



UNIVERSIDAD
DE PIURA

REPOSITORIO INSTITUCIONAL
PIRHUA

ANÁLISIS DEL PRINCIPIO DE CULPABILIDAD EN EL DERECHO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR A PARTIR DE LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Mayra Guevara-Cornejo

Piura, 14 de abril de 2016

FACULTAD DE DERECHO

Departamento de Derecho

Guevara, M. (2016). *Análisis del principio de culpabilidad en el Derecho administrativo sancionador a partir de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*. Tesis de pregrado en Derecho. Universidad de Piura. Facultad de Derecho. Programa Académico de Derecho. Piura, Perú.



Esta obra está bajo una [licencia Creative Commons Atribución-NoComercial-SinDerivadas 2.5 Perú](#)

Repositorio institucional PIRHUA – Universidad de Piura

MAYRA PALMIRA GUEVARA CORNEJO

**ANÁLISIS DEL PRINCIPIO DE CULPABILIDAD EN EL
DERECHO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR A PARTIR DE
LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL**



UNIVERSIDAD DE PIURA

FACULTAD DE DERECHO

Tesis para optar el Título de Abogado

2016

APROBACIÓN

Tesis titulada “Análisis del principio de culpabilidad en el Derecho administrativo sancionador a partir de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”, presentada por Mayra Palmira Guevara Cornejo en cumplimiento con los requisitos para optar el título de Abogada, fue aprobada por la Directora Dra. Mercedes Herrera Guerrero.

Directora de Tesis

DEDICATORIA

A Dios, por esperarme siempre con mucho amor en mi vida ordinaria.

A mi familia, por todo el apoyo que me han brindado, especialmente para Armando, Valentina y Fabiana, que con su ternura me inspiran a seguir adelante.

ÍNDICE

Introducción

Capítulo I: El Derecho penal y el Derecho administrativo sancionador 01

1. El Ius Puniendi del Estado.....	01
2. La finalidad perseguida por el Derecho penal y el Derecho administrativo sancionador.....	10
2.1.La finalidad perseguida por el Derecho penal.....	10
2.1.1. Las teorías relativas de la pena.....	11
A. Las teorías de la prevención.....	11
a. Prevención general.....	12
a.1. La prevención general negativa.....	12
a.2. La prevención general positiva.....	13
b. Prevención especial.....	14
c. La teoría de la unión.....	14
B. Las función de reestabilización de la pena....	15
2.1.2. Conclusión.....	16
2.2. La finalidad perseguida por el Derecho administrativo sancionador.....	17
3. Diferencia entre el delito e infracción administrativa.....	22
3.1.Tesis unitaria.....	23
3.2.Teorías eclécticas.....	29
3.3.Teoría diferenciadora.....	31
3.4.Toma de postura.....	45

Capítulo II: El principio de culpabilidad en el Derecho penal. 49

1. Una breve definición del principio de culpabilidad.....	49
2. Fundamento del principio de culpabilidad.....	50
2.1.La culpabilidad como fundamento de la pena.....	50
2.2.La culpabilidad como límite al ejercicio del ius Puniendi.....	52
3. Las manifestaciones del principio de culpabilidad.....	56
4. Las formas de la imputación subjetiva: el dolo y la culpa.....	57
5. Origen y evolución de la imputación subjetiva. La normativización de la imputación subjetiva en el Derecho penal.....	58
5.1.Origen y evolución de la imputación subjetiva.....	58
5.2.La normativización de la imputación subjetiva en el Derecho penal.....	61
a. La evitabilidad individual.....	61
b. La teoría de la probabilidad.....	61
6. El principio de culpabilidad en las personas jurídicas....	63
6.1.Imputación penal con base en la culpabilidad.....	64
a. Una culpabilidad propia para las personas jurídicas...	64
6.2.Los modelos de atribución de responsabilidad penal a las personas jurídicas.....	67

Capítulo III: La consideración por el tribunal constitucional del “principio de culpabilidad” en el Derecho administrativo sancionador. Análisis de la cuestión en la doctrina y la jurisprudencia peruana y española.....	71
---	-----------

1. Cuestiones generales. El pronunciamiento sobre la cuestión en la jurisprudencia.....	71
2. “El principio de culpabilidad” en el Derecho administrativo sancionador. Análisis de la cuestión en la doctrina.....	74
2.1.La progresiva inclusión del Principio de culpabilidad en el Derecho administrativo sancionador..	74
2.2.Aplicación del principio de culpabilidad: del Derecho penal al Derecho administrativo sancionador...	75
2.3.La imputación subjetiva en las infracciones Administrativas.....	86
3. Supuestos en los que la aplicación del principio de culpabilidad resulta controvertida según los autores que defienden su aplicación en el Derecho administrativo sancionador.....	89
3.1.La responsabilidad de la persona jurídica.....	89
3.2.Las omisiones formales.....	90
3.3.La responsabilidad solidaria y subsidiaria.....	93
3.4.Conclusiones.....	99
4. La responsabilidad objetiva y el principio de causalidad en el Derecho administrativo sancionador peruano.....	99
Conclusiones.....	109
Bibliografía.....	113
Legislación nacional y extranjera.....	123
Jurisprudencia.....	123

INTRODUCCIÓN

El principio de culpabilidad es un principio que ha sido ampliamente desarrollado por el Derecho penal, el mismo que establece que la pena no puede imponerse al autor por la sola aparición de un resultado lesivo, sino únicamente en tanto pueda atribuírsele el suceso lesivo como un hecho suyo, así pues, para poder entender mejor dicho concepto el Derecho penal ha pasado por una serie de posturas a lo largo del tiempo y que se han ido adecuando a las necesidades actuales.

Sin embargo, han surgido cuestionamientos con respecto a si este principio debe aplicarse también en el Derecho administrativo sancionador, puesto que este último se ha venido desarrollando con la aplicación de una responsabilidad objetiva, motivo por el cual en el presente trabajo se ha elaborado una investigación que nos lleve a encontrar una respuesta adecuada y así evitar posturas que podrían alejarse del ordenamiento que el Derecho trata de mantener.

Así pues, en el primer capítulo se analizará las equiparaciones y diferencias que pueden determinarse entre ambas ramas del derecho, por lo que se desarrolla primero el origen del ius puniendi y cómo es que se aplica tanto en el Derecho penal como en el Derecho administrativo sancionador, llegándose a sostener que es el Estado quien detenta este poder para que ambos puedan desarrollarse y alcanzar los fines para los que fueron creados. Asimismo, luego de reconocer que el poder del que goza tanto el Derecho penal como el Derecho administrativo sancionador les viene del Estado, es que se debe entonces precisar las finalidades que

persiguen ambos, si es que se trata de finalidades diferentes o no, llegándose a la conclusión e base a la postura adoptada que efectivamente el fin perseguido por ambas ramas del Derecho es diferente, así el Derecho penal busca restablecer normativamente la norma defraudada por la conducta del infractor y el Derecho administrativo sancionador busca mantener el funcionamiento global del sector social administrativamente regulado.

Por lo tanto, y habiéndose desarrollado el tema de cuáles son las finalidades que persiguen ambos sectores del derecho, es que se analiza las diferentes teorías que han surgido para determinar si existe una diferencia cualitativa o cuantitativa entre la infracción administrativa y la pena, la postura adoptada en el presente trabajo es la de la teoría cualitativa puesto que pese a los argumentos desarrollados por quienes defienden una unificación entre ambas ramas del Derecho, lo cierto es que los criterios de imputación que están presentes en una y otra rama del derecho son diferentes.

Así pues, en el segundo capítulo se elabora la culpabilidad en el Derecho penal junto con las teorías que en el tiempo fueron apareciendo para llegar a definir con precisión el principio de culpabilidad, asimismo se abarca brevemente el tema de la responsabilidad de las personas jurídicas, adquiriendo como postura el hecho que las mismas si se les puede atribuir una responsabilidad penal, este punto ayudará para que en el siguiente capítulo se desarrolle con más claridad uno de los puntos críticos ante los que se enfrentan quienes defienden la aplicación del principio de culpabilidad en el Derecho penal.

En el tercer capítulo se analizará las sentencias emitidas por el Tribunal Constitucional peruano y español, en las cuales se sostiene que el principio de culpabilidad forma parte del Derecho administrativo sancionador de las cuales se deduce que en el caso peruano el Tribunal Constitucional menciona la inclusión de dicho principio pero no fundamenta las razones que lo han llevado a optar por dicha postura y en el caso español si bien es cierto si existen una serie de fundamentos al respecto también es cierto que la jurisprudencia no es uniforme en cuanto la posturas que presentan, asimismo se desarrollará la doctrina que está de acuerdo con esta afirmación. Pero también se incluirán los puntos

críticos que surgen al defender la inclusión de este principio en el Derecho administrativo sancionador, los mismos que nos llevarán a confirmar una vez más la postura adoptada en el presente trabajo, es decir, que el Derecho administrativo sancionador se diferencia cualitativamente frente al Derecho penal y por lo tanto deberá seguir una responsabilidad de índole objetiva para que pueda calzar correctamente la finalidad seguida por esta rama del derecho, la misma que además permite justificar su existencia y adecuación con las necesidades surgidas en la actualidad. Finalmente este capítulo concluye con el análisis del principio de causalidad reconocido por la Ley de procedimiento administrativo general en el Derecho peruano y que lleva a la conclusión de que la responsabilidad seguida por el Derecho administrativo sancionador es una responsabilidad de índole objetiva.

CAPITULO I

EL DERECHO PENAL Y EL DERECHO ADMINISTRATIVO
SANCIONADOR

1. El Ius Puniendi del Estado

El Estado existe porque tiene como objetivo principal garantizar la vida en común de los ciudadanos, es por ello que se le ha otorgado la potestad sancionadora, para que de esta forma y contando con un sustento normativo pueda penar y castigar aquellas acciones que atenten contra los bienes jurídicos protegidos por el sistema legal¹.

Es por ello, que no se puede hablar de un derecho de incriminar por parte del Estado, sino de un deber del mismo para imponer penas o sanciones², puesto que su existencia se debe a la misión de mantener la coexistencia, es decir, de preservar la paz y la tranquilidad entre los

¹ Vid. YACOBUCCI, GUILLERMO J. *La deslegitimación de la potestad penal: la crítica al poder sancionador del Estado*. Ábaco de Rodolfo, Buenos Aires, 2000, p. 25 y ss.

² Al respecto, GARCÍA DE ENTERRÍA define a la Sanción como “un mal infligido por la Administración a un administrado como consecuencia de una conducta ilegal. Este mal (fin aflictivo de la sanción) consistirá siempre en la privación de un bien o de un Derecho, imposición de una obligación de pago de una multa, anteriormente a la Constitución, incluso arresto personal del infractor”. Cfr. GARCÍA DE ENTERRÍA, EDUARDO y FERNÁNDEZ, TOMÁS-RAMÓN. *Curso de Derecho administrativo*. I. 12a ed., Palestra, Lima, 2011, p. 1064.

ciudadanos, así pues, sólo imponiendo penas o sanciones administrativa podrá tutelar aquellos bienes jurídicos que sean atacados ya que existirá un conocimiento previo por parte del ciudadano que ante cualquier ataque a los bienes jurídicos obtendrá una respuesta por parte del Estado³.

Por lo tanto, el Estado con el poder que le ha sido atribuido podrá imponer penas o sanciones cuando se infrinja lo establecido por la norma⁴, los mismos que deberán ser justos y razonables, y cuando los ciudadanos no estén dispuestos a seguirlos, podrá ejercer su elemento de dominación, es decir, que podrá obligar por la fuerza a obedecer sus decisiones, por lo que el poder público ejercerá el elemento de dominación a través de la pena o la sanción administrativa⁵. Si bien es cierto, anteriormente el Estado tenía la facultad de imponer penas a aquellas conductas que fueran en contra de la religión, moral o costumbres, en la actualidad se castiga a aquellas acciones que vayan en contra de sus principales fines, es decir el de lograr una vida en común, pacífica, libre y materialmente asegurada.⁶

Así pues, reconocemos que es el Estado quien posee el *ius puniendi*, y este poder le ha sido atribuido con la finalidad de evitar acciones u omisiones que son consideradas socialmente reprochables.⁷

Por otro lado, nuestra Constitución en su artículo 2º, numeral 24, inciso d “muestra claramente al *ius puniendi* como institución monopolizada por el Estado, siendo el fundamento para que este, en exclusiva y con las garantías correspondientes, pueda procesar a los

³ *Ibidem*.

⁴ Vid. LUZÓN PEÑA, DIEGO MANUEL. *Curso de Derecho penal*. Editorial universitas, Madrid, 1996, p. 75-80.

⁵ Vid. CASTILLO CÓRDOVA, LUIS. *Lectura constitucional de un asunto penal*. Disponible en: <http://pirhua.udep.edu.pe/handle/123456789/2094>, pp.7-9.

⁶ Vid. ROXIN, CLAUS. *Fundamentos políticos criminales del Derecho penal*. 1era ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2008, p. 403-409.

⁷ Vid. TORNOS MAS, JOAQUÍN. “¿Quién debe ejercer el <<IusPuniendi>> del estado?”. En: *Revista española de Derecho Administrativo*, N° 161, Civitas, Madrid, 2014, p.11-16.

privados por todo acto u omisión que previamente haya sido calificado como antijurídico y susceptible de la punición advertida en la ley”.⁸

La norma anterior, tiene como antecedentes al artículo 2°.20.d de la Constitución de 1979 y el 25.1 de la Constitución española de 1978, siendo esta última de dónde precisamente se obtuvo el sustento y los alcances que dieron lugar a que se introduzca dicha regla en el Derecho Peruano, por lo que, de acuerdo al análisis que se ha ido desarrollando en la doctrina española, se puede afirmar que el *ius puniendi* tiene un fundamento Constitucional que es indiscutible⁹.

Es por ello que se asume la naturaleza constitucional de las potestades penales (tribunales y jueces del poder judicial) y las sancionatorias (administración pública)¹⁰.

El sistema constitucional que hace mención en el Perú a los tres poderes del Estado atribuye la potestad sancionadora a los órganos jurisdiccionales, sin embargo, la necesidad en los Estados de que la administración pública también ejerza esta potestad ha aumentado al punto que en la actualidad la potestad punitiva del Estado es ejercida también por la administración pública¹¹.

La Constitución en el artículo 138 señala lo siguiente:

“Artículo 138.- Administración de justicia. Control difuso

La potestad de administrar justicia emana del pueblo y se ejerce por el Poder Judicial a través de sus órganos jerárquicos con arreglo a la Constitución y a las leyes.

⁸ Cfr. VIGNOLO CUEVA, ORLANDO. “Principales implicancias de la sanción administrativa”. En: *Jus Gestión Pública*, N° 2, Editorial Grijley, Lima, 2008, p. 175 y ss.

⁹ *Ibidem*.

¹⁰ *Ibidem*.

¹¹ Vid. VERGARAY BÉJAR, VERÓNICA y GÓMEZ APAC, HUGO. “La potestad sancionadora y los principios del procedimiento sancionador”. En: MARAVÍ SUMAR, MILAGROS. *Sobre la ley del procedimiento administrativo general. Libro homenaje a José Alberto Bustamante Belaúnde*. UPC Fondo editorial, Lima, 2009, p. 403-438.

En todo proceso, de existir incompatibilidad entre una norma constitucional y una norma legal, los jueces prefieren la primera. Igualmente, prefieren la norma legal sobre toda otra norma de rango inferior.”

Así pues, de acuerdo a los señalado en el artículo 138 se podría deducir que constitucionalmente la potestad sancionadora no es reconocida para la administración pública, sin embargo, ello no debe ser interpretado como una negación de su existencia, ya que existen normas que reconocen la potestad otorgada a la administración y a ello se suman los fundamentos basadas en razones de orden práctico¹².

Por lo tanto, hoy en día nadie podrá negar que el ius puniendi se encuentra en manos del Estado, poder que no es compartido con otros titulares¹³, y frente a esto surge la interrogante de por qué el Estado es quien puede sancionar¹⁴.

El fundamento que puede surgir inmediatamente sobre este poder monopólico de imponer penas o sanciones por parte del Estado es aquel que se sustenta en el tercero imparcial, es decir, que el Estado podrá decidir adecuadamente al ser un tercero ajeno al conflicto surgido, evitando de esta manera caer en penas o sanciones irracionales y desproporcionadas¹⁵. Sin embargo, este fundamento que parece el adecuado encontrará su deficiencia cuando surja la pregunta de por qué entonces el Estado también decide en aquellos casos en que el afectado resulta siendo él mismo, dando lugar a encontrar la respuesta del poder monopólico del Estado en otro fundamento¹⁶.

¹² *Ibíd.*

¹³ Vid. GARCÍA- PABLOS DE MOLINA, ANTONIO. *Derecho penal parte general*. Jurista editores, Lima, 200, p. 409 y ss.

¹⁴ Vid. GARCÍA AMADO, JUAN ANTONIO. “Sobre el ius puniendi: su fundamento, sus manifestaciones y sus límites”. En: *Documentación Administrativa*. N° 280-281, Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid, 2008, p. 11-42. Disponible en: <http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=4240503>.

¹⁵ Vid. GARCÍA CAVERO, PERCY. *Lecciones de Derecho penal: Parte general*. Grijley, Lima, 2008, p. 71-150.

¹⁶ *Ibíd.*

Así pues, existe un fundamento que contesta exitosamente esta interrogante, y es que cuando se comete un delito o una infracción administrativa los intereses afectados son intereses públicos, intereses que únicamente son velados por el Estado, por lo que será él el encargado de reaccionar ante estas situaciones imponiendo penas o sanciones según corresponda¹⁷.

Por lo tanto, el Estado al ser el titular del *ius puniendi* ejercerá su poder, valiéndose de los diferentes recursos normativos, los mismos que han sido tipificados por el mismo Estado, quien tiene además la facultad de perseguir a todo aquel que no cumpla con dicha normativa¹⁸. Pero, debe quedar claro que este poder que detenta el Estado y del cual es el titular, no debe seguir la línea de un Estado absoluto, en el cual no se planteaba por qué el Estado es quien detenta el poder¹⁹.

Es decir que, en la época del Estado absoluto, se sostenía que las autoridades detentaban una legitimidad que provenía de Dios para castigar y perseguir a todo aquel que cometiera algún delito o infracción, por lo tanto no existía la necesidad de cuestionarse el poder del Estado²⁰. Esta interrogante empezó a tomar interés con el Estado liberal²¹, por lo que Beccaria, intenta dar una explicación señalando “Las leyes son las condiciones con que los hombres aislados e independientes se unieron en sociedad, cansados de vivir en un continuo estado de guerra y de gozar una libertad que les era inútil en la incertidumbre de conservarla. Sacrificaron por eso una parte de ella para gozar la restante en segura tranquilidad. La suma de todas esas porciones de libertad, sacrificadas al bien de cada uno, forma la soberanía de una nación, y el soberano es su administrador y legítimo depositario. Pero no bastaba formar este depósito, era necesario también defenderlo de las usurpaciones privadas

¹⁷ *Ibidem*.

¹⁸ Vid. SÁNCHEZ-OSTIZ, PABLO. *Fundamentos de Política criminal: un retorno a los principios*. Marcial pons, Madrid, 2012, p. 132.

¹⁹ Vid. MIR PUIG, SANTIAGO. *Introducción a las bases del Derecho penal: concepto y método*. 2da ed. Bde F, Buenos Aires, 2003, p. 97 y ss.

²⁰ Vid., BUSTOS RAMÍREZ, JUAN. *Manual de Derecho penal*. 3era ed., Editorial Ariel, Barcelona, 1989, p. 38-43.

²¹ Vid. MIR PUIG, SANTIAGO. *Introducción a las bases del Derecho penal: concepto y método*. Op. Cit., p. 97 y ss.

de cada hombre en particular. Procuraron todos no sólo quitar del depósito la porción propia, sino usurparse las ajenas. Para evitar esas usurpaciones se necesitaban motivos sensibles que fuesen bastantes a contener el ánimo despótico de cada hombre cuando quisiere sumergir las leyes de la sociedad en su caos antiguo. Estos motivos sensibles son las penas establecidas contra los infractores de aquellas leyes...El agregado de todas estas pequeñas porciones de libertad posibles forma el Derecho de castigar, todo lo demás es abuso, y no justicia: es hecho, no Derecho”²².

Es decir, con ello Beccaria tenía una perspectiva del poder del Estado como aquel que ha sido entregado por el propio ciudadano, quien da una cuota de la libertad que posee con la finalidad de que se goce de seguridad.

Esta perspectiva dio lugar a que la finalidad del Derecho penal fuera el de tener las garantías que protegieran al ciudadano de los delincuentes, originando con ello que la delincuencia aumentara²³. Es por ello, que ya en la segunda parte del siglo XIX se da el paso del Estado liberal clásico al Estado social de Derecho en el cual el Estado ya no era un mero guardián del ordenamiento jurídico, sino que además se encargará de intervenir en la sociedad, intervención que no sólo se basa en la defensa de las garantías de los ciudadanos ante un posible delito sino que participa de modo activo en la prevención de los mismos y cuya finalidad será la protección de los bienes jurídicos²⁴. Por lo tanto el poder punitivo, al encontrarnos en un Estado social y democrático de Derecho, deberá ser sometido a límites que frenan objetivamente el poder estatal²⁵.

Por otro lado, el fundamento de las facultades que el sistema jurídico otorga a las personas para que impongan las sanciones penales o

²² Cfr. BECCARIA BONESANA, CESARE. *De los delitos y de las penas*. De J.A. de las casas, Madrid, 1968, ps. 27 y 29.

²³ Vid. MIR PUIG, SANTIAGO. *Introducción a las bases del Derecho penal: concepto y método*. Op. Cit., p. 97 y ss.

²⁴ *Ibíd.*

²⁵ Vid. GARCÍA- PABLOS DE MOLINA, ANTONIO. *Derecho penal parte general*. Op. Cit., p. 409 y ss.

administrativas, deriva del ejercicio de la soberanía popular²⁶ otorgada por la Constitución y de los Derechos políticos que son los que le garantizan al conjunto de ciudadanos la participación en igualdad de la creación de aquellas leyes. Es decir, se debe tener en cuenta el adecuado ejercicio de estos elementos para que no se caiga en interpretaciones extremistas del Principio de legalidad y tampoco ser influenciados por el partido político de turno²⁷.

Asimismo, podemos apreciar la diferencia existente entre los dos poderes sancionadores en los que se divide el *ius puniendi* del Estado. Por un lado, la sanción penal puede llegar a comprender penas privativas de libertad por lo que la reprochabilidad es muy elevada, es impuesta luego de haberse seguido un proceso debidamente formalizado, debe cumplir con las garantías previstas en el ordenamiento, y el juez es el encargado en este caso de sancionar²⁸.

La sanción administrativa, la misma que es entendida como un daño que se impone al administrado como reacción a una conducta en contra de la legalidad²⁹, por su parte, se aplica luego de seguir un procedimiento administrativo en el que las garantías formales son menores, no se impone penas privativas de libertad por lo que su reprochabilidad es menor que en el caso penal, su potestad es aplicada en base a la ley (o una ordenanza local) y la garantía judicial es ejercida con posterioridad³⁰.

²⁶ Sobre la soberanía nacional la Rae la define como “aquella que reside en el pueblo y se ejerce por medio de sus órganos constitucionales representativos”. Disponible en: <http://lema.rae.es/drae/srv/search?id=lrvtV7KalDXX29OKR68O>.

²⁷ Vid. GARCÍA AMADO, JUAN ANTONIO. “Sobre el ius puniendi: su fundamento, sus manifestaciones y sus límites”. En: *Documentación Administrativa*. Op. cit., p.11-42.

²⁸ Vid. TORNOS MAS, JOAQUÍN. “¿Quién debe ejercer el <<IusPuniendi>> del estado”. En: *Revista española de Derecho Administrativo*. Op. Cit., p.11-16.

²⁹ Vid. GARCÍA DE ENTERRÍA, EDUARDO y FERNÁNDEZ, TOMÁS-RAMÓN. *Curso de Derecho administrativo*. I. Op. cit., p. 1064.

³⁰ *Ibidem*.

Además, se debe reconocer que el Derecho penal es quien proporciona al Derecho administrativo, en un inicio, sus instrumentos, los mismos que la administración pública adoptará en concordancia con la particularidad que le es propia, por lo tanto, el *ius puniendi* es uno solo pero a su vez y dadas las necesidades en particular se divide en potestad penal y administrativa³¹.

Asimismo, es innegable en la actualidad que la administración ha ido suplantando la actividad sancionadora penal teniendo como base los mayores medios técnicos aplicados por la ley y el principio de subsidiariedad³², es decir, que el Derecho penal sólo interviene “ cuando fracasan las demás barreras protectoras del bien jurídico que deparan otras ramas del Derecho, como las medidas civiles, laborales, administrativas o mercantiles, cuando los restantes medios jurídicos menos costosos no pueden garantizar una tutela eficaz”³³.

Por otro lado, tampoco se puede negar que “se constata un incremento de la penalización de conductas que afectan a bienes jurídicos de carácter colectivo o supraindividual. Estos nuevos tipos delictivos parecen querer proteger las condiciones necesarias para el funcionamiento del sistema y en buena medida se justifican como un medio eficaz en defensa de los bienes jurídicos a proteger”³⁴, por lo tanto no se puede desconocer la expansión del Derecho penal que en algunos casos será razonable pero que en otros casos sólo se observará la

³¹ Vid. RETAMOZO LINARES, ALBERTO. *Procedimiento administrativo sancionador por responsabilidad administrativa disciplinaria y funcional*. 1a ed., Gaceta Jurídica, Lima, 2015, p. 9-29.

³² Vid. BACA ONETO, VICTOR SEBASTIÁN. “¿Responsabilidad subjetiva u objetiva en materia sancionatoria? Una propuesta de respuesta a partir del ordenamiento peruano”. En: *Diplomado de Derecho Administrativo Sancionador*. Piura, 2014, p. 1-24.

³³ Cfr. ABEL SOUTO, MIGUEL. *Teoría de la pena y límites al ius puniendi desde el Estado democrático*. Dilex S.L., Madrid, 2006, p. 1 y ss.

³⁴ Cfr. TORNOS MAS, JOAQUÍN. “¿Quién debe ejercer el <<IusPuniendi>> del estado”. En: *Revista española de Derecho Administrativo*. Op. Cit., p.11-16.

necesidad de penalizar determinadas conductas buscando únicamente una seguridad jurídica³⁵.

Como consecuencia de dicha penalización se tiene el encontrar en los jueces penales un malestar que los hace sentir desamparados ante la acumulación de casos, por lo tanto, los mismos no serán atendidos en el tiempo debido. Pero además, existe otro fenómeno contrario al mencionado en el cual a través de leyes escaparate convierten faltas penales en sanciones administrativas, por lo que pareciera que estos fenómenos se dan únicamente con la finalidad de dar muestras de autoridad política desde el gobierno³⁶.

Si bien, a lo largo del tiempo se han ido desarrollando diferentes posturas en base a los criterios que debe seguir el legislador al momento de atribuir el *ius puniendi* ya sea en el orden penal o administrativo, es importante tener en cuenta que uno de los criterios que debe adoptar el legislador es el de analizar la eficacia de las medidas sancionadoras, pero además deberá tener presente el respeto que se le debe a las libertades ciudadanas³⁷.

En conclusión, es evidente la existencia del poder punitivo, el mismo que tiene sustento legal, y que independientemente de los criterios que debe adoptar el legislador al momento de determinar la atribución del *ius puniendi* en el orden penal o administrativo, es importante que tal como lo ha mencionado TORNOS MAS se tenga en cuenta por un lado que las medidas sancionadoras sean eficaces y por el otro que se respeten las libertades del ciudadano.³⁸ Asimismo, el poder que le ha sido concedido

³⁵ Vid. SILVA SÁNCHEZ, JESÚS MARÍA. *La expansión del Derecho penal: aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, 2da ed., B de F, Montevideo, 2006, p. 135 y ss.

³⁶ Vid. TORNOS MAS, JOAQUÍN. “¿Quién debe ejercer el <<IusPuniendi>> del estado”. En: *Revista española de Derecho Administrativo*. Op. Cit., p.11-16.

³⁷ *Ibidem*.

³⁸ *Ibidem*.

al Estado, tanto en el ámbito penal como administrativo, se verá limitado por una serie de principios que se han ido desarrollando en el Derecho³⁹.

En resumen, es evidente que el Estado es el titular del *ius puniendi*, y este poder se verá reflejado tanto en el Derecho penal como en el Derecho administrativo sancionador, pero además este poder será limitado por una serie de principios, surgiendo entonces la interrogante de si los principios del Derecho penal deberán aplicarse al Derecho administrativo sancionador o si por ser este último una rama del Derecho que tiene características especiales, los principios que se apliquen deben adecuarse a sus características. Si bien la cuestión abarca una serie de principios, en el presente trabajo se analizará el principio de culpabilidad, que como bien se sabe es un principio que tiene gran desarrollo en el Derecho penal pero que en la actualidad, tanto en la doctrina como en unas sentencias del Tribunal Constitucional, se ha puesto en duda si también debería aplicarse al Derecho administrativo sancionador.

2. La finalidad perseguida por el Derecho penal y el Derecho administrativo sancionador

2.1. La finalidad perseguida por el Derecho penal

Cuando se busca determinar un concepto material del Derecho penal, lo que se consigue es llegar a determinar la función que el Derecho penal cumple. En la actualidad, se sostiene que la función del Derecho penal no es un ideal metafísico, sino una función social, sin embargo, pese a que la mayoría está de acuerdo con dicha función social, existe diversidad de opiniones con respecto a su determinación, la misma que se desarrollará a través de la función de la pena. Asimismo, existen consecuencias jurídicas diferentes de la pena, motivo por el cual la

³⁹Vid. CARRUITERO LECCA, FRANCISCO. “Los principios de la potestad sancionadora de la administración”. En: *Jus Gestión Pública*. N°3, Editorial Grijley, Lima, 2008, p. 67 y ss.

función se determinará también en base a una perspectiva jurídico – penal⁴⁰.

Así pues, para llegar a definir la finalidad perseguida por el Derecho penal será necesario desarrollar las teorías en base a la función social de la pena. Si bien existe un sector de la doctrina que ve a la pena como un fin en sí mismo, esto es, las denominadas teorías absolutas⁴¹, es un criterio que con el tiempo ha sido superado por la función social de la pena y es por ello que consideramos no desarrollarlo en el presente trabajo.

2.1.1. Las teorías relativas de la pena

Estas teorías entienden que la pena debe cumplir una función social, las mismas se dividen en:

A. Las teorías de la prevención

Las teorías de la prevención sostienen que la función de la pena es motivar al delincuente o a los ciudadanos a no lesionar o poner en peligro bienes jurídicos penalmente protegidos, es decir, lo que se busca es que a través de la motivación se evite la lesión de los bienes jurídicos o su puesta en peligro.

Esta teoría se divide en prevención general (el efecto motivatorio de la pena está dirigido a todos los ciudadanos) y prevención especial (está dirigido solamente al sujeto delincuente).

⁴⁰ Vid., GARCÍA CAVERO, PERCY. *Lecciones de Derecho penal. Parte general*. Op. cit., p. 41-42.

⁴¹ Sobre las Teorías absolutas de la pena. Vid. GARCÍA CAVERO, PERCY. *Lecciones de Derecho penal. Parte general*. Op. cit., p. 42-54.

a. Prevención general

a.1. La prevención general negativa

Según esta teoría, la pena será utilizada como un medio de intimidación para que de esta manera los ciudadanos se vean impulsados a no lesionar los bienes jurídicos penalmente protegidos.

De acuerdo a lo señalado por FEUERBACH, el factor psicológico debe estar presente en el ciudadano para poder prevenir las lesiones de derechos, es decir, deberá existir una conexión psicológica entre el mensaje de la norma penal y los ciudadanos, por lo que la propuesta de este autor es el de una teoría de la amenaza penal⁴². Sin embargo, a esta teoría le surgirán algunas críticas, así, en un primer momento se cuestiona la vinculación psicológica de la cual se vale esta teoría puesto que no todos los ciudadanos conocen la norma que los vincula, es por ello que se trata de superar esta crítica cambiando el carácter empírico de la vinculación existente entre la norma y los ciudadanos a uno de carácter normativo, es decir, que se presupone el conocimiento de todos los ciudadanos con respecto a las normas jurídico-penales⁴³.

Pero incluso el cambio del carácter empírico al normativo no evitó que surgieran nuevos puntos críticos a esta teoría, así pues existirán delitos en los que la intimidación a través de la pena no es suficiente para motivar al ciudadano a abstenerse de cometer un ilícito penal, tal es el caso de los delitos pasionales que, como se conoce, lo común es que el autor no se detenga a hacer un exhaustivo análisis de los costos y beneficios de su comisión, es por ello que se intentó reducir la aplicación de dicha motivación al caso de los delitos económicos, pero incluso en este ámbito reducido de su aplicación se cuestiona la necesidad de fijar la cuantía de manera concreta y no general, por lo que las variables se cambiarían según el caso en concreto, esto llevaría a una gran inseguridad dentro del sistema penal, es por ello que actualmente sus defensores tienen en cuenta criterios de limitación al momento de

⁴² Vid. HERRERA GUERRERO, MERCEDES. *La negociación en el nuevo proceso penal*. 1era ed., Palestra editores, Lima, 2014, p. 239.

⁴³ Vid. GARCÍA CAVERO, PERCY. *Lecciones de Derecho penal. Parte General*, Op. cit., p. 47.

imponer una pena, pero inmediatamente surgirá la dificultad de poder llegar al equilibrio que debe existir entre los criterios de prevención y limitación de la potestad punitiva⁴⁴.

a.2. La prevención general positiva⁴⁵

La prevención general positiva asignará una serie de fines a la pena pero los mismos tendrán como factor común a los elementos ético-sociales, es decir, se debe considerar que el Derecho penal no puede reducirse al factor intimidatorio sino que se debe ir más allá, al tener presente la serie de medios de control social. Así pues, no sólo se buscará la intimidación a través de la pena sino que el Derecho penal tendrá como misión que los ciudadanos adquieran una conciencia jurídica y por lo tanto tengan la disposición de cumplir las normas, por lo que la pena y el desvalor de la acción cometida buscan formar una conciencia ética en la sociedad, tratando de influir de esta manera en el fuero interno de los ciudadanos⁴⁶.

Ha esta teoría se le ha criticado el hecho de intentar influir en el fuero interno del ciudadano, interfiriendo en su autonomía, por lo que finalmente se caería en un corte autoritario al querer imponer a los ciudadanos valores éticos-sociales de carácter elemental⁴⁷.

⁴⁴ Vid., GARCÍA CAVERO, PERCY. *Derecho penal económico. Parte general*. 3era ed., Jurista Editores, Lima, 2014, p. 105-106. Asimismo, es importante señalar que la teoría de la prevención general no sólo desarrolla una teoría de la amenaza penal, sino que también se trata de una teoría de la imposición y ejecución de la pena. Vid., HERRERA GUERRERO, MERCEDES. *La negociación en el nuevo proceso penal*. Op. cit., p.239. GARCÍA CAVERO, PERCY. *Lecciones de Derecho penal*. Op. cit., p. 49-50.

⁴⁵ La denominación de esta teoría se puede ver en HASSEMER, WINFRIED. *Fines de la pena en el Derecho penal de orientación científico-social. Derecho penal y ciencias sociales*. Universidad Autónoma de Barcelona, Barcelona, 1982, p. 132.

⁴⁶ Vid. SILVA SÁNCHEZ, JESÚS-MARÍA. *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*. Bosh, Madrid, 1992, p. 229-231.

⁴⁷ Vid. GARCÍA CAVERO, PERCY. *Lecciones de Derecho penal*. Op. cit., p. 51. Para mayor desarrollo de la Teoría general positiva Vid. PÉREZ MANZANO, MERCEDES. *Culpabilidad y prevención: las teorías de la*

b. Prevención especial

La teoría de la prevención especial entiende que el efecto motivatorio de la pena debe estar dirigido al delincuente en concreto, es por ello que esta teoría no tendría un enfoque en la norma jurídica sino en la ejecución de la pena⁴⁸. Uno de los defensores de esta teoría es von Liszt⁴⁹. “Según esta teoría, la pena debe intimidar al delincuente para que no vuelva a cometer hechos delictivos. Si es que la pena impuesta al delincuente no produce un efecto intimidante, la teoría de la prevención especial establece que, en estos casos, la pena tendrá que asumir la labor de corregir a este sujeto inintimidable. Si finalmente el sujeto inintimidable resulta además incorregible, no quedará otra solución que su inocuización, es decir, su eliminación como peligro futuro de realización de nuevos delitos”⁵⁰.

c. La teoría de la unión

Dado la discusión que ha surgido a lo largo del desarrollo de las teorías de la pena hay quienes consideran que tanto las teorías absolutas como las retributivas deben formar parte de una teoría a la que denominan teoría de corte ecléctico y dentro de ella existe la denominada teoría de la unión la cual sostiene que la pena cumple una función retributiva, preventivo- general y resocializadora⁵¹. Sin embargo, esta teoría ha sido sometida a críticas, entre las que destaca los excesivos

prevención general positiva en la fundamentación de la imputación subjetiva y de la pena. Ediciones de la Universidad Autónoma de Madrid, Madrid, 1986, p. 25. LUZÓN PEÑA, DIEGO MANUEL. *Prevención general y psicoanálisis. Derecho penal y ciencias sociales.* Universidad Autónoma de Barcelona, Barcelona, 1982, p. 143. HASSEMER. *Derecho penal y ciencias penales.* Op. cit., p.135 y ss.

⁴⁸ Vid. GARCÍA CAVERO, PERCY. *Lecciones de Derecho penal.* Op. cit., p. 51.

⁴⁹ Para conocer todo lo relacionado al proyecto político-criminal de Von Liszt. Vid. LISZT, FRANZ VON. *Tratado de Derecho penal.* 3era ed., Tomo I, Reus, Madrid.

⁵⁰ Cfr. GARCÍA CAVERO, PERCY. *Lecciones de Derecho penal.* Op. cit., p.51-52.

⁵¹ Vid. GARCÍA CAVERO, PERCY. *Lecciones de Derecho penal.* Op. cit., p. 53.

niveles de discrecionalidad, es decir, que se adaptarían una teoría u otra dependiendo de lo que el juez o legislador quiera obtener como resultado⁵².

B. La función de restabilización de la pena

La función social que cumple la pena no sólo se puede desarrollar desde las teorías de la prevención, es por ello que también surge la función de reestabilización de la pena cuyo planteamiento ha sido desarrollado principalmente por JAKOBS. Este autor niega en primer lugar que la función de la pena sea el de motivar a las personas a no lesionar los bienes jurídicos, señalando que cuando el Derecho penal interviene por lo general los mismos ya han sido lesionados, y se dice por lo general puesto que en la tentativa, por ejemplo, el Derecho penal interviene sin que se haya producido una lesión a los bienes jurídicos⁵³. Por lo que, la prohibición penal no es no lesionar bienes jurídicos, sino que en plano comunicativo, la función de la pena sería el de devolver la vigencia comunicativo-social a la norma infringida⁵⁴.

Es decir, que la función del Derecho penal será la necesidad de garantizar la vigencia de las expectativas normativas esenciales frente a

⁵² Ante las críticas que surgieron en contra de la teoría de la unión algunos autores plantean ordenar el uso de los diferentes fines de la pena surgiendo de esta manera una teoría dialéctica. Entre estos autores destaca Roxin para quien señala que la pena cumplirá diferentes funciones de acuerdo a cada fase de su existencia. Vid. ROXIN, CLAUS. *Derecho penal. Parte General*, 2da ed., Civitas, Madrid, 1997. O Sentido y límites de la pena estatal, en problemas básicos del Derecho penal. Por otro lado, Silva Sánchez quien sostiene que “el fin legitimante del Derecho penal resulta de la síntesis de las finalidades preventivas con la lógica utilitarista y garantista. Los excesos a los que se podría llegar con la lógica de la prevención se limitarían, de esta forma, con consideraciones utilitaristas y garantistas”. Cfr. GARCÍA CAVERO, PERCY. *Lecciones de Derecho penal*. Op. cit., p. 54. Asimismo, Vid. SILVA SÁNCHEZ, JESÚS MARÍA. *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*. Op. cit., p. 278-298.

⁵³ Vid. GARCÍA CAVERO, PERCY. *Lecciones de Derecho penal*. Op. cit., p. 55.

⁵⁴ Vid. GARCÍA CAVERO, PERCY. *Derecho penal económico. Parte general*. Op. cit., p. 108.

conductas que van en contra de la norma vigente. Dicha reestabilización se logrará a través de la imposición de la pena negando de esta forma la conducta negativa, por lo que se puede percibir que la función de la pena no tendrá como referencia al individuo sino recaerá sobre el sistema social⁵⁵.

Una de las críticas que se ha planteado a esta teoría es que a la pena se le otorga un sentido comunicativo, es decir, que la misma ya no será entendida como un mal contra el autor del delito, por lo que cabe la posibilidad de que en un futuro se reestablezca las expectativas normativas sin tener que causarle un mal a quien haya cometido el ilícito penal, por ejemplo, sin tener que privarlo de su libertad. Otra crítica, es el hecho que el autor haya centrado la función de la pena en la vigencia de la norma independientemente de su legitimidad, por lo que su aplicación podría darse en un estado democrático o absoluto. El autor ante la primera crítica señala que la reacción frente al delito se tendrá que dar en el mismo nivel que el hecho del autor, entendiendo dicha acción como un fracaso por lo que la pena debe producir la aflicción de dolor en su autor y ante la segunda crítica señala que al dogmático no le corresponde entrar en la legitimidad externa de las normas⁵⁶.

2.1.2. Conclusión

Según las teorías desarrolladas, la gran mayoría coincide en atribuirle una función social a la pena, dentro de esta función surgieron las teorías preventivas y la reestabilizadora de la pena, y de acuerdo a cómo ha ido evolucionando el Derecho penal, se ha dejado de lado la visión tradicional que se tenía del mismo y en la actualidad la función social que cumple es la de asegurar las expectativas normativas esenciales de la sociedad, tal como lo ha sostenido Jakobs. Con ello la visión tradicional de bien- jurídico penal como un objeto individual (material o inmaterial) pasará a ser entendido como la vigencia de la norma jurídico-penal, y tal como lo vienen sosteniendo diferentes autores, con este nuevo concepto se modifica también la definición del

⁵⁵ Vid. GARCÍA CAVERO, PERCY. *Lecciones de Derecho penal*. Op. cit., p. 56-57.

⁵⁶ *Ibídem*.

principio de lesividad, que ahora será entendido como la lesión al contenido de validez que tiene la norma⁵⁷.

Asimismo, es importante señalar que si bien compartimos la perspectiva desarrollada por JAKOBS, consideramos, al igual que GARCÍA CAVERO, que la “*divergencia con el planteamiento de Jakobs se presenta precisamente en la concepción de persona, en tanto pensamos que si bien la persona sólo puede comprenderse en sociedad, no se encuentra determinada exclusivamente por las reglas de configuración del sistema social*”⁵⁸, es decir que con la función reestabilizadora de la pena la persona deberá ser vista desde su plano ontológico y no solamente desde el social, puesto que el Derecho penal antes que social es un Derecho de personas.

2.2. La finalidad perseguida por el Derecho administrativo sancionador

Anteriormente era discutible el hecho que la Administración pública tuviera facultad para imponer sanciones, pero esta discusión ya ha sido superada al entender que el poder concedido a la Administración viene de un único *ius puniendi*, pues tanto la pena como la sanción administrativa sólo los puede imponer el Estado, siendo inevitable en la actualidad reconocer la legitimidad del poder punitivo que detenta el Derecho Administrativo⁵⁹, sin embargo, pese a que el poder del Estado se ha dividido en dos poderes, entre ambos se puede apreciar una serie de aspectos diferenciadores⁶⁰.

Por lo tanto, lo que se pretende ahora es determinar la finalidad perseguida por el Derecho administrativo sancionador, así pues, se sabe que, históricamente hablando, JAMES GOLDSCHMIDT creó lo que en un

⁵⁷ *Ibidem*.

⁵⁸ Vid. GARCÍA CAVERO, PERCY. *Derecho penal económico. Parte general*. Op. cit., p. 111.

⁵⁹ Vid. BACA ONETO, VÍCTOR SEBATHIAN. “¿Responsabilidad subjetiva u objetiva en materia sancionatoria? Una propuesta de respuesta a partir del ordenamiento peruano”. Op. cit., p. 3.

⁶⁰ Este punto es ampliamente tratado en el apartado 1.) del Capítulo I del presente trabajo.

primer momento se denominó, Derecho penal administrativo con la finalidad de determinar el régimen jurídico de las infracciones administrativas, las mismas que hasta la fecha eran repartidas con un criterio incierto entre el Derecho penal y el Derecho de policía, con esta propuesta pasado el tiempo y algunos pronunciamientos jurisprudenciales se llega a lo que hoy se denomina Derecho administrativo sancionador⁶¹.

El Derecho administrativo sancionador, como su nombre lo indica, es un Derecho administrativo, por lo tanto el término sancionador viene a ser un adjetivo que le da esa característica de poder imponer sanciones ante el incumplimiento de sus normativas⁶². Esta afirmación, en cuanto a que el Derecho administrativo sancionador parte del Derecho administrativo surge puesto que la potestad constrictiva⁶³ de este último da lugar a que se reconozca la legitimidad de una potestad sancionadora. Se le define a su vez como aquel conjunto normativo que lo que hace es someter el ejercicio de la potestad sancionadora por parte de las administraciones públicas⁶⁴, es decir, que por medio de este Derecho lo que se busca también es imponer un límite a las administraciones públicas que detentan el poder del Estado al momento de imponer una sanción administrativa.

⁶¹ Vid. NIETO GARCÍA, ALEJANDRO. *Derecho administrativo sancionador*. 4ta ed., Editorial Tecnos, Madrid, 2005, p. 178-179.

⁶² *Ibidem*. p. 177.

⁶³ Así se entiende por “actividad constrictiva” aquella que “consiste en la determinación directa, general o particular, de límites negativos y positivos a los derechos y libertades de los ciudadanos y demás sujetos sometidos a las potestades administrativas, con los consiguientes deberes, obligaciones o cargas en beneficio de otros sujetos o del interés general, así como en la actuación conducente a garantizar su respeto y cumplimiento con la prevención y corrección de sus infracciones”. Vid. BACA ONETO, VÍCTOR SEBASTIÁN y ABRUÑA PUYOL, ANTONIO. *Notas al curso de Derecho Administrativo, lección décimo novena, la actividad administrativa (I), la policía administrativa*, (Pro manuscrito), Piura, 2009, p. 4.

⁶⁴ Vid. FUENTES BARDAJÍ, JOAQUÍN DE (Dir.) y PEREÑA PINEDO, IGNACIO (Coord.). *Manual de Derecho administrativo sancionador*. 2da ed., tomo I, Thomson Reuters, Navarra, 2009, p. 85.

Por otro lado, siendo que el Derecho administrativo sancionador es de reciente evolución se puede observar que el mismo ha tomado prestado los mecanismos de protección y garantías del Derecho penal, sin embargo, dicho préstamo no ha desvirtuado su naturaleza, la misma que seguirá siendo Administrativa⁶⁵.

ALEJANDRO NIETO, sostiene que independientemente de la evolución que este Derecho a tenido en su régimen jurídico, lo que realmente destaca es el cambio de los elementos estructurales, puesto que de acuerdo a su punto de vista, “han pasado de una función represora a una preventiva, de la atención de resultados dañosos a la de los riesgos y de la exigencia de culpa a la mera inobservancia de mandatos y prohibiciones normativas”, ello deja en evidencia que el ámbito administrativo se manifiesta indiscutiblemente en este derecho⁶⁶.

Por lo tanto, tal como se ha venido señalando, el Derecho administrativo sancionador, es en primer lugar Derecho administrativo, y como tal su principal finalidad será la de la gestión y defensa de los intereses públicos y generales. Así pues se tiene que los jueces consideran legalidad la defensa de los Derechos y garantías de quienes han atacado los bienes jurídicamente protegidos, mientras que para la Administración, y muy particularmente en su vertiente sancionadora, se tiene como objetivo la protección de los intereses públicos y generales. Este objetivo es importante que se tenga en cuenta puesto que de lo contrario sería innecesaria la potestad sancionadora que se le ha reconocido a la Administración, volviendo al inicio, en donde resulta conveniente que sólo lo detenten los tribunales⁶⁷.

Algunos autores consideran que las sanciones administrativas al igual que las penas gozan de un carácter preventivo⁶⁸, sin embargo,

⁶⁵ Vid. NIETO GARCÍA, ALEJANDRO. *Derecho administrativo sancionador*. Op. cit., p. 177.

⁶⁶ *Ibíd.* p. 182.

⁶⁷ *Ibíd.* p. 185-187.

⁶⁸ En el presente trabajo se desarrollará la finalidad preventiva y reestabilizadora, sin embargo, en cuanto a la finalidad retributiva Vid. SUAY RINCÓN, J. “Concepto de sanción administrativa”. *En: Diccionario de sanciones administrativas*, Iustel, Madrid, 2010, p. 171.

dentro de este grupo, hay un sector que sostiene que la finalidad preventiva de la sanción se logra con la imposición del mal o castigo al infractor de la norma correspondiente, pero además que al imponer el castigo se logra una finalidad adicional, ya que el mismo sirve para prevenir infracciones futuras, y así de modo indirecto se logra la protección de los intereses públicos que se le han confiado a la Administración, es por ello que tal como ocurre en el Derecho penal se podrá identificar dos vertientes de prevención, una individual o especial la misma que se dirige al concreto infractor mediante la intimidación individual, y otra general por medio del cual se intimida a la colectividad y asimismo da lugar a que los mismos generen una actitud de respeto al Derecho⁶⁹.

Otro sector, por su parte, considera que la prevención consiste en lograr el cumplimiento de las normas administrativas, es decir, que sólo con el hecho de que se pueda imponer una sanción a quien incumpla las normas se logre un estímulo en los administrados de no cometer ninguna clase de infracción, por lo que la prevención centrará su atención en la

⁶⁹ Vid. REBOLLO PUIG, MANUEL. “El contenido de las sanciones”. En: *Justicia Administrativa*, N° Extraordinario 1, 2001, p. 156-157. Por otro lado, CANO CAMPOS, señala que “Las normas sancionadoras no pretenden más que prevenir o evitar aquellos comportamientos que lesionan o ponen en peligro determinados bienes que se reputan valiosos o dignos de protección, para lo cual establecen mandatos y prohibiciones cuya contravención lleva aparejada la imposición de una sanción. De ahí que su función esencial sea la preventiva o disuasoria, la de tratar de evitar los comportamientos que puedan lesionar tales bienes”. Vid. CANO CAMPOS, TOMÁS. “Non bis in ídem, prevalencia de la vía penal y teoría de los concursos en el Derecho administrativo sancionador”. En: *Revista de Administración pública*, N° 156, Instituto de estudios políticos, Madrid, 2001, p. 204-205. Asimismo, el mismo, afirma concluye que “la finalidad preventiva se alcanza con el castigo que se impone, pero el mal que se impone como contenido de una determinada sanción lo que pretende es sólo castigar. Se inflige un mal o se priva de un bien para castigar, y se castiga para prevenir [...] el mal que se causa o el castigo que se impone no se hace a ciegas, no se castiga por castigar, sino para prevenir, para evitar conductas similares en el futuro. Vid. CANO CAMPOS, TOMÁS. “¿Es una sanción la retirada de puntos del permiso de conducir?”. En: *Revista de Administración Pública*. N°184, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2011, p. 107-110.

tipificación de las conductas ilícitas, y tal como lo dice NIETO GARCÍA “El objetivo de una buena política represiva no es sancionar sino cabalmente lo contrario, no sancionar, porque con la simple amenaza se logra el cumplimiento efectivo de las órdenes y prohibiciones cuando el aparato represivo oficial es activo y honesto.”⁷⁰.

Por su parte, GARCÍA CAVERO, tal como se desarrolló en el punto anterior con referencia a la finalidad de la pena, señala que al Derecho penal le corresponde “la función de restablecer normativamente la norma defraudada por la conducta del infractor”, sin embargo, ya cuando se trata del análisis de la finalidad que cumpliría el Derecho administrativo sancionador, señala en primer lugar que existe una diferencia cualitativa entre el Derecho penal y el Derecho administrativo sancionador, indicando que la pena se dirige a la persona en cuanto ser inteligible, en cambio la sanción apunta a su infractor en cuanto un ser sensible, y ya con esta afirmación sostiene que si bien con la infracción administrativa se pone en peligro o se lesiona determinados derechos individuales, la reacción administrativa que trae de por medio la imposición de una sanción se centra en “el mantenimiento del funcionamiento global del sector social administrativamente regulado [...] por lo que sus sanciones tienen como finalidad únicamente que ese sector no colapse con una generalización de conductas contrarias al orden impuesto”⁷¹.

En conclusión, tal como se ha desarrollado el Derecho administrativo sancionador es un Derecho administrativo y por lo tanto tiene como finalidad la gestión y defensa de los intereses públicos y generales, y si bien, como lo sostiene GARCÍA CAVERO, al cometer un

⁷⁰ Vid. NIETO GARCÍA, ALEJANDRO. *Derecho administrativo sancionador*. Op. cit., p. 34 y 134.

⁷¹ Vid. GARCÍA CAVERO, PERCY. *Derecho penal económico. Parte General*. Op. cit., p. 140-141. Asimismo, SILVA SÁNCHEZ, señala que “el Derecho Administrativo sancionador es el refuerzo de la ordinaria gestión de la Administración. Así, cabría afirmar que es el Derecho sancionador de conductas perturbadoras de modelos sectoriales de gestión. Su interés reside en la globalidad del modelo, en el sector de su integridad, y por eso tipifica infracciones y sanciona desde perspectivas generales.” Vid. SILVA SÁNCHEZ, JESÚS MARÍA. *La expansión del Derecho penal*. Op. cit., p. 137.

ilícito administrativo se pone en peligro o se lesiona un derecho individual, no debe olvidarse que la finalidad principal de la sanción es “el mantenimiento del funcionamiento global del sector regulado”, es decir que lo que se busca es mantener el orden en los sectores que han sido regulados administrativamente.

3. Diferencia entre el delito e infracción administrativa

En la época del despotismo ilustrado aún no se hablaba de una separación rotunda entre el Derecho penal y el Derecho administrativo, lo único que se podía apreciar era la división de funciones entre los tribunales y las autoridades administrativas⁷². El Estado no podía renunciar fácilmente a los medios coactivos con los que contaba para imponer su poder administrativo. Sin embargo, ello generaría una hipertrofia del Derecho penal puesto que con el paso del tiempo se iban incluyendo al mismo conductas no punibles, generando a su paso una innecesaria carga elevada a los tribunales⁷³. Siendo entonces que en el Estado liberal se plantea la diferencia existente entre el ilícito penal y el ilícito administrativo⁷⁴.

En sus inicios el Derecho penal criminal designó una parte especial a las faltas dentro de su sistema normativo, sin embargo, surgieron diferentes ideas con el objetivo de separar estas faltas del Derecho penal criminal por considerarse excesivo la imposición de penas. La finalidad de plantear esta separación fue asignar a la Administración las infracciones penales de escasa entidad por no ser consideradas acciones criminales y descargar el trabajo de los tribunales⁷⁵.

⁷² Vid. CERZEZO MIR, JOSÉ. “Límites entre el Derecho penal y el Derecho administrativo”. En: *III Jornadas de profesores de Derecho penal*. Universidad de Santiago de Compostela, Santiago de Compostela, 1976, p. 159-173.

⁷³ *Ibidem*.

⁷⁴ *Ibidem*.

⁷⁵ Vid. JESCHECK, HANS-HEINRICH. *Tratado de Derecho penal*. 4ta ed., Editorial Comares, Granada, 1993, p. 50.

Sin embargo, si bien se dio la separación de ambas ramas del Derecho, debido a que se consideró un exceso criminalizar determinadas conductas, en la actualidad esta diferencia existente entre el Derecho penal y administrativo ha sido objeto de discusión en referencia a las conductas que deben ser merecedoras de penas o de infracciones administrativas, dando como resultado el surgimiento de diversas teorías⁷⁶.

Para poder analizar la diferencia existente entre el delito y la infracción administrativa es necesario tomar en cuenta las teorías que se han ido desarrollando a lo largo del tiempo, así pues, se pueden distinguir dos bloques en referencia a las posturas que se han desarrollado: las tesis diferenciadoras y las tesis unitarias, a las cuales se suma también las tesis eclécticas⁷⁷.

Generalmente el término más utilizado es el de Teoría cualitativa, la misma que hace referencia a la existencia de una diferencia esencial entre la sanción penal y la sanción administrativa; y cuantitativa cuando la diferencia que se reconoce entre la sanción penal y administrativa es únicamente por términos cuantitativos, numéricos o de gravedad, sin embargo, en el presente análisis, y dado que es considerado con mayor precisión la distinción que se establece entre teorías diferenciadoras y teorías unitarias, se hará referencia a los últimos términos mencionados⁷⁸.

3.1. Tesis unitaria

Es la tesis mayoritaria, la misma que sostiene que tanto el Derecho penal como el Derecho administrativo sancionador poseen la misma naturaleza, es decir, que no existe un criterio esencial que los diferencie, sosteniendo además que la potestad punitiva otorgada al Estado se ve reflejada tanto en las penas como en las sanciones administrativa, sin embargo, la Tesis unitaria trae consigo la tesis denominada cuantitativa pero sostiene algunos fundamentos unitarios adicionales, ello porque considera que no siempre hay una correlación entre los delitos y las

⁷⁶ *Ibídem*.

⁷⁷ Vid. GÓMEZ TOMILLO, MANUEL. *Derecho administrativo sancionador. Parte general: teoría general y práctica del Derecho penal administrativo*. 3er ed., Thomson Aranzadi, Navarra, 2013, p. 116 y ss.

⁷⁸ *Ibídem*.

infracciones administrativas cuantitativamente hablando⁷⁹. Es decir, que en algunas oportunidades la administración tendrá la potestad de sancionar infracciones muy graves y dicha sanción será considerada mas elevada a si se hubiese impuesto una penal, sobre todo en aquellos casos en los que la pena privativa de libertad es suspendida⁸⁰.

Para defender esta teoría surgirán algunos argumentos, tales como la finalidad perseguida por el Derecho penal y el Derecho administrativo sancionador, en el cual se sostiene que ambas ramas del Derecho tienen como fin el tutelar bienes jurídicos⁸¹, dejándose a tras la idea de que sólo el Derecho penal tutela bienes jurídicos y el Derecho administrativo sancionador se encarga de castigar la mera infracción de la norma⁸², es por ello que no coinciden con la distinción entre bienes jurídicos centrales, para el ámbito penal, y bienes jurídicos periféricos, para el ámbito administrativo, sosteniendo además que en aquellos casos en los que el legislador distingue la clase de ilícitos, lo hace siguiendo criterios de cálculo, así por ejemplo, en el supuesto de conducción en estado de ebriedad, el bien jurídico protegido será la seguridad vial, pero que al tomar en cuenta los principios de proporcionalidad, fragmentariedad y última ratio se señale si determinada conducta configura un ilícito penal o

⁷⁹ Vid. BAJO FERNÁNDEZ, MIGUEL y BACIGALUPO SAGGESE, SILVINA. *Derecho penal económico*. 1era ed., Ceura, Madrid, 2001, p. 81-105.

⁸⁰ Vid. BACA ONETO, VICTOR SEBASTIÁN. “¿Responsabilidad subjetiva u objetiva en materia sancionatoria? Una propuesta de respuesta a partir del ordenamiento peruano”. Op. Cit., p. 1-24.

⁸¹ Vid GÓMEZ TOMILLO, MANUEL. *Derecho administrativo sancionador. Parte general: teoría general y práctica del Derecho penal administrativo*. Op. Cit., p. 91-126; ESCAJEDO, SAN EPIFANIO. *El medio ambiente en la crisis del Estado social*. Edición Comares, Granada, 2006, p. 264; ALASTUEY DOBÓN, MARÍA DEL CARMEN, ESCUCHURI AISA, ESTRELLA. “Ilícito penal e ilícito administrativo”. En: *Estudios penales y criminológicos*. N° 31, Universidad de Santiago de Compostela, Madrid, p. 7-86.

⁸² Vid. BACA ONETO, VICTOR SEBASTIÁN. “¿Responsabilidad subjetiva u objetiva en materia sancionatoria? Una propuesta de respuesta a partir del ordenamiento peruano”. Op. Cit., p. 1-24.

administrativo⁸³, pero tanto el Derecho penal como el administrativo sancionador tienen una zona común en la que los objetos de tutela coinciden⁸⁴.

Es por ello que resulta gráfica la idea sostenida por, CEREZO MIR, quien señala que el legislador no establece sus mandatos y prohibiciones para generar obediencia en los ciudadanos sino para evitar que se genere un daño, indicando además que existe una línea del ilícito material, el mismo que desde el Derecho penal se va atenuando hasta llegar a las que se denominan infracciones administrativas, pero que esta línea nunca llega a desaparecer del todo⁸⁵.

Desde el punto de vista temporal, existe una amplia fluidez entre ambos sectores por lo que no se puede establecer un criterio que los delimite, ello quiere decir que en el futuro una determinada conducta podrá dejar de ser protegida penalmente cuando ya no necesite tal protección y existirán ilícitos administrativos que dadas las circunstancias necesitarán de la protección penal, esto es, que si estos cambios son necesarios tendrán que realizarse⁸⁶. Asimismo, desde el punto de vista jurídico positivo, el legislador ha establecido diferencias entre la sanción y la pena que sólo se pueden explicar desde la teoría cuantitativa, estableciendo mínimos en determinadas conductas para que puedan ser consideradas delitos, por ejemplo la tasa de alcohol en el tipo

⁸³ Vid. ALASTUEY DOBÓN, MARÍA DEL CARMEN, ESCUCHURI AISA, ESTRELLA. “Ilícito penal e ilícito administrativo”. En: *Estudios penales y criminológicos*. Op. cit., p. 7-86.

⁸⁴ Vid. GÓMEZ TOMILLO, MANUEL. *Derecho administrativo sancionador. Parte general: teoría general y práctica del Derecho penal administrativo*. Op. Cit., p. 91-126.

⁸⁵ Vid. CEREZO MIR, JOSÉ. “Límites entre el Derecho penal y el Derecho administrativo”. En: *III Jornadas de profesores de Derecho penal*. Op. Cit., p. 159-173.

⁸⁶ Vid. ALASTUEY DOBÓN, MARÍA DEL CARMEN, ESCUCHURI AISA, ESTRELLA. “Ilícito penal e ilícito administrativo”. En: *Estudios penales y criminológicos*. Op. cit., p. 7-86.

de conducción en estado de ebridad⁸⁷, por ejemplo en el caso del Código penal Peruano esta conducta se encuentra tipificada indicando que la conducta infractora se producirá cuando la presencia de alcohol en la sangre sea mayor a 0.5 gramos - litro⁸⁸.

Así pues de acuerdo a lo señalado por el artículo en mención, el legislador a tipificado la conducta conducción en estado de ebriedad en el ámbito penal, el mismo que se configurará sólo cuando haya superado los mínimos de alcohol señalados, por lo que según este punto de vista el legislador establecerá mínimos que permitan diferenciar entre un delito y una infracción administrativa.

Por último, desde el punto de vista de las consecuencias jurídicas, ambas ramas del Derecho tienen la misma forma de reacción, y esto se puede sostener porque existirán casos en que la administración optará por medidas de represión tan graves o más que a como reprendería el Derecho penal, apreciándose por ello la existencia de una igualdad de condiciones, motivo por el cual nace la necesidad de someterla a semejantes controles que los establecidos para el Derecho penal, es decir, que se confirmaría una vez más la identidad sustantiva entre estas dos ramas del Derecho⁸⁹. Asimismo, se sostiene la prohibición de acumular sanciones penales y administrativas por los mismos hechos, es decir, que en virtud del principio del *ne bis in idem* en su vertiente procesal un mismo hecho no puede ser objeto de dos procedimientos⁹⁰, principio que

⁸⁷ Vid. GÓMEZ TOMILLO, MANUEL. *Derecho administrativo sancionador. Parte general: teoría general y práctica del Derecho penal administrativo*. Op. Cit., p. 102-103.

⁸⁸ Vid. Art. 274 del Código Penal.

⁸⁹ Vid. GÓMEZ TOMILLO, MANUEL. *Derecho administrativo sancionador. Parte general: teoría general y práctica del Derecho penal administrativo*. Op. Cit., p. 102-103.

⁹⁰ Vid. REÁTEGUI SÁNCHEZ, JAMES. *La garantía del “ne bis in idem” en el ordenamiento jurídico- penal*. 1era ed., Jurista Editores, lima, 2006, p. 51-56; también Vid. REÁTEGUI SÁNCHEZ, JAMES. “La prohibición de la múltiple persecución penal. Validez procesal y material del *ne bis in idem*” en SOSA SACIO, JUAN MANUEL (Coord.). *El debido proceso: estudios sobre derechos y garantías procesales*. 1era ed., Gaceta Jurídica, Lima, 2010, p.329-354.

está implícito en el Derecho al debido proceso reconocido por el artículo 139° inciso 3 de la Constitución⁹¹, y este fundamento sólo se puede sostener al reconocer que ambas ramas del Derecho tienen identidad sustancial⁹².

Por otro lado, algunos autores como RODRIGUEZ MOURULLO, sostienen que el ilícito penal y el ilícito administrativo no se diferencian ontológicamente por su contenido, sino que su diferencia radica en el ámbito de las sanciones, por lo que el ilícito será penal si le atribuyen una pena criminal y será administrativo si se le impone una sanción administrativa. El autor aclara que no existe diferencia cualitativa ni cuantitativa, sino que el ilícito en un determinado sector dependerá de la sanción que se le atribuya⁹³.

Por su parte, LEÓN VILLALBA, manifiesta al tomar como criterio la tesis unificadora, que las únicas diferencias existentes son la de carácter accesorio, por lo que niega la existencia de alguna diferencia sustancial entre ambos sectores⁹⁴.

Asimismo, GARCÍA DE ENTERRÍA, sostiene que la dualidad existente entre las sanciones administrativas y las penas judiciales surgió desde los orígenes de la Revolución Francesa, en el cual las monarquías del XIX adoptaron un sistema represivo, pero no abandonaron sus poderes sancionatorios, es decir, se adoptó un sistema penal judicializado pero a la par la Administración no desplazó totalmente sus poderes⁹⁵. Por lo que en la actualidad, es el legislador quien determina si ante

⁹¹ Vid. Sentencia del tribunal constitucional Expediente N°1670-2003-AA/TC de 26 de abril de 2004 punto 2.

⁹² Vid. GÓMEZ TOMILLO, MANUEL. *Derecho administrativo sancionador. Parte general: teoría general y práctica del Derecho penal administrativo*. Op. Cit., p. 102-103.

⁹³ Vid. RODRIGUEZ MOURULLO, GONZALO. *Derecho penal: Parte general*. Editorial Civitas, Madrid, 1978, p. 34.

⁹⁴ Vid. LEÓN VILLALBA, FRANCISCO JAVIER DE. *Acumulación de sanciones penales y administrativas: sentido y alcance del principio Ne bis in ídem*. Bosh, Barcelona, 1998, p. 249 y ss.

⁹⁵ Vid. GARCÍA DE ENTERRÍA, EDUARDO y FERNÁNDEZ, TOMÁS-RAMÓN. *Curso de Derecho administrativo. I*. Op. Cit., p. 1064 y ss.

determinada acción se impondrá una sanción penal o administrativa teniendo como fundamento aspectos puramente cuantitativos y en otros casos (la mayoría) por razones de rapidez se impondrá una sanción administrativa como una respuesta ante una justicia penal lenta debido a la gran carga procedimental⁹⁶.

Además de la referencia histórica existente, el autor señala que han surgido procesos de despenalización que ha trasladado la responsabilidad de los jueces penales a la administración aquellos delitos que son denominados “delitos de bagatela”, así como también se han sumado el surgimiento de centros políticos con poder sancionador⁹⁷.

Por lo que el autor concluye que, intentar dar una justificación teórica o tratar de determinar una sustancia propia entre ambos modos de sancionar han fracasado, señalando que el núcleo irreductible observado es que sólo en un proceso judicial se podrá imponer penas privativas de libertad, y que el fin de ambas sanciones son diferentes, siendo la finalidad de la sanción penal la de la reinsertión social y reeducación, y la sanción administrativa tendrá finalidades más pragmáticas llegando a atribuir responsabilidad objetiva⁹⁸. Asimismo MIGUEL BAJO Y SILVINA BACIGALUPO sostienen que en ambas ramas del Derecho se protegen bienes jurídicos, por lo que la diferencia que existe entre el Derecho penal y el administrativo sancionador es puramente formal, es decir que el ilícito administrativo será castigado por las autoridades administrativas y el ilícito penal será sancionado por los tribunales de justicia cuya consecuencia será el de imponer una pena prevista en el código penal, en base a esa lógica se señala que el legislador se guiará por el principio de subsidiariedad a través del cual se sancionará administrativamente las conductas que puedan ser solucionadas sin necesidad de recurrir al ámbito penal⁹⁹.

Este autor además menciona que si los juristas llegan a ver la falta como un injusto puramente formal, ello se debe a la lejanía que existe en

⁹⁶ *Ibíd.*

⁹⁷ *Ibíd.*

⁹⁸ *Ibíd.*

⁹⁹ Vid. BAJO FERNÁNDEZ, MIGUEL y BACIGALUPO SAGGESE, SILVINA. *Derecho penal económico*. Op. Cit., p. 76-82.

realidad con el sector encargado de regular esta infracción¹⁰⁰. Por lo que concluye que lo único que diferencia a las sanciones administrativas de los delitos es la gravedad de la conducta, por lo tanto la diferencia es puramente cuantitativa¹⁰¹.

Los defensores de esta teoría basan además sus argumentos en dos ventajas centrales. Por una parte, da lugar a la aplicación en el Derecho administrativo sancionador de los principios que el Derecho penal ha desarrollado, y por otra parte también se puede señalar que al ser dos sectores que son sustancialmente iguales se aplicarán las mismas garantías (principio de imputación subjetiva, de personalidad, de legalidad, etc.)¹⁰².

3.2. Teorías eclécticas

Otra postura, es la Teoría ecléctica, la misma que es también conocida como tesis mixta puesto que su fundamento es admitir en un primer momento que entre infracción administrativa y penal existe una diferencia cuantitativa, pero no descarta tampoco la diferencia cualitativa, sosteniendo que ésta última surge en el contraste que existe entre los delitos centrales del sistema y las infracciones administrativas. Por lo que existirá un punto en que la diferencia cuantitativa se transforma en cualitativa¹⁰³. Existiendo un límite en el cual la cantidad se transforma en cualidad, ello porque los delitos que tienen cierto peso requieren de un castigo penal y en cambio los casos de bagatela serán calificados como contravenciones¹⁰⁴.

Es por ello, que la delimitación entre infracción penal y administrativa quedará siempre sometida al criterio del legislador sin que se tome en cuenta los contenidos de las leyes, pero en el caso de delitos graves como por ejemplo el asesinato siempre serán considerados delitos

¹⁰⁰ *Ibidem.*

¹⁰¹ *Ibidem.*

¹⁰² Vid. GÓMEZ TOMILLO, MANUEL. *Derecho administrativo sancionador. Parte general: teoría general y práctica del Derecho penal administrativo*. Op. Cit., p.116 y ss.

¹⁰³ *Ibidem.*

¹⁰⁴ Vid. ROXIN, CLAUS. *Derecho penal: Parte General*. Op. cit., p. 72 y 73.

que tienen como consecuencia una sanción penal, por lo que las leyes emitidas por el legislador serán vinculantes en cuanto a su contenido. En resumen, teniendo como base la delimitación de su contenido, se debería hablar mas bien de una consideración mixta cualitativo- cuantitativa¹⁰⁵.

Asimismo, LASCURAÍN SÁNCHEZ sostiene “ (...) cuando afirmo que las diferencias cuantitativas desembocan en diferencias cualitativas pretendo señalar que el que un sector se ocupe de sanciones más leves, y significativamente que tenga vedadas las privativas de libertad, y otro de las más graves, prisión incluida, va a comportar toda una serie de diferencias en la configuración de las normas, en su interpretación y en su aplicación, y que la razón de ello está en la conexión que existe entre el análisis de vigencia y principios y la cuantía de las sanciones”¹⁰⁶. Es decir, que de acuerdo a lo señalado para este autor las diferencias que hay entre una y otra rama del Derecho se dan precisamente porque existe una conexión que deriva de los principios y de las cuantías de sus sanciones.

Así pues, se sostiene que el hecho de convertir alguna infracción administrativa como delito y que por lo tanto se tenga como consecuencia una pena, ha generado que las diferencias cuantitativas valgan tanto o más que las cualitativas¹⁰⁷.

La crítica que surge a esta teoría es que no logra determinar en qué momento se produce ese salto cualitativo, dejando un vacío en su fundamentación, por lo que daría la impresión que finalmente lo que se sostiene es la existencia de una diferencia cualitativa¹⁰⁸.

¹⁰⁵ *Ibidem*.

¹⁰⁶ Cfr. LASCURAÍN SÁNCHEZ, JUAN ANTONIO. “Por un Derecho penal solo penal: Derecho penal, Derecho de medidas de seguridad y Derecho administrador y sancionador”. En: *Homenaje al profesor Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo*. Civitas, Navarra, 2005, p. 619.

¹⁰⁷ Vid., ANTON ONECA, JOSÉ. *Derecho penal*. 2da ed. Ediciones Akal, Madrid, 1986, p.21 y 22.

¹⁰⁸ *Ibidem*.

3.3. Teoría Diferenciadora

En la teoría diferenciadora se sostiene que existen diferencias sustanciales entre el ilícito administrativo y el penal, es decir, existe una diferencia cualitativa.

Para poder desarrollar con claridad esta teoría es necesario, desde nuestro punto de vista, mencionar en primer lugar la teoría clásica de base ética, según esta teoría, la distinción que existía entre el ilícito penal y el administrativo era que al primero se le atribuía el carácter de lesión éticamente reprochable de un bien jurídico y el segundo sería un acto de desobediencia ético - valorativamente neutro¹⁰⁹. Esta corriente se inicia en Alemania, teniendo como principal representante a GOLDSCHMIDT, se llega a sostener que los ilícitos penales se caracterizaban por el daño o puesta en peligro concreto de un bien jurídico, y las contravenciones se concretaban con la omisión de obediencia a la Administración¹¹⁰.

Sin embargo, en la década de los años sesenta el bien jurídico empezó a tener un desarrollo doctrinal en el que dejó de ser entendido bajo una concepción ética y pasó más bien a ser fundamentado desde el punto de vista socio funcional por lo que dio lugar a que se diera un cierto acercamiento del Derecho penal con la regulación administrativa originando que la misma fuera debatida fácilmente por quienes defienden la teoría cuantitativa que señalaban encontrar la distinción en la mayor o menor lesión de los bienes jurídicos, pero, la teoría cuantitativa no logra explicar la distinción que existe entre los criterios de imputación de determinación de responsabilidad sustancialmente diferentes entre ambas ramas del Derecho, asimismo existen garantías de diverso signo (formales y materiales) que logran diferenciar entre una sanción y otra¹¹¹.

¹⁰⁹ Vid., SILVA SÁNCHEZ, JESÚS MARÍA. “¿Política criminal “moderna”?. Consideraciones a partir del ejemplo de los delitos urbanísticos en el nuevo Código penal español”. En: *Actualidad penal: revista semanal técnico- jurídica de derecho penal*. N°23, La ley, Madrid, 1998, p. 441 y ss.

¹¹⁰ Vid. RAMÍREZ GÓMEZ, SALVADOR. *El principio “Ne bis in ídem” en el ámbito tributario: aspectos sustantivos y procedimentales*. Marcial pons ediciones jurídicas y sociales, Madrid, 2000, p.19-20.

¹¹¹ *Ibidem*.

En concordancia con esta teoría diversos autores han manifestado sus puntos de vista, así como, MIRÓ LLINARES, quien sostiene que en un Estado social y democrático de Derecho es el legislador quien determina si una acción merece una sanción penal o administrativa, sin embargo, se deberá tener en cuenta que la imposición de una pena privativa de libertad sólo surgirá cuando la gravedad sea tal que si se utilizaran otras medidas las mismas no serían eficaces y el fin preventivo sea especialmente relevante, por lo que la existencia de ambas ramas radicará precisamente en que las mismas sean diferentes, es decir, que al ser una más grave que la otra, esta podrá ser utilizada cuando la otra no surta efecto. Esto no quiere decir que se determine cuándo puede sancionarse penalmente, sino que al tener en cuenta estos criterios se diferenciarán ambas ramas ayudando a que no dependan de decisiones políticas correspondientes al gobierno de turno, sino de la gravedad de la conducta¹¹².

Sin embargo, debido a la inseguridad jurídica existe una notable inclinación hacia el Derecho penal en lugar del Derecho administrativo, dando lugar a la denominada “huída al Derecho penal”, sin tomar en cuenta el principio de ultima ratio. Es cierto que el factor seguridad que da el Derecho penal es uno de los factores determinantes en esta denominada “Huída al Derecho penal”, pero ello no es motivo suficiente para que determinadas conductas sean tipificadas como delitos y que se imponga consecuencias jurídicas que son propias del Derecho penal¹¹³.

Por otro lado, GUZMÁN NAPURÍ, señala que en el Derecho administrativo sancionador peruano el legislador ha desarrollado el modelo objetivo, distinguiéndose así del Derecho penal. Esta afirmación es sustentada con los principios aplicados en ambas ramas, ya que si bien el Derecho administrativo sancionador aplica principios que provienen del Derecho penal los mismos se aplican de diferente manera para que se

¹¹² Vid. MIRÓ LLINARES, FERNANDO. “El “moderno” Derecho penal vial y la penalización de la conducción sin permiso”. *En: Revista para el análisis del Derecho*. N°3, Universitat Pompeu Fabra, Madrid, 2009. Disponible en: <http://www.indret.com/es/>.

¹¹³ *Ibíd.*

pueda ajustar a las particularidades del Derecho administrativo sancionador, la misma que se diferencia de la función jurisdiccional.¹¹⁴

Por su parte, KINDHAUSER, si bien desarrolla una idea peculiar con respecto a la protección del bien jurídico sosteniendo en que esta protección debe considerarse la relación entre el bien y su titular en el Derecho penal, llega a sostener también que el Derecho penal es no sólo cuantitativa sino cualitativamente diferente del Derecho administrativo sancionador.¹¹⁵

Asimismo, CARRUITERO LECCA, ha señalado que existen principios tales como el de legalidad, *ne bis in idem*, tipicidad, entre otros que el Derecho administrativo sancionador ha adoptado del Derecho penal, pero a su vez sostiene que en su naturaleza se puede encontrar una sustancial diferencia y son estas diferencias las que hacen que ambas ramas no funcionen de la misma manera, así pues y sólo por mencionar una de las diferencias, el Derecho penal es un Derecho de última ratio en cambio el Administrativo sancionador es de aplicación inmediata, es decir, que en el Derecho administrativo sancionador al ser los órganos especializados los procesos serán rápidos.¹¹⁶

Igualmente, MONTORO PUERTO, manifiesta explícitamente que el ilícito penal y el ilícito administrativo tienen diferencias de carácter sustancial, esta afirmación es fundamentada con una serie de características destacando dos en especial, la primera es que en cuanto al ordenamiento jurídico en el caso del Derecho administrativo sancionador la ley no será la única expresión normativa como sucede en el Derecho penal, sino que además se regirá por lo que señale el reglamento o aquellas normativas que regulen esta manifestación amplia con la que

¹¹⁴ Vid. GUZMÁN NAPURÍ, CHRISTIAN. “Las reformas al procedimiento administrativo sancionador provenientes del Decreto Legislativo N° 1029”. En: TORRES CARRASCO, MANUEL A (Dir.). *Manual de actualización administrativa*. 1era ed., Gaceta Jurídica, Lima, 2010, p. 9-22.

¹¹⁵ Vid. KINDHAUSER, URS. “Los tipos de delito en el derecho penal económico”. En: *Derecho penal contemporáneo: Revista internacional*. N° 40, Legis, Lima, 2012.

¹¹⁶Vid. CARRUITERO LECCA, FRANCISCO. “Los principios de la potestad sancionadora de la administración”. Op. cit., p. 67 y ss.

cuenta la administrarración y la segunda es en cuanto a la lesión, que en el caso de la administración se tomará en cuenta aquella cuyo cuidado compete a la administración.¹¹⁷

Por otro lado, se ha señalado que el Derecho administrativo sancionador nació bajo la sombra del Derecho constitucional y se fue desarrollando siguiendo los principios del Derecho penal, y que con el paso del tiempo adquirió una identidad diferenciadora¹¹⁸. Así pues, centrándonos en las diferencias que existen entre ambas ramas del Derecho, el sometimiento a un juez es una diferencia cualitativa, así como lo es el hecho de que en un procedimiento administrativo sancionador no se impongan penas privativas de libertad puesto que las mismas serán de carácter exclusivo del Derecho penal¹¹⁹.

En el caso del poder judicial, al emanar su potestad del pueblo, tendrá legitimidad para imponer una pena al delincuente, el mismo que será visto como un ser racional, y la administración pública, por su parte, impondrá una sanción administrativa para mantener el orden en un sector social, teniendo en cuenta que no se privará de libertad al infractor bajo ningún argumento, al menos no en sede administrativa¹²⁰.

Asimismo, en la actualidad los jueces penales se encargan de imponer penas cuyos delitos se encuentran expresados en la legislación, en cambio la Administración es ejecutora de las sanciones impuestas siguiendo normas que no le son ajenas puesto que colabora en su

¹¹⁷Vid. MONTORO PUERTO, MIGUEL. *La infracción administrativa: características, manifestaciones y sanción*. Ediciones Nauta, Barcelona, 1965, p. 268-277.

¹¹⁸ Vid., NIETO GARCÍA, ALEJANDRO. “Régimen sancionador de las administraciones públicas”. En: *Cuadernos de Derecho local*. N° 14, 2007, p. 7-13. Disponible en: <http://repositorio.gobiernolocal.es/xmlui/handle/10873/316>.

¹¹⁹Vid., SILVA SÁNCHEZ, JESÚS MARÍA. “¿Política criminal “moderna”?. Consideraciones a partir del ejemplo de los delitos urbanísticos en el nuevo Código penal español”. En: *Actualidad penal: revista semanal técnico- jurídica de derecho penal*. Op. cit., p. 441 y ss.

¹²⁰Vid., GARCÍA CAVERO, PERCY. *Derecho penal económico. Parte general*. Op. cit., p.139 y ss.

creación mediante los reglamentos, convirtiéndose además en la gestora de todo interés público. Por otro lado, de acuerdo a los antecedentes históricos, era la administración quien tenía la potestad sancionadora, siguiendo una estructura que dista de la que ahora ejerce el Derecho penal.¹²¹

Es por ello, que de acuerdo a lo señalado por SILVA SÁNCHEZ, la finalidad perseguida en el Derecho penal “*es proteger bienes concretos en casos concretos y sigue criterios de lesividad o peligrosidad concreta y de imputación individual de un injusto propio*”¹²². En cambio en el caso del Derecho administrativo sancionador se persigue *ordenar, de modo general, sectores de actividad (reforzar, mediante sanciones, un determinado modelo de gestión sectorial)*. Por eso no tiene por qué seguir criterios de lesividad o peligrosidad concreta, sino que debe, más bien, atender a consideraciones de afectación general, estadística; asimismo no tiene por qué ser tan estricto en la imputación, ni siquiera en la persecución (regida por criterios de oportunidad y no de legalidad¹²³)”.

Por lo que se puede deducir que el Derecho administrativo sancionador es el Derecho encargado de sancionar conductas que vayan en contra de los modelos sectoriales de gestión, siendo entonces su enfoque principal el de una visión general contrario a lo que sucede en el Derecho penal que tiene su vista puesta en bienes jurídicos concretos en principio.

Por otro lado, GARCÍA CAVERO, desde la concepción propia que tiene en relación a la función de la pena, también encuentra una diferencia sustancial entre ambas ramas del Derecho señalando que la función del Derecho administrativo sancionador no es la misma que la del Derecho penal puesto que este último cumple con la reestabilización

¹²¹ Vid., NIETO GARCÍA, ALEJANDRO. “Régimen sancionador de las administraciones públicas”. Op. cit., p. 7-13.

¹²² Cfr. SILVA SÁNCHEZ, JESÚS MARÍA. *La expansión del Derecho penal: aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*. Op. cit., p. 136 y 137.

¹²³ *Ibidem*.

de expectativas esenciales defraudadas¹²⁴, y al ser el Derecho administrativo sancionador quien se encarga de asegurar el orden general de determinados sectores no toma en cuenta la subjetividad de las entidades que sanciona, un ejemplo, es que las sanciones administrativas no sólo son impuestas a las personas jurídicas sino también a consorcios y unidades económicas, es por ello que la culpabilidad no es un factor esencial a evaluar cuando se va a imponer una sanción administrativa¹²⁵.

De lo sostenido por los dos anteriores autores, en base a la función de la pena, si bien ambos manejan dos teorías diferentes, lo cierto es que coinciden al señalar que el Derecho penal tiene como finalidad que la pena tenga influencia en la persona, en un sujeto determinado, es la imputación personal de un injusto propio, en cambio en el caso del Derecho administrativo sancionador la sanción impuesta tiene como fin principal que un sector determinado pueda funcionar de acuerdo a las pretensiones que se quieran conseguir. Además, cabe señalar que en el presente trabajo nos decantaremos por sostener la teoría de la pena sostenida por el prof. GARCÍA CAVERO y lo manifestado en base a lo que hay de tras de los criterios de imputación que hacen la diferencia entre Derecho administrativo sancionador y Derecho penal.

Asimismo, llama la atención el hecho de que el Derecho administrativo sancionador haya dependido (o dependa) del Derecho penal, obteniendo como respuesta que dicha dependencia se debe a que en el momento en que se estableció la separación entre ambas ramas del Derecho, el Derecho administrativo sancionador tenía una notable deficiencia legal y teórica, motivo por el cual tomó prestados los principios y criterios legales del Derecho penal, lo que llevó luego a creer conveniente defender una identidad ontológica, postura mayoritaria hasta la actualidad, ya que responde mejor a una aplicación casi automática de

¹²⁴ Vid. GARCÍA CAVERO, PERCY. *La persona jurídica en el Derecho penal*. Grijley, Lima, 2008, p. 28-32. Asimismo con referencia a la teoría de la pena Vid. PEÑARANDA RAMOS, ENRIQUE; SUÁREZ GONZÁLEZ, CARLOS; CANCIO MELIÁ, MANUEL. *Un nuevo sistema del Derecho penal: Consideraciones sobre la Teoría de la imputación de Günther Jakobs*. 1era ed., Grijley, Lima, 1998, p.20.

¹²⁵ Vid. GARCÍA CAVERO, PERCY. *La persona jurídica en el Derecho penal*. *Op. cit.*, p. 28-32.

la doctrina aplicada por el Derecho penal en el administrativo sancionador, sin embargo estos criterios trajeron como consecuencia que el Derecho administrativo sancionador sufra una dependencia penal y empezara a saturarse debido a que se aplicaban instrumentos que son esencialmente penales a las infracciones administrativas las cuales necesitan, dada su naturaleza dinámica, de una respuesta inmediata por parte del Estado¹²⁶.

Sin embargo, como consecuencia de estas posibilidades, desembocaron nuevas situaciones, en las que el alcance del principio de legalidad y reserva legal es diferente en el Derecho penal y en el Derecho administrativo sancionador, debido a que en éste último la colaboración reglamentaria indirecta tiene un papel importante, siendo que si se aplicaran estos principios de un modo riguroso se estaría afectando la operatividad de la gestión administrativa, asimismo en el caso del principio de culpabilidad existe un evidente cambio en referencia con la perspectiva seguida por el Derecho penal puesto que se ha impuesto la variante de la mera inobservancia¹²⁷.

Con ello se ha podido observar que el Derecho administrativo sancionador es en primer término Derecho administrativo, cuyo término sancionador viene a ser un adjetivo que lo convierte en un Derecho autónomo que toma prestados los mecanismos de protección y garantías del Derecho penal ante su falta normativa, por lo tanto no se le puede considerar como la parte desagradable del Derecho puesto que la parte sancionadora no es algo externo al Derecho administrativo material, muy por el contrario es una parte que ayuda a que el Derecho administrativo tenga eficacia¹²⁸.

¹²⁶ Vid., NIETO GARCÍA, ALEJANDRO. *Derecho administrativo sancionador*. Op. cit., p. 149-200.

¹²⁷ Vid., NIETO GARCÍA, ALEJANDRO. “Régimen sancionador de las administraciones públicas”. Op. cit., p. 7-13.

¹²⁸ Vid., NIETO GARCÍA, ALEJANDRO. *Derecho administrativo sancionador*. Op. cit., p. 149-200. El mismo sostiene además que “... El Derecho Administrativo Sancionador no ha querido renunciar a su nacionalidad de origen (el Derecho Administrativo), pero como desconfía de él y de su autoritarismo tradicional, no ha buscado aquí por sí mismo los mecanismos de

Por otro lado, en la actualidad se ha ido comparando al Derecho administrativo sancionador con el Derecho penal económico, ya que ambos se encargan de reaccionar frente a conductas humanas antinormativas, por lo que se podría concluir que no existe diferencia cualitativa alguna entre ambas ramas¹²⁹. Sin embargo, llegar a una afirmación como la anterior no sería correcto porque, y tal como lo ha señalado el profesor GARCÍA CAVERO, se ha tenido conocimiento desde Kant que en el hombre se ha diferenciado dos mundos: el homo phaenomenon y el homo neumenon. Es decir, la pena es dirigida a la

la protección y garantía de los interesados y ha preferido <<tomarlas en préstamo>> del Derecho penal que tiene una mayor experiencia a tal propósito.” Por otro lado, el autor ha señalado que “...La literatura Alemana ha estado indagando paciente y brillante durante casi dos siglos la naturaleza jurídica de las infracciones administrativas; pero sus admirables resultados (que han contaminado dogmáticamente el mundo entero) se han derrumbado como un castillo de naipes cuando el legislador ha tenido el capricho de convertir de golpe algunas infracciones en delitos, y en otros casos a la inversa. Así las cosas, ya nadie puede dudar que las calificaciones no dependen del contenido material de los ilícitos (ni de su función ni de sus fines) sino que son meras etiquetas que el Legislador va colocando libremente por razones de una política punitiva global en la que se utiliza a las normas como simples instrumentos... se ha llegado a la conclusión de que todo este trabajo ha sido (casi) inútil por estar mal planteado, al haberlo centrado en el terreno meta normativo, que para nada vincula al Legislador, quien puede cambiar de la noche a la mañana por criterios propios absolutamente coyunturales.” Desde mi punto de vista, el determinar si una acción constituye infracción o delito no depende de lo que señale el legislador, sino que el mismo debe tomar en cuenta algunas importantes consideraciones, es por ello que incluso el mismo autor al final de su exposición señala “... Ahora bien, lo verdaderamente importante no es el régimen jurídico de los ilícitos administrativos (puesto que puede variar inesperadamente al compás de los azares administrativos) sino la estructura interna y la finalidad de todo este sector del Ordenamiento. Y aquí es cabalmente donde en los últimos años ha encontrado el Derecho Administrativo Sancionador sus señas de identidad- en cuanto propias de él y sólo de él- al haber pasado de la represión a la prevención, del daño al riesgo y de la defensa de los Derechos individuales a la protección de los intereses públicos, generales y colectivos.”

¹²⁹ Vid., GARCÍA CAVERO, PERCY. *Derecho penal económico. Parte general*. Op. cit., p.139 y ss.

persona en cuanto ser racional, inteligible, y mediante su imposición lo que se busca es negar la validez o pretensión de validez que comunica el delincuente con la comisión del hecho delictivo, es decir, se trata a la persona como un homo neumenon; en cambio la sanción administrativa está dirigida al infractor como ser sensible, por lo que se le orientará por medio de estímulos negativos especialmente con multas u otras sanciones administrativas para que actúe adecuadamente en determinado sector social, es decir, en este caso se trata del homo phaenomenon. Teniendo en cuenta la explicación anterior, se puede determinar la existencia de la diferencia cualitativa entre ambas ramas del Derecho¹³⁰.

Así pues, se deduce que las diferencias existentes entre el Derecho penal (Asimismo el Derecho penal económico) y el Derecho administrativo sancionador son sustanciales. Por lo tanto, dentro de los principios con los que cuenta el Derecho penal y del cual no puede prescindir, tenemos al principio de culpabilidad el mismo que señala que las acciones del imputado le serán atribuidas como propias, es decir, que sólo otorgando culpabilidad se puede realizar una imputación personal del injusto propio del delincuente; en cambio en el Derecho administrativo sancionador, al infractor se le considerará como un ser sensible al que se busca estimular externamente con la finalidad de orientar su comportamiento y el de los demás para que tengan conocimiento de cómo se debe actuar en determinados sectores regulados¹³¹.

Además, la imputación penal se sustenta en un injusto propio, en cambio la administración al tener como objetivo principal el funcionamiento global del sector regulado admite criterios objetivos de imputación de responsabilidad, este objetivo, es decir, la eficiente distribución de los riesgos del sector regulado, se puede observar incluso en otros mecanismos con los cuales su reacción está dirigida no a conductas sino frente a situaciones peligrosas, un ejemplo es el cierre de establecimientos¹³².

¹³⁰ *Ibídem.*

¹³¹ *Ibídem.*

¹³² *Ibídem.*

Por lo tanto, tal como se ha determinado anteriormente lo que se persigue al imponer una sanción administrativa es lograr ordenar los sectores de actividad dándole un enfoque global, general puesto que el objetivo principal es proteger el sector regulado, en cambio en el Derecho penal la situación cambia puesto que su finalidad será el de seguir criterios de lesividad concreta y de imputación individual de un injusto propio¹³³, en términos de Jakobs se podría decir que lo que se busca es la protección de la norma defraudada, de ello deriva la necesidad de que dicha conducta sea considerada culpable¹³⁴.

Sin embargo, no se debe afirmar que determinada conducta siempre será un delito o una infracción administrativa, puesto que las circunstancias temporales influirán en el concepto que socialmente se le dé a determinada conducta, así pues, se podría incluso cambiar el significado de determinada acción que se consideraba merecedora de una sanción penal para dejarla en el ámbito administrativo¹³⁵. Pero por otro lado existirán conductas que pasarán del ámbito administrativo al penal, ello como consecuencia de la sensación de inseguridad produciéndose lo que se denomina “huida al Derecho penal”. Estas afirmaciones no pueden llevar a la conclusión de que este cambio se debe a la existencia de una indiferencia valorativa, sino que ello es una reacción social respecto a lo que en determinado momento les pueda dar una seguridad jurídica, de todos modos el hecho de que se den algunos cambios en las condiciones sociales o aparezca cierta decisión política, nunca será razón suficiente para que determinadas conductas, como el homicidio, por ejemplo, aparezcan como una infracción administrativa, puesto que se trata de

¹³³ Cfr. SILVA SÁNCHEZ, JESÚS MARÍA. *La expansión del Derecho penal: aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*. Op. cit., p. 136 y 137.

¹³⁴ Vid. JAKOBS, GÜNTHER. *Culpabilidad en derecho penal: Dos cuestiones fundamentales*. Universidad externado de Colombia, Colombia, 2003, p. 565 y ss.

¹³⁵ Vid. GARCÍA CAVERO, PERCY. *Derecho penal económico. Parte general*. Op. cit., p.139 y ss.

conductas que lesionan la vigencia de condiciones esenciales para el desarrollo de la persona¹³⁶.

Es por eso, que siguiendo el criterio cualitativo, el ilícito penal y el ilícito administrativo responden a criterios de imputación diferentes, por lo tanto entre el Derecho penal y el administrativo, se acepta que la legislación penal económica ha integrado indebidamente acciones que tienen relevancia en la vía administrativa. Por ejemplo, hay razones fundadas para cuestionar la legitimidad de calificar como delito la organización y administración de casinos sin autorización, y en el cual se deduce que al no contar con una autorización no se estaría cumpliendo con lo estipulado por la ley y los reglamentos que regulan el debido funcionamiento, por lo que se estaría atentando con la presunción de inocencia al considerar que por falta de una autorización previa se estaría realizando trampas en los juegos o se estaría manipulando las máquinas¹³⁷.

Es importante precisar que el bien jurídico ya no es visto como el concepto material del delito, sino que las normas penales empiezan a reconocer objetos difusos sin abandonar su concepto y función limitadora, ampliando su campo de concepción para hacer frente a los nuevos ámbitos que requieren protección penal como son el económico, medio ambiente, etc¹³⁸, buscando así que las personas no ataquen esos bienes, reconociéndose con esto que el Derecho protege la estructura de la relación entre personas, por lo tanto de lo que se trata es de resolver el problema social que surge cuando uno de los bienes protegidos por la norma es atacado¹³⁹. Es decir, la pena mantiene la estructura normativa

¹³⁶Vid. VILCHEZ CHINCHAYÁN, RONALD. “Algunos criterios para diferenciar los delitos de peligro de las infracciones administrativas en el aspecto objetivo”. En: *Revista Ita Ius Esto*. 2012. Disponible en: <http://www.itaiusesto.com/algunos-criterios-para-diferenciar-los-delitos-de-peligro-de-las-infracciones-administrativas-en-el-aspecto-objetivo/>.

¹³⁷ *Ibidem*.

¹³⁸ Vid. YACOBUCCI, GUILLERMO J. *La deslegitimación de la potestad penal: la crítica al poder sancionador del Estado*. Op. cit., p. 25 y ss.

¹³⁹ Vid. JAKOBS, GÜNTHER. *El sistema funcionalista del Derecho penal*. Grijley, Lima, 2000, p. 44 y ss.

de la sociedad, y esta estructura no existe entre bienes, sino entre personas, aunque éstas parcialmente- pero sólo parcialmente- desempeñen el papel de titulares de bienes; desde una perspectiva global, sin embargo, las personas deben concebirse como titulares de derechos y deberes¹⁴⁰.

Cabe entonces, por otro lado, señalar en qué momento la defraudación de las expectativas alcanza el carácter de esencial y se justifica el recurso a los delitos de peligro abstracto, es decir, de aquellas conductas que si bien no tienen como consecuencia la lesión de un bien jurídico son igualmente sancionadas penalmente porque amenazan al objeto protegido¹⁴¹.

Así pues, el recurso a los delitos de peligro abstracto se irá dilucidando en la medida que se tenga en cuenta la diferencia de los criterios de legitimación en dos planos distintos. Mediante las prohibiciones penales en general se tiene la legitimidad de la restricción de la libertad, por lo que la protección penal tendrá en consideración aquellos bienes jurídicos cuyo valor de su contenido sea el desarrollo personal del hombre en sociedad¹⁴². Al ser el Derecho penal aquella rama que tiene como sanción la limitación de la libertad, se recurrirá al peligro abstracto cuando se deban proteger aspectos esenciales de la persona (vida, salud, etc.), y finalmente se tiene la legitimación de la potestad punitiva, por lo que se hará uso de la misma cuando la perturbación social generada sea de tal importancia que será necesario la imposición de sanciones drásticas¹⁴³.

¹⁴⁰ Cfr. JAKOBS, GÜNTHER. *Sobre la normativización de la dogmática jurídico-penal*. Cordillera, Bogotá, 2004, p. 59 y ss.

¹⁴¹Vid. VILCHEZ CHINCHAYÁN, RONALD. “Algunos criterios para diferenciar los delitos de peligro de las infracciones administrativas en el aspecto objetivo”. En: *Revista Ita Ius Esto*. 2012. Disponible en: <http://www.itaIusesto.com/algunos-criterios-para-diferenciar-los-delitos-de-peligro-de-las-infracciones-administrativas-en-el-aspecto-objetivo/>.

¹⁴² Vid., SILVA SÁNCHEZ, JESÚS MARÍA. *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*. Op. cit., p.271.

¹⁴³ Vid., GARCÍA CAVERO, PERCY. *Derecho penal económico. Parte general*. Op. cit., p.158 y ss.

Asímismo, para poder determinar que se está configurando un delito de peligro abstracto, deberán respetarse los siguientes requisitos: a) la conducta prohibida debe estar claramente descrita, b) se debe referir a un bien jurídico y c) que no vulnere el principio de culpabilidad¹⁴⁴.

Es por ello, que la conducta peligrosa requerirá de una intervención penal cuando se muestre como una peligro normativo en cambio la infracción administrativa lo que sanciona es la configuración de un peligro estadístico, para hacer extensiva esta afirmación se acudirá a la diferencia existente entre la probabilidad de sucesos de carácter estadístico y la probabilidad de proposiciones de carácter epistemológico. Así, la primera hace referencia a cuando existen matemáticamente posibilidades de que un suceso ocurra en determinadas circunstancias, en cambio la segunda se determinará en base al conocimiento del mundo que hace que *una proposición (p1) contenga lógicamente a otra (p2)*, si bien para la primera proposición la información utilizada es empírica la consecuencia a la segunda proposición es una consecuencia lógica, y precisamente en esta última forma de probabilidad es que se constituye la peligrosidad en un delito de peligro abstracto¹⁴⁵.

Sin embargo, existen propuestas que proponen una equiparación entre la sanción penal con la administrativa, intentando de esta forma resolver en el ámbito administrativo temas que deberían resolverse penalmente¹⁴⁶. Pero, tal y como se ha ido desarrollando líneas anteriores, podemos señalar que el Derecho penal es el encargado de resolver aquellas acciones que defrauden las expectativas sociales esenciales, por lo que no se podría equiparar la sanción penal con la administrativa¹⁴⁷. Es por ello, que las sanciones administrativas no son impuestas únicamente a las personas jurídicas, sino también a consorcios y unidades económicas¹⁴⁸.

¹⁴⁴Cfr. GARCÍA CAVERO, PERCY. *Lecciones de Derecho penal*. Op. cit., p. 87.

¹⁴⁵ Cfr. GARCÍA CAVERO, PERCY. *Derecho penal económico. Parte general*. Op. cit., p.139 y ss.

¹⁴⁶ *Ibídem*.

¹⁴⁷ *Ibídem*.

¹⁴⁸ *Ibídem*.

De acuerdo a lo desarrollado, el Derecho administrativo sancionador está dirigido a sancionar aquellas conductas que alteren el orden de un determinado sector regulado, en cambio el Derecho penal se encarga de sancionar conductas que van en contra del mantenimiento de los elementos que son fundamentales en la sociedad, es por ello que las consecuencias jurídicas en ambas ramas del Derecho son diferentes¹⁴⁹.

El Derecho penal y el Derecho administrativo sancionador tienen en común una herencia de carácter constitucional, pero que ambos han encaminado de distinta manera debido a la diferencia existente entre ambos, así pues la Administración se encarga de gestionar intereses públicos, siendo que su finalidad y marco normativo ha sido dado por el legislativo, pero colabora reglamentariamente con las leyes, por lo que esta colaboración forma parte también de su gestión, cosa que no se da en el Derecho penal ya que los jueces penales no pueden intervenir en las normas que se manejan¹⁵⁰.

Asimismo, la infracción administrativa se origina cuando el ciudadano no ha cumplido con el mandato o la prohibición, en cambio el delito se da cuando se realiza el tipo normativo. De ello deriva que el Derecho penal es un Derecho represor, utilizando como medio la pena, en cambio en el Derecho administrativo sancionador su finalidad principal es la prevención de las infracciones¹⁵¹.

Estos autores señalan una serie de características para fundamentar la diferencia sustancial que existe entre el Derecho penal y el administrativo sancionador, al respecto es necesario precisar que si bien ellos comparten un punto en común que es el de defender la diferencia cualitativa existente entre ambas ramas del Derecho público, los elementos diferenciadores con los cuales sustentan su postura tendrán que ser analizados punto por punto para determinar si dichos fundamentos son certeros, hecho que llevaría a una exhaustiva

¹⁴⁹Vid., VILCHEZ CHINCHAYÁN, RONALD. “Algunos criterios para diferenciar los delitos de peligro de las infracciones administrativas en el aspecto objetivo”. Op. cit.

¹⁵⁰ Vid., NIETO GARCÍA, ALEJANDRO. “Régimen sancionador de las administraciones públicas”. Op. cit., p. 7-13.

¹⁵¹ *Ibíd.*

investigación, por lo que en el presente trabajo nos decantaremos por mantener una teoría en específico en base a los argumentos señalados por algunos de estos autores, tal como se señalará en la toma de postura.

3.4. Toma de postura

En el presente capítulo se ha desarrollado el concepto y alcance del *ius puniendi*, el mismo que emana del estado y que es utilizado en el Derecho para poder imponer consecuencias jurídicas a acciones que resulten contrarias al ordenamiento. En su desarrollo, se ha indicado que este poder se ha otorgado al Derecho penal y administrativo, es por ello que, ambas ramas del Derecho tienen la facultad de imponer tanto penas como sanciones administrativas respectivamente.

Así pues, como consecuencia del desarrollo del *ius puniendi* y qué criterios se siguen para poder atribuir una pena o una infracción administrativa ante determinada conducta, es que se desarrollan la teoría unitaria, diferenciadora y ecléctica, es importante acotar que existe un sector del Derecho en el que le atribuyen el rol de determinar si se impone una pena o una infracción administrativa simplemente al criterio del legislador.

Recordemos entonces que la teoría unitaria sostiene que no existe ninguna diferencia sustancial entre las acciones que forman parte del Derecho penal y el administrativo, por lo que se encargan de desarrollar criterios que afirmen esa unidad existente entre ambas ramas del Derecho, tal y como se ha desarrollado líneas arriba.

Por su parte, la teoría por la que nos decantaremos en el presente trabajo es la teoría diferenciadora, es decir, aquella que sostiene que entre el Derecho penal y administrativo sí existen diferencias sustanciales, por lo que se puede afirmar que las consecuencias jurídicas aplicables en cada rama del Derecho son diferentes por tratarse de acciones que tienen una diferencia cualitativa (pena e infracción administrativa).

Tal como se ha desarrollado en el punto 2.3 del presente trabajo, el profesor GARCÍA CAVERO, señala que existe una diferencia sustancial entre ambas ramas del Derecho, sosteniendo que el Derecho penal protege la vigencia de la norma defraudada por la afectación culpable de

un bien jurídico, en cambio la sanción administrativa lo que busca es el mantenimiento del funcionamiento global del sector regulado, es decir, lo que busca es que estos sectores no colapsen orientando a los administrados en esta línea.

Pero el origen de esta afirmación es que si el Derecho penal se encarga de imponer penas a aquellas acciones que vayan en contra de la normativa, las mismas serán atribuidas considerando que se dirige a la persona como aquel ser racional, inteligible, en cambio el Derecho administrativo se encargará de imponer sanciones administrativas a aquellas acciones que no cumplen con el mandato o prohibición, dirigiéndose al hombre en tanto ser sensible, al que hay que encaminar a través de multas administrativas para que cumpla conforme a la normativa establecida por el sector que ha sido regulado, respaldando así los intereses generales en un sector determinado.

Por su parte, también el profesor NIETO GARCÍA, y con quien compartimos lo señalado en este punto en particular, manifiesta que el Derecho administrativo sancionador se ha ido desligando con el paso del tiempo de aquella “servidumbre” a la que estaba sometida con el Derecho penal, sosteniendo que lo único en común que tienen ambas ramas del Derecho es la Constitución, pero la misma ha sido administrada de diferente forma conforme a la naturaleza que ambas ramas mantienen, identificando que el Derecho administrativo sancionador tiene como objetivo principal no el daño ni la represión, sino el riesgo y la prevención.

Asimismo, y tal como lo han manifestado en especial VILCHEZ CHINCHAYÁN, es necesario señalar que si bien en la actualidad se ha dado la denominada huída al Derecho penal, ello se debe precisamente a los cambios que se han ido desarrollando en la sociedad y al ser el Derecho penal una rama del Derecho que les brinda seguridad se decantan por atribuir a determinadas acciones el carácter de delito. Sin embargo, esto no debe ser una excusa para que estas acciones sean castigadas penalmente, precisamente por que el Derecho administrativo sancionador surge con el objetivo de castigar conductas que pueden ser manejadas a través de sanciones administrativas, dado que en todo momento la

aplicación del Derecho penal siempre se dará siguiendo el principio de última ratio.

Finalmente, se puede afirmar en líneas generales y siguiendo lo señalado por el prof. GARCÍA CAVERO, que la diferencia existente entre el Derecho administrativo sancionador y el Derecho penal radica en los criterios de atribución de responsabilidad, ahí se encuentra la diferencia sustancial, es por ello que a modo de ejemplo el principio de culpabilidad es propio del Derecho penal, el dolo y la culpa son conceptos ajenos al Derecho administrativo sancionador aunque en los últimos años se ha dado cierta aproximación tal como se irá desarrollando en los siguientes capítulos.

CAPITULO II

EL PRINCIPIO DE CULPABILIDAD EN EL DERECHO PENAL

1. Una breve definición del principio de culpabilidad

El principio de culpabilidad establece que la pena no puede imponerse al autor por la sola aparición de un resultado lesivo, sino únicamente en tanto pueda atribuírsele el suceso lesivo como un hecho suyo¹⁵², es decir, que no sólo es necesario que una determinada acción tenga causa y efecto sino que además esta acción debe corresponder al sujeto a quien se le imputa la acción. Este principio permite limitar la expansión que erróneamente se quiera realizar en cuanto a la imposición de la pena siguiendo los fines preventivos, tratando con ello que exista un equilibrio al imponer la pena tanto desde la perspectiva de la sociedad como del individuo mismo¹⁵³. Asimismo, lo que determina la culpabilidad es la realización de un hecho, es decir, que la imposición de la pena no dependerá del estilo o modo de vida del autor sino del hecho cometido, sin embargo, los sucesos anteriores al hecho sí serán tomados

¹⁵² Cfr. GARCÍA CAVERO, PERCY. “La imputación subjetiva en Derecho penal”. En: *Cuestiones actuales de Derecho penal general y patrimonial*. Ara editores, Lima, 2005, p. 15.

¹⁵³ Vid. CASTILLO ALVA, JOSÉ LUIS. *Principios de Derecho penal parte general*. 1era ed., Gaceta Jurídica, Lima, 2004, p. 405.

en cuenta por elementos como el dolo o la imputabilidad o los criterios de medición de la pena.¹⁵⁴

2. Fundamento del principio de culpabilidad

2.1. La culpabilidad como fundamento de la pena

Basándose en tesis retribucionistas, también denominadas teorías absolutas, porque el fin de la pena no se centra en la persecución del fin social, se sostiene que la culpabilidad del autor es el fundamento de la pena, entendiendo que la pena será justa cuando la misma coincida en duración e intensidad con la gravedad del delito, esta teoría fue defendida en sus inicios por la filosofía del idealismo Alemán, destacando autores como Kant y Hegel, quienes coinciden sobre todo al momento de negar que la finalidad de la pena sea preventiva puesto que comparan la intimidación como “cuando se levanta un palo contra un perro: y al hombre no se le trata según su honor y libertad, sino como a un perro”. Asimismo, la jurisprudencia Alemana hizo referencia a la teoría retributiva cuando, por ejemplo, en BGHST 24, 134, se sostiene: “*la pena no puede desvincularse en cuanto a su contenido ni hacia arriba ni hacia debajo de su determinación como compensación justa de la culpabilidad*”¹⁵⁵, es decir, que existe una vinculación estricta entre la pena que se impondrá, la misma que deberá coincidir con el mal causado a través de la acción realizada. Esta culpabilidad se construye sobre la base del libre albedrío de la persona, es decir, de la capacidad que se tiene para decidirse conforme a sentido. La libertad no es vista como la capacidad que se tiene para actuar de una forma u otra porque esto nos llevaría por un camino confuso evadiéndose de este modo toda forma de responsabilidad, sino que aquí la libertad es definida como “un acto de liberación de la coacción causal de los impulsos para la autodeterminación conforme a sentido, por lo que la culpabilidad sería la falta de autodeterminación conforme a sentido en un sujeto que era capaz

¹⁵⁴ Vid. GARCÍA CAVERO, PERCY. *Lecciones de Derecho penal parte general*. Op. cit., p.124.

¹⁵⁵ Vid. ROXIN, CLAUS. *Derecho penal parte general*. 1era ed., Civitas, Madrid, 1997, p. 81-85.

para ello”¹⁵⁶. Por lo que tal y como lo dice esta tesis, la pena será vista como una retribución por el mal causado, se impondrá una pena que sea equivalente a su culpabilidad, admitiendo un carácter bilateral y absoluto del principio de culpabilidad, esto es consecuencia de que la teoría retributiva parte de una concepción del hombre como ser capaz de conocimiento y voluntad por lo cual podrá responder por sus actos, logrando con ello un enfoque de humanización del sistema penal¹⁵⁷.

La culpabilidad es vista como un principio basado en la idea de libertad de voluntad, siendo el objeto central del reproche de la culpabilidad un modo especial de la decisión de valores de la voluntad a favor de lo injusto, es decir, que quien realiza la acción se encuentra motivado puesto que surge una representación de valor, ocurriendo lo mismo con las decisiones que adopta el incapaz de imputación, con la diferencia de que éste último realiza la acción como consecuencia de impulsos instintivos causales, en cambio las acciones culpables tienen una comprensión de sentido, pero ello no significa que las decisiones voluntarias de las personas capaces no tengan en su interior estos impulsos sino que la diferencia radicaría en cómo el yo actúa frente a lo que se tenga ante sí, en la cual finalmente entra a tallar la denominada libertad de voluntad, definiendo al objeto de la culpabilidad como aquel modo especial de decisiones de valor emocional las mismas que son voluntarias, dando lugar a un acto de valor con sentido¹⁵⁸.

Esta concepción que se centra únicamente en la culpabilidad individual llega a ser indemostrable puesto que se basa en la libertad de voluntad¹⁵⁹, por lo tanto tendrá como cuestionamiento la imposibilidad de demostrar científicamente la desvinculación entre la voluntad humana

¹⁵⁶ Vid. WELZEL, HANS. *Derecho penal alemán*. 12a ed., Editorial jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1987, p. 208-209.

¹⁵⁷ Vid. PÉREZ MANZANO, MERCEDES. *Culpabilidad y prevención*. Universidad Autónoma de Madrid, Madrid, 1986, p. 143 y ss. También en: RIVACOBÁ Y RIVACOBÁ, MANUEL DE. *Hacia una nueva concepción de la pena*. Grijley, Lima, 1995, p. 71 y ss.

¹⁵⁸ Vid. WELZEL, HANS. *Estudios de Derecho penal*. B de F, Montevideo, 2003, p. 70-79.

¹⁵⁹ Vid. ROXIN, CLAUDIUS. *Derecho penal parte general*. Op. cit., p. 81-85.

y la ley de la causalidad, y que para el Derecho positivo la exclusión de culpabilidad no requiere que el sujeto no pudiese obrar de otra forma¹⁶⁰.

2.2. La culpabilidad como límite al ejercicio del ius puniendi

Luego en los años sesenta, las teorías absolutas entran en crisis y a ello se une el Movimiento de Reforma del Derecho penal basado en la resocialización mediante el cual se busca integrar el fin de la pena en el Derecho penal de culpabilidad, por lo que se irá dejando de lado el carácter bilateral y absoluto del principio de culpabilidad, es así que luego a la pena se le atribuye una función esencialmente de prevención¹⁶¹, la misma que se verá fundamentada en razones de carácter social, enfocándose en la peligrosidad del sujeto que ha delinquirido (prevención especial) o en la alarma o gravedad social del hecho y su impacto en la conciencia de la comunidad (prevención general), es decir, que el enfoque se dará más allá del delito, mirando el futuro con la finalidad de que el mismo no se vuelva a repetir¹⁶² y se llega a fundamentar además que el castigo de los inculpables no será necesario puesto que el inculpable no es un sujeto motivable mediante normas, por ello la colectividad no se escandalizará, ni tampoco sería necesario imponer una pena frente al inculpable porque en caso de peligrosidad del sujeto se podrá acudir a medidas de seguridad¹⁶³, sin embargo, si sólo se enfoca la pena en una visión preventiva esta perspectiva tendrá como consecuencia ciertos excesos que recaerán sobre el individuo, llevando con ello a un incremento desproporcionado de las penas, es decir, que si bien es cierto se puede lograr disminuir la tasa de la criminalidad evitando el incremento de los delitos, esto se logra vulnerando los derechos del infractor¹⁶⁴, es por ello que se considera necesario limitar

¹⁶⁰ Vid. MIR PUIG, SANTIAGO. *El Derecho penal en el Estado social y democrático de Derecho*. 1 era. Ed., Editorial Ariel, Barcelona, 1994, p. 81-82.

¹⁶¹ Vid. PÉREZ MANZANO, MERCEDES. *Culpabilidad y prevención*. Op. cit., p. 143 y ss.

¹⁶² Vid. CASTILLO ALVA, JOSE LUIS. *Principios de Derecho penal parte general*. Op. cit., p. 385-387.

¹⁶³ Vid. MIR PUIG, SANTIAGO. *El Derecho pena en el Estado social y democrático de Derecho*. Op. cit., p. 82-83.

¹⁶⁴ Vid. CASTILLO ALVA, JOSE LUIS. *Principios de Derecho penal parte general*. Op. cit., p. 385-387.

estos excesos, por lo que la culpabilidad habiendo dejado a tras la visión de ser el fundamento de la pena, encuentra su principal función precisamente en el límite al ejercicio del ius puniendi del Estado¹⁶⁵.

En este punto, ROXIN señala el principio de culpabilidad como medio de limitación de la pena, es decir, que la misma no podrá imponerse desconociendo los límites que aplica la medida de culpabilidad, por lo tanto los intereses coercitivos que manifieste el Estado no podrán sobreponerse a la libertad del procesado sino que se deberá respetar el marco de la culpabilidad del sujeto, con ello se busca además evitar cualquier clase de intervención arbitraria por parte del Estado. Además, este autor sostiene que la pena que sobrepase la medida de culpabilidad atenta contra la dignidad humana, señalando con ello que si bien la pena no podrá sobrepasar la medida de la culpabilidad puede no alcanzarla, esto último es lo que diferencia esta postura de las teorías retribucionistas para quienes es importante que la pena deba corresponderse con la culpabilidad y una medida por debajo de la culpabilidad no sería aceptada bajo ningún argumento. Por lo tanto, la pena servirá a los fines de prevención especial y general pero será limitada por el principio de culpabilidad¹⁶⁶.

Es decir, que resultará necesario establecer una frontera al poder del Estado y esta se podrá desarrollar a través de la aplicación del principio de culpabilidad visto como aquel principio que se encarga de unificar una serie de límites del Derecho penal, esto significa que en un Estado democrático de Derecho es importante rescatar el respeto de las garantías del individuo, o sea, que el Estado verá limitada su acción en el hombre mismo cuando el Estado al imponer una pena lo haga considerando que determinada acción corresponde a una persona como suya y en cuanto ser racional, con ello se logrará por lo tanto imponer una pena que respete en todo momento la dignidad humana, pretendiendo de esta forma evitar que el Estado castigue únicamente para proteger bienes jurídicos, llegando al extremo de castigar lesiones que no quepan

¹⁶⁵ Vid. GARCÍA CAVERO, PERCY. “La imputación subjetiva en Derecho penal”. En: *Cuestiones actuales de Derecho penal general y patrimonial*. Op. cit., p. 15-31.

¹⁶⁶ Vid. ROXIN, CLAUS. *Derecho penal parte general*. 1era. ed., Civitas, Madrid, 1997, p. 99-103.

imputar al sujeto por lo que la función del Derecho penal en un Estado social y democrático de Derecho ha de ser la prevención limitada de delitos.¹⁶⁷

Entonces, luego de reconocer que la función del principio de culpabilidad es el límite al ejercicio del *ius puniendi*, el profesor GARCÍA CAVERO sostiene que nacería una nueva interrogante referida a cuál sería entonces la naturaleza de dicho límite, es decir, si se trata de un límite interno que comparte una lógica preventiva o si se trata de un límite externo a la lógica preventiva. En la doctrina penal la tesis mayoritaria sostiene que la culpabilidad asume aspectos tanto preventivos como garantistas, así pues tal y como lo señala SILVA SÁNCHEZ, el principio de culpabilidad no debe entenderse como un principio contrario a las necesidades preventivas, señalando que la decisión a si un hecho es culpable o no se basará en consideraciones preventivas y también garantistas, estas últimas consideraciones hacen referencia sobre todo a la igualdad, humanidad, etc. Este punto de vista se puede apreciar también en lo sostenido por ROXIN, lo que sucede es que este último trata de separar ambas consideraciones, algo que para SILVA SÁNCHEZ no es posible puesto que las causas que excluyen la culpabilidad tienen una integración de consideraciones utilitaristas y garantísticas¹⁶⁸, señalando además que la culpabilidad es el poder exigir a una persona que actúe conforme a las normas y esto se logrará cuando se unen las necesidades preventivas, argumentos utilitaristas, criterios humanitarios, garantísticos, los mismos que dan la explicación en relación a la variabilidad histórica de los culpables y no culpables, por lo tanto la culpabilidad sería más que un límite al *ius puniendi*, sino que respondería a una síntesis de los fines del Derecho penal¹⁶⁹.

Es por ese motivo que JAKOBS en 1976 advirtió que la configuración de la culpabilidad depende de la finalidad del Derecho

¹⁶⁷ Vid. MIR PUIG, SANTIAGO. *El Derecho penal en el Estado social y democrático de Derecho*. Op. cit., p. 174-179.

¹⁶⁸ Vid. SILVA SÁNCHEZ, JESÚS-MARÍA. *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*. Op. cit., p. 408-415.

¹⁶⁹ Vid. GARCÍA CAVERO, PERCY. “La imputación subjetiva en Derecho penal”. En: *Cuestiones actuales de Derecho penal general y patrimonial*. Op. cit., p. 15-31.

penal, puesto que este autor señala como fin del Derecho penal el de restablecer la vigencia de la norma infringida mediante la imposición de la pena, por lo tanto siempre que exista la necesidad social de imponer una pena por la infracción de la norma existirá culpabilidad, asimismo, la exculpación en estos casos surgirá cuando no haya necesidad de imponer una pena al sujeto que comete la acción, es decir que la transgresión de la norma por un inimputable al no ser un igual le falta competencia para desautorizar la validez de la norma por lo tanto no puede señalársele como culpable puesto que su impunidad no supone merma de la confianza y validez de la norma¹⁷⁰, este autor sostiene que la función de la culpabilidad consiste en imponer una pena con la finalidad de mantener la confianza general en la norma, pero que esta definición no indica que la culpabilidad tenga una orientación hacia el futuro, sino que por el contrario el Derecho penal funciona en el presente en la medida que contribuye a estabilizar el ordenamiento. El principio de culpabilidad implicará que se debe castigar al autor de cualquier hecho delictivo en una proporción adecuada, además este principio tendrá presente la prohibición de arbitrariedad, importando además que se dé el reconocimiento de la norma quedando descartada la necesidad exclusiva de intimidación, por lo que se aplicará el principio de culpabilidad cuando la pena a imponerse sea necesaria para la estabilización de la norma, sin embargo, esto no implica que el legislador, atendiendo a determinados fines, haga que la estabilización de la norma de lugar a otros efectos¹⁷¹.

Asimismo, a esta interpretación funcional que se le da a la culpabilidad, es decir, el partir de una base que señala a la pena como un mal inútil si es que la misma no es necesaria para el mantenimiento del orden social¹⁷², puede llevar a la conclusión que la atención ya no se centraría en las circunstancias del autor sino a una necesidad social, lo

¹⁷⁰ Vid. JAKOBS, GÜNTHER. “Culpabilidad y prevención”. *En: Estudios de Derecho penal*. Civitas, Madrid, 1997, p. 78 y ss. También en: PÉREZ MANZANO, MERCEDES. *Culpabilidad y prevención*. Op. cit., p. 143 y ss.

¹⁷¹ Vid. JAKOBS, GÜNTHER. *Culpabilidad en derecho penal: Dos cuestiones fundamentales*. Universidad externado de Colombia, Colombia, 2003, p. 565 y ss.

¹⁷² *Ibidem*, p. 12.

que traería como consecuencia la instrumentalización del hombre con la finalidad de conseguir la reestabilización de intereses sociales, sin embargo, a esta crítica se puede hacer frente cuando se sostiene que dicha desestabilización de la norma proviene de la actuación de una persona libre y racional, por lo que la atribución de culpabilidad no puede resolverse desligada de la sociedad concreta en la que el Derecho penal cumple su función de restabilización.¹⁷³.

Finalmente, tal como lo señala el profesor GARCÍA CAVERO, se puede sostener que en la doctrina han surgido diferentes posturas en relación a la concepción jurídico- penal que debe asumir el principio de culpabilidad, sin embargo, pese a las diferentes posturas que existe en la doctrina todas tienen un punto en común y es el de la necesidad de atribución de responsabilidad penal la misma que se sustenta en la culpabilidad del autor, esta afirmación ha sido respaldada por el código penal en el artículo VII del Título Preliminar del Código penal al señalar que “ la pena requiere la responsabilidad penal del autor” este término hace referencia al principio de culpabilidad pero se utilizó el término de responsabilidad con la finalidad de poder distanciarse con posturas retribucionistas de la pena¹⁷⁴.

3. Las manifestaciones del principio de culpabilidad

La exigencia de la culpabilidad se desarrollará tanto en la teoría del delito como en la configuración del injusto penal, por lo tanto el principio de culpabilidad va a tener dos manifestaciones: así en el ámbito del injusto, el principio de culpabilidad exige la presencia de una imputación subjetiva, esto es, que el hecho haya sido cometido dolosa o culposamente, proscribiéndose toda forma de responsabilidad objetiva. En la teoría del delito la culpabilidad como categoría exigirá que el

¹⁷³ Vid. GARCÍA CAVERO, PERCY. “La imputación subjetiva en Derecho penal”. En: *Cuestiones actuales de Derecho penal general y patrimonial*. Op. cit., p. 15-31.

¹⁷⁴ Vid. GARCÍA CAVERO, PERCY. *Lecciones de Derecho penal parte general*. Op. cit., p.124. También en: CASTILLO ALVA, JOSÉ LUIS. *Código penal comentado*. Gaceta Jurídica, Lima, 2004, p. 184 y ss.

injusto haya sido cometido por un sujeto penalmente responsable, es decir, por un sujeto capaz de desestabilizar la vigencia de las expectativas de conductas institucionalizadas en normas¹⁷⁵.

En el desarrollo del presente trabajo nos enfocaremos en desarrollar una de las manifestaciones del principio de culpabilidad, es decir, de la imputación subjetiva. Asimismo, es importante detallar que en el Código penal peruano la responsabilidad subjetiva se recoge de una interpretación sistemática de algunas disposiciones, así por ejemplo en el artículo VII del título preliminar se proscribire toda forma de responsabilidad objetiva, esto es, que un hecho lesivo tendrá relevancia penal siempre y cuando se pueda imputar subjetivamente al autor, es decir que el hecho haya sido cometido dolosa o culposamente¹⁷⁶.

4. Las formas de la imputación subjetiva: el dolo y la culpa

Los elementos que dan lugar a una imputación subjetiva son el dolo y la culpa, es por eso que se considera de gran importancia encontrar la diferencia entre ambos, primero porque no es suficiente que se produzca el nexo psíquico- normativo entre la acción y resultado sino que como se ha venido sosteniendo antes es necesario determinar si hubo intención o no de cometer la acción delictiva y segundo porque la responsabilidad que se atribuya en un caso u otro será siempre diferente existiendo por ello una responsabilidad graduable que conlleva a la necesidad de descubrir cuál es la diferencia existente entre dolo y culpa, por lo tanto ambos elementos deben ser desarrollados y diferenciados dogmáticamente¹⁷⁷. Así se conoce que las acciones cometidas con dolo tienen mayor pena que las cometidas culposamente, e incluso en el ámbito de la culpa existirán algunas conductas que no serán sancionadas penalmente debido al sistema de incriminación cerrada con el que se

¹⁷⁵ Vid. GARCÍA CAVERO, PERCY. “La imputación subjetiva en Derecho penal”. En: *Cuestiones actuales de Derecho penal general y patrimonial*. Op. cit., p. 15-31.

¹⁷⁶ Vid. CASTILLO ALVA, JOSE LUIS. *Principios de Derecho penal parte general*. Op. cit., p. 505-506.

¹⁷⁷ *Ibidem*. p. 487 y ss.

desarrolla a las conductas culposas. Es por ello que la diferenciación no sólo es una diferenciación teórica sino que también tiene efectos prácticos¹⁷⁸.

Así pues, a lo largo del tiempo se ha ido desarrollando la imputación subjetiva en el Derecho penal la misma que será analizada brevemente a continuación.

5. Origen y evolución de la imputación subjetiva. La normativización de la imputación subjetiva en el Derecho penal.

5.1. Origen y evolución de la imputación subjetiva

En un primer momento, debido a que el ámbito público y privado del Derecho no se encontraba diferenciados, sólo se distinguía entre hechos culpables y sucesos casuales para poder determinar si había comisión de delito o no. Luego con el tiempo se logra dar autonomía al Derecho penal público imputándose las acciones cometidas voluntariamente y a las conductas imprudentes se les atribuía un deber de resarcimiento. En la edad media tardía, con la ampliación de la concepción de dolo, el mismo es dividido en dolo directo, eventual e incluso se llega a incluir a la denominada culpa consciente, por ello la doctrina se preocupa cada vez más en encontrar la delimitación entre dolo y culpa para que se pueda imputar penalmente las conductas delictivas.¹⁷⁹

Por otro lado, la idea que se desarrollaba del ilícito era que el mismo era completamente objetivo y por su parte la culpabilidad era subjetiva, idea que fue acogida por la teoría causal de LISZT Y BELING, llegando a definir el ilícito como la causación del resultado típico a través de un comportamiento corporal voluntario, concibiendo de esta forma al

¹⁷⁸ Vid. GARCÍA CAVERO, PERCY. “La imputación subjetiva en Derecho penal”. En: *Cuestiones actuales de Derecho penal general y patrimonial*. Op. cit., p. 15-31.

¹⁷⁹ *Ibíd.*

resultado como componente de la acción y que tuvo como consecuencia el llegar a negar la subjetividad al ilícito, debe mencionarse que quien fue reconocido como el autor de la denominación “ilícito objetivo” fue RUDOLF V. IHERING quien estableció la distinción entre ilícito y culpabilidad. Luego, BINDING desarrolló una teoría que aceptaba la subjetividad en la tipicidad sin considerar al dolo quien todavía se mantenía exclusivo para la culpabilidad, es decir que los elementos subjetivos de la culpabilidad fueron desligándose para ir formando parte del ilícito, y ya con el finalismo, teniendo como uno de los primeros representantes a WELZEL, se logra incluir la vertiente subjetiva del hecho en la tipicidad, concluyéndose que toda acción ilícita lleva consigo elementos subjetivos, por lo que ahora se conoce que el ilícito tiene elementos subjetivos como objetivos. En la actualidad, en el ámbito de la imputación objetiva los tipos penales de los delitos dolosos y culposos se han equiparado por lo que no cabe hacer ninguna clase de distinción, quedando pendiente la distinción entre dolo y culpa en cuanto a la parte subjetiva del hecho¹⁸⁰.

La distinción subjetiva con respecto al dolo y la culpa se desarrollará precisando qué elementos de la parte subjetiva corresponde a cada uno, dichos elementos son el conocimiento y la voluntad, conocidos en la teología moral como las potencias del alma. La diferenciación entre dolo y culpa no ha sido uniforme es por ello que han surgido teorías dentro de la dogmática¹⁸¹. La teoría de la voluntad o del consentimiento, que surge entre finales del siglo XVIII y principios del siglo XIX señala que el dolo es conocimiento del hecho más voluntad respecto del resultado y la culpa sería conocimiento del hecho sin voluntad de producir el resultado, es decir que el dolo es conocer y querer la conducta típica, esta teoría tuvo inmediatamente una serie de críticas puesto que no

¹⁸⁰ Vid. SACHER DE KÖSTER, MARIANA. *La evolución del tipo subjetivo*. 1era. ed., Ad- Hoc, Buenos Aires, 1998, p. 15-51. También en: Vid. IHERING, RUDOLF VON. *Das Schuldmoment im römischen Privatrecht, Festschrift für Birnbaum*. Emil Roth, Giessen, 1867, p. 4 y ss. Vid. WELZEL, HANS. *Naturalismus und Wertphilosophie im Strafrecht*. GmbH, Berlin, 1935, p. 41 y ss.

¹⁸¹ Vid. GARCÍA CAVERO, PERCY. “La imputación subjetiva en Derecho penal”. En: *Cuestiones actuales de Derecho penal general y patrimonial*. Op. cit., p. 15-31.

se tuvo en cuenta aquellas acciones en que evidentemente se haya querido producir el resultado pero sin embargo en tales casos se impuso un castigo asignado a los delitos dolosos, es por eso que sus defensores optaron por ampliar el término “querer” pero ello los llevó a una serie de relaciones emocionales o “sucedáneos de la voluntad”¹⁸².

Por lo que, luego se desarrollan teorías que tienen como objeto de análisis el conocimiento, surgiendo la teoría de la representación o posibilidad, esta teoría señala que la sola representación del resultado sin ningún elemento volitivo fundamenta el dolo, es decir, que a una persona podrá imputársele un delito doloso cuando el sujeto ha actuado siendo consciente o representándose la existencia de un cierto riesgo con dicha actuación, a esta teoría se le critica que se amplíe demasiado el ámbito del dolo incluyendo a la culpa consciente en las conductas dolosas¹⁸³. Es por ello que surge la teoría de la probabilidad, en palabras de RAGUÉS I VALLÉS, una versión más extendida de la teoría de la representación, con la cual no sólo se exige que el autor se represente el resultado sino además que exista un grado relevante de probabilidad de su producción por lo que en el caso del dolo debe representarse una probabilidad predominante y si pese a ello se continúa actuando supone la decisión de lesionar los bienes jurídicos, esto es, que el peligro generado es de tal cantidad y calidad que una persona prudente sabe que el resultado lesivo se producirá o puede producirse, lo que distinguiría entre dolo y culpa sería un criterio puramente cuantitativo en cuanto al grado de probabilidad, surgiendo como nuevo problema el cómo determinar el nivel de probabilidad relevante para que una conducta sea considerada dolosa y no culposa¹⁸⁴.

¹⁸² Vid. RAGUÉS VALLÉS, RAMÓN. *El dolo y su prueba en el proceso penal*. José María Bosch, Barcelona, 1999, p. 60 y ss.

¹⁸³ Vid. ROXIN, CLAUDIUS. *Derecho penal parte general*. Op. cit., 432-433. También en: GARCÍA CAVERO, PERCY. “La imputación subjetiva en Derecho penal”. En: *Cuestiones actuales de Derecho penal general y patrimonial*. Op. cit., p. 15-31.

¹⁸⁴ Vid. RAGUÉS VALLÉS, RAMÓN. *El dolo y su prueba en el proceso penal*. Op. cit., p. 60 y ss.

5.2. La normativización de la imputación subjetiva en el Derecho penal

a. La evitabilidad individual

Este criterio es adoptado por el profesor GARCÍA CAVERO quien señala que para poder dar un adecuado contenido dogmático al dolo y la culpa es necesario observar el criterio normativo que comunica la imputación subjetiva, señalando que ese criterio es la evitabilidad individual, la razón que se da para tomar en cuenta dicho criterio es que el mundo se encuentra desmitificado y por lo tanto puede darse una explicación racional, es decir, que las actuaciones con un resultado de por medio son en gran medida calculables por lo que las personas tendrán la capacidad de evitar las consecuencias lesivas de su actuación, esto es, que al contar la persona con una capacidad de evitación individual del resultado lesivo que se puede presentar tanto en una actuación dolosa o culposa, permite poder imputar subjetivamente este hecho a una persona. Es por ello, que en el caso fortuito dicha imputación no podrá darse debido a la ausencia de la capacidad explicada¹⁸⁵.

b. La teoría de la probabilidad

Luego de sostener que la imputación subjetiva, tanto dolo como culpa, se encuentra en la evitabilidad individual, entonces se debe cuestionar cuál es la diferencia entre uno y otro criterio de imputación, por lo cual es preciso señalar que en la imputación subjetiva basada en la evitabilidad individual, el elemento volitivo no es necesario, por lo tanto la evitación de producir un resultado lesivo se basa en el conocimiento o la posibilidad de conocimiento de producción de resultado, aunque los niveles de conocimiento que se exija en el dolo o la culpa serán diferentes, señalándose que este nivel se medirá en base a la probabilidad de aparición del resultado, es decir, que si el nivel de probabilidad hace desistir de su actuación a un ciudadano fiel a derecho, se tratará de un delito doloso pero si el nivel de probabilidad exige solamente activar

¹⁸⁵ Vid. GARCÍA CAVERO, PERCY. “La imputación subjetiva en Derecho penal”. En: *Cuestiones actuales de Derecho penal general y patrimonial*. Op. cit., p. 15-31.

deberes de cuidado, estaremos ante un delito culposo¹⁸⁶. Por lo tanto, el dolo se configurará cuando el nivel de conocimiento es tal que puede prever que las consecuencias derivadas de su acción cuestionan directamente la vigencia de la norma y sólo si es fiel al derecho desistirá de realizarlo o interrumpirá determinada acción, dicho conocimiento se hará en base a leyes causales y criterios sociales que permiten dar lugar a ciertas valoraciones importantes antes de la imputación¹⁸⁷.

Luego, tenemos que para poder determinar cuál es el nivel de probabilidad que activa una evitabilidad mediante un deber de desistir de la actuación y un deber de cuidado es tener en cuenta la importancia de los intereses protegidos y considerar las particularidades de los diversos sectores de actuación. De ello se concluye que cuando se trate de bienes jurídicos personalísimos tales como la vida, el cuerpo y la salud, el nivel de probabilidad exigido será menor que cuando se analicen delitos contra el patrimonio por ejemplo. Asimismo, deberá tomarse en cuenta el ámbito de actuación, así se tiene por ejemplo a los delitos relacionados al tráfico rodado en los cuales el nivel de probabilidad exigido será mayor por tratarse de ámbitos con cierta habituación al riesgo, lo mismo sucederá con ámbitos de actuación con riesgo cubiertos o no¹⁸⁸.

En este aspecto es necesario precisar que el conocimiento relevante no debe ser entendido en un sentido psicológico, sino como una imputación de conocimiento, es decir, que el conocimiento necesario para el dolo se imputa al autor con base en criterios de referencia sociales asumidos por el Derecho penal y a este fenómeno se le conoce como normativización, por lo tanto la referida imputación se basará en criterios jurídico-penales. Es por ello que los criterios de imputación del conocimiento se basan en la idea de rol y la persona del autor tal como se le ha definido al delito, por lo que la exigencia de conocimiento tendrá en cuenta el rol que se le impone al autor y además se tomará en cuenta que

¹⁸⁶ *Ibíd.*

¹⁸⁷ Vid. JAKOBS, GÜNTHER. *Sociedad, norma y persona en una teoría de un Derecho penal funcional*. Civitas, Madrid, 1996, p. 55. También en: GARCÍA CAVERO, PERCY. *Derecho penal económico*. Op. cit., p. 470 y ss.

¹⁸⁸ Vid. GARCÍA CAVERO, PERCY. “La imputación subjetiva en Derecho penal”. En: *Cuestiones actuales de Derecho penal general y patrimonial*. Op. cit., p. 15-31.

dicho autor haya podido alcanzar esos conocimientos en sus circunstancias personales. Por lo tanto se asume desde este punto de vista un movimiento de carácter normativo mediante el cual lo que hace es que se desarrolle un Derecho penal ajustado a las necesidades de la sociedad pero que se tiene en cuenta su funcionamiento partiendo de que se trata de una sociedad justa¹⁸⁹.

6. El principio de culpabilidad en las personas jurídicas

Tal como se ha señalado el principio de culpabilidad tiene dos manifestaciones en el criterio de imputación. Así, en el ámbito del injusto se exige la presencia de una imputación subjetiva y como categoría de la culpabilidad lo que se exige es que el injusto se haya cometido por un sujeto penalmente responsable¹⁹⁰.

Hasta hace algunas décadas las exigencias derivadas del principio de culpabilidad eran dirigidas únicamente a las personas naturales, sin embargo, esto ha ido cambiando y se ha incorporado a las personas jurídicas como sujetos pasibles de sanciones penales¹⁹¹. En base a la discusión dogmática de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, se ha desarrollado a lo largo de la historia una serie de posturas que se iban acomodando de acuerdo a la realidad social que se vivía¹⁹².

¹⁸⁹ Vid. GARCÍA CAVERO, PERCY. *Derecho penal económico*. Ob. Cit., p. 471.

¹⁹⁰ Vid. GARCÍA CAVERO, PERCY. “La imputación subjetiva en Derecho penal”. En: *Cuestiones actuales de Derecho penal general y patrimonial*. Op. cit., p. 15-31.

¹⁹¹ Vid. GARCÍA CAVERO, PERCY. *Derecho penal económico*. Op. cit., p.189-190.

¹⁹² Autores que se han pronunciado al respecto: Vid. BACIGALUPO SAGGESE, SILVINA. *La responsabilidad penal de las personas jurídicas*. Hammurabi, Buenos Aires, 2001, p. 23 y ss. GARCÍA CAVERO, PERCY. *Derecho penal económico*. Op. cit., p.191-192. El mismo. *La persona jurídica en el Derecho Penal*. Op. cit., p. 17. SAVIGNY, KARL. *Sistema del Derecho romano actual*. Tomo II, Analecta editores, Navarra, 2004, p. 17. Asimismo,

Por otro lado, también se desarrollaron posturas en base a la capacidad delictiva de la persona jurídica, si bien un sector de la doctrina se mantiene firme en afirmar la irresponsabilidad penal de las personas jurídicas, reconoce la necesidad de aplicar a las mismas sanciones administrativas o ciertas medidas de seguridad¹⁹³, y existe otro sector que trata de justificar la imposición de penas, que a su vez se encuentra dividido en dos ámbitos de acuerdo al fundamento dogmático. Algunos, tratarán de encontrar fundamentos distintos a la culpabilidad por el hecho, y otros basarán sus fundamentos precisamente en una culpabilidad jurídico penal de las personas jurídicas¹⁹⁴.

En el presente trabajo se desarrollará de modo muy breve el sector que defiende la imputación penal de las personas jurídicas en base a la culpabilidad.

6.1.- Imputación penal con base en la culpabilidad

En la imputación penal con base en la culpabilidad lo que se busca es imponer sanciones penales reconociendo una culpabilidad jurídico-penal, y en este punto se van a desarrollar dos posturas, la primera intenta adaptar el concepto individual de culpabilidad a la persona jurídica, criterio que ha sido criticado puesto que el intentar ampliar el concepto de culpabilidad jurídico-penal para poder incluir a las personas jurídicas finalmente termina afectando al concepto de culpabilidad individual sobre la que se desarrolla el Derecho penal tradicional, y la segunda postura, la misma por la que nos decantaremos, desarrolla una

Vid. GÓMEZ JARA, CARLOS. *La culpabilidad penal de la empresa*. Marcial Pons, Madrid, 2005, p. 97 y ss.

¹⁹³ Al respecto: Vid. GRACIA MARTÍN. “La cuestión de la responsabilidad penal de las propias personas jurídicas”. En: *La responsabilidad penal de las empresas y sus órganos y responsabilidad por el producto*. Mir Puig/ Luzón Peña (coord.). José María Bosch, Barcelona, 1996, p. 37 y ss. FEIJOO SÁNCHEZ, BERNARDO. “Sobre el fundamento de las sanciones penales a las personas jurídicas y empresas en el Derecho penal español y el Derecho penal peruano”. En: *La responsabilidad de las personas jurídicas, órganos y representantes*. Ara editores, Lima, 2002, p. 251.

¹⁹⁴ Vid. GARCÍA CAVERO, PERCY. *Derecho penal económico. Parte general*. Op. cit., p.197-198.

culpabilidad propia para las persona jurídicas, tema que se detallará a continuación¹⁹⁵.

a. Una culpabilidad propia para las personas jurídicas

Según este criterio, se atribuye responsabilidad penal a las personas jurídicas en base a un criterio de culpabilidad que se adecúe a sus propias particularidades, si bien desde un plano empírico y ontológico las personas naturales y jurídicas enfrentan un gran diferencia, sobre todo porque estas últimas no se expresan precisamente a través del ejercicio de la libertad sino que su individualidad se configura con criterios, más bien, convencionales, es decir, que la persona jurídica está conformada por un conjunto de personas que se reúnen y expresan su libertad de asociación a través de un acuerdo convencional, esto no es razón suficiente para evitar que tanto personas naturales como jurídicas se desarrollen en un orden social único¹⁹⁶.

Un sector de la doctrina sostiene que la culpabilidad penal de la persona natural tiene como base la libertad de actuación, y como en la persona jurídica esta libertad es insustentable han inclinado sus puntos de vista desde una culpabilidad de autor que se desvincule del acto lesivo¹⁹⁷.

Esta conclusión no es compartida por el profesor GARCÍA CAVERO, quien sostiene que la culpabilidad de la persona jurídica no debe abandonar la culpabilidad del acto, pese a que en las personas jurídicas no se encuentre el libre arbitrio, la culpabilidad se formulará en términos análogos a la de las personas naturales, es decir, y siguiendo lo desarrollado por la teoría de los sistemas¹⁹⁸, que si bien la persona jurídica

¹⁹⁵ *Ibidem.* p. 208.

¹⁹⁶ *Ibidem.*

¹⁹⁷ Autores que comparten esta postura: Vid. HEINE, GÜNTHER. *Die strafrechtliche Verantwortlichkeit von Unternehmen*. Nomos, Baden-Baden, 1995, p. 249 y ss. Asimismo, LAMPE, ERNST-JOACHIM. *La dogmática jurídico penal entre la ontología social y el funcionalismo*. Grijley, Lima, 2003, p. 162 y ss. ENGISCH, KARL. *Monatsschrift für Kriminologie und Strafrechtsreform (MschKrim)*, Thomson Reuters, 1967, p. 108 y ss. MEZGER. "Die Straftat als Ganzes". *En: ZStW*, Berlin, 1937, p. 675 y ss.

¹⁹⁸ Con respecto a la Teoría de los sistemas, Vid. GÓMEZ- JARA DÍEZ, CARLOS. *La responsabilidad penal de las personas jurídicas: el modelo*

no alcanzará el mismo nivel ontológico que tiene una persona natural, no se debe dejar de lado el análisis de las consecuencias que produzca su actuación, al tratarse de un ente real. Es por ello, que si bien la culpabilidad jurídico-penal de las personas naturales se estructuran en atención a su individualidad (libertad) y sociabilidad (responsabilidad), en el caso de las personas jurídicas, alcanzan una individualidad en base a su capacidad de autoorganizarse logrando desarrollar intereses sociales distintos a los de sus órganos, representantes y socios¹⁹⁹.

Esta autonomía, cuyo análisis es desarrollado en la teoría de la organización, da lugar a una capacidad de reflexión en la persona jurídica que dependerá de la complejidad de su organización, sin embargo, además de la autoorganización para poder establecer una responsabilidad jurídico-penal, se necesita que la persona jurídica pueda defraudar expectativas sociales esenciales con sus actos organizativos, el mismo que es posible dada la sociabilidad con la que cuenta, por lo tanto, esta peculiaridad lo convierte como a toda persona natural en titular del estatus de ciudadano pudiéndosele dar a sus actuaciones un sentido jurídico específico y justificar una respuesta social concreta (responsabilidad)²⁰⁰. Es decir, que la culpabilidad en la persona jurídica será la manifestación social de autoorganización que hace el ente colectivo en infracción de los roles que debe cumplir²⁰¹.

constructivista de autorresponsabilidad empresarial. Lima, Ara editores, 2010, p. 22 y ss.

¹⁹⁹ Vid. GARCÍA CAVERO, PERCY. *Derecho penal económico. Parte general*. Op. cit., p. 215-218. El mismo; *La persona jurídica en el Derecho penal*. Lima, Grijley, 2008, p. 51 y ss. Asimismo, Vid. KAUFMANN, ARTHUR. *Filosofía del Derecho*. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1999, p. 216 y ss.

²⁰⁰ Vid. GARCÍA CAVERO, PERCY. *Derecho penal económico. Parte general*. Op. cit., p. 215-218

²⁰¹ *Ibidem*.

6.2. Los modelos de atribución de responsabilidad penal a las personas jurídicas

En la doctrina se han desarrollado diversos modelos de atribución de responsabilidad penal a las personas jurídicas los mismos que se mencionarán a continuación.

En el modelo de responsabilidad penal por atribución del hecho del otro, a la persona jurídica se le atribuye la responsabilidad penal por el injusto que realizan sus órganos o representantes, es decir, la responsabilidad individual es transferida al ente colectivo²⁰². Sin embargo, a este modelo se le han realizado diversas críticas destacando entre ellas la imposibilidad de trasladar el ámbito subjetivo del delito cometido por el órgano a la persona jurídica, quedando una atribución de responsabilidad objetiva, esto hace que se cuestione su compatibilidad con el principio de culpabilidad por el hecho propio, otra crítica es el hecho de que este modelo permita sancionar a la persona jurídica y a sus órganos, lo que consecuentemente lleva a una doble valoración por el hecho, y finalmente se logra divisar una serie de problemas operativos²⁰³.

Luego, está el modelo de responsabilidad por hecho propio, en este modelo lo que se sostiene es que la responsabilidad penal de la persona jurídica se atribuye por un hecho de ésta, es decir, que se asigna responsabilidad penal cuando haya sido la persona jurídica quien cometa el hecho delictivo. Este modelo tuvo sus inicios con la denominada

²⁰² Autores que defienden este modelo: Vid.WEBER, VON. “Über die Strafbarkeit juristischer Personen”. En: *Goldammer’s Archiv für Strafrecht*, 1954. p. 237 y ss. TIEDEMANN. “Die BebuBung von Unternehmen nach dem 2. Gesetz zur Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität”. En: *Neue Juristische Wochenschrift*. 1988. p. 1172 y ss.

²⁰³ En este sentido, SILVA SÁNCHEZ. “La responsabilidad penal de las personas jurídicas y las consecuencias accesorias del art. 129 del Código penal español”. En: *La responsabilidad penal de las personas jurídicas, órganos y representantes*. GARCÍA CAVERO, PERCY (coord.). Mendoza, 2004, p. 121; SCHÜNEMANN. “Nuevas tendencias internacionales en la responsabilidad penal de personas jurídicas y empresas”. En: *XXV Jornadas Internacionales de Derecho penal*. BERNAL CUELLAS (coord.). Bogotá, 2003, p. 283 y ss.; ROBLES PLANAS. “¿Delitos de personas jurídicas?”. En: *InDret*, 2, 2006 (344), www.indret.com, p. 5.

“culpabilidad por defecto de organización” según la cual la responsabilidad que se atribuye a la persona jurídica se dará por una deficiencia organizativa de la misma, la labor en esta postura fue la de precisar cuáles son los requisitos que deben tenerse en cuenta para determinar si hubo un defecto o no en la organización de la persona jurídica, el criterio esencial al respecto fue el criterio preventivo que tuvo la persona jurídica para evitar que el injusto sea cometido por uno de sus órganos o representantes, es decir, que la persona jurídica debió seguir unas medidas de control que impidieran la comisión de delitos. La crítica que se le ha hecho a este modelo es el de no seguir un modelo de autorresponsabilidad, es decir, se sostiene que el defecto en la organización se debe a la actuación indebida de los órganos de control o supervisión de la empresa por lo que el modelo en realidad sigue siendo el de transferencia de responsabilidad penal²⁰⁴.

Al respecto, LAMPE, realizó un planteamiento por medio del cual sustenta la culpabilidad de la empresa porque la misma es responsable de las deficiencias organizativas, este autor hace referencia a que el injusto de la empresa estará constituido por comportamientos que lesionan bienes jurídicos y que su propia organización favorece, pero que este injusto de la empresa no es suficiente para generar responsabilidad penal sino que además se necesitará del injusto de resultado que realiza el miembro individual de la empresa, este modelo es criticado porque no termina de desvincularse del injusto personal²⁰⁵.

Por otro lado, GÓMEZ - JARA, plantea el hecho de atribuir responsabilidad penal a las personas jurídicas cuando la cultura empresarial no es fiel al Derecho y por lo tanto incurre en un incumplimiento de la legalidad, es decir, que la empresa responderá penalmente cuando la misma que puede autoorganizarse tiene una defectuosa organización en el cumplimiento de la legalidad²⁰⁶.

²⁰⁴ Vid. GARCÍA CAVERO, PERCY. *Derecho penal económico. Parte general*. Op. cit., p. 221-224.

²⁰⁵ LAMPE, ERNST-JOACHIM. *La dogmática jurídico penal entre la ontología social y el funcionalismo*. Op. cit., p. 103 y ss.

²⁰⁶ Vid. GÓMEZ- JARA DÍEZ. *La culpabilidad penal de la empresa*. Op. cit., p. 97 y ss.

Finalmente, el profesor GARCÍA CAVERO, sostiene que efectivamente el injusto penal atribuido a las personas jurídicas se debe al defecto que pueda darse en su organización, sin embargo, agrega a ello que el reconocimiento del injusto cometido por la persona jurídica no está desligado del injusto cometido por sus órganos o representantes, sino que ambos injustos forman parte de un hecho en común, reconociéndose por lo tanto la titularidad de la persona jurídica en su organización, y esto origina que la persona jurídica sea organizativamente competente por el hecho delictivo que se llegue a cometer. Es decir, las expectativas normativas esenciales serán defraudadas cuando la persona jurídica se organice defectuosamente²⁰⁷.

Si bien se hace referencia a los defectos de organización (delitos de dominio), también puede atribuirse responsabilidad cuando se da la infracción de un deber positivo especial (delitos de infracción de un deber). En los delitos de dominio se parte de la idea de una persona jurídica como una persona con libertad de organización pero que a su vez esta libertad debe desarrollarse sin perjudicar a los demás, porque de lo contrario deberá responder por las consecuencias negativas que pueda originar, hecho que será castigado a través de los denominados delitos de dominio. Por lo que, si bien no es necesario elaborar una configuración dogmática distinta entre las personas naturales y las personas jurídicas, también es cierto que el nivel de complejidad en el caso de estas últimas lleve a la doctrina a desarrollar una teoría de la imputación objetiva y subjetiva que se acomode a las particularidades de las personas jurídicas²⁰⁸.

En el ámbito de la imputación objetiva se entiende que las personas jurídicas deberán reunir los mismos elementos requeridos en la teoría general de la imputación objetiva de las personas naturales, por otro lado, en el ámbito de la imputación subjetiva, lo que debe desarrollarse es una imputación subjetiva propia de las personas jurídicas, al respecto se puede señalar que tanto el dolo como la culpa ya no son más realidades psicológicas del autor, sino que ahora se entiende que es el conocimiento

²⁰⁷ Vid. GARCÍA CAVERO, PERCY. *Derecho penal económico. Parte general*. Op. cit., p. 225-234.

²⁰⁸ *Ibidem*.

lo que pudo haber permitido al autor la evitación individual del delito, así pues, esta imputación del conocimiento también será trasladado al caso de las personas jurídicas, es decir, se da paso a un conocimiento organizativo del riesgo, el mismo que no debe equipararse con la suma de conocimientos individuales de los miembros del ente colectivo, sino que se trata del conocimiento que el ente corporativo tiene disponible a partir de la información incorporada a la organización. En el caso de los delitos de infracción de un deber, la persona jurídica mantiene una vinculación institucional que le obliga a cumplir deberes positivos con la finalidad de mantener una aceptada situación social²⁰⁹.

²⁰⁹ *Ibíd.*

CAPÍTULO III

LA CONSIDERACION POR EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL “PRINCIPIO DE CULPABILIDAD” EN EL DERECHO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR. ANÁLISIS DE LA CUESTIÓN EN LA DOCTRINA Y LA JURISPRUDENCIA PERUANA Y ESPAÑOLA

1. Cuestiones generales. El pronunciamiento sobre la cuestión en la jurisprudencia.

El presente trabajo de investigación ha surgido por las constantes cuestiones que se han ido desarrollando tanto a nivel doctrinal como jurisprudencial respecto a la aplicación del principio de culpabilidad en el Derecho administrativo sancionador, es por ello que resulta necesario, antes de evaluar los diferentes argumentos que se han dado en la doctrina con respecto al tema, mencionar lo que se ha dicho en la jurisprudencia.

Así tenemos que ya las sentencias del tribunal constitucional en el Perú han señalado que el principio de culpabilidad efectivamente forma parte de este sector del Derecho, es decir, que han considerado dentro de los principios del Derecho administrativo sancionador al principio de culpabilidad tal como se detallará a continuación:

“...Sobre el particular, es necesario precisar 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, el cual incluye, naturalmente, al ejercicio de potestades disciplinarias en el ámbito castrense...’’²¹⁰

“... Si bien la potestad de dictar sanciones administrativas al igual que la potestad de imponer sanciones penales, derivan del ius puniendi del Estado, 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.

12. No obstante la existencia de estas diferencias, existen puntos en común, pero tal vez el más importante sea el de que los principios generales del derecho penal son de recibo, con ciertos matices, en el derecho administrativo sancionador. Sin agotar el tema, conviene tener en cuenta cuando menos algunos de los que son de recibo, protección y tutela en sede administrativa:

(...)

c.- Principio de culpabilidad, que establece que la acción sancionable debe ser imputada a título de dolo o culpa, lo que importa la prohibición de la responsabilidad objetiva; esto es, que solo se puede imponer una sanción si es que la conducta prohibida y su consecuencia están previstas legalmente.

En el caso del derecho penal, es más sencillo apreciar cómo opera este principio, puesto que además de la tipificación realizada en el Código Penal y de indicarse las sanciones que se pueden imponer a título de culpa o dolo, se establecen los

²¹⁰ Vid. ST del 16 de abril del 2003, foja 4 (punto n°8).

parámetros necesarios para que la sanción no resulte arbitraria o desproporcionada (mínimos y máximos). ”²¹¹

Tal como se puede apreciar, de acuerdo a lo señalado por el Tribunal Constitucional Peruano, el principio de culpabilidad es considerado un principio del Derecho administrativo sancionador, pronunciamiento que llama la atención especialmente porque la Ley del procedimiento administrativo general no lo menciona como principio que forme parte de este sector del Derecho, y por el contrario en su lugar hace mención al principio de causalidad, asimismo, dichas sentencias no han desarrollado de manera detallada cuál es el fundamento de dicha afirmación.

Por otro lado, en España autores de importante trayectoria como NIETO GARCÍA, han localizado un evolución jurisprudencial que consta básicamente de tres fases. Así en un primer momento se identifica el rechazo absoluto de la culpabilidad por la incompatibilidad existente con la responsabilidad señalada para el Derecho administrativo sancionador, es decir, con la responsabilidad objetiva. En la segunda fase se menciona ya la introducción de la voluntariedad, es decir, la exigencia de haber querido el resultado, y con ello se considera que se deja de lado la responsabilidad en supuestos de fuerza mayor, caso fortuito y “vis compulsiva”. Finalmente, en una tercera fase indentifican la exigencia de culpabilidad, es decir, el de no sólo querer un resultado (la llamada voluntariedad psicológica) sino que además debe quererse el resultado ilícito (intencionalidad, culpabilidad)²¹².

En la jurisprudencia española se puede identificar una serie de sentencias que a lo largo del tiempo han declarado diferentes posturas con respecto al tema en cuestión, sin embargo, es cierto que la doctrina dominante, y basándose principalmente en los pronunciamientos jurisprudenciales, es aquella que acepta la inclusión del principio de

²¹¹ Vid. Sentencia del TC de fecha 03 de setiembre de 2010, foja 4 y 5 (punto 11 y 12). Véase también en: Sentencia del Tribunal Constitucional del 11 de octubre del 2004, foja 2 (punto n°4) y de fecha 24 de noviembre de 2004, foja 9 (punto 21).

²¹²Vid. NIETO, ALEJANDRO. *Derecho administrativo sancionador*. Op. cit., p. 346-347.

culpabilidad en el Derecho administrativo sancionador, entre las sentencias que ha emitido el tribunal supremo tenemos por ejemplo aquella que menciona lo siguiente:

*“ Requisito indispensable para que una conducta pueda ser castigada tanto en la esfera penal como en la administrativa, en cuanto ambas son manifestaciones de la potestad sancionador del Estado, es que tal conducta sea [...] culpable, es decir, atribuible al sujeto a título de dolo o culpa, sin intervención de circunstancias que eliminen tal culpabilidad”*²¹³.

Asimismo, el Tribunal constitucional español ha confirmado la postura del Tribunal supremo al evaluar, por ejemplo, la eventual inconstitucionalidad de la reforma introducida por la Ley 10/1985 en el artículo 77.1 de la Ley General Tributaria y el Tribunal al señalar que no se puede suprimir en la configuración del ilícito tributario el elemento subjetivo de la culpabilidad, por lo que con ello la exigencia del principio de culpabilidad en el Derecho administrativo sancionador adquiere un fundamento constitucional a través de la interpretación del Tribunal, quedando claro que el objetivo principal de exigir la culpabilidad en el Derecho administrativo sancionador es la exclusión de la responsabilidad objetiva²¹⁴.

2. “El principio de culpabilidad” en el Derecho Administrativo Sancionador. Análisis de la cuestión en la doctrina.

2.1. La progresiva inclusión del Principio de culpabilidad en el Derecho administrativo sancionador

La consideración del principio de culpabilidad como un principio del Derecho administrativo sancionador no es un tema que se planteó

²¹³ Vid. Sentencia del Tribunal Supremo Español de fecha 10 de febrero de 1989. Véase también: Sentencias del Tribunal Supremo de fecha 16 de diciembre de 1975, 13 de octubre de 1989, 7 de diciembre de 1989, 13 de julio de 1987, 23 de enero de 1992, entre otras.

²¹⁴ Vid. NIETO, ALEJANDRO. *Derecho administrativo sancionador*. Op. cit., p. 344-345.

radicalmente, sino que el mismo ha pasado por una serie de etapas a lo largo del tiempo, es decir, que en un inicio la doctrina no planteó introducir un elemento culpable en el Derecho administrativo sancionador al ser este criterio incompatible con la responsabilidad objetiva, el mismo que se le atribuía a las infracciones administrativas, pero progresivamente el criterio radical de responsabilidad objetiva se va eliminando²¹⁵, y finalmente, de acuerdo a lo señalado por algunos autores en la doctrina española, es con la Constitución española de 1978 que se impone el principio de culpabilidad y se va dejando de lado la responsabilidad objetiva. La idea de la imposición del principio de culpabilidad en los últimos tiempos tiene como fuente la jurisprudencia del Tribunal supremo español y del Tribunal constitucional, con la cual se llega a la conclusión que el elemento subjetivo de culpa o dolo es imprescindible para la existencia de una infracción administrativa²¹⁶.

2.2. Aplicación del principio de culpabilidad: Del Derecho penal al Derecho administrativo sancionador

En este apartado se mencionarán a los autores que sostienen que el principio de culpabilidad debe aplicarse al Derecho administrativo sancionador tal como sucede en el Derecho penal, es decir, sin matizaciones o particularidades; y también se desarrollará lo sostenido por autores que sí consideran que el principio de culpabilidad debe ser aplicado en el Derecho administrativo sancionador pero aceptando las matizaciones que permitan adecuarlo a esta rama del Derecho.

Para GÓMEZ TOMILLO resulta importante y coherente partir de la aceptación de una identidad ontológica entre infracciones administrativas y penales para poder afirmar también la presencia de la culpabilidad en ambas ramas del Derecho. Asimismo, la culpabilidad en la infracción administrativa debe ser aplicada tal y como sucede en el delito, es decir, la afirmación de una identidad material a su vez trae como consecuencia

²¹⁵Vid. PEMÁN GAVÍN, IGNACIO. *El sistema sancionador español*. Cedecs, Barcelona, 2000, p. 292-293. También en: NIETO, ALEJANDRO. *Derecho administrativo sancionador*. Op. cit., p. 346-347.

²¹⁶ Vid. PALMA DEL TESO, ANGELES DE. “La culpabilidad”. En: *Justicia administrativa: Revista de Derecho administrativo*. N° Extra 1, Lex nova, Valladolid, 2001, p. 29-30.

lógica que lo sean también en sus elementos. Por otro lado, y conforme a lo señalado por la doctrina mayoritaria se sostiene que en el juicio de culpabilidad se individualiza la responsabilidad del infractor y se reconoce a la culpabilidad como un juicio complejo y material. En cuanto a lo primero, lo que se trata de explicar es que en la culpabilidad se debe analizar la desigualdad que existe entre los sujetos, haciendo un análisis individual de cada sujeto y así tener como resultado un juicio justo, y lo segundo está relacionado con la situación fáctica que debe analizarse. Este autor señala además que conforme a lo establecido la sentencia STC (Sala 3ª) de 27 de mayo de 1999 (RJ 1999, 4504), F.2º, para imponer una sanción administrativa no es suficiente que la infracción esté tipificada y sancionada sino que además debe analizarse la categoría de culpabilidad. Para él, el problema al momento de definir la culpabilidad es que su definición variará dependiendo de si se trata de una persona física o jurídica²¹⁷.

Para llegar a una definición del principio de culpabilidad el autor desarrolla las diferentes concepciones que en el ámbito penal se han dado con respecto al principio de culpabilidad, mencionando las teorías psicológicas, normativas, finalistas y sociales, llegando a la conclusión que el concepto de culpabilidad característico de las personas físicas “es entendido como juicio de reproche que se dirige al autor de una infracción porque pudiendo haberse comportado conforme a derecho, no lo hizo”, señalando además que la unidad ontológica que existe entre el Derecho penal y administrativo lleva a la conclusión que este concepto de culpabilidad será utilizado en ambos sectores. Asimismo, menciona una serie de sentencias del Tribunal Supremo en el que se define a la culpabilidad como “el reproche que se hace a una persona, porque esta debió haber actuado de modo distinto de como lo hizo”, además menciona sentencias del Tribunal Constitucional en el que se menciona el principio de culpabilidad como un principio aplicable al Derecho penal y al Derecho administrativo sancionador. Por otro lado, también aclara que en la sentencia STS, Sala 3ª, de 5 de febrero de 1999 (RJ 1999, 1824), F.4º si bien se define la culpabilidad conforme a lo que se ha

²¹⁷ Vid. GÓMEZ TOMILLO, MANUEL. *Derecho administrativo sancionador. Parte general: teoría general y práctica del Derecho penal administrativo*. Op. Cit., p.455 y ss.

venido desarrollando, existe una parte de la sentencia donde se menciona que la culpabilidad en el Derecho administrativo sancionador se da en distintos términos que en el Derecho penal, al respecto sostiene que este matiz se refiere exclusivamente al error de prohibición. Por último, establece la definición de culpabilidad en el ámbito de las personas jurídicas como el defecto de organización, siendo por tanto una especie de reproche por no haber adoptado las medidas de precaución que le eran exigibles²¹⁸.

Al respecto, CANO CAMPOS, considera que el principio de culpabilidad es un principio que deriva del concepto moderno de sanción, y como principio constitucional, no sólo debe ser exclusivo del Derecho penal sino que también debe ser considerado en el Derecho administrativo sancionador. Este autor afirma que el principio de culpabilidad constituye un límite al poder del Estado puesto que para sancionar a alguien deberá tomarse en cuenta una serie de presupuestos o requisitos, sin embargo, los mismos no tienen por qué ser idénticos a los del Derecho penal dada la diferencia existente entre ambos sectores, es por ello, que debido a la menor gravedad que deben tener las infracciones administrativas en el Derecho, los requisitos de culpabilidad pueden ser menos rigurosos pero sin prescindir totalmente de tales requisitos²¹⁹.

Asimismo, señala que las causas de exclusión de la culpabilidad aplicables en el Derecho penal como son la minoría de edad, las anomalías o alteraciones psíquicas, el error de prohibición y el miedo insuperable, deben también incluirse en el Derecho administrativo sancionador y no por una traslación sin más de los principios del Derecho penal sino porque existe un fundamento material²²⁰. Es por ello, que en el fondo pareciera que este autor hace en realidad un traslado absoluto de cómo se aplica el principio de culpabilidad en el Derecho penal al Derecho administrativo sancionador.

Por su parte, DE PALMA DEL TESO, señala que: “La finalidad del Derecho administrativo sancionador es proteger determinados bienes

²¹⁸ *Ibidem*.

²¹⁹ *Vid.*, CANO CAMPOS, TOMÁS. *Las sanciones del tráfico*. Aranzadi, Cizur Menor, 2011, p. 198-240.

²²⁰ *Ibidem*.

jurídicos mediante la prevención de las conductas que los pueden poner en peligro o lesionar”, es decir, lo que se busca es la protección de determinados bienes jurídicos a través de la amenaza que en caso los mismos sean lesionados el autor tendrá que asumir la sanción que se le imponga, esta sanción entonces tendrá por finalidad restablecer el orden jurídico vulnerado y reafirmar la confianza en el Derecho dando como lección al ciudadano y a la comunidad la imposición del Derecho. Por lo tanto, la finalidad de prevención especial y general no tendría razón de ser alguna si una sanción va a ser aplicada sin tener en cuenta el principio de culpabilidad, es decir, sin considerar si hubo dolo o culpa por parte de quien realizó la acción, de lo contrario distaría mucho de que sea una sanción sentida como correcta ante quien cometió la infracción como ante la sociedad²²¹.

El Tribunal Constitucional español ha señalado en reiteradas ocasiones que los principios que forman parte del Derecho penal deben ser trasladados con las matizaciones correspondientes al Derecho administrativo sancionador, debido a que ambas ramas del Derecho son manifestaciones del ordenamiento punitivo del Estado, por lo tanto el principio de culpabilidad es un principio que forma parte del Derecho punitivo consagrado a su vez por la propia Constitución y como tal debe aplicarse en ambas ramas del Derecho. Sin embargo, el hecho que los principios básicos del Derecho penal deban trasladarse al Derecho administrativo sancionador por ser principios reconocidos al ámbito punitivo no significa que los mismos deban ser trasladados al ámbito sancionador sin más, sino que dadas las diferencias entre uno y otro sector la aplicación de estos principios aceptarán matices que adecuarán los mismos al Derecho administrativo sancionador. Esto se fundamenta porque la culpabilidad en el ámbito penal viene a ser el juicio de reproche que se hace al sujeto que cometió el hecho antijurídico cuando el mismo pudo evitarse, es decir, se reprocha que determinada conducta pudo adecuarla a la norma y no lo hizo, en cambio el Derecho administrativo sancionador tiene una finalidad preventiva, es decir, se evita la mera puesta en peligro o la lesión de los bienes jurídicos, por lo tanto el reproche no es un concepto que forme parte de este sector del Derecho al no considerar componente ético o moral alguno, es por ello que una

²²¹ Vid. PALMA DEL TESO, ANGELES DE. “La culpabilidad”. Op. cit., p. 30

conducta será culpable en cuanto sea atribuible a su autor a título de dolo o culpa²²².

Por otro lado, NIETO GARCÍA señala que existen algunas leyes sectoriales que precisan la exigencia de culpabilidad con menor o mayor precisión, tal como ocurre en la Ley General Tributaria, y otras que precinden de este requisito como es el caso de la Ley de Infracciones y Sanciones del Orden Social de 1988. El autor sostiene que el fundamento de la doctrina en cuanto a la aplicación del principio de culpabilidad en el Derecho administrativo sancionador debe partir de la cuestión previa de “si la infracción administrativa está sometida a los principios fundamentales del Derecho penal” y de acuerdo a si la respuesta es afirmativa o negativa se llegará a diferentes conclusiones. Esta afirmación es basada también jurisprudencialmente mediante el cual se citan una serie de sentencias en las cuales en unas se exigirá la concurrencia de dolo o culpa si es que se acepta la identidad de principios entre ambas ramas del Derecho, y sucede lo contrario cuando se niega dicha identidad. Sin embargo, NIETO GARCÍA concluye afirmando que estas posturas radicales luego terminan aproximándose en el caso concreto, sobre todo cuando se acepta la culpabilidad en el Derecho administrativo sancionador con ciertos matices que ayudarán en su aplicación al caso concreto²²³.

De acuerdo a la aceptación progresiva del principio de culpabilidad en el Derecho administrativo sancionador se pueden identificar dos tesis, la primera es la tesis negativa que niega, como su nombre lo indica, la exigencia de culpabilidad en el Derecho administrativo sancionador en un principio de modo radical y luego ya con la Constitución para que se configure la infracción se aceptaría la voluntariedad entendida, tal como se definió en la sentencia del 20 de junio de 1983 (Ar. 3611; Gutiérrez de Juana), “...como presupuesto psicológico de la acción consciente, se agota en ella y no trasciende al querer o el deber jurídico de prever el

²²² Ibídem. Sobre los efectos de la constitucionalización de la potestad sancionadora en: SANZ GANDASEGUI, F. *La potestad sancionadora de la Administración: la Constitución Española y el Tribunal Constitucional*. Edersa, Madrid, 1985.

²²³ Vid. NIETO GARCÍA, ALEJANDRO. *Derecho administrativo sancionador*. Op. cit., p. 336-339.

resultado, afectando a la imputabilidad y no a la culpabilidad en referencia...”. Asimismo, en esta tesis, sí se reconoce la culpabilidad sólo cuando se analiza la gravedad de la infracción. Por otro lado, la tesis positiva y basándose el autor en lo dicho por la doctrina y la jurisprudencia, se sostiene la aplicación de la culpabilidad en el Derecho administrativo sancionador, y se afirma que la aplicación de dicho principio no corresponde a la voluntad del legislador ordinario sino que sus bases son constitucionales pero que su aplicación aceptará ciertos matices que se adecúan a esta rama del derecho²²⁴.

Resalta entre sus peculiaridades primero la diligencia debida, es decir, que si bien en el ámbito penal los ilícitos pueden ser conocidos por los ciudadanos dada su brevedad, en el caso del Derecho administrativo sancionador en el que los ilícitos reconocidos por los diferentes sectores son inabarcables no puede hacerse la misma exigencia de conocimiento a los ciudadanos y por ello se matiza este punto desde la diligencia exigible, que consiste en determinar, a cada caso concreto, si el ciudadano estaba obligado o no de conocer dicho ilícito, otra peculiaridad, es el de la buena fe, ya que tal como se sabe en el Derecho administrativo sancionador por regla general se protegen los intereses colectivos, por lo que si la administración cambiara de normativa en cuanto a determinado sector, el ciudadano puede alegar la buena fe de haber actuado conforme a la confianza legítima en una determinada conducta²²⁵.

Asimismo, se reconoce que en el Derecho penal el delito está conectado con la lesión del bien jurídico en cambio en el caso del Derecho administrativo sancionador la infracción administrativa está conectada con el mero incumplimiento normativo, es decir que en el Derecho administrativo sancionador el riesgo no será un elemento de la acción sino de la política normativa, es por ello que la culpabilidad no se determinará en el contenido de la acción sino porque dicha acción no está legalizada. Finalmente, el autor hace un análisis en cuanto al caso de las

²²⁴ *Ibíd.* p. 339-346

²²⁵ *Ibíd.* p. 347-348.

personas jurídicas, pero este será un tema que se desarrollará más adelante²²⁶.

Por su parte, SANTAMARÍA PASTOR, señala que la obligatoriedad de las normas jurídicas tiene como consecuencia que se establezcan mecanismos de reacción contra quienes las incumplan, si las infracciones producen lesiones a personas concretas el ordenamiento declara la invalidez de los actos ilegales y hasta se puede llegar a ordenar resarcir los daños causados a la persona que haya sufrido la lesión, en cambio cuando la conducta causa lesión en intereses colectivos la reacción será de carácter represivo, imponiéndose un castigo al infractor con el cual se busca alcanzar un fin punitivo como un fin de prevención. Constitucionalmente este poder represivo era encomendado a los jueces y tribunales, sin embargo, se llega a determinar que la Administración pública también ejercía poder represivo o de sanción para hacer frente a las conductas ilícitas²²⁷.

Este autor luego de reconocer el poder represivo que ostentan las Administraciones públicas, señala que en España los caracteres de la potestad sancionadora en el régimen preconstitucional era, entre tantos, la elusión del principio de culpabilidad pero que ya con el marco constitucional esta perspectiva va cambiando y consideran al principio de culpabilidad como unos de los principios de aplicación del sistema sancionador. Al respecto, reconoce que este es un principio tradicional del ordenamiento penal, pero que con el anuncio de la identidad de principios entre el Derecho penal y el administrativo sancionador a través de las sentencias del Tribunal Supremo de 2 y 25 de marzo de 1972 se deja de lado las ideas preconstitucionales que señalaban a la responsabilidad sancionadora como una responsabilidad objetiva. Si bien reconoce que la Constitución española no hace referencia expresa del principio en cuestión, sí lo hace la LRJPAC en su artículo 130.1 y aunque su interpretación llega a ser ambigua, basa sus argumentos en la interpretación de la jurisprudencia constitucional²²⁸.

²²⁶ *Ibidem.* p. 349-352.

²²⁷ *Vid.*, SANTAMARÍA PASTOR, JUAN ALFONSO. *Principios del Derecho Administrativo general*. 1era ed., Iustel, Madrid, 2004, p. 362-394.

²²⁸ *Ibidem.*

Por otro lado, MARINA JALVO, sostiene que el principio de culpabilidad en el Derecho administrativo sancionador ha sido objeto de diferentes críticas, tanto en la jurisprudencia como en la doctrina, pero posteriormente su aceptación se ha ido sentando sobre todo en la jurisprudencia lo que llevó a que, y siguiendo la línea del Tribunal Supremo, el Tribunal Constitucional haya señalado que es la Constitución quien consagra el Principio de Culpabilidad, y aunque la misma Constitución no lo menciona expresamente el mismo se deriva del Principio de Estado de Derecho y de la protección de la dignidad de la persona humana, por lo tanto toda ley que desconozca dicho principio se convierte en un ley inconstitucional²²⁹.

Por lo tanto, esta autora niega que el Derecho administrativo sancionador se rija por una responsabilidad objetiva, y contrario a ello, reconoce la existencia del Principio de culpabilidad pero acepta que el mismo se desarrolla de diversa manera a como lo hace en el Derecho penal, así pues, señala que pese a la identidad de naturaleza existente entre los ilícitos penales y administrativos, y la aceptación de matices en el momento de aplicar los principios al Derecho administrativo sancionador, las diferencias estructurales están presente, así en el ámbito subjetivo, será evidente que en el Derecho penal la presencia del dolo constituye la regla en cambio en el Derecho administrativo sancionador el dolo o culpa será una condición necesaria pero también suficiente para que se configure la infracción, es decir, que basta comprobar que existe culpabilidad para que se considere la comisión de la infracción, y el grado de culpa servirá básicamente al momento de graduar la sanción a imponer. Asimismo, resalta este modo de determinar la responsabilidad sobre todo en los sectores de la Administración en el que el particular debe tener un especial deber de cuidado, como ocurre en el Derecho disciplinario²³⁰.

Además, señala que pese a que la LRJPAC no ha hecho un reconocimiento expreso a este principio, en el artículo 130.1 señala que “sólo podrán ser sancionadas por hechos constitutivos de infracción

²²⁹ Vid., JALVO, BELÉN MARINA. *El régimen disciplinario de los funcionarios públicos*. 3era ed., Madrid, Lex nova, 2006, p. 225-237.

²³⁰ *Ibidem*.

administrativa las personas que resulten responsables de los mismos aún a título de simple inobservancia”, siendo que al respecto esta autora interpreta que el término “simple inobservancia” hace referencia a una responsabilidad culposa o negligente en relación con la existencia de un especial deber de cuidado²³¹.

Por otra parte, DOMÍNGUEZ VILA, señala que si bien en España durante la dictadura de 1937-1978, el principio de culpabilidad no era considerado por la doctrina como un principio que forme parte del Derecho administrativo sancionador, ya la jurisprudencia de aquella época parece exigir en cierta forma la presencia del dolo o la culpa dentro de las infracciones administrativas, así se tiene a modo de ejemplo la sentencia emitida por el Tribunal Supremo del 13 de enero de 1942 (Arz. 44) en el que expresa “no sólo el hecho basta para conceptuarlos como falta, si no se acompaña la justificación de que se buscaren o fueren aprovechados para fines inmorales”. Es decir, que pese a la negativa de la doctrina en cuanto a considerar el principio de culpabilidad como principio del administrativo sancionador, ya la jurisprudencia empezaba a considerar dicho principio²³².

Luego ya con la Constitución Española de 1978, algunos autores sostienen que este principio es reconocido por la propia Constitución, al respecto este autor considera que este principio se recoge constitucionalmente en el artículo 24.2 cuando “ se reconoce el derecho del presunto reo del delito, falta o infracción administrativa, a no confesarse culpable”, por lo que llega a determinar que la culpabilidad también debe ser trasladada al Derecho administrativo sancionador, considerando además que dicha culpabilidad a diferencia del Derecho penal, se extiende al caso de las personas jurídicas. Asimismo, sostiene que en base al reconocimiento expreso de este principio en las sentencias del Tribunal Constitucional, es evidente que se deja de lado la responsabilidad objetiva, pero pese a que se reconoce el traslado del principio de culpabilidad del Derecho penal al otro sector del derecho, el mismo debe darse con ciertos matices, ya que la importancia de la buena

²³¹ *Ibíd.*

²³² Vid. DOMÍNGUEZ VILA, ANTONIO. *Constitución y Derecho Sancionador Administrativo*. Jurídicas y Sociales, Madrid, 1997, p. 123-125.

fe y diligencia debida, principios que según el autor derivan del de culpabilidad, deberán ser valorados según los efectos de su imputación²³³.

Al respecto, LOZANO CUTANDA, señala que el artículo 25 de la Constitución española reconoce la potestad sancionadora de la administración pública, asimismo el Tribunal Constitucional desde sus primeras sentencias indica que los derechos procesales de defensa reconocidos en el artículo 24 de la Constitución también son aplicables a la potestad sancionadora de la Administración, el sustento de esta afirmación se basa en el reconocimiento de una identidad sustancial entre el Derecho penal y el administrativo, es decir, que dada esta identidad, los principios de carácter sustantivo y procesal aplicables al Derecho penal también son trasladados al Derecho administrativo sancionador pero con ciertas modulaciones o matices, las mismas que han sido aceptadas por el Tribunal Constitucional²³⁴ al señalar que “ la recepción de los principios constitucionales del orden penal en el ámbito administrativo sancionador no puede hacerse mecánicamente y sin matices, esto es, sin ponderar los aspectos que diferencian a uno y otro sector del ordenamiento jurídico”²³⁵.

Por lo tanto, ya en cuanto al principio en cuestión, la autora reconoce la aplicación del mismo en el Derecho administrativo sancionador, pero además señala explícitamente algo que en el trabajo de los demás autores se puede observar, y es que la aplicación del principio de culpabilidad en esta rama del Derecho ha sido consolidado gracias a la jurisprudencia contenciosa- administrativa que se ha venido desarrollando, asimismo, aclara que la alusión a la que hace la LRJPAC cuando señala una responsabilidad “aun a título de simple inobservancia” debe ser interpretada y dada las modulaciones que son aceptadas en este sector del derecho, como la exigencia que se hace de la concurrencia de una culpa o negligencia leve o simple negligencia, es decir, que bajo

²³³ *Ibíd.* 287-291.

²³⁴ *Vid.* LOZANO CUTANDA, BLANCA. *Administración y legislación ambiental*. 6ta ed., Dykinson, Madrid, 2011, p. 355-358.

²³⁵ *Vid.* Sentencia 76/1990 del 26 de abril.

ningún motivo debe interpretarse como una afirmación de la responsabilidad objetiva²³⁶.

En cuanto a las modulaciones que se dan en el Derecho administrativo sancionador respecto a la aplicación del principio de culpabilidad, destaca la relativización del elemento subjetivo a la hora de castigar la infracción, es decir, que si bien en el Derecho penal la regla es la presencia del dolo en el Derecho administrativo sancionador las infracciones se configuran a título de simple negligencia, por lo que para presumir la negligencia basta con probar la concurrencia de los hechos sancionables y la inexistencia de una causa de justificación, otra modulación que se tiene en cuenta es el de la responsabilidad solidaria por las infracciones administrativas, es decir, que se podrá imponer a cualquiera de los responsables la sanción administrativa, hecho que no ocurre en el Derecho penal donde cada sujeto deberá responder conforme a su participación en la comisión del delito²³⁷.

Finalmente otra modulación que hasta hace poco se presentaba era el de la admisión de la responsabilidad de las personas jurídicas, en donde la persona jurídica es quien responde directamente, modulación que a partir de la Ley orgánica 5/2010 de 22 de junio dejó de constituir una particularidad del Derecho administrativo sancionador, sin embargo, pese al reconocimiento en el ámbito penal de la responsabilidad de las personas jurídicas sigue observándose una cierta diferencia, es decir, que en el Derecho administrativo sancionador la persona jurídica será la única responsable respondiendo a título propio salvo algunas excepciones, en cambio de acuerdo a lo que señala el código penal se imputará a la persona jurídica por haberse cometido los delitos en su nombre y provecho o por no haber ejercido el debido control sobre sus empleados²³⁸.

En el Perú tenemos a BACA ONETO, quien ha reconocido la evolución de la aceptación del principio en cuestión señalando que el mismo irá de la mano con la identificación entre el Derecho penal y el

²³⁶ Vid. LOZANO CUTANDA, BLANCA. *Administración y legislación ambiental*. Op. cit., p. 359-362.

²³⁷ *Ibidem*.

²³⁸ *Ibidem*.

administrativo sancionador, además concluye que no podrá excluirse la aplicación del principio de culpabilidad en el Derecho administrativo sancionador, sin embargo, sostiene a su vez que no siempre la responsabilidad será subjetiva, es decir, que su exigencia dependerá del tipo de infracción, señalando que cuando la administración sancione por la comisión de infracciones de peligro abstracto puro se podrá sancionar el mero incumplimiento de un deber que haya sido definido por la norma ello debido a que la norma considera como “riesgo” la simple desobediencia, y diferente será el caso cuando las infracciones se configuren con la producción de un daño o un riesgo concreto de producirlo, por lo que aquí sí será exigible la concurrencia de dolo o culpa²³⁹.

Asimismo, menciona que en el caso de las personas jurídicas el punto a tomar en cuenta sería exactamente el mismo que sucede con las personas naturales, es decir, que se exigirá una responsabilidad objetiva cuando la norma así lo determine, es decir, cuando se trate de infracciones de mera inobservancia y se exigirá la concurrencia de dolo o culpa cuando se trate de infracciones de peligro concreto o de resultado, y en el caso de las sanciones solidarias o subsidiarias resulta determinante el principio de personalidad de las penas más que la concurrencia de dolo o culpa, es por ello que en muchas ocasiones se ha puesto en duda su constitucionalidad, lo cierto es que sigue aplicándose dentro del Derecho administrativo sancionador²⁴⁰.

2.3. La imputación subjetiva en las infracciones administrativas.

Al considerarse las sanciones como una de las manifestaciones del ius puniendi del Estado, la imputación subjetiva debe formar parte del Derecho administrativo sancionador, es por ello que de acuerdo a esta afirmación la concurrencia del dolo o culpa es indispensable para que se imponga una infracción administrativa, en consecuencia la infracción

²³⁹ Vid. BACA ONETO, VICTOR SEBASTIÁN. “¿Responsabilidad subjetiva u objetiva en materia sancionatoria? Una propuesta de respuesta a partir del ordenamiento peruano”. Op. cit., p. 1-18.

²⁴⁰ Ibídem.

cometida debe ser atribuible a su autor²⁴¹, caso contrario se vulneraría el Derecho a la presunción de inocencia, esta afirmación se ha dado, como anteriormente se señaló, de un modo progresivo, siendo decisivo en el caso español la Constitución de 1978 sumándose a ello la doctrina desarrollada por el Tribunal Constitucional español²⁴².

Entonces al considerar como un principio integrante del poder punitivo del Estado, el principio de culpabilidad en el Derecho administrativo sancionador resulta ser un tema controvertido y tal como se ha venido indicando ya han dado una serie de pronunciamientos a favor de su aplicación en esta rama del Derecho la jurisprudencia española, pero lo cierto es que ni la jurisprudencia ni la LRJPAC dejan una afirmación radical al respecto, no obstante la doctrina mayoritaria se ha inclinado por ir dejando de lado la responsabilidad objetiva. Así pues, no será suficiente la sola producción del resultado prohibido para que se imponga una sanción administrativa sino que además se exige que dicha acción haya sido cometida de modo intencional o cuando menos imprudente²⁴³.

La ley 30/1992 LRJPAC no hace referencia a la aplicación del principio de culpabilidad en el Derecho administrativo sancionador, pero su falta de pronunciamiento no indica que este principio no sea aplicable a esta rama del Derecho²⁴⁴, así la doctrina mayoritaria fundamenta su aplicación señalando que el mismo deriva de los principios constitucionales de seguridad jurídica, de la legalidad y respeto a la dignidad de la persona prohibiéndose de esta forma que se dé paso a

²⁴¹ Vid. GÓMEZ TOMILLO, MANUEL. *Derecho administrativo sancionador. Parte general: teoría general y práctica del Derecho penal administrativo*. Op. Cit., p.374.

²⁴² Vid. PALMA DEL TESO, ANGELES DE. *“La culpabilidad”*. Op. cit., p. 33.

²⁴³ *Ibíd.*

²⁴⁴ Vid. GÓMEZ TOMILLO, MANUEL. *Derecho administrativo sancionador. Parte general: teoría general y práctica del Derecho penal administrativo*. Op. Cit., p.377.

tratos inhumanos que a su vez van contra lo establecido por la Constitución²⁴⁵.

Como se ha mencionado antes, la jurisprudencia constituye una parte importante con respecto a la aplicación del principio de culpabilidad en el Derecho administrativo sancionador, puesto que en el caso español la mayoría de sentencias se han inclinado por su aplicación, un ejemplo clásico es la sentencia STC 776/1990 del 26 de abril (RTC 1990, 76), F. 4 A) del Tribunal Constitucional en el que se sostuvo lo siguiente: “ ... ello no puede llevar a la errónea conclusión de que se haya suprimido en la configuración del ilícito tributario el elemento subjetivo de culpabilidad para sustituirlo por un sistema de responsabilidad objetiva o sin culpa. En la medida en que la sanción de las infracciones tributarias es una de las manifestaciones del ius puniendi del Estado, tal resultado sería inadmisibles en nuestro ordenamiento...No existe, por tanto, un régimen de responsabilidad objetiva en materia de infracciones tributarias... Por el contrario, y con independencia del mayor o menor acierto, técnico de su redacción, en el nuevo art. 77.1 sigue rigiendo el principio de culpabilidad (por dolo, culpa o negligencia grave y culpa o negligencia leve o simple negligencia), principio que excluye la imposición de sanciones por el mero resultado y sin atender a la conducta diligente del contribuyente”²⁴⁶

²⁴⁵ Vid. PALMA DEL TESO, ANGELES DE. “La culpabilidad”. Op. cit., p. 32.

²⁴⁶ Vid. GÓMEZ TOMILLO, MANUEL. *Derecho administrativo sancionador. Parte general: teoría general y práctica del Derecho penal administrativo*. Op. Cit., p.378-379. Para consultar más sentencias: SSTC 65/1986, 159/1986 de 12 de diciembre, 150/1991 de 4 de julio, 246/1991 de 19 de diciembre, 176/1995 de 11 de diciembre, entre otras.

3. Supuestos en los que la aplicación del principio de culpabilidad resulta controvertida según los autores que defienden su aplicación en el Derecho administrativo sancionador

3.1. La responsabilidad de las personas jurídicas

Algunos autores sostienen que las personas jurídicas carecen del elemento volitivo del que goza toda persona natural, por lo tanto no podría hablarse de culpabilidad, y por otro lado no pueden ser considerados autores de las infracciones sino que deben ser considerados como responsables, es por ello que al momento de hablar de personas jurídicas se realiza una matización de tal manera que se pueda adecuar la naturaleza del ente colectivo para que se pueda sancionar por las infracciones que se cometan. Asimismo, la jurisprudencia en el caso español y gran parte de la doctrina admiten la culpabilidad en el caso de las personas jurídicas, pero la misma tendría que adecuarse a las características que le son propias a los entes colectivos²⁴⁷.

Lo que se entiende es la aceptación de sancionar a las personas jurídicas en caso se cometa una infracción, por lo que el enfoque es que se atribuirá la responsabilidad a las personas jurídicas pero no a través de la culpabilidad y en específico del de una responsabilidad personal, sino de la capacidad de soportar dicha sanción, es decir, que la naturaleza misma de los entes colectivos hace que se excluya el carácter personal, propio de la culpabilidad, pero sin que ello sea razón suficiente para dejar de sancionar²⁴⁸.

Incluso algunos autores consideran que el carácter doloso o culposo de las personas jurídicas, ya sea en el delito o en las infracciones administrativas, no deben seguir criterios idénticos a los de las personas naturales puesto que los mismos han sido desarrollados pensando en las características que son propias de una persona física, es por ello que el

²⁴⁷ Vid. BACA ONETO, VICTOR SEBASTIÁN. “¿Responsabilidad subjetiva u objetiva en materia sancionatoria? Una propuesta de respuesta a partir del ordenamiento peruano”. Op. cit., p. 1-18.

²⁴⁸ Vid. NIETO GARCÍA, ALEJANDRO. *Derecho administrativo sancionador*. Op. cit., p. 352-363.

dolo o la imprudencia de la persona que actúe no será considerada como elemento de tipo sino que serán considerados como datos a tomar en cuenta en la culpabilidad, entendida como defecto de organización²⁴⁹.

Al respecto debemos señalar, que la responsabilidad de las personas jurídicas en el ámbito penal ya ha sido desarrollada en el capítulo anterior, en donde se mencionó que el carácter ontológico de las personas naturales no puede ser un punto de partida al momento de evaluar la responsabilidad penal de las personas jurídicas, dado que estas últimas nunca podrán tener la misma naturaleza ontológica que le son propias a las personas naturales, sin embargo, como se ha mencionado anteriormente, la culpabilidad de las personas jurídicas solamente podrá obtenerse a través de un concepto análogo con respecto al que se tiene de las personas naturales, llegando a la conclusión que la culpabilidad en las personas jurídicas se dará cuando la misma se manifiesta socialmente con su autoorganización infringiendo roles que le corresponden²⁵⁰.

Por lo tanto, el tema relacionado a la atribución de culpabilidad en las personas jurídicas, es un tema que ya ha sido desarrollado en el ámbito penal, y este punto no sería una problemática al tema en desarrollo, sino que como ya se ha dicho anteriormente, el punto en discusión sigue siendo el hecho de que se aplique la culpabilidad, es decir, un análisis de si se debe exigir que concurra dolo o culpa en el caso de las infracciones administrativas, es por ello que si se quiere superar este punto bastaría con tomar en cuenta las bases que ha sentado la doctrina penal para afirmar la aplicación de culpabilidad en las personas jurídicas.

3.2. Las omisiones formales

En el caso de las omisiones formales, las mismas que son reconocidas por el Derecho administrativo sancionador, se sostiene que existen supuestos en los cuales el incumplimiento de un deber, que ha

²⁴⁹Vid. GÓMEZ TOMILLO, MANUEL. *Derecho administrativo sancionador. Parte general: teoría general y práctica del Derecho penal administrativo*. Op. Cit., p.317-336.

²⁵⁰ Vid. GARCÍA CAVERO, PERCY. *Derecho penal económico*. Parte General. Op. cit., p. 50 y ss.

sido establecido como tal por la norma, será suficiente para que se dé la imposición de una sanción de índole administrativa, motivo por el cual diversos autores han tratado de hacer un especial análisis, puesto que algunos consideran que se debe incluso en estos casos reconocer algún grado de culpabilidad y otros sostienen que no es necesario dicho reconocimiento²⁵¹.

En la jurisprudencia española, en el artículo 130.1 de la Ley 30/1992 (LRJ-PAC) se menciona la sanción que se debe imponer a las personas físicas y jurídicas cuando resulten responsables de una infracción aun a título de simple inobservancia, al respecto la doctrina mayoritaria sostiene que la simple inobservancia hace referencia a una negligencia levísima, sin embargo, este criterio es discutible²⁵².

Así, HUERGO LORA, sostiene que cuando la norma hace mención a la “simple inobservancia” no se hace referencia a una forma de negligencia, sino que se trata del incumplimiento de una obligación o una prohibición, es por ello que se considera una conducta neutra en el que no se analiza si existe culpa o dolo, lo que indica en realidad es que se castiga por la acción, es decir, las infracciones son de desobediencia, por lo que con este análisis el autor no niega el principio de culpabilidad pero tampoco afirma que la inobservancia sea una forma de negligencia²⁵³.

Por su parte, NIETO GARCÍA, señala que, en referencia a las omisiones formales, las mismas predominan en el Derecho administrativo sancionador, y las sanciones son impuestas sin necesidad de llegar a determinar la presencia del dolo o culpa, o esperar un resultado lesivo, ello se produce porque como a diferencia del Derecho penal que es un Derecho represivo, el Derecho administrativo sancionador es de índole preventivo, en el cual se trata de abarcar todas las infracciones que se cometan interesando el incumplimiento mas no el

²⁵¹ Vid. BACA ONETO, VICTOR SEBASTIÁN. “¿Responsabilidad subjetiva u objetiva en materia sancionatoria? Una propuesta de respuesta a partir del ordenamiento peruano”. Op. cit., p. 1-18.

²⁵² *Ibidem*.

²⁵³ Vid. HUERGO LORA, ALEJANDRO. *Las sanciones administrativas*. Iustel, Madrid, 2007, p. 387 y ss.

resultado. Además, indica que la infracción administrativa se diferencia del delito porque en el primer caso el riesgo no tiene una conexión con la acción sino con el tipo, en cambio con el delito el juez deberá analizar si es que se ha producido un riesgo concreto o no²⁵⁴.

Así mismo, no desconoce la existencia de los riesgos permitidos, es decir, que no todo riesgo traerá consigo una infracción administrativa, pero este reconocimiento dependerá de la norma, la misma que se encargará de enumerar cuáles son los riesgos permitidos y a su vez determinará las condiciones a tener en cuenta, es decir, se tendrá que observar una serie de reglamentos y autorizaciones previas, por lo mismo resume señalando que en el Derecho penal, salvo ciertas excepciones, se tendrá en cuenta el resultado producido, en cambio en el Derecho administrativo sancionador las infracciones pueden ser de resultado pero también tienen cabida los ilícitos formales²⁵⁵.

En cambio, la postura sostenida por algunos autores, entre los que destaca PALMA DEL TESO, sostiene que comparando lo señalado por el artículo 130.1 de la LPAC en cuanto a la “simple inobservancia”, con lo indicado por el artículo 77.1 de la Ley General Tributaria donde habla de una “simple negligencia”, es evidente que hay un rechazo por parte del legislador de la responsabilidad objetiva, es por ello que sostiene que “*la simple negligencia supone culpa leve, la simple inobservancia equivale a la culpa levísima*”, es decir, esta autora sostiene que en todo momento debe analizarse la presencia de la culpabilidad para que se pueda sancionar las infracciones administrativas²⁵⁶.

En el caso de las omisiones formales, como ya se ha sostenido anteriormente existen autores que siguen reconociendo un grado de culpabilidad como es el caso de PALMA DEL TESO quien sostiene que la simple inobservancia constituye una culpa levísima, en cambio tal como lo ha señalado HUERGO LORA, NIETO GARCÍA, entre otros, la existencia de las omisiones formales dan lugar a reconocer que existen infracciones

²⁵⁴ Vid. NIETO GARCÍA, ALEJANDRO. *Derecho administrativo sancionador*. Op. cit., p. 392-397.

²⁵⁵ *Ibíd.*

²⁵⁶ Vid. PALMA DEL TESO, ÁNGELES DE. *El principio de culpabilidad en el Derecho administrativo sancionador*. Op. Cit., p. 137-138.

administrativas en las que no será necesario hacer un análisis subjetivo puesto que las mismas se configuran con el solo incumplimiento de lo determinado por la norma, pero no dejan de lado el criterio subjetivo en el caso de otras infracciones y según lo que determine la ley sectorial determinada.

Al respecto, es bueno hacer unas breves afirmaciones basadas en, tal como el mismo NIETO GARCÍA sostiene, la naturaleza represiva del Derecho penal y preventiva del Derecho administrativo sancionador, ello porque es importante que en este punto se reconozca que las omisiones formales forman la gran mayoría en el Derecho administrativo sancionador, y ello porque como ya se ha sostenido anteriormente y se sostendrá más adelante, el Derecho administrativo sancionador lo que hace es regular los indeterminados sectores para que los mismos no colapsen. Por lo tanto, es evidente que quienes defienden la aplicación del principio de culpabilidad ven como un “problema” el hecho que inevitablemente las omisiones formales no tomen en cuenta un análisis subjetivo para sancionar, y además que las mismas constituyan en realidad la mayoría de las normas reguladas por el Derecho administrativo sancionador.

3.3. La responsabilidad solidaria y subsidiaria

Para realizar un análisis de estas figuras jurídicas será necesario primero definir las brevemente, así se tiene que la responsabilidad solidaria en el Derecho administrativo es aquella que se atribuye a un conjunto de administrados, siendo que cada uno de ellos es responsable por la totalidad de la sanción impuesta por la Administración, por lo tanto esta última puede exigir su cumplimiento de la totalidad a cualquiera, sin perjuicio de que posteriormente quien o quienes hayan respondido puedan exigir el pago correspondiente al resto. Por otro lado, la responsabilidad subsidiaria es aquella mediante la cual existe un responsable principal pero que en caso de incumplimiento de pago la administración puede cobrar a otro y otros, a diferencia de la

responsabilidad solidaria, en este caso la Administración deberá exigir el pago en primer lugar al obligado principal²⁵⁷.

En la doctrina española quienes defienden la aplicación del principio de culpabilidad en el Derecho administrativo sancionador sostienen que el hecho de establecer un régimen de responsabilidad solidaria y subsidiaria resulta problemático en la medida que pareciera contravenir el principio de legalidad, personalidad (hechos propios) y el de proporcionalidad²⁵⁸. Asimismo, la propia jurisprudencia española ha señalado su malestar en algunas ocasiones en cuanto a la aplicación de este principio, tal como se puede observar en la sentencia del Tribunal Supremo, Sala 3era, de 30 de septiembre de 1997 en la cual señala que la responsabilidad solidaria *“no sólo vulnera el principio de legalidad, sino que contraviene el de responsabilidad personal sobre el que se asienta todo el sistema punitivo y sabido es que la potestad sancionadora de la Administración goza de la misma naturaleza que la potestad penal, por lo que en consecuencia, las directrices estructurales del ilícito administrativo tienden también, como en el ilícito penal, a conseguir la individualización de la responsabilidad, vedando cualquier intento de construir una responsabilidad objetiva o basada en la simple relación con una cosa”*²⁵⁹.

Es decir, que al aplicarse este principio a varios administrados que hayan incumplido una norma administrativa se rompería con el criterio de personalidad de los hechos, dado que en principio no se analizaría el grado de responsabilidad que tuviese cada uno de ellos, y lógicamente también se estaría dejando de lado el principio de proporcionalidad.

²⁵⁷ Vid. NIETO GARCÍA, ALEJANDRO. *Derecho administrativo sancionador*. Op. cit., p. 376.

²⁵⁸ Vid. PALMA DEL TESO, ÁNGELES DE. “La culpabilidad”. Op. cit., p. 42-43. Asimismo Vid. BACA ONETO, VICTOR. ¿Responsabilidad subjetiva u objetiva en materia sancionadora?. Op. cit., p.10. Vid. NAVARRO CARDOSO, FERNANDO. *Infracción administrativa y delito: Límites a la intervención del Derecho penal*. Constitución y leyes, Madrid, 2001, p. 57-58.

²⁵⁹ Vid. NAVARRO CARDOSO. *Infracción administrativa y delito: Límites a la intervención del Derecho penal*. Op. cit., p. 58.

Sin embargo, los diferentes autores que defienden la aplicación del principio de culpabilidad en el Derecho administrativo sancionador aceptan que la normativa recoge en algunos casos la aplicación tanto de la responsabilidad solidaria como subsidiaria, por lo que sostienen que en el Derecho administrativo sancionador se establecerá un régimen de responsabilidad solidaria pero aplicando tanto el principio de personalidad de las sanciones como su exigencia de dolo o culpa, es decir, que para que se pueda aplicar el principio de personalidad de las sanciones, la solución ofrecida es que en el expediente sancionador, todos los que hayan tenido participación en la comisión de la infracción sean incluidos, permitiendo de este modo que la Administración pueda determinar el grado de responsabilidad de cada uno (y con ello a su vez se estaría analizando el grado de dolo o culpa de cada uno de los responsables), y sólo después de haber determinado su responsabilidad podrá aplicarse la figura de la solidaridad, en donde la Administración hará recaer la sanción sobre cualquiera de los administrados²⁶⁰.

Incluso, han sustentado la aplicación de dichos principios valiéndose de algunos pronunciamientos que ha realizado el Tribunal Constitucional al respecto, así está la sentencia 76/1990, de 26 de abril en la que señala *“también en los casos de responsabilidad solidaria se requiere la concurrencia de dolo o culpa aunque sea leve”*. Por otro lado, también está la Sentencia 45/1989 que indica *“Ha de señalarse, en primer lugar, que el precepto no consagra, como ya se ha dicho, una responsabilidad objetiva, sino que la responsabilidad solidaria allí*

²⁶⁰ Vid. Vid. PALMA DEL TESO, ÁNGELES DE. “La culpabilidad”. Op. cit., 43-45. Asimismo, Navarro Cardoso, señala “Aun cuando fuera cierto, por otro lado, que la responsabilidad solidaria (expresamente tipificada, que tenga por objeto una sanción pecuniaria, única para todos los declarados responsables, imputable subjetivamente la infracción a título de dolo o imprudencial, satisface las exigencias derivadas de los principios de legalidad y culpabilidad, se olvida otro principio esencial, el de proporcionalidad en sentido estricto o proporcionalidad de las penas. De nada sirve el más escrupuloso respeto al principio de legalidad, si después no se cumplen con las exigencias derivadas del principio de proporcionalidad. Y no se satisface si todos responden sin <<ponderación>> alguna, obviándose la necesidad de determinación de la pena concreta.” Vid. NAVARRO CARDOSO. *Infracción administrativa y delito: Límites a la intervención del Derecho penal*. Op. cit., p. 58.

prevista se mueve en el marco establecido con carácter general para los ilícitos tributarios por el artículo 77.1 que gira en torno al principio de culpabilidad. Una interpretación sistemática de ambos preceptos permite concluir que también en los casos de responsabilidad solidaria se requiere la concurrencia de dolo o culpa aunque sea leve. En segundo lugar, debemos declarar que no es trasladable al ámbito de las infracciones administrativas la interdicción constitucional de la responsabilidad solidaria en el ámbito del Derecho penal, puesto que no es lo mismo responder solidariamente cuando lo que está en juego es la libertad personal- en la medida en que la pena consista en la privación de dicha libertad- que hacerlo a través del pago de una cierta suma de dinero en la que se concreta la sanción tributaria, siempre prorrateable a posteriori entre los distintos responsables individuales. De ahí la necesidad de tener en cuenta en esta ocasión como en otras semejantes, que la recepción de los principios constitucionales del orden penal por el Derecho administrativo sancionador no puede hacerse mecánicamente y sin matices, esto es, sin ponderar los aspectos que diferencian a uno y otro sector del ordenamiento jurídico”²⁶¹.

Es decir, estas sentencias se encargan de afirmar que incluso en los casos de responsabilidad solidaria en el ámbito administrativo se rechaza la responsabilidad objetiva y por lo tanto se debe aplicar también el principio de culpabilidad al momento de imponer una sanción administrativa con los matices que le son propios al Derecho administrativo sancionador.

Es conveniente señalar que existen algunos autores que no reconocen la legitimidad de una responsabilidad solidaria o subsidiaria en la administración, por lo que llegan a sostener que si la normativa hace referencia a la responsabilidad solidaria se entiende que está relacionado con la responsabilidad civil derivada de la infracción²⁶².

²⁶¹ Esta sentencia también ha sido mencionada y analizada en (Dir.) FUENTES BARDAJÍ, JOAQUÍN DE y (Coord.) PEREÑA PINEDO, IGNACIO. *Manual de Derecho administrativo sancionador*. Op. cit., p. 216-217.

²⁶² Tal es el caso de Parada Vázquez, quien señala “... la única forma válida de interpretar este artículo es la de entender que la responsabilidad solidaria que proclama este precepto se refiere a la responsabilidad civil derivada de la

De acuerdo a lo que han expresado quienes consideran que incluso en el caso de responsabilidad solidaria o subsidiaria se debe seguir aplicando el principio de culpabilidad debemos hacer ciertas observaciones, así pues, la solución que se trata de dar al respecto, es decir, que dentro del expediente sancionador se deba incluir a todos y cada uno de los responsables y así poder analizar el grado de culpabilidad de cada uno, es una propuesta que va más allá de las finalidades que tiene el Derecho administrativo sancionador, esto es, tal y como ya se ha desarrollado si bien con la infracción administrativa se lesiona o pone en peligro determinados derechos individuales lo que principalmente se busca al imponer una sanción es que se mantenga el funcionamiento global del sector que ha sido regulado administrativamente, por lo que ya en el caso concreto, es decir, el de responsabilidad solidaria o subsidiaria, resulta muy distante de la finalidad perseguida por el Derecho administrativo sancionador el hecho que el funcionario tenga que analizar el grado de culpabilidad de cada uno de los administrados que han sido sancionados.

El mismo NIETO GARCÍA, con respecto a este punto, y pese a ser uno de los autores que defienden la aplicación del principio de culpabilidad en el Derecho administrativo sancionador, termina concluyendo que *“la interpretación más plausible es la de que la responsabilidad objetiva se da en los supuestos de solidaridad, subsidiariedad y garantía”*, es decir, que en estos casos no es conveniente que se aplique dicho principio. Incluso las diferentes

infracción, responsabilidad civil que tanto deriva de los delitos y faltas penales como de las sanciones administrativas es posible organizar o establecer de forma mancomunada o solidaria.

Por último, la Ley regula un supuesto de responsabilidad administrativa *in vigilando*, puesto que el supuesto de hecho se refiere a las personas físicas o jurídicas que tienen el deber de prevenir el incumplimiento por otras de las obligaciones impuestas por la Ley. Se trata, no obstante, de un supuesto de norma administrativa sancionadora en blanco por cuando se aplica únicamente cuando las leyes reguladoras de los distintos regímenes sancionadores así lo establezcan. “Vid. PARADA VÁZQUEZ, JOSÉ RAMÓN. *Régimen jurídico de las administraciones públicas y procedimiento administrativo común: estudio, comentarios y texto de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre*. 2da ed., Marcial Pons, Madrid, 1999, p. 413.

sentencias que ha emitido el Tribunal Constitucional español no aclaran dicho planteamiento, puesto que hay unas que rechazan rotundamente la responsabilidad solidaria o subsidiaria en el Derecho administrativo sancionador y otras que aceptan dicha responsabilidad tratando de aplicar el principio de culpabilidad, y ello no deja otro mensaje más que, incluso el propio tribunal no tiene muy en claro de qué manera se aplicaría dicho principio sin contravenir las diferentes normas sectoriales que ya se han desarrollado a favor de la aplicación de una responsabilidad solidaria o subsidiaria, desviándose de esta manera de la necesidad principal de este derecho, la misma que es, insisto, la de poder ordenar los sectores regulados administrativamente²⁶³.

Asimismo, es importante resaltar el impacto que tiene la responsabilidad solidaria sobre todo en las personas jurídicas, puesto que en la actualidad existen nuevas formas organizativas empresariales, y por lo tanto debe existir una readecuación a la realidad socio-económica para poder imponer, en caso de infracciones administrativas, una sanción. Así, tenemos que, por ejemplo, en el sector de protección al consumidor se plantea la idea de responsabilizar también a sujetos o empresas que no han contratado directamente con el usuario pero que han sido parte de la actividad económica y comparten un mismo interés económico, por lo que en estos supuestos tiene una vital importancia aplicar la responsabilidad solidaria a quienes participen de una misma actividad económica organizada para que de esta manera el consumidor pueda hacer valer su derecho frente a cualquiera que forme parte de dicha organización²⁶⁴.

La justificación con respecto a lo planteado, es que el grupo de empresas que comparten una misma finalidad objetiva global tienen un nexo funcional que hace que la responsabilidad se expanda a quienes dentro de dicha organización hayan obtenido beneficios económicos²⁶⁵, por lo que este punto de vista es importante en cuanto se enfoca en la

²⁶³ Vid. NIETO GARCÍA, ALEJANDRO. *Derecho administrativo sancionador*. Op. cit., p. 436-437 y 467.

²⁶⁴ Vid. GHERSI, CARLOS A. (Dir.) y WEINGARTEN, CELIA. *Manual de los derechos de usuarios y consumidores*. La ley, Buenos Aires, 2011, p. 147-148.

²⁶⁵ *Ibíd.* p. 147.

importancia que tiene el poder organizar el sector global regulado adecuándose de esta manera y en el caso concreto a la dinámica económica.

3.4. Conclusiones

Partiendo de la conclusión a la que se llegó con respecto a las finalidades perseguidas por el Derecho penal y el Derecho administrativo sancionador, sostenemos que se trata de finalidades distintas y por lo tanto ambas ramas del Derecho siguen criterios diferentes dentro de su desarrollo, con ello también se confirma la diferencia cualitativa que por obvias razones existe y que deberían tomarse en cuenta en la doctrina, por lo que si bien los autores, que se encargan de defender la inclusión del principio de culpabilidad en el Derecho administrativo sancionador, ven como puntos críticos la responsabilidad de las personas jurídicas, las omisiones formales y la responsabilidad solidaria y subsidiaria que se encuentran patentes en esta rama de derecho, lo cierto es que la finalidad perseguida y la diferencia cualitativa que puede observar entre ambas ramas del Derecho también constituyen un punto crítico palpable.

Además, estos tres supuestos que han sido considerados como puntos críticos y de los cuales un sector de la doctrina trata de encontrar una solución que se ajuste al criterio que defienden, lo cierto es que, tal como se ha sostenido, no han podido ser superados, y mucho menos adecuarse a las exigencias de un Derecho administrativo sancionador que dada su propia naturaleza administrativa necesita una solución dinámica que se ajuste a su realidad jurídica y social.

4. **La responsabilidad objetiva y el principio de causalidad en el Derecho administrativo sancionador peruano.**

En la Ley del Procedimiento Administrativo General (en adelante, LPAG) no se incluye al principio de culpabilidad dentro de los principios que forman parte del procedimiento administrativo sancionador, y en su lugar se regula el principio de causalidad tal como se menciona en el artículo 230 inciso 8 “*Causalidad.- La responsabilidad debe recaer en*

quien realiza la conducta omisiva o activa constitutiva de infracción sancionable”.

Según lo señalado por MORÓN URBINA, para que se pueda imponer una sanción administrativa es necesario que el administrado haya realizado una conducta (omisiva o activa) que calce como infracción, asimismo, entiende que el principio de personalidad de las sanciones exigido por la norma, da lugar a que se haga responsable a aquel que haya actuado contrario a lo establecido por la ley, con ello afirma que no se podrá sancionar por los hechos que hayan cometido terceros, y en el caso de la responsabilidad solidaria o subsidiaria sólo será aplicable cuando así lo determina la ley expresamente²⁶⁶.

Por lo tanto, según este autor, con el principio de causalidad lo que se exige es que la conducta del administrado guarde una “relación de causa adecuada al efecto, esto es, la configuración del hecho previsto en el tipo como sancionable”, asimismo, “es necesario que la conducta humana sea idónea y tenga la aptitud suficiente para producir la lesión, y no tratarse simplemente de los casos de fuerza mayor, hecho de tercero o la propia conducta del perjudicado”, es decir que sin una relación causal no podrá imponerse ninguna sanción al administrado y mucho menos si se realizó una conducta por motivos que eximen de responsabilidad²⁶⁷.

Además, afirma que el principio de causalidad se conecta con el principio de culpabilidad, el mismo que ha sido ampliamente debatido y si bien no ha sido expresado por la norma, jurisprudencialmente, a través del Tribunal Constitucional, se ha incluido como una exigencia para que la potestad sancionadora sea ejercida legítimamente²⁶⁸.

Al respecto, si bien se trata de desarrollar el principio de causalidad establecido expresamente en la LPAG, pareciera que al final este autor

²⁶⁶ Vid. MORÓN URBINA, JUAN CARLOS. “Los principios delimitadores de la potestad sancionadora de la Administración pública en la ley peruana”. *En: Revista Advocatus*, N° 13, 2005, p. 247 y 248.

²⁶⁷ Vid. MORÓN URBINA, JUAN CARLOS. *Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General*. 9na ed., Gaceta Jurídica, Lima, 2011, p. 723-724.

²⁶⁸ *Ibíd.*

señala que dado lo desarrollado por el Tribunal Constitucional uno de los principios que también forman parte del Derecho administrativo sancionador es el principio de culpabilidad, sin embargo, en este caso la culpabilidad es entendida como principio de personalidad de las infracciones y de responsabilidad por el hecho²⁶⁹.

Por lo tanto, en el Perú la LPAG regula los principios que forman parte del Derecho administrativo sancionador, y entre ellos como ya se ha mencionado está el principio de causalidad. Sin embargo, dicho principio al señalar expresamente que “la responsabilidad debe recaer en quien realiza la conducta omisiva o activa constitutiva de infracción sancionable” no da lugar a que se haga una interpretación que vaya más allá de lo explícitamente regulado²⁷⁰.

No obstante, lo que sí se puede hacer es un breve análisis del contenido y configuración de la infracción administrativa, encontrándonos, tal como ya se señaló en el apartado referido a las omisiones formales del presente trabajo, que en el Derecho administrativo sancionador predominan las denominadas infracciones formales, las mismas que se configuran con el incumplimiento de un mandato o prohibición establecido por la norma, con independencia del resultado lesivo que haya producido dicho incumplimiento, por lo tanto no se toma en cuenta la producción de un daño o riesgo concreto sino que la inobservancia de determinada norma bastará para producir un peligro abstracto²⁷¹.

Es por ello, que sólo bastará la concurrencia del hecho para que se constituya la infracción administrativa, quedando en claro que no será necesario tener en cuenta la culpa por ser contraria con la responsabilidad objetiva asumida por la administración, sin embargo, esta afirmación no

²⁶⁹ Vid. BACA ONETO, VÍCTOR SEBASTIÁN. ¿Responsabilidad subjetiva u objetiva en materia sancionadora? Op. cit., p. 11.

²⁷⁰ Vid. SANTOS LOYOLA, CARLOS R. “Derecho administrativo sancionador y responsabilidad objetiva”. En: *Modernizando el Estado para un país mejor*. Palestra, Lima, 2010, p. 749-752.

²⁷¹ *Ibidem*.

puede ser absoluta, ya que el legislador, a través de una norma legal, puede establecer expresamente lo contrario²⁷².

Por otro lado, el artículo 230 inciso 3 habla sobre el principio de razonabilidad y menciona por orden de prelación los factores que considera deberán tomarse en cuenta al momento de individualizar la sanción, poniéndose en último orden el hecho de la existencia o no de intencionalidad en la conducta del infractor, deduciéndose con este apartado, establecido por la norma, que la intencionalidad no es un elemento constitutivo de la infracción sino que se tomará en cuenta al graduar la sanción que se aplique²⁷³.

Por lo tanto, queda en evidencia el rol secundario que tiene la intencionalidad al momento de concretar la sanción que se va a imponer al infractor de la norma administrativa, poniéndose en evidencia entonces que el legislador se rige por un modelo de responsabilidad objetiva, lo que distinguirá a la responsabilidad penal de la administrativa²⁷⁴.

Razones para fundamentar lo anteriormente dicho ya se han señalado sobre todo en el primer capítulo del presente trabajo, así pues,

²⁷² *Ibíd.*

²⁷³ Vid. MORÓN URBINA, JUAN CARLOS. *Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General*. Op. cit., p. 701. Asimismo, Santos Loyola, señala “Por lo demás, no creemos que la intencionalidad sea, sin más, una suerte de expresión administrativizada o con matices del dolo, pero sí que tiene que reconocerse que es una referencia a una faz subjetiva [...].

Estando o no conectada con el dolo, la mención a la intencionalidad pareciera buscar, al momento de graduar la sanción, otorgar un mayor castigo a quien cometa una conducta prohibida con conocimiento de la antijuridicidad de su acto, aunque la norma administrativa no se suela desarrollar el alcance de su efectiva aplicación en cada caso, y las eventuales excepciones a que podría dar lugar; no resultando tan sencillo afirmar que por haberse consagrado dicho criterio ya nuestro Derecho administrativo ha asumido todas las aristas que un análisis del aspecto subjetivo del comportamiento del infractor conllevaría”. Vid. Vid. SANTOS LOYOLA, CARLOS R. “Derecho administrativo sancionador y responsabilidad objetiva”. Op. cit., p. 754 y 755.

²⁷⁴ Vid. GUZMÁN NAPURÍ, CHRISTIAN. “Las reformas al procedimiento administrativo sancionador provenientes del Decreto Legislativo N° 1029”. Op. cit., p. 15 y 16.

se sabe que los principios provenientes de una única potestad punitiva del estado se deben ajustar a ambas ramas del Derecho según sus propias características, por lo tanto, los principios del Derecho administrativo sancionador se aplican con los matices que le son propios de un Derecho que es sobre todo Administrativo, y para que se configure la infracción administrativa es necesario, pero también suficiente, que la norma administrativa haya sido vulnerada, que no se haya cumplido con el deber de cuidado que la misma exigía²⁷⁵.

Por lo tanto, en el ámbito administrativo se atribuirá responsabilidad cuando exista una relación de causalidad, la misma que sólo se romperá con la denominada fractura del nexo causal, que se da en cualquiera de estos cuatro supuestos: caso fortuito, fuerza mayor, hecho determinante de tercero y hecho determinante de la víctima (la Administración Pública)²⁷⁶.

En la jurisprudencia desarrollada en el Perú con respecto a la aplicación de una responsabilidad objetiva, podemos mencionar algunos sectores, como, las resoluciones emitidas por el Tribunal de contrataciones del Estado, en los casos de presentación de documentos falsos o información inexacta²⁷⁷, en donde se deja en claro que con la sola presentación de documentos falsos ante las Entidades es suficiente para que se cometa la infracción administrativa, sin exigencia de otros factores adicionales²⁷⁸.

²⁷⁵ *Ibídem.*

²⁷⁶ *Ibídem.*

²⁷⁷ Infracción que se encuentra contemplada en la Ley de Contrataciones del Estado:

“Artículo 51.- Infracciones y sanciones administrativas.

51.1 Infracciones

Se impondrá sanción administrativa a los proveedores, participantes, postores y/o contratistas que:

(...)

i) Presenten documentos falsos o información inexacta a las Entidades, al Tribunal de Contrataciones del Estado o al Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado.”

²⁷⁸ En este sentido la resolución N° 2839-2009-TC-S3 señala:

Fundamentación:

Según lo señalado, y conforme a la reiterada y uniforme jurisprudencia del Tribunal²⁷⁹ la responsabilidad que deben asumir los postores o proveedores en el caso de presentación de documentos falsos o información inexacta es objetiva, por lo que sólo bastará la presentación del documento para que la infracción se haya configurado, sin tener que verificar la autoría de dicha falsificación ni de ningún criterio adicional, señalando además que sólo se seguirá un criterio subjetivo al momento de graduar la sanción, en donde se evaluará la intención del infractor²⁸⁰.

Por otro lado, en el sector de protección al consumidor, ha tenido una especial importancia la discusión relacionada con el alcance que tendría la idoneidad en referencia a los productos defectuosos y los remedios jurídicos tales como son la reparación, reposición y devolución del dinero que los proveedores ofrecen dentro del mercado, por lo que para dar una solución al respecto la Sala Especializada en Protección al Consumidor se ha pronunciado²⁸¹, señalando primero la base constitucional que tiene el Estado en cuanto a su defensa de los

(...)

10. Al respecto, se debe indicar que todo postor o proveedor es responsable de la veracidad de los documentos presentados ante la Entidad, hayan sido tramitados por él mismo o por un tercero, por cuanto el beneficio recae directamente sobre él. En tal sentido, conforme al criterio recogido en sendos pronunciamientos de este Tribunal, los postores o proveedores se encuentran obligados a velar diligentemente por la veracidad formal y sustancial de éstos, ya que en aras del Principio de Presunción de Veracidad, consagrado en el numeral 1.7 del artículo IV del Título Preliminar de la Ley N° 27444, la Administración asume a priori que los administrados proceden con la verdad en sus actuaciones en el procedimiento. (...)

12. En ese sentido, hay que tener presente, que la sola presentación de documentos falsos ante las Entidades es suficiente para que se configure el acto ilícito materia de imputación, sin que la norma exija otros factores adicionales para su configuración.

²⁷⁹ Ver las resoluciones N° 2839-2009-TC-S3, N° 170-2009-TC-S3, N° 189-2009-TC-S3, N° 1530-2009-TC-S3, N° 0001-2016-TCE-S4, entre otras.

²⁸⁰ Vid. SANTOS LOYOLA, CARLOS R. “Derecho Administrativo sancionador y responsabilidad objetiva”. Op. cit., p. 743-748.

²⁸¹ Ver la resolución emitida por la Sala Especializada en Protección al Consumidor N° 1008-2013/SPC-INDECOPI.

consumidores y usuarios, teniendo como finalidad que los mismos puedan acceder a productos y servicios idóneos.

Sin embargo, cuando los proveedores ponen en circulación productos con problemas en su funcionamiento es que nace la discusión si el deber de idoneidad hace responsable al proveedor por los productos puestos en el mercado o es que está limitado a la conducta que asuma el proveedor frente a un reclamo, es decir si con la sola puesta del producto defectuoso en el mercado el proveedor se convierte en responsable o es que lo es si no hace efectivo los remedios jurídicos que debería aplicar por el producto defectuoso²⁸².

Como ya se ha definido en el artículo 18²⁸³ del Código de Protección al Consumidor, la idoneidad es definida como “la correspondencia entre lo que un consumidor espera y lo que efectivamente recibe”, pero también su artículo 19²⁸⁴ señala que el proveedor deberá responder por la idoneidad y calidad de los productos y servicios ofrecidos, por lo que por un lado existe la necesidad de proteger al consumidor y por otro el de no caer en el extremo de frenar la iniciativa de los proveedores en los avances que intenten realizar dentro del mercado.

²⁸² Resolución N° 1008-2013/SPC-INDECOPI (Fundamento 44).

²⁸³ Ley 29571. CÓDIGO DE PROTECCIÓN Y DEFENSA DEL CONSUMIDOR

Artículo 18.- Idoneidad

Se entiende por idoneidad la correspondencia entre lo que un consumidor espera y lo que efectivamente recibe, en función a lo que se le hubiera ofrecido, la publicidad e información transmitida, las condiciones y circunstancias de la transacción, las características y naturaleza del producto o servicio, el precio, entre otros factores, atendiendo a las circunstancias del caso.

²⁸⁴ Ley 29571. CÓDIGO DE PROTECCIÓN Y DEFENSA DEL CONSUMIDOR

Artículo 19.- Obligación de los proveedores

El proveedor responde por la idoneidad y calidad de los productos y servicios ofrecidos; por la autenticidad de las marcas y leyendas que exhiben sus productos o del signo que respalda al prestador del servicio, por la falta de conformidad entre la publicidad comercial de los productos y servicios y éstos, así como por el contenido y la vida útil del producto indicado en el envase, en lo que corresponda.

Es por ello que la Sala ha recogido una serie fundamentos que conlleva a justificar la innegable protección que merecen los consumidores, y teniendo en consideración que: (i) es el consumidor quien se encuentra en una situación de vulnerabilidad técnica frente al proveedor en una relación de consumo; (ii) que la venta de un producto defectuoso ocasiona una defraudación de las expectativas del consumidor; y, (iii) que es el proveedor quien se encuentra en la mejor posición de prevenir los efectos ocasionados por la puesta en circulación de productos no idóneos en el mercado, o quien puede reducir los costos que se ocasionan de la forma más económica posible, la Sala considera que el proveedor es el responsable frente a los consumidores por la puesta a disposición de productos que presenten defectos de funcionamiento²⁸⁵.

Es decir, que la Sala considera al deber de idoneidad como la obligación de brindar productos o servicios conforme a las características ofrecidas, por lo tanto, el hecho de que el proveedor cumpla con alguno de los remedios jurídicos cuando el producto no cumpla con lo inicialmente ofrecido no lo exime de responsabilidad puesto que la infracción ya se ha cometido al incumplir con el deber de idoneidad. Además, si se aceptaran los remedios jurídicos como remedios que eliminan la atribución de una infracción administrativa tendría como consecuencia el hecho de que el proveedor al remediar una y otra vez el defecto no se le podría atribuir infracción alguna²⁸⁶.

Por lo tanto, también en el sector de Protección al consumidor puede observarse, siguiendo también lo establecido por su Código correspondiente, que el criterio seguido es el de una responsabilidad objetiva, mediante el cual la sola infracción del deber normativo lleva consigo la imposición de una sanción, y el criterio subjetivo es analizado tal como también lo deja en claro la LPAG- en el momento de graduar la sanción administrativa²⁸⁷.

²⁸⁵ Resolución N° 1008-2013/SPC-INDECOPI (Fundamento 62).

²⁸⁶ Resolución N° 1008-2013/SPC-INDECOPI (Fundamento 63 y 64).

²⁸⁷ Ley 29571. CÓDIGO DE PROTECCIÓN Y DEFENSA DEL CONSUMIDOR

Artículo 112.- Criterios de graduación de las sanciones administrativas

En consecuencia, el desarrollo social y tecnológico de la sociedad ha influido también en el nuevo concepto de riesgo, por lo que se prescinde de la culpa para poder tener en cuenta otros criterios tales como valoraciones económicas, sociales, etc., con la intención de que el daño no sea trasladado a la víctima, por lo tanto la finalidad principal no es sancionar al autor de la conducta antijurídica, sino que el daño sea reparado, este enfoque de carácter objetivo se da sobre todo para proteger a quienes se enfrenta contra aquellos que tienen una mayor posibilidad de producción de daños, por lo que si el accionar humano introduce un riesgo en la sociedad deberá responder por los perjuicios que pueda ocasionar puesto que con este actuar se ha obtenido un beneficio, y además se facilita a que la víctima pueda tener acceso a su reparación²⁸⁸.

Asimismo, el carácter objetivo de la responsabilidad cobra vital importancia, como ya se ha sostenido antes, en aquellos casos en los cuales la responsabilidad recae sobre un grupo empresarial puesto que si bien existen sujetos o empresas que no contratan directamente con el consumidor son responsables al participar de esa actividad económica y comparten el mismo interés económico, ello porque generalmente precisamente tratan de formarse grandes grupos empresariales y de esta manera poderse eximir de responsabilidad ante el consumidor cuando el mismo se vea afectado²⁸⁹.

Al graduar la sanción administrativa el Indecopi puede tener en consideración los siguientes criterios:

1. El beneficio ilícito esperado u obtenido por la realización de la infracción.
2. La probabilidad de detección de la infracción.
3. El daño resultante de la infracción.
4. Los efectos que la conducta infractora pueda haber generado en el mercado.
5. La naturaleza del perjuicio causado o grado de afectación a la vida, salud, integridad o patrimonio de los consumidores.
(...)"

²⁸⁸ Vid. (Dir.) GHERSI, CARLOS A. y WEINGARTEN, CELIA. *Manual de los derechos de usuarios y consumidores*. Op. cit., p. 201-203.

²⁸⁹ *Ibidem*. p. 147.

En resumen, tenemos que en la legislación peruana la responsabilidad atribuida en el Derecho administrativo sancionador es la responsabilidad objetiva, prueba de ello es que la LPAG ha desarrollado el principio de causalidad y se toma en cuenta el criterio subjetivo al momento de graduar razonablemente la sanción, el mismo criterio puede volverse a constatar en el sector de Contrataciones del Estado y el de Protección al consumidor, sin embargo, todo esto, no libera del hecho de que el legislador pueda establecer expresamente la exigencia del criterio subjetivo al momento de determinar una infracción administrativa.

Conclusiones

Primera.- El Estado es el titular del ius puniendi y como tal otorga su poder tanto al Derecho penal como al Derecho administrativo sancionador, sin embargo, dicho poder no será ilimitado por lo que deberán regirse por una serie de principios. Por lo tanto, si bien es cierto que el Derecho administrativo sancionador ha recurrido a los principios del Derecho penal para poder desarrollarse, esto no significa que dichos principios se hayan trasladado sin más, puesto que ambas ramas del derecho no funcionan de la misma manera, así pues el Derecho administrativo sancionador debe contar con principios que a su vez se adecúen a sus fines perseguidos.

Segunda.- El Derecho penal se aleja de su visión tradicional, para poder perseguir una finalidad social que consiste en restablecer normativamente la norma defraudada por la conducta del infractor, motivo por el cual se ve modificado el tradicional concepto de bien jurídico que era visto como un objeto individual (material o inmaterial) para pasar a ser entendido como la vigencia de la norma jurídico-penal, con lo que también el concepto de lesividad cambia para ser entendido ahora como la lesión al contenido de validez que tiene la norma.

Tercera.- La finalidad del Derecho administrativo sancionador es mantener el funcionamiento global del sector social administrativamente regulado, por lo que sus sanciones tienen como función que ese sector no colapse con una generalización de conductas contrarias al orden impuesto, sin embargo, no debe desconocerse que dicha finalidad, al ser

un Derecho administrativo, le viene atribuida por la actividad constrictiva que persigue la Administración, puesto que esta última lo que busca es establecer las garantías para poder ejercer el orden y la seguridad que es necesaria para el mantenimiento del interés público.

Cuarta.- La diferencia existente entre el Derecho penal y el Derecho administrativo sancionador es cualitativa, esto se explica primero porque el Derecho penal dirige la pena al hombre entendido como un ser racional o inteligible por lo que con su imposición lo que se busca es negar la validez o pretensión de validez que comunica el delincuente con el hecho delictivo, en cambio en el Derecho administrativo sancionador, la persona es entendida como un ser sensible orientándose por medio de estímulos negativos cuya finalidad es la de guiar el comportamiento del infractor y de los demás para que se pueda ordenar el sector regulado. Así pues los criterios de imputación perseguidos entre uno y otro sector son diferentes, como por ejemplo la lesividad concreta perseguida por el Derecho penal y las consideraciones de afectación general que persigue el Derecho administrativo sancionador.

Quinta.- Al determinar si una conducta constituye delito o infracción, además de los criterios esenciales que se deben tomar en cuenta, no se debe llegar a una concepción absoluta puesto que también dependerá de las circunstancias temporales que desarrolle la propia sociedad, así pues, se podría incluso cambiar el significado de determinada acción que se consideraba merecedora de una sanción penal para dejarla en el ámbito administrativo. Pero, ello no implica que los cambios sociales o decisiones políticas que se den en el tiempo sean razón suficiente para que determinadas conductas, como el homicidio, por ejemplo, aparezcan como una infracción administrativa, puesto que se trata de conductas que lesionan la vigencia de condiciones esenciales para el desarrollo de la persona.

Sexta.- El principio de culpabilidad en el Derecho penal, pese a las diferentes teorías que se han desarrollado, finalmente es entendido como un límite a los fines preventivos de la pena, por lo tanto se le define como la necesidad de atribución de responsabilidad penal la misma que se sustenta en la culpabilidad del autor, así pues lo que se busca es que la

pena se aplique con la única finalidad de lograr el reconocimiento de la norma quedando descartada la necesidad exclusiva de intimidación. Asimismo, a las personas jurídicas también debe atribuírseles una responsabilidad penal, y su injusto se producirá por el defecto que pueda darse en su organización, por lo tanto las expectativas normativas esenciales serán defraudadas cuando la persona jurídica se organice defectuosamente, así pues al afirmarse una responsabilidad de las personas jurídicas en el Derecho penal, dicha responsabilidad ya no debería ser considerada un punto crítico por quienes buscan incluir el principio de culpabilidad en el Derecho administrativo sancionador. Por otro lado, el principio de culpabilidad dentro del Derecho administrativo sancionador es un tema controvertido, y en la doctrina española existe un sector mayoritario que defiende esta postura, sin embargo pese a los estudios que se han desarrollado, lo cierto es que ni la jurisprudencia ni la LRJPAC dejan una afirmación radical al respecto.

Séptima.- Las omisiones formales no han podido ser superadas completamente por quienes se encuentran a favor de la aplicación del principio de culpabilidad en el Derecho administrativo sancionador, incluso algunos autores en su afán de superar esta realidad han llegado a sostener que la mera inobservancia constituye una culpa levísima, afirmación que es cuestionable incluso por quienes se encuentra a favor del criterio subjetivo en las infracciones administrativas, quienes terminan señalando que existirán infracciones en las que no se este criterio, pero lo cierto es que no logran superar este punto teniendo en cuenta además que en esta rama del derecho las omisiones formales constituyen la gran mayoría mediante la cual se configuran los ilícitos administrativos.

Octava.- La responsabilidad solidaria y subsidiaria regulada en el Derecho administrativo sancionador es otro punto que han tratado de superar al momento de aplicar el principio de culpabilidad en el Derecho administrativo sancionador, pero lo cierto es que las soluciones que se han intentado dar, como por ejemplo el proponer un análisis, dentro del expediente administrativo, de la responsabilidad subjetiva de cada uno de los infractores, resulta extensivo y se aleja asimismo de la finalidad del Derecho administrativo sancionador que, como se ha mencionado, consiste en ordenar los sectores regulados administrativamente, llegando

incluso algunos autores a determinar que sólo en los casos que se presente una responsabilidad solidaria y subsidiaria se aceptará la aplicación de una responsabilidad objetiva.

BIBLIOGRAFÍA

ABEL SOUTO, MIGUEL. *Teoría de la pena y límites al ius puniendi desde el Estado democrático*. Dilex S.L., Madrid, 2006.

ALASTUEY DOBÓN, MARÍA DEL CARMEN, ESCUCHURI AISA, ESTRELLA. “Ilícito penal e ilícito administrativo”. En: *Estudios penales y criminológicos*. N° 31, Universidad de Santiago de Compostela, Madrid.

ANTON ONECA, JOSÉ. *Derecho penal*. 2da ed. Ediciones Akal, Madrid, 1986.

BACA ONETO, VICTOR SEBASTIÁN. “¿Responsabilidad subjetiva u objetiva en materia sancionatoria? Una propuesta de respuesta a partir del ordenamiento peruano”. En: *Diplomado de Derecho Administrativo Sancionador*. Piura, 2014.

BACA ONETO, VÍCTOR SEBASTIÁN y ABRUÑA PUYOL, ANTONIO. *Notas al curso de Derecho Administrativo, lección décimo novena, la actividad administrativa (I), la policía administrativa*, (Pro manuscrito), Piura, 2009.

BACIGALUPO SAGGESE, SILVINA. *La responsabilidad penal de las personas jurídicas*. Hammurabi, Buenos Aires, 2001.

BAJO FERNÁNDEZ, MIGUEL y BACIGALUPO SAGGESE, SILVINA. *Derecho penal económico*. 1era ed., Ceura, Madrid, 2001.

BECCARIA BONESANA, CESARE. *De los delitos y de las penas*. De J.A. de las casas, Madrid, 1968.

BUSTOS RAMÍREZ, JUAN. *Manual de Derecho penal*. 3era ed., Editorial Ariel, Barcelona, 1989.

CANO CAMPOS, TOMÁS. “¿Es una sanción la retirada de puntos del permiso de conducir?”. En: *Revista de Administración Pública*. N°184, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2011.

CANO CAMPOS, TOMÁS. *Las sanciones del tráfico*. Aranzadi, Cizur Menor, 2011.

CANO CAMPOS, TOMÁS. “Non bis in ídem, prevalencia de la vía penal y teoría de los concursos en el Derecho administrativo sancionador”. En: *Revista de Administración pública*, N° 156, Instituto de estudios políticos, Madrid, 2001.

CARRUITERO LECCA, FRANCISCO. “Los principios de la potestad sancionadora de la administración”. En: *Jus Gestión Pública*. N°3, Editorial Grijley, Lima, 2008.

CASTILLO ALVA, JOSÉ LUIS. *Código penal comentado*. Gaceta Jurídica, Lima, 2004, p. 184 y ss.

CASTILLO ALVA, JOSÉ LUIS. *Principios de Derecho penal parte general*. 1era ed., Gaceta Jurídica, Lima, 2004.

CASTILLO CÓRDOVA, LUIS. *Lectura constitucional de un asunto penal*. En Universidad de Piura. Disponible en Web [Última visita: 10-10-2015]: <http://pirhua.udep.edu.pe/handle/123456789/2094>.

CEREZO MIR, JOSÉ. “Límites entre el Derecho penal y el Derecho administrativo”. En: *III Jornadas de profesores de Derecho penal*. Universidad de Santiago de Compostela, Santiago de Compostela, 1976.

DOMÍNGUEZ VILA, ANTONIO. *Constitución y Derecho Sancionador Administrativo*. Jurídicas y Sociales, Madrid, 1997.

ENGISCH, KARL. *Monatsschrift für Kriminologie und Strafrechtsreform (MschKrim)*, Thomson Reuters, 1967.

ESCAJEDO, SAN EPIFANIO. *El medio ambiente en la crisis del Estado social*. Edición Comares, Granada, 2006.

FEIJOO SÁNCHEZ, BERNARDO. “Sobre el fundamento de las sanciones penales a las personas jurídicas y empresas en el Derecho penal español y el Derecho penal peruano”. En: *La responsabilidad de las personas jurídicas, órganos y representantes*. Ara editores, Lima, 2002.

FUENTES BARDAJÍ, JOAQUÍN DE (Dir.) y PEREÑA PINEDO, IGNACIO (Coord.). *Manual de Derecho administrativo sancionador*. 2da ed., tomo I, Thomson Reuters, Navarra, 2009.

GARCÍA AMADO, JUAN ANTONIO. “Sobre el ius puniendi: su fundamento, sus manifestaciones y sus límites”. En: *Documentación Administrativa*. N° 280-281, Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid, 2008. Disponible en web [Última visita 15-10-2015: <http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=4240503>].

GARCÍA CAVERO, PERCY. *Derecho penal económico. Parte general*. 3era ed., Jurista Editores, Lima, 2014.

GARCÍA CAVERO, PERCY. “La imputación subjetiva en Derecho penal”. En: *Cuestiones actuales de Derecho penal general y patrimonial*. Ara editores, Lima, 2005.

GARCÍA CAVERO, PERCY. *La persona jurídica en el Derecho penal*. Grijley, Lima, 2008.

GARCÍA CAVERO, PERCY. *Lecciones de Derecho penal. Parte general*. Grijley, Lima, 2008.

GARCÍA DE ENTERRÍA, EDUARDO y FERNÁNDEZ, TOMÁS-RAMÓN. *Curso de Derecho administrativo*. I. 12a ed., Palestra, Lima, 2011.

GARCÍA- PABLOS DE MOLINA, ANTONIO. *Derecho penal parte general*. Jurista editores, Lima, 2000.

GHERSI, CARLOS A. (Dir.) y WEINGARTEN, CELIA. *Manual de los derechos de usuarios y consumidores*. La ley, Buenos Aires, 2011.

GÓMEZ JARA, CARLOS. *La culpabilidad penal de la empresa*. Marcial pons, Madrid, 2005.

GÓMEZ- JARA DÍEZ, CARLOS. *La responsabilidad penal de las personas jurídicas: el modelo constructivista de autorresponsabilidad empresarial*. Lima, Ara editores, 2010.

GÓMEZ TOMILLO, MANUEL. *Derecho administrativo sancionador. Parte general: teoría general y práctica del Derecho penal administrativo*. 3er ed., Thomson Aranzadi, Navarra, 2013.

GRACIA MARTÍN. “La cuestión de la responsabilidad penal de las propias personas jurídicas”. En: *La responsabilidad penal de las empresas y sus órganos y responsabilidad por el producto*. Mir Puig/ Luzón Peña (coord.). José María Bosch, Barcelona, 1996.

GUZMÁN NAPURÍ, CHRISTIAN. “Las reformas al procedimiento administrativo sancionador provenientes del Decreto Legislativo N° 1029”. En: TORRES CARRASCO, MANUEL A (Dir.). *Manual de actualización administrativa*. 1era ed., Gaceta Jurídica, Lima, 2010.

HASSEMER, WINFRIED. *Fines de la pena en el Derecho penal de orientación científico-social. Derecho penal y ciencias sociales*. Universidad Autónoma de Barcelona, Barcelona, 1982.

HEINE, GÜNTHER. *Die strafrechtliche Verantwortlichkeit von Unternehmen*. Nomos, Baden-Baden, 1995.

HERRERA GUERRERO, MERCEDES. *La negociación en el nuevo proceso penal*. 1era ed., Palestra editores, Lima, 2014.

HUERGO LORA, ALEJANDRO. *Las sanciones administrativas*. Iustel, Madrid, 2007.

IHERING, RUDOLF VON. *Das Schuldmoment im römischen Privatrecht, Festschrift für Birnbaum*. Emil Roth, Giessen, 1867.

JAKOBS, GÜNTHER. *Culpabilidad en derecho penal: Dos cuestiones fundamentales*. Universidad externado de Colombia, Colombia, 2003.

JAKOBS, GÜNTHER. “Culpabilidad y prevención”. En: *Estudios de Derecho penal*. Civitas, Madrid, 1997.

JAKOBS, GÜNTHER. *El sistema funcionalista del Derecho penal*. Grijley, Lima, 2000.

JAKOBS, GÜNTHER. *Sobre la normativización de la dogmática jurídico-penal*. Cordillera, Bogotá, 2004.

JAKOBS, GÜNTHER. *Sociedad, norma y persona en una teoría de un Derecho penal funcional*. Civitas, Madrid, 1996.

JALVO, BELÉN MARINA. *El régimen disciplinario de los funcionarios públicos*. 3era ed., Madrid, Lex nova, 2006.

JESCHECK, HANS-HEINRICH. *Tratado de Derecho penal*. 4ta ed., Editorial Comares, Granada, 1993.

KAUFMANN, ARTHUR. *Filosofía del Derecho*. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1999.

KINDHAUSER, URS. “Los tipos de delito en el derecho penal económico”. En: *Derecho penal contemporáneo: Revista internacional*. N° 40, Legis, Lima, 2012.

LAMPE, ERNST-JOACHIM. *La dogmática jurídico penal entre la ontología social y el funcionalismo*. Grijley, Lima, 2003.

LASCURAÍN SÁNCHEZ, JUAN ANTONIO. “Por un Derecho penal solo penal: Derecho penal, Derecho de medidas de seguridad y Derecho administrador y sancionador”. En: *Homenaje al profesor Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo*. Civitas, Navarra, 2005.

LEÓN VILLALBA, FRANCISCO JAVIER DE. *Acumulación de sanciones penales y administrativas: sentido y alcance del principio Ne bis in ídem*. Bosh, Barcelona, 1998.

LISZT, FRANZ VON. *Tratado de Derecho penal*. 3era ed., Tomo I, Reus, Madrid.

LOZANO CUTANDA, BLANCA. *Administración y legislación ambiental*. 6ta ed., Dykinson, Madrid, 2011.

LUZÓN PEÑA, DIEGO MANUEL. *Curso de Derecho penal*. Editorial universitas, Madrid, 1996.

LUZÓN PEÑA, DIEGO MANUEL. *Prevención general y psicoanálisis. Derecho penal y ciencias sociales*. Universidad Autónoma de Barcelona, Barcelona, 1982.

MEZGER. “Die Straftat als Ganzes”. En: ZStW, Berlin, 1937.

MIRÓ LLINARES, FERNANDO. “El “moderno” Derecho penal vial y la penalización de la conducción sin permiso”. En: *Revista para el análisis del Derecho*. N°3, Universitat Pompeu Fabra, Madrid, 2009. Disponible en: <http://www.indret.com/es/>.

MIR PUIG, SANTIAGO. *El Derecho penal en el Estado social y democrático de Derecho*. 1 era. Ed., Editorial Ariel, Barcelona, 1994.

MIR PUIG, SANTIAGO. *Introducción a las bases del Derecho penal: concepto y método*. 2da ed. Bde F, Buenos Aires, 2003.

MONTORO PUERTO, MIGUEL. *La infracción administrativa: características, manifestaciones y sanción*. Ediciones Nauta, Barcelona, 1965.

MORÓN URBINA, JUAN CARLOS. *Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General*. 9na ed., Gaceta Jurídica, Lima, 2011.

MORÓN URBINA, JUAN CARLOS. “Los principios delimitadores de la potestad sancionadora de la Administración pública en la ley peruana”. En: *Revista Advocatus*, N° 13, 2005.

NAVARRO CARDOSO, FERNANDO. *Infracción administrativa y delito: Límites a la intervención del Derecho penal*. Constitución y leyes, Madrid, 2001.

NIETO GARCÍA, ALEJANDRO. *Derecho administrativo sancionador*. 4ta ed., Editorial Tecnos, Madrid, 2005.

NIETO GARCÍA, ALEJANDRO. “Régimen sancionador de las administraciones públicas”. En: *Cuadernos de Derecho local*. N° 14, 2007. Disponible en: <http://repositorio.gobiernolocal.es/xmlui/handle/10873/316>.

PALMA DEL TESO, ANGELES DE. “La culpabilidad”. En: *Justicia administrativa: Revista de Derecho administrativo*. N° Extra 1, Lex nova, Valladolid, 2001.

PARADA VÁZQUEZ, JOSÉ RAMÓN. *Régimen jurídico de las administraciones públicas y procedimiento administrativo común: estudio, comentarios y texto de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre*. 2da ed., Marcial Pons, Madrid, 1999.

PEMÁN GAVÍN, IGNACIO. *El sistema sancionador español*. Cedecs, Barcelona, 2000.

PEÑARANDA RAMOS, ENRIQUE; SUÁREZ GONZÁLEZ, CARLOS; CANCIO MELIÁ, MANUEL. *Un nuevo sistema del Derecho penal: Consideraciones sobre la Teoría de la imputación de Günther Jakobs*. 1era ed., Grijley, Lima, 1998.

PÉREZ MANZANO, MERCEDES. *Culpabilidad y prevención: las teorías de la prevención general positiva en la fundamentación de la imputación subjetiva y de la pena*. Ediciones de la Universidad Autónoma de Madrid, Madrid, 1986.

RAGUÉS VALLÉS, RAMÓN. *El dolo y su prueba en el proceso penal*. José María Bosch, Barcelona, 1999.

RAMÍREZ GÓMEZ, SALVADOR. *El principio “Ne bis in ídem” en el ámbito tributario: aspectos sustantivos y procedimentales*. Marcial pons ediciones jurídicas y sociales, Madrid, 2000.

REÁTEGUI SÁNCHEZ, JAMES. *La garantía del “ne bis in ídem” en el ordenamiento jurídico-penal*. 1era ed., Jurista Editores, lima, 2006.

REÁTEGUI SÁNCHEZ, JAMES. “La prohibición de la múltiple persecución penal. Validez procesal y material del ne bis in ídem” en SOSA SACIO, JUAN MANUEL (Coord.). *El debido proceso: estudios sobre derechos y garantías procesales*. 1era ed., Gaceta Jurídica, Lima, 2010.

REBOLLO PUIG, MANUEL. “El contenido de las sanciones”. En: *Justicia Administrativa*, N° Extraordinario 1, 2001.

RETAMOZO LINARES, ALBERTO. *Procedimiento administrativo sancionador por responsabilidad administrativa disciplinaria y funcional*. 1a ed., Gaceta Jurídica, Lima, 2015.

RIVACOBA Y RIVACOBA, MANUEL DE. *Hacia una nueva concepción de la pena*. Grijley, Lima, 1995.

ROBLES PLANAS. “¿Delitos de personas jurídicas?”. En: *InDret*, 2, 2006 (344), disponible en: www.indret.com.

RODRIGUEZ MOURULLO, GONZALO. *Derecho penal: Parte general*. Editorial Civitas, Madrid, 1978.

ROXIN, CLAUS. *Derecho penal. Parte General*. 2da ed., Civitas, Madrid, 1997. (ver si es 1 o 2 ed)

ROXIN, CLAUS. *Fundamentos políticos criminales del Derecho penal*. 1era ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2008.

SACHER DE KÖSTER, MARIANA. *La evolución del tipo subjetivo*. 1era. ed., Ad- Hoc, Buenos Aires, 1998.

SÁNCHEZ-OSTIZ, PABLO. *Fundamentos de Política criminal: un retorno a los principios*. Marcial pons, Madrid, 2012.

SANTAMARÍA PASTOR, JUAN ALFONSO. *Principios del Derecho Administrativo general*. 1era ed., Iustel, Madrid, 2004.

SANTOS LOYOLA, CARLOS R. “Derecho administrativo sancionador y responsabilidad objetiva”. En: *Modernizando el Estado para un país mejor*. Palestra, Lima, 2010.

SANZ GANDASEGUI, F. *La potestad sancionadora de la Administración: la Constitución Española y el Tribunal Constitucional*. Edersa, Madrid, 1985.

SAVIGNY, KARL. *Sistema del Derecho romano actual*. Tomo II, Analecta editores, Navarra, 2004.

SCHÜNEMANN. “Nuevas tendencias internacionales en la responsabilidad penal de personas jurídicas y empresas”. En: *XXV Jornadas Internacionales de Derecho penal*. BERNAL CUELLAS (coord.). Bogotá, 2003.

SILVA SÁNCHEZ, JESÚS-MARÍA. *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*. Bosh, Madrid, 1992.

SILVA SÁNCHEZ, JESÚS MARÍA. *La expansión del Derecho penal: aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, 2da ed., B de F, Montevideo, 2006.

SILVA SÁNCHEZ. “La responsabilidad penal de las personas jurídicas y las consecuencias accesorias del art. 129 del Código penal español”. En: *La responsabilidad penal de las personas jurídicas, órganos y representantes*. GARCÍA CAVERO, PERCY (coord.). Mendoza, 2004.

SILVA SÁNCHEZ, JESÚS MARÍA. “¿Política criminal “moderna”? Consideraciones a partir del ejemplo de los delitos urbanísticos en el nuevo Código penal español”. En: *Actualidad penal: revista semanal técnico- jurídica de derecho penal*. N°23, La ley, Madrid, 1998.

SUAY RINCÓN, J. “Concepto de sanción administrativa”. En: *Diccionario de sanciones administrativas*, Iustel, Madrid, 2010.

TIEDEMANN. “Die BebuBung von Unternehmen nach dem 2. Gesetz zur Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität”. En: *Neue Juristische Wochenschrift*. 1988.

TORNOS MAS, JOAQUÍN. “¿Quién debe ejercer el <<IusPuniendi>> del estado”. En: *Revista española de Derecho Administrativo*, N° , Editorial, Madrid, 2014.

VERGARAY BÉJAR, VERÓNICA y GÓMEZ APAC, HUGO. “La potestad sancionadora y los principios del procedimiento sancionador”. En: MARAVÍ SUMAR, MILAGROS. *Sobre la ley del procedimiento administrativo general. Libro homenaje a José Alberto Bustamante Belaúnde*. UPC Fondo editorial, Lima, 2009.

VIGNOLO CUEVA, ORLANDO. “Principales implicancias de la sanción administrativa”. En: *Jus Gestión Pública*, N° 2, Editorial Grijley, Lima, 2008.

VILCHEZ CHINCHAYÁN, RONALD. “Algunos criterios para diferenciar los delitos de peligro de las infracciones administrativas en el aspecto objetivo”. En: *Revista Ita Ius Esto*. 2012. Disponible en: <http://www.itaiusesto.com/algunos-criterios-para-diferenciar-los-delitos-de-peligro-de-las-infracciones-administrativas-en-el-aspecto-objetivo/>.

WEBER, VON. “Über die Strafbarkeit juristischer Personen”. En: *Goldammer's Archiv für Strafrecht*, 1954.

WELZEL, HANS. *Derecho penal alemán*. 12a ed., Editorial jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1987.

WELZEL, HANS. *Estudios de Derecho penal*. B de F, Montevideo, 2003

WELZEL, HANS. *Naturalismus und Wertphilosophie im Strafrecht*. GmbH, Berlin, 1935.

YACOBUCCI, GUILLERMO J. *La deslegitimación de la potestad penal: la crítica al poder sancionador del Estado*. Ábaco de Rodolfo, Buenos Aires, 2000.

LEGISLACIÓN NACIONAL Y EXTRANJERA

Constitución peruana de fecha 30 de diciembre de 1993.

Constitución española de fecha 29 de diciembre de 1978.

Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, de fecha 10 de abril de 2001.

Ley de Contrataciones del Estado.

Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, de fecha 26 de noviembre de 1992.

Ley 29571, Código de Protección al Consumidor, de fecha 14 de agosto de 2010.

JURISPRUDENCIA

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PERUANO

STC en Exp. N° 2050-2002-AA/TC de fecha 16 de abril de 2003.

STC en Exp. N° 2192-2004-AA/TC de fecha 11 de octubre de 2004.

STC en Exp. N° 2868-2004-AA/TC de fecha 24 de noviembre de 2004.

STC en Exp. N° 01873-2009-PA/TC de fecha 03 de setiembre de 2010.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ESPAÑOL

STC 776/1990 del 26 de abril de 1990

STC 65/1986 del 12 de diciembre de 1986.

STC 159/1986 del 12 de diciembre de 1986.

STC 150/1991 del 4 de julio de 1991.

STC 246/1991 del 19 de diciembre de 1991.

STC 176/1995 del 11 de diciembre de 1995.

INDECOPI

Resolución N° 1008-2013/SPC-INDECOPI

OSCE

Resolución N° 2839-2009-TC-S3.

Resolución N° 170-2009-TC-S3.

Resolución N° 189-2009-TC-S3.

Resolución N° 1530-2009-TC-S3.

Resolución N° 0001-2016-TCE-S4.