juridicidad.

### **c) Las relaciones de sujeción especial y el ámbito subjetivo de aplicación del régimen disciplinario**

Conforme a la LSC, no todos los que ejercen función pública están sujetos a responsabilidad administrativa disciplinaria; ni todos los que la ejercen, resultan siendo servidores públicos. La LSC delimita los alcances de la responsabilidad administrativa disciplinaria como **"aquella que exige el Estado a los servidores civiles** por las faltas previstas en la Ley que cometan en el ejercicio de las funciones o de la prestación de servicios, iniciando para tal efecto el respectivo procedimiento administrativo disciplinario e imponiendo la sanción correspondiente de ser el caso". En otra sección normativa, la LSC adopta una definición residual y casi taxativa de "la expresión servidor civil", asociándola a los regímenes de vinculación con el Estado (276, 728, 1057, y 30057)<sup>26</sup>.

<sup>25</sup> Una de las recomendaciones que la OCDE estaría formulando al Estado peruano en su estudio sobre las políticas de integridad. Rescata la necesidad de introducir una mayor coordinación entre SERVIR y Contraloría para evitar la duplicidad de sanciones o de procesamientos; así como la posibilidad de unificar criterios en la tramitación de los procedimientos a su cargo. La OCDE propone que los dos regímenes se unifiquen en uno solo y que SERVIR sea la primera instancia y la CGR la segunda a fin de evitar la duplicidad de esfuerzos de las autoridades públicas, y gastos innecesarios. En: "Mejorando la Integridad del Sector Público, fomentando el crecimiento inclusivo",... ob. cit., 35.

<sup>26</sup> El Reglamento señala que "se refiere a los servidores del régimen de la Ley organizados en los siguientes grupos: funcionario público, directivo público, servidor civil de carrera y servidor de actividades complementarias. Comprende, también, a los servidores de todas las entidades, independientemente de su nivel de gobierno, cuyos derechos se regulan por los Decretos Legislativos N° 276, Ley de Bases de la Carrera Administrativa y de Remuneraciones del Sector Público, N° 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral, de carreras especiales de acuerdo con la Ley, a los contratados bajo el régimen del Decreto Legislativo N° 1057, así como bajo la modalidad de contratación directa a que hace referencia el Presente Reglamento" (Art. IV del Título Preliminar).

Ahora bien, aunque la propia LSC excluyó de su ámbito de aplicación a cinco entidades<sup>27</sup>, podríamos inferir que (al menos) les son aplicables las reglas del procedimiento administrativo disciplinario de la LSC. En la medida que dicha Ley y su Reglamento, derogaron las reglas disciplinarias de los Decretos Legislativo 728 y 276, y del CEFP; y en cuanto al CAS (que carecía de reglas disciplinarias en su Ley y en su Reglamento), declara su aplicabilidad.

En la medida que los trabajadores de las empresas del Estado no realizan función pública (art. 40 CP), no formarían parte del ámbito de aplicación del PAD de la LSC. Estas empresas se regirían por las reglas del régimen privado (D. Leg. 728) para la comisión de faltas laborales, así como por las reglas del PAS de Contraloría, debido a su inclusión expresa en el ámbito de aplicación de dicha norma<sup>28</sup>.

Ahora bien, ambos regímenes (LSC y LPAS) coinciden en exceptuar a las autoridades elegidas por votación popular, a los titulares de los organismos constitucionalmente autónomos y a las autoridades que cuentan con la prerrogativa del antejuicio político. Difieren, en que quedarían fuera del ámbito de aplicación del PAD aquellos que se vinculan a través de la denominada "locación de servicios". Un grupo que, si bien, nunca debió estar sometido a responsabilidad administrativa alguna, ante el inminente crecimiento de su presencia en la Administración Pública, formaron parte del ámbito de aplicación del Código de Ética de la Función Pública - CEFP. El PAS de Contraloría sí los incluiría en su ámbito de aplicación<sup>29</sup>.

<sup>27</sup> Las cinco entidades excluidas de la LSC, de acuerdo a su Primera Disposición Complementaria Final, son: la Contraloría General de la República - CGR, la Superintendencia de Banca, Seguros y AFP - SBS, el Congreso de la República - CG, la Superintendencia Nacional de Aduanas y de Administración Tributaria - SUNAT; y, el Banco Central de Reserva del Perú - BCR.

<sup>28</sup> Artículo 3 de la Ley 27875 extiende su ámbito de aplicación a un listado de entidades, incorporando a las empresas públicas: a) El Gobierno Central, sus entidades y órganos que, bajo cualquier denominación, formen parte del Poder Ejecutivo, incluyendo las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional, y sus respectivas instituciones. b) Los Gobiernos Regionales y Locales e instituciones y empresas pertenecientes a los mismos, por los recursos y bienes materia de su participación accionaria. c) Las unidades administrativas del Poder Legislativo, del Poder Judicial y del Ministerio Público. d) Los Organismos Autónomos creados por la Constitución Política del Estado y por ley, e instituciones y personas de derecho público. e) Los organismos reguladores de los servicios públicos y las entidades a cargo de supervisar el cumplimiento de los compromisos de inversión provenientes de contratos de privatización. f) Las empresas del Estado, así como aquellas empresas en las que éste participe en el accionariado, cualquiera sea la forma societaria que adopten, por los recursos y bienes materia de dicha participación.

<sup>29</sup> En el caso del régimen de la Contraloría General de la República - LPAS, el ámbito de aplicación es mucho más amplio que el del disciplinario. Se aplica sobre todo aquel que es considerado "servidor o funcionario público", entendiéndose como tal, a "todo aquel que independientemente del régimen laboral en que se encuentra, mantiene vínculo laboral, contractual o relación de cualquier naturaleza con alguna de las entidades, y que en virtud de ello ejerce funciones en tales entidades", "con prescindencia del vínculo laboral, contractual, estatutario, administrativo o civil del infractor y del régimen bajo el cual se encuentre, o la vigencia de dicho vínculo con las entidades (públicas)" (Novena Disposición Complementaria Final de la Ley 27785, Ley Orgánica del Sistema Nacional de Control y de la Contraloría General de la República).

Ahora bien, quiero detenerme en un par de apreciaciones sobre los locadores de servicios. Lo primero que cabe anotar es que cuando el Reglamento desarrolló el PAD de la LSC, canalizó en el procedimiento único de la LSC las conductas infractoras del CAFP (art. 100 del DS. 040-2014-PCM); y derogó, entre otros aspectos primigenios, la sanción de multa. Derogada la única sanción imponible a los denominados "locadores" (no les es aplicable ni la amonestación escrita, ni la suspensión o la destitución, porque cuentan con contratos de naturaleza civil), se podría afirmar que no sería imposible imputarles faltas éticas en la vía del procedimiento disciplinario. No obstante, reitero, sí serían responsables por la comisión de faltas éticas en el PAS de Contraloría<sup>30</sup>.

Lo segundo es que, atendiendo al funcionamiento de la Administración Pública peruana, sería importante efectuar una disección aún más fina del supuesto que subsume a los locadores de servicios, a fin de identificar los posibles inconvenientes de la regulación vigente. La dimensión material del concepto de función pública, nos permitiría clasificarlos en tres grupos: (i) aquellos a los que se les contrata para prestar un servicio y en consecuencia, con la entrega del producto encomendado, se culmina su relación contractual con el Estado (locadores en estado puro); (ii) aquellos que cuentan con un contrato de locación de servicios, pero que permanecen en las entidades públicas, a tiempo indeterminado, ejerciendo funciones públicas sin mayor vínculo que el aludido contrato de naturaleza civil; y, (iii) aquellos que son locadores de servicios según los regímenes denominados de Fondo de Apoyo Gerencial (Decreto Ley 25650) y de Personal Altamente Calificado (Ley 29806); y en adición, cuentan con una resolución de designación en un cargo que los faculta a ejercer función pública.

La exclusión de este tercer grupo de locadores de la responsabilidad administrativa disciplinaria sí resulta preocupante en la medida que sus titulares cuentan con *potestas* en virtud de un acto de la Autoridad Administrativa competente que los investió para el ejercicio de funciones públicas. Este grupo debería responder disciplinariamente por sus actos. También es cierto que los titulares de la función encomendada deberían ser servidores públicos bajo alguno de los regímenes de carrera pública (específicamente, la LSC). Ahora bien, reitero, ellos responderían en caso sean sometidos a una acción de control que los conduzca al PAS de Contraloría.

#### **d) La debida motivación en el procedimiento disciplinario**

Un procedimiento disciplinario no debería ser utilizado como un mecanismo de *vendetta* personal; ni como amenaza al servidor, que se rebela ante la posibilidad de ser cómplice de actos dirigidos a satisfacer los intereses privados de algún funcionario o superior jerárquico. El derecho a la debida motivación cobra un papel especialmente relevante cuando nos encontramos ante actos de gravamen de la Administración en general. Para el tema que nos convoca, respecto de los actos que podrían afectar de modo negativo la

<sup>30</sup> Véase art. 7 del Decreto Supremo 023-2011-PCM, que aprueba el Reglamento de infracciones y sanciones para la responsabilidad administrativa funcional derivada de los informes emitidos por los órganos del Sistema Nacional de Control.



esfera jurídica o la situación de los servidores públicos; e incidir en la función pública o en la carrera pública, como bienes jurídicos constitucionalmente protegidos.

El deber de motivar las resoluciones es una garantía vinculada con la correcta administración de justicia que, en palabras de la CIDH, "protege el derecho de los ciudadanos a ser juzgados por las razones que el Derecho suministra, y otorga credibilidad de las decisiones jurídicas en el marco de una sociedad democrática". A juicio de la misma Corte, "la argumentación de un fallo y de ciertos actos administrativos deben permitir conocer cuáles fueron los hechos, motivos y normas en que se basó la autoridad para tomar su decisión, a fin de descartar cualquier indicio de arbitrariedad"<sup>31</sup>.

Aunque el TC peruano ha reconocido que "su aplicación en sede administrativa carece de anclaje constitucional directo", el derecho a la debida motivación se vincula a la organización del Estado democrático en la medida que combate el ejercicio arbitrario del poder. Precisamente por ello, a su juicio, la Constitución no protege una determinada extensión de la motivación, ni condena una motivación breve<sup>32</sup>; sino que "debe ser adecuada, suficiente y congruente", caso contrario, "constituirá una decisión arbitraria y, en consecuencia, (...) inconstitucional"<sup>33</sup>. En una mirada más acotada al procedimiento disciplinario, el Alto Tribunal ha señalado (en la línea de la CIDH) que "motivar una decisión no sólo significa expresar únicamente bajo qué norma legal se expide el acto administrativo, sino, fundamentalmente, exponer en forma sucinta –pero suficiente– las razones de hecho y el sustento jurídico que justifican la decisión tomada"<sup>34</sup>.

La debida motivación no necesariamente implica que se haga alusión a todos y cada uno de los aspectos alegados en los escritos presentados por la parte. Implica que en la evaluación del caso y en la consecuente motivación del acto definitivo, haya una correlación entre la sanción impuesta y los hechos alegados como faltas. Implica, además, la evaluación de la presencia o ausencia en el caso de los supuestos eximentes de la responsabilidad disciplinaria<sup>35</sup>; así como los criterios para la gradación de la sanción (arts. 87 y 91 LSC). Así por ejemplo, fotocopiar y repartir propaganda política utilizando recursos de la entidad pública y dentro de la entidad como conducta infractora del art. 85.l) de la LSC, tendrá un análisis y una gradación distinta si el infractor fuera un servidor en un puesto jerárquicamente alto en la estructura orgánica de la entidad, a si se tratara de un asistente administrativo que en adición, respondió a una orden del jefe inmediato. O si lo lleva a cabo por vez primera o está reincidiendo; o si el servidor lo distribuyó solo en un área de la entidad, en toda la entidad o en todas

<sup>31</sup> SCIDH Caso López Mendoza vs. Venezuela, de 1 de setiembre de 2011 (Fondo, Reparaciones y Costas), FJ 141.

<sup>32</sup> STC recaída en el expediente N° 1230-2002-HC/TC, F.J. 8.

<sup>33</sup> STC recaída en el expediente 03891-2011-PA/TC, F.J. 16 y 17. Véase además, la interpretación que el Tribunal Constitucional otorga al contenido constitucionalmente protegido de una motivación adecuada, suficiente y congruente en la STC recaída en el expediente N° N° 3943-2006-PA/TC, FJ. 4; y en la STC 04295-2007-PHC/TC F.J. 5 y 6.

<sup>34</sup> STC recaída en el expediente N° 8495-2006-PA/TC.

<sup>35</sup> Artículo 104 del Reglamento General de la Ley del Servicio Civil, aprobado por Decreto Supremo N° 040-2014-PCM.

sus oficinas desconcentradas. Tampoco será lo mismo si un logístico otorgó la buena pro a un proveedor cuya oferta económica era mayor que la de otro proveedor, pero cuyo producto era el más idóneo para el servicio (por ejemplo, no es lo mismo construir unas oficinas en la costa, que en la sierra o en la selva: las condiciones climáticas, socioculturales, geográficas, entre otras, determinarán que las condiciones técnicas de un mismo edificio tenga costos distintos).

En suma, en un escenario donde las relaciones son de sujeción especial y la tipicidad "se relaja", la motivación debida comprende un mayor esfuerzo de evaluar no solo la supuesta conducta infractora de la falta, sino las circunstancias en las que se cometió, y cómo es que dichas circunstancias se convierten en agravantes para la determinación de la sanción o en eximentes. Es importante no perder de vista el propósito de un procedimiento disciplinario, y que las sanciones se impongan sólo cuando corresponden, y que sus dimensiones sean lo suficientemente razonables como para cautelar los intereses generales, el adecuado funcionamiento de la Administración Pública; así como los derechos individuales de los servidores públicos, el adecuado ejercicio de la función pública (sin temores irracionales), y la configuración constitucional de la carrera pública.

Bajo estas reflexiones, quiero resaltar la necesaria presencia de una motivación debida en algunas etapas del procedimiento administrativo disciplinario de la LSC - PAD, y en una etapa previa al inicio del PAD: (i) el secretario técnico y el inicio del PAD; (ii) los informes de control.

La secretaría técnica del PAD es definida como un apoyo técnico de todo el PAD. Inicialmente no son considerados como autoridades administrativas en el procedimiento. Sin embargo, se les otorga una serie de prerrogativas, que en la práctica, los erige en una suerte de contrapeso de poder jurídico a las autoridades del PAD (instructor y sancionador). Una de ellas se relaciona con la facultad de proponer ante la autoridad instructora el inicio del PAD o "declarar no ha lugar" el inicio de dicho procedimiento.

La facultad de proponer el inicio del PAD decanta en una propuesta de imputación de cargos que será discutida con la autoridad instructora. Ello implica, a su vez, que el Secretario Técnico deba motivar debidamente cómo es que los hechos imputados constituirían una conducta infractora. Por el contrario, y con cargo a reportar cada seis meses a la Oficina de Recursos Humanos, deberá fundamentar debidamente su decisión de declarar "no ha lugar" las denuncias que carezcan de las condiciones indispensables para ser tramitadas (denuncias de una línea carentes de todo elemento probatorio, por ejemplo). El primer supuesto se sustenta en el derecho de defensa del servidor público, mientras que el segundo, en la tutela de los intereses generales.

En aquellos casos en los que la entidad inicie un procedimiento administrativo disciplinario como recomendación de un informe de control, no se trata que la entidad deba asumir las consideraciones de la Oficina de Control Institucional - OCI como palabra sagrada. En el caso concreto, la entidad pública a la que se vincula el servidor

público (incluido en un informe de control) es la titular del poder disciplinario correspondiente. Ello implica el deber de formularse su propio juicio sobre el caso y no solo repetir las consideraciones de los profesionales de la OCI. Caso contrario, nos encontraríamos con una sanción automática por parte de la autoridad instructora competente.

#### **e) La inhabilitación como sanción administrativa**

El artículo 23 de la Convención Americana de Derechos Humanos establece que todas las personas disponen de los siguientes derechos, los cuales deben ser garantizados en condiciones de igualdad:

##### **Artículo 23. Derechos Políticos**

*1. Todos los ciudadanos deben gozar de los siguientes derechos y oportunidades:*

- a) de participar en la dirección de los asuntos públicos, directamente o por medio de representantes libremente elegidos;*
- b) de votar y ser elegidos en elecciones periódicas auténticas, realizadas por sufragio universal e igual y por voto secreto que garantice la libre expresión de la voluntad de los electores, y*
- c) de tener acceso, en condiciones generales de igualdad, a las funciones públicas de su país.*

*2. La ley puede reglamentar el ejercicio de los derechos y oportunidades a que se refiere el inciso anterior, exclusivamente por razones de edad, nacionalidad, residencia, idioma, instrucción, capacidad civil o mental, o condena, por juez competente, en proceso penal.*

El artículo hace clara referencia al derecho al ejercicio de funciones públicas del país, y determina que la ley puede reglamentar dicho ejercicio, acotando que "exclusivamente por razones de edad, nacionalidad, residencia, idioma, instrucción, capacidad civil o mental o condena, por juez competente, en proceso penal". Reconoce el acceso a la función pública al igual que el sufragio activo y pasivo como derechos políticos, cuyo ejercicio debe ser garantizado por el Estado en igualdad de condiciones. Gozan de una protección especial en la medida que su ejercicio constituye una condición para el ejercicio de otros derechos fundamentales<sup>36</sup>.

Establece las condiciones para que se establezcan las restricciones. En el caso LÓPEZ MENDOZA contra Venezuela, la Contraloría General de la República del Estado denunciado impuso la sanción accesoria de inhabilitación para el ejercicio de sufragio pasivo. La CIDH señaló que, en dicho caso, a pesar que existía un marco normativo

<sup>36</sup> El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos cuenta con una redacción similar: "art. 25. Todos los ciudadanos gozarán, sin ninguna de las distinciones mencionadas en el artículo 2, y sin restricciones indebidas, de los siguientes derechos y oportunidades: a) Participar en la dirección de los asuntos públicos, directamente o por medio de representantes libremente elegidos; b) Votar y ser elegidos en elecciones periódicas, auténticas, realizadas por sufragio universal e igual y por voto secreto que garantice la libre expresión de la voluntad de los electores; c) Tener acceso, en condiciones generales de igualdad, a las funciones públicas de su país."

que facultaba a la Contraloría a aplicar dicha sanción accesoria, "la Corte entiende que este punto debe resolverse mediante la aplicación directa de lo dispuesto por el artículo 23 de la Convención Americana, porque se trata de sanciones que impusieron una clara restricción a uno de los derechos políticos reconocidos por el párrafo 1 de dicho artículo, sin ajustarse a los requisitos aplicables de conformidad con el párrafo 2 del mismo"<sup>37</sup>. En consecuencia, que la sanción de inhabilitación debió haberse impuesto como "una condena, por juez competente, en un proceso penal". Y ninguno de esos requisitos se cumplió. Ello, a pesar que el Estado venezolano alegó que dicha sanción, contenida en la norma cuestionada, formaba parte de la política de lucha contra la corrupción.

En este sentido resulta interesante plantearse y abrir la discusión, si aprobarían un test de convencionalidad los preceptos específicos de la Ley del Procedimiento Administrativo General – LPAG y de la LSC que reconocen la inhabilitación como una sanción administrativa disciplinaria.

## 10. REFLEXIÓN FINAL

El propósito de esta ponencia ha sido evidenciar las características centrales del procedimiento disciplinario en la experiencia peruana desde la teoría de las relaciones especiales de sujeción y analizar sus desafíos. Es interesante identificar cómo se distancia de la responsabilidad exigida en el ámbito privado, y cómo se manifiestan los intereses generales; y cómo se proyecta el modelo de Estado unitario en su configuración. Son destacables los esfuerzos por ordenar y unificar sus reglas, pero aún queda mucho por hacer. El procedimiento disciplinario sigue siendo, tomando prestada la frase de Borges, un frondoso jardín de senderos que se bifurcan.

## 11. BIBLIOGRAFÍA

- BOYER CARRERA, Janeyri. "La reforma del empleo público en el Perú: análisis del nuevo servicio civil", *Revista Soluciones Laborales*, N° 77, Mayo 2014.
- GARCÍA COBIÁN, Erika, *Análisis de constitucionalidad de la facultad de la Contraloría General de la República para sancionar por responsabilidad administrativa funcional y su relación con el principio del "Ne bis in idem"*, Tesis para optar por el grado académico de Magíster en Derecho Constitucional, Pendiente de Publicación, Lima, 2014.
- GÓMEZ TOMILLO, Manuel, y SANZ RUBIALES, Iñigo, *Derecho Administrativo Sancionador. Parte General. Teoría y Práctica del Derecho Penal Administrativo*, 2da. ed., Aranzadi - Thomson, Navarra, 2010.

<sup>37</sup> SCIDH Caso López Mendoza vs. Venezuela, de 1 de setiembre de 2011 (Fondo, Reparaciones y Costas), FJ 105.

- IVANEGA, Miriam, *Cuestiones de potestad disciplinaria y derecho de defensa*, 2da. ed., RAP, Buenos Aires, 2013.
- ISAZA SERRANO, Carlos Mario, *Teoría General del Derecho Disciplinario. Aspectos históricos, sustanciales y procesales*, 2da. Ed. Temis, Bogotá, 2009.
- LIZÁRRAGA GUERRA, Víctor, *El derecho disciplinario en la Administración Pública*, Grijley, Lima, 2013.
- MARINA JALVO, M. *El régimen disciplinario de los funcionarios públicos*, 3era. ed. Valladolid, Lex Nova, 2006.
- NIETO, Alejandro, *Derecho Administrativo Sancionador*, Tecnos, Madrid, 4ta. ed., 2005, segunda reimpresión, 2008.
- PARADA, Ramón, *Derecho Administrativo II, Organización y Empleo Público*, 21ma. edición, Marcial Pons, Barcelona, 2010, p. 357.
- SÁNCHEZ MORON, Miguel, *Derecho de la Función Pública*, 2da.ed., Tecnos, Madrid, 1997.
- SÁNCHEZ MORÓN, Miguel. "Reflexiones sobre la vinculaciones constitucionales en materia de empleo público", *Autonomies*, N° 24, Barcelona, febrero de 1999, pp. 11-36.