



BOLETÍN N.º 03
DERECHO ADMINISTRATIVO
Y GESTIÓN PÚBLICA

Directores:

Anthony Julio Romero Casilla
Allen Martí Flores Zerpa
Frank J. Paucarchuco Gonzales

Coordinadores:

Paulo Adrián Guzmán Reyes
Juan de Dios Atarama Macha

AÑO N.º 02 / ABRIL 2023

Autores de esta edición:

Sergio Verástegui Valderrama

Abogado por la Universidad de San Martín de Porres

Catherine Gutiérrez Castiblanco

Especialista por la Universidad Externado de Colombia
(Colombia)

Jorge Luis Huaman Sánchez

Abogado por la Universidad Nacional de Cajamarca

Natalia Cifuentes Castro

Abogada por la Universidad del Rosario (Chile)

Leyli Jeny Aguilar Ventura

Abogada por la Universidad Nacional de Trujillo

Fanny Leticia Reyes Mosquera

Abogada por la Universidad de Lima

Directores

Anthony Julio Romero Casilla
Allen Martí Flores Zerpa
Frank James Paucarchuco Gonzales

Coordinadores

Juan de Dios Atarama Macha
Paulo Adrián Guzmán Reyes

BOLETÍN N.º 03

DERECHO ADMINISTRATIVO Y GESTIÓN PÚBLICA

Autores en esta edición:

Sergio Verástegui Valderrama	Natalia Cifuentes Castro
Catherine Gutiérrez Castiblanco	Fanny Leticia Reyes Mosquera
Jorge Luis Huaman Sánchez	Leyli Jenny Aguilar Ventura

Amachaq
Escuela Jurídica

2023

Lima – Perú
ISSN: 810-8531

BOLETÍN DE DERECHO ADMINISTRATIVO Y GESTIÓN PÚBLICA

AÑO 02 – N.º 03 – ENERO 2023

EDITADO POR:

© AMACHAQ ESCUELA JURÍDICA S.A.C.

Jr. María Antonieta #399

amachaq.escuela.juridica@gmail.com

www.editorialamachaq.com

Lima – Perú

AUTORES EN ESTA EDICIÓN:

Sergio Verástegui Valderrama

Catherine Gutiérrez Castiblanco

Jorge Luis Huaman Sánchez

Natalia Cifuentes Castro

Fanny Leticia Reyes Mosquera

Leyli Jeny Aguilar Ventura

DIRECTORES:

Romero Casilla, Anthony Julio

Flores Zerpa, Allen Martí

Paucarchuco Gonzales, Frank James

COORDINADORES:

Atarama Macha, Juan de Dios

Guzmán Reyes, Paulo Adrián

COLABORADORES:

Castillo Lopez, Kyara Alessandra

Soto Sutta, Miriam Luzmila

Pinchi Quinto, Marco Antonio

Berrocal Rodriguez, José Ramón

Vásquez Condori, Daniela Andrea

ISSN: 810-8531

Hecho el Depósito Legal en la

Biblioteca Nacional del Perú N° XXXXXXXXXX

DISPONIBLE DIGITALMENTE EN:

<http://www.editorialamachaq.com/b3-administrativo>

BOLETIN N.º 03
“BOLETÍN DE DERECHO ADMINISTRATIVO Y GESTIÓN PÚBLICA”

I. DIRECTORES

ANTHONY JULIO ROMERO CASILLA
Abogado por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos

ALLEN MARTÍ FLORES ZERPA
Máster en derecho penal por la Universidad Autónoma de Madrid

FRANK JAMES PAUCARCHUCO GONZALES
Bachiller en derecho por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos

II. COORDINADORES DE ESTA EDICIÓN

JUAN DE DIOS ATARAMA MACHA
Estudiante de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos

PAULO ADRIAN GUZMAN REYES
Estudiante de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos

III. COLABORADORA PRINCIPAL DE ESTA EDICIÓN

DANIELA ANDREA VÁSQUEZ CONDORI
Estudiante de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos

IV. COLABORADORES DE ESTA EDICIÓN

KYARA ALESSANDRA CASTILLO LOPEZ
Estudiante de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos

MIRIAN LUZMILA SOTO SUTTA
Estudiante de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos

MARCO ANTONIO PINCHI QUINTO
Estudiante de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos

JOSÉ RAMON BERROCAL RODRIGUEZ
Estudiante de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos

V. AUTORES

SERGIO VERÁSTEGUI VALDERRAMA
Abogado por la Universidad de San Martín de Porres

CATHERINE GUTIÉRREZ CASTIBLANCO
Especialista por la Universidad Externado de Colombia (Colombia)

JORGE LUIS HUAMAN SÁNCHEZ
Abogado por la Universidad Nacional de Cajamarca

NATALIA CIFUENTES CASTRO
Abogada por la Universidad del Rosario (Chile)

LEYLI JENY AGUILAR VENTURA
Abogada por la Universidad Nacional de Trujillo

FANNY LETICIA REYES MOSQUERA
Abogada por la Universidad de Lima



BOLETIN N.º 03
Amachaq-Escuela Jurídica
Área de Derecho Administrativo y Gestión Pública

Disponible en:

<http://editorialamachaq.com/b3-administrativo/>

Año: 2023

Edita:

Amachaq Escuela Jurídica S.A.C.
amachaq.escuela.juridica@gmail.com
<http://editorialamachaq.com/>

El Boletín N.º 03 de Derecho Administrativo y Gestión Pública es publicado en formatos electrónicos que están disponibles para descarga en la página:

<http://editorialamachaq.com/b3-administrativo/>

Algunos derechos reservados

ÍNDICE

PRÓLOGO	9
- Instrucción del procedimiento administrativo como fase capital <i>Sergio Verástegui Valderrama</i>	13
- Estrategias del regulador de vanguardia en el estado ágil <i>Catherine Gutiérrez Castiblanco</i>	23
- Sinergia regulatoria para la mejora de la calidad regulatoria <i>Jorge Luis Huaman Sánchez</i>	33
- Fundamento del <i>non bis in ídem</i> en la potestad sancionadora de la administración pública <i>Natalia Cifuentes Castro</i>	45
- Las garantías del procedimiento administrativo disciplinario <i>Leyli Jeny Aguilar Ventura</i>	59
- Gestión Pública descentralizada: avances y desafíos <i>Fanny Leticia Reyes Mosquera</i>	69

PRÓLOGO

El estudio del derecho administrativo, y sus correspondientes aristas, resulta relevante toda vez que nos encontramos frente a una materia con un carácter especialmente volátil. Días tras día podemos observar una serie de modificaciones que se realizan sobre la base de nuestros acontecimientos que acontecen en la realidad. Si bien no podremos estar de acuerdo con todas las decisiones o criterios que son empleados por las diversas instituciones que conforman la administración pública, debemos desarrollar nuestras capacidades con la finalidad de poder realizar cuestionamientos alturados y propuestas que coadyuven a un mejor manejo de la justicia a nivel administrativo.

En línea con lo anterior, AMACHAQ Escuela Jurídica viene desempeñando una constante actividad que busca incentivar la investigación a través de conferencias y presentaciones que reúnen a los más destacados especialistas en la materia, a fin de inspirar a las nuevas generaciones para continuar con la investigación y procurar sembrar la semilla de la curiosidad en materia administrativa. Los temas actuales requieren de una óptica fresca y renovada, que logre identificar las nuevas problemáticas y aplique los conocimientos teóricos con la única finalidad de contribuir con el desarrollo de la sociedad y la mejora de la relación entre los administrados y las entidades que forman parte de la compleja maquinaria de la administración pública.

Nuestra institución, conformada por comprometidos estudiantes de derecho y encabezada por quien suscribe, tiene un fuerte compromiso con la difusión y proliferación de la investigación en las diversas ramas del derecho administrativo. En ese orden de ideas, se complace en presentar la tercera edición del Boletín del Área de Derecho Administrativo y Gestión Pública, trabajo académico que recoge lo mejor de las intervenciones de destacados panelistas, quienes gustosamente participaron en un gran número de eventos a lo largo del año.

En esta oportunidad las secciones se dividen en: *i)* Derecho Administrativo General, en donde se trata el fundamento que rige cualquier procedimiento administrativo que se encuentre regulado, precisamente, por la Ley de Procedimiento Administrativo General, la Ley N.º 27444. Así, el autor desarrolla una serie de ideas trascendentales que deben considerarse al momento de iniciar con uno de estos procedimientos y que se deben mantener presente hasta la culminación del proceso; *ii)* Regulación, apartado que recoge las ideas más relevantes con respecto a los comportamientos actuales de que adopta el Estado con miras a encontrar soluciones más eficaces para promover una adecuada intervención económica sin perjudicar el sistema funcional de la actualidad, buscando las mejores alternativas que coadyuven con mejorar los sistemas de regulación y los comportamientos que se adoptan, identificando las falencias y proporcionando posibles soluciones que logren sobrellevar situaciones virtualmente complicadas; *iii)* Derecho Administrativo Sancionador, que recoge un fundamento altamente relacionado con el Derecho Penal, pero aplicado a las sanciones administrativas, desarrollando una serie de ideas que buscan lograr encontrar un punto intermedio entre los criterios que comparte con la materia antes citada y buscando identificar los límites de la potestad sancionadora del Estado; *iv)* Procedimiento Administrativo Disciplinario, acápite que contiene un importante pronunciamiento sobre los derechos que no deben ser transgredidos en el marco de una imputación administrativa por causal de la violación de alguna normativa especial o general que regula el ejercicio de las funciones de cualquier funcionario o servidor público

Prólogo

que desempeñe inadecuadamente sus funciones, recogiendo importantes aportes de la jurisprudencia de los Tribunales del SERVIR e identificando algunos vacíos o falencias que dificultan el correcto desarrollo de una procedimiento administrativo disciplinario, v) Gestión pública, en donde finalmente se realizar una breve revisión del estado actual de las políticas de descentralización, identificando los principales problemas que se suscitaron luego de la implementación de variados programas que buscan evitar una centralización negativa, que no represente un gran avance y genere muchos más problemas que soluciones al momento de su ejecución.

Agradecemos especialmente a los profesores que aceptaron nuestra invitación para formar parte de tan importante iniciativa académica, pues sin la participación de ellos nuestro amable lector no podría tener entre sus manos este material académico. Así, agradecemos por el compromiso a los profesores Sergio Verástegui Valderrama, Catherine Gutiérrez Castiblanco, Jorge Luis Huaman Sánchez, Natalia Cifuentes Castro, Leyli Jenny Aguilar Ventura y Fanny Leticia Reyes Mosquera. Les agradecemos por toda la predisposición y aprovechamos la oportunidad para reiterar nuestra gran admiración y respeto por el trabajo que vienen desempeñando.

Finalmente, esperamos que los trabajos de la edición número 3 puedan servir de gran ayuda para los estudiosos e interesados en la materia, procuraremos seguir mejorando con el desarrollo de nuestras actividades y continuar con el cumplimiento de nuestro compromiso con toda la comunidad jurídica: la difusión del conocimiento jurídico.

Juan de Dios Atarama Macha
Paulo Adrián Guzmán Reyes

La instrucción como fase capital del procedimiento administrativo*

Sergio Verastegui Valderrama**
Universidad de San Martín de Porres

SUMARIO: 1. Introducción / 2. Excepciones / 3. Autoridad administrativa / 4. Aspectos generales / 5. Fases / 6. Acceso al expediente / 7. Alegaciones / 8. Actuación probatoria / 9. Medios de prueba / 10. Petición de informes / 11. Testigos y peritos.

1. Introducción

Los principios del procedimiento administrativo, así como sus fases y trámites, son los temas que más concitan nuestra atención al momento de iniciar el estudio de la disciplina del Derecho Administrativo. Empero, dentro de las etapas de procedimiento administrativo, existe una fase que podríamos denominar ‘capital’ y no es otra que la instrucción del procedimiento.

¿Por qué es tan importante? Porque contribuye decisivamente a generar la convicción de la Autoridad Administrativa y permitirá que se adopte una decisión imparcial, justa y fundamentada. Recordemos que antes de tomar una decisión, la Administración Pública debe encontrarse debidamente informada y tener pleno conocimiento sobre aquello que se pretende resolver.

En resumidas cuentas, la finalidad de la instrucción del procedimiento radica en permitir a la Autoridad Administrativa adquirir el conocimiento suficiente como para adoptar una decisión motivada, imparcial y justa, en plena concordancia con el orden público y los derechos fundamentales.

* Conferencia virtual llevada a cabo en el Curso Especializado en Derecho Administrativo, Procedimiento Administrativo Sancionador y Disciplinario, organizado por Amachaq Escuela Jurídica el 27 y 28 de enero del 2023.

** Abogado por la Universidad de San Martín de Porres. Especialización en Derecho Administrativo por la Pontificia Universidad Católica del Perú, Socio de AQL Asesoría Legal y Defensa Procesal.

De este modo, la instrucción representa la fase más importante del procedimiento administrativo. Por esta razón, resulta equivocado —como hacen muchos— centrar el análisis en determinar la calidad de la resolución y verificar si esta se encuentra acorde con las normas jurídicas, sin verificar los presupuestos fácticos y jurídicos que fueron valorados durante la fase de instrucción del procedimiento que son, precisamente, los que permiten reconstruir el proceso volitivo que llevó a la Administración Pública a adoptar determinada decisión.

2. Excepciones

Antes de pasar al análisis de las notas características de la instrucción del procedimiento, resulta necesario precisar que existen situaciones en las cuales no existe una etapa instructiva propiamente dicha a cargo de la Autoridad Administrativa.

Un primer caso lo constituyen los procedimientos administrativos de aprobación automática (por ejemplo, las licencias), que se caracterizan porque el solo hecho de presentar la solicitud supone que lo que se solicita ya ha sido aprobado.

Esto responde a que previamente a la presentación de dicha solicitud se deben cumplir con los requisitos recogidos en los Textos Únicos de Procedimientos Administrativos de cada entidad —los denominados TUPA—.

Resulta indiscutible, entonces, que en estos procedimientos administrativos de aprobación automática, no existe propiamente una fase de instrucción, puesto que la Ley determina que el cumplimiento previo de los requisitos resulta suficiente para otorgar mérito a los documentos presentados y, consecuentemente, se tienen por aprobados por el solo hecho de ser presentados.

Ahora bien, si no existe propiamente una etapa de instrucción, ¿no existirá ningún modo en que la Autoridad Administrativa controle la documentación presentada por el administrado? Al respecto, si bien se presume la veracidad de todos los documentos que se presentan ante la Administración Pública, esta condición no inhabilita el ejercicio de su privilegio de control posterior que, precisamente, es uno de los principios del procedimiento administrativo.

La siguiente situación en la cual no se presenta propiamente una etapa de instrucción del procedimiento es la actividad de fiscalización. Aunque, tanto en la fiscalización cuanto en la etapa de instrucción del procedimiento existe una actividad que tiene por objeto conocer los hechos tal y como su-

cedieron, reconstruirlos y llegar a determinadas conclusiones, la diferencia radica en las finalidades y en la potestad de quien se ejerce.

Así, la fiscalización no forma parte del procedimiento administrativo. La fiscalización es una etapa previa, donde se constituyen algunos medios probatorios; tal es el caso, por ejemplo, de los informes de fiscalización, mediante los cuales se inicia el procedimiento administrativo.

Por otro lado, la instrucción del procedimiento es aquel devenir que sucede entre el inicio del procedimiento y el agotamiento de todos los pasos necesarios de investigación para emitir una decisión. La fiscalización, en cambio, puede aportar elementos e, inclusive, vislumbrar un curso de acción, pero no sustituir a la voluntad de la Autoridad Administrativa que se conformará luego de su propia apreciación mediante la instrucción del procedimiento administrativo.

3. Aspectos generales

Ahora que ya hemos delimitado las excepciones, podemos continuar con los lineamientos generales establecidos por la Ley del Procedimiento Administrativo General (en adelante, la "LPAG") con respecto a la instrucción del procedimiento. De acuerdo con la LPAG, la instrucción del procedimiento es una etapa típica de los denominados procedimientos de evaluación previa, que inevitablemente se tendrá que realizar para determinar cuál será el sentido de la eventual decisión de la Autoridad Administrativa.

Según la LPAG, los procedimientos administrativos de evaluación previa tienen una duración de 30 días hábiles, siempre que no exista una determinación específica en el procedimiento administrativo.

Una advertencia preliminar. Por regla general, la autoridad o el órgano que realiza la instrucción del procedimiento puede, también, resolver. En otras palabras, aquel que investiga puede decidir. Sin embargo, existe una excepción a esta regla y son los procedimientos sancionadores ¿Por qué?

Veamos. En el caso de un procedimiento administrativo sancionador existe una previsión legal que exige, como parte de la garantía del debido procedimiento administrativo, la distinción clara entre el órgano que instruye y el órgano que sanciona. Ambas instancias deben ser diferentes dado que el órgano que instruye no puede ser el mismo que resuelve. De lo contrario, se estaría afectando el debido procedimiento administrativo y la consecuencia de esta vulneración es la nulidad insalvable de todos los actos administrativos que se hayan emitido en vulneración de este principio.

Por ello, si bien en términos generales el órgano que instruye puede ser el mismo que resuelve, esto no puede suceder en el caso de los procedimientos administrativos sancionadores. En estos últimos tiene que existir una clara distinción entre el órgano instructor y el órgano sancionador. Al respecto, conviene indicar que, originalmente, la LPAG no contemplaba esta distinción como una exigencia, sino que como una preferencia.

4. La autoridad administrativa

La instrucción está destinada a generar en la Autoridad Administrativa los elementos de convicción necesarios para decidir cuál será el derecho aplicable al caso concreto.

Sobre esto último, conviene recordar que cuando se trata de procedimientos administrativos, la Autoridad Administrativa se encontrará en un dilema entre dos extremos que buscan plena satisfacción y que deben ser ponderados en cada caso concreto: el interés público y los derechos fundamentales de las personas.

Mientras que un proceso judicial se busca resolver un conflicto intersubjetivo y tutelar el derecho de la parte a la que corresponde; en un procedimiento administrativo se persigue satisfacer, por un lado, los derechos de los administrados y, por el otro, el interés público. Empero, la Autoridad Administrativa no será absolutamente 'imparcial' puesto que no puede prescindir de la satisfacción del interés público, pero tampoco puede dejar de lado los derechos de las personas.

Según la formulación clásica, la imparcialidad se podrá apreciar, por ejemplo, en el marco de un proceso contencioso administrativo, toda vez que en este proceso se enfrentan, en términos de igualdad —al menos a nivel teórico— el administrado versus la administración.

En ese orden de ideas, el Poder Judicial, como órgano imparcial que resuelve esta clase de conflictos de intereses, deberá brindar una solución. Como hemos señalado, en el caso de la Administración no sucede lo mismo, pues esta tiene la labor de satisfacer el interés público, teniendo en cuenta el impacto que pueda tener sobre los derechos fundamentales del administrativo. Y viceversa.

¿Cómo se determina esto? Al concebir una conceptualización de índole legal, respecto a lo que se debe entender por instrucción del procedimiento, se parte desde la idea de la verdad material. La verdad material es uno de los principios fundamentales del procedimiento administrativo, el cual consiste en que la autoridad administrativa tiene la obligación de llegar a la

verdad utilizando los medios que resulten necesarios; lo que exige, ir más allá de lo presentado por las partes.

Otro término que se suele escuchar cuando hacemos referencia a la verdad material es 'la convicción'. Así, se debe procurar conocer qué fue realmente lo que sucedió y no limitarse a realizar suposiciones o pronunciamientos sobre la base de las meras declaraciones realizadas por las partes. Ello implica que la buena fe administrativa no necesariamente significa que se deba creer en lo que el administrado ha presentado. Por eso el procedimiento administrativo de evaluación previa se distingue del procedimiento de aprobación automática, porque existe una obligación de la Autoridad Administrativa de alcanzar la verdad y, para eso, necesita instruirse y conocer los hechos y el derecho aplicable al caso en concreto.

Por lo expuesto, podemos llegar a la conclusión del porqué a la etapa de instrucción se le denomina 'fase capital' del procedimiento. Recordemos que, no se puede arribar a una buena decisión si no se conocer sobre aquello que se va a decidir.

5. Fases

La instrucción se compone por dos fases o momentos principales.

En primer lugar, cuando el procedimiento inicia. Al iniciar existen algunos datos que ya han sido proporcionados, por ejemplo, informes legales, normas preexistentes, datos e información, etc. Todos estos datos representan aquello con lo que se cuenta y que llega a manos del instructor. Así, cuando se inicia un procedimiento tiene que haberse formado, por lo menos, un expediente.

Si vemos, por ejemplo, el caso del inicio de un procedimiento administrativo sancionador, observamos que resulta estrictamente necesario contar con determinada información previamente. De lo contrario, ¿cuál sería su base? Al respecto, cabe precisar que un informe de fiscalización puede adoptar una y mil denominaciones, pero no por ello dejará de ser un informe de fiscalización.

En segundo lugar, se debe tener presente que la actividad probatoria también podrá ser desarrollada. En ese sentido, resulta muy importante que la Autoridad Administrativa, independientemente de cuál sea la modalidad del procedimiento, adopte o agote todos aquellos medios necesarios con el objetivo de arribar a la verdad.

Así, no es aceptable que la administración se limite a revisar y leer documentos y sobre la base de esta simple actividad decida cuál será la decisión

de los casos bajo su observancia. Lo que queremos decir es que, en algunas ocasiones, por ejemplo, se necesitará de la toma de declaraciones, realizar inspecciones, permitir a los administrados participar en peritajes y un largo etcétera. Por ello, como autoridad administrativa, y con la finalidad de alcanzar la verdad material, no se debe limitar a una 'verdad' de expediente, sino que se debe ir más allá.

En suma, siendo que el procedimiento administrativo debe satisfacer el interés público sin desconocer los derechos de los administrados en cada caso, la instrucción del procedimiento deber incluir todas aquellas cuestiones relevantes que requieren de la actuación de la autoridad administrativa para poder adoptar las mejores decisiones: coherentes, justas, imparciales y adecuadas para cada caso en concreto.

6. Acceso al expediente

Dentro de la fase de instrucción existen una serie de garantías específicas, que son adicionales a las que encontramos dentro del contenido de la LPAG. Por ello, la administración cumple un rol sumamente importante como instructor del procedimiento, pues es el encargado de velar por el respeto y cumplimiento de estos derechos del administrado.

El acceso al expediente es un derecho importante para el administrado, pero al mismo tiempo es uno de los que más problemas genera en su aplicación. Esto se debe a que en la actualidad continúa vigente la denominada "cultura del secreto". Al respecto, a principios de este siglo, la Defensoría del Pueblo compiló a través de un informe un importante pronunciamiento que sirvió para comprender cuál era la cultura de secretismo en que se hallaba inmersa la Administración Pública y que, lamentablemente, aún se mantiene en muchos sectores. Una cultura, insistimos, que ha pervivido y que determina ciertas conductas institucionales que son totalmente negativas con respecto al acceso al expediente de los propios administrados.

En la práctica, el acceso del administrado a su propio expediente es restringido por el accionar de algunas Entidades, sin ninguna base jurídica. Por el contrario, en la LPAG sí se prevé el establecimiento de ciertas "condiciones" en cuanto a la revisión del expediente, como por ejemplo el hecho de indicar que el único horario al que los administrados se encuentran sujetos para acercarse a las oficinas de la administración es el horario de atención de estas entidades. Así, lo único que podría estar condicionado a un trámite y costo previo es la reproducción de los documentos que forman parte del expediente. En el caso del costo, este debe figurar en el TUPA) de cada Entidad. Además, las Entidades tienen la obligación de contar con ambientes especiales para que las personas realicen la lectura de sus expedientes.

Pero ¿puede haber exclusiones de acceso al expediente? Sí, puede haber algunas exclusiones que la Ley señala expresamente. Estos casos de exclusión pueden suscitarse en relación con la intimidación personal o familiar, exclusión por Ley y por causas de seguridad nacional. En ese orden de ideas, existen algunos mecanismos para disociar la información, que, en buena cuenta, es una especie de censura que se realiza por respeto a la información que corresponde a la intimidad de otras personas y que no se encuentra comprendida dentro del derecho de acceso al expediente.

7. Alegaciones

La formulación de alegaciones, el aporte de documentos u otros elementos del juicio pueden ser efectuado en cualquier momento del procedimiento, no hay etapa de preclusión en el procedimiento administrativo. Incluso, el fundamento de la impugnación administrativa puede ser precisamente la existencia de un medio probatorio que no era conocido por la autoridad administrativa, como pasa con el Recurso de Reconsideración. Por tanto, no hay etapa final para poder formular alegatos y ofrecer medios probatorios.

8. Actuación probatoria

¿En qué casos la autoridad instructora podrá disponer la actuación probatoria? ¿Cuándo? Cuando no se tengan por cierto los hechos o cuando lo exija la naturaleza del procedimiento ¿Cómo? Con la concentración de todos los actos en un periodo de 3 a 5 días. Por esta razón es muy importante el manejo que tiene la autoridad instructora sobre los procedimientos que están a su cargo ¿Puede rechazarse? Sí, cuando no guarda relación con el fondo del asunto o sean improcedentes o innecesarios. En todo caso, debe tener una motivación que fundamente el rechazo.

Como se mencionó anteriormente, dado este principio de no preclusividad, los medios probatorios pueden, en principio, presentarse en cualquier momento antes de la resolución. Ahora bien, los procedimientos administrativos de evaluación previa tienen una duración muy corta, de unos 30 días hábiles, donde no solo deben realizarse estas actuaciones, sino también resolver el fondo del asunto. Por ello, es importante que exista un adecuado manejo de la etapa probatoria dentro de los procedimientos administrativos.

No todos los hechos que están sujetos a actuación probatoria. Por ejemplo, los hechos públicos o notorios, la información que consta en los archivos de la entidad. Pese a lo cual, persiste la mala práctica de revisar y certificar una y otra vez los documentos que están en la propia Entidad. Tampoco está sujeto a actuación probatoria aquel hecho que ya se había comprobado

en el ejercicio de las funciones. Tampoco, los hechos sujetos a la presunción de veracidad; porque el principio de presunción de veracidad es transversal, comprende documentos y alegaciones que hacen los administrados, que están sujetos a fiscalización posterior.

9. Medios de prueba

Entre los medios de prueba utilizados se encuentran la recolección de antecedentes y documentos y la solicitud informes y dictámenes. Sobre esto último se debe indicar que es difícil señalar la diferencia entre un informe y el dictamen, la más común es que el informe tiene una determinada descripción de un caso con algunas conclusiones que se derivan de esa situación; en cambio, un dictamen puede sugerir un curso de acción en específico. En el lenguaje cotidiano ambos conceptos se confunden.

Las audiencias son muy importantes, el contacto entre la administración con los administrados es fundamental, ya que no solo se trata de papeles, sino de personas sobre las cuales se tomará una decisión como Autoridad Administrativa.

La actuación probatoria que tiene la administración no está limitada, esto implica que pueden solicitarse documentos entre autoridades. Si los documentos no son entregados, esto no representa un impedimento resolver, pues esta situación no representa una justificación. Se supone que hay plazos establecidos que deben ser respetados al momento de remitir información solicitada.

Se puede, también, solicitar medios probatorios a los administrados, v.gr.: información, documentos, inspecciones, colaboración para otros medios de prueba y, otros, ello a través de un requerimiento escrito. Sin embargo, este pedido de información también se encuentra sujeto a ciertos límites; es decir, no puede solicitarse información que vulnere el secreto profesional ni aquella información que está prohibida por ley por razones de seguridad nacional, tampoco ir en contra de la prohibición constitucional derivada del debido proceso de no declarar contra sí mismo.

10. Petición de informes

El informe debe solicitarse en situaciones de controversia y donde existe alguna limitación para poder dilucidar la cuestión que está sometida a conocimiento de la autoridad instructora. Entonces, la finalidad del informe no es que la autoridad instructora adquiera una mayor sabiduría porque para eso están los libros; sino que la autoridad instructora necesita estos informes para poder esclarecer el hecho en concreto.

Lamentablemente, algunos informes son conclusiones que no ayudan realmente a poder aportar un criterio; se supone que por lo menos debería existir un análisis del caso en específico. Por eso es tan importante explicitar debidamente en la solicitud lo que se requiere informar.

El contenido de los informes está conformado por las conclusiones expresas y claras, atención a todos los puntos planteados, el curso de acción a seguir y el nombre y firma de quien lo suscribe.

Cuando no hay una atención a los informes eso no significa que la autoridad instructora o administrativa se vea impedida de resolver. Por lo tanto, si no se presenta en la fecha se puede prescindir del informe y si este fue presentado extemporáneamente puede ser considerado siempre y cuando sea antes de resolver.

11. Testigos y peritos

El administrado que ofrece al testigo es responsable de su comparecencia y, si no asiste, se continúa con el procedimiento, no pudiendo declararse la nulidad de un procedimiento con motivo de esta inasistencia.

Como sucede en el caso general de los testigos, el interrogatorio es libre y, por lo tanto, pueden realizarse careos incluso con otros administrados.

En el procedimiento administrativo los peritajes son ofrecidos por las partes a su costo. El administrado no puede solicitar que se realice un peritaje puesto que la administración de oficio no realiza esta actividad, lo que hace es solicitar informes especializados, informes técnicos a áreas especializadas y de preferencia —como lo menciona la LPAG— a las universidades. La administración no tiene la obligación de sufragar peritajes y en vez de ello pedir informes técnicos especializados.

12. Respuestas a las preguntas del público

12.1. ¿En qué caso una entidad prescinde de la actuación probatoria?

Se prescinde de la actuación probatoria cuando los hechos que se solicitan no guardan relación con la materia que se está resolviendo. En ese orden de ideas, para lograr instruir el procedimiento se debe llegar a la verdad material y esto necesariamente requiere que tanto los hechos que se solicitan y la materia por resolver guarden una relación entre sí.

Por su parte, algunos medios probatorios son de carácter obligatorio, por ejemplo, en el caso del procedimiento administrativo sancionador a cargo

de la Contraloría General de la República se necesita de un medio probatorio para iniciar y este es el informe de control, sin este documento no es posible iniciar un procedimiento sancionador. Son excepciones no casos en concreto.

La apreciación probatoria de la administración es libre, por eso se rige por los principios de impulso de oficio y verdad material. Frente a esta amplitud de criterios, existen remedios; por ejemplo en el caso en que se hubiese resuelto prescindiendo arbitrariamente de un medio probatorio porque a criterio del administrado sí tenía relación directa con lo que se está discutiendo.

¿Cuál es el momento en el cual eso puede ser corregido? En dos momentos. El primer momento: durante la tramitación del procedimiento a través de la queja por defecto de tramitación, pero solo podría funcionar hasta antes que se resuelva. El segundo momento, dejar esa cuestión como parte de los argumentos de impugnación que puede realizar el administrado a través de un recurso de apelación contra la resolución que precisamente se emitió prescindiendo de esos medios probatorios.

12.2. En el caso de los procedimientos trilaterales, ¿A quién le corresponde la carga de la prueba?

La carga de la prueba en el procedimiento administrativo en general es dinámica no solamente recae en una sola parte, sino todas pueden aportar medios probatorios y el procedimiento trilateral no es la excepción.

Estrategias del regulador de vanguardia en el estado ágil*

Catherine Gutiérrez Castiblanco**
Universidad Externado de Colombia (Colombia)

SUMARIO: 1. Introducción / 2. La Unión Internacional de Telecomunicaciones (UIT) / 3. Agendas regulatorias / 4. Sandbox regulatorio / 5. Regulador de Vanguardia / 5.1. Retos del regulados / 5.2. Empoderamiento de las audiencias / 5.3. Estados Ágiles / 5.3.1. Caso de éxito CAF (2021) / 5.4. El metaverso.

1. Introducción

La transformación digital posee una penetración, complejidad, escalabilidad y magnitud que en este momento aborda absolutamente todos los ámbitos. Es así como los reguladores y el gobierno tienen un principal reto, hacerle frente a una era de cambios de comportamientos de la sociedad y de nuevas formas de vivir la vida.

En ese orden de ideas se encuentran enfrentados a nuevos derechos ciudadanos. Una muestra de ello es que en Colombia y en la mayoría de países, en los últimos años, se ha dado una preponderancia al internet como servicio público esencial, al igual que a la conectividad y todo lo que está

* Conferencia virtual llevada a cabo en el Curso Especializado en Derecho Administrativo, organizado por Amachaq Escuela Jurídica el 25 y 26 de marzo de 2022.

** Abogada, analista en regulación, problemáticas sectoriales, gestión de ciudades, servicios públicos y política pública. Especialista en Derecho Contractual y Relaciones Jurídico Negociales de la Universidad Externado de Colombia, Máster en Gobierno y Gestión Pública en América Latina en la Universidad Pompeu Fabra de Barcelona. Con entrenamientos profesionales en Habilidades gerenciales en el entorno digital y Dirección de Proyectos de la Universidad de los Andes, Legaltech de la Universidad Externado de Colombia y Administración de Empresas. Desde el año 2009 ha desempeñado cargos en empresas de servicios públicos y es Consultora permanente del sector privado y entidades públicas. Directora Jurídica de la Asociación Nacional de Ciudades Inteligentes e iluminación urbana – ANAP. Con experiencia en investigaciones, soluciones complejas, análisis regulatorios y propuestas normativas ante Gremios y Gobierno Nacional. Apoyo en formulación de negocios y nuevos proyectos en materia de gestión y transformación de ciudades, seguimiento, evaluación y auditorías. Capacitaciones universitarias, a Municipalidades y organismos de control.

relacionado con la protección de datos. Esto muestra que surgen nuevas prestaciones básicas universales y obligatorias dentro de este marco, no solo de la globalización, sino en materia de regulación colaborativa y regulación adaptativa.

En ese sentido, el desafío no es menor, debido a la importancia que amerita la regulación en todos estos temas innovadores. Eso genera que dentro de la agenda política, la regulación se convierta en una alta exigencia, acreditación e institucionalización para los países. Por ello, es fundamental generar esa capacidad instalada en el regulador, en los diferentes actores, en todos los funcionarios que convergen y poder contar con una terminología compartida.

2. La Unión Internacional de Telecomunicaciones (UIT)

La Unión Internacional de Telecomunicaciones ha planteado la necesidad de evolucionar los marcos regulatorios a la denominada quinta generación de regulación – G5 o regulación colectiva. Este concepto supone para los reguladores una cantidad de actividades diarias:

- Nuevas herramientas para abordar los problemas relacionados con la transformación digital y la economía de datos.
- Regulación abierta, intersectorial y, sobre todo, basada en la colaboración.
- Liderar la reactivación económica y sectorial post pandemia.
- Adoptar un énfasis mayor en los beneficios y la protección del consumidor.
- Aprovechar los recursos de las instituciones y la industria, a través de consultas orgánicas, colaboración y conciliación.
- Adoptar la regulación colaborativa apalancada en el liderazgo, los incentivos y la evidencia, dejando atrás los esquemas de comando y control.
- Pasar a esquemas regulatorios donde la autoridad legal y la vigilancia punitiva se utilizan para perseguir objetivos regulatorios.
- Nuevas herramientas para abordar los problemas relacionados con la transformación digital y la economía de datos.

3. Agendas regulatorias

Las agendas regulatorias son el instrumento por medio del cual se materializan los objetivos a mediano y largo plazo. En este nuevo ámbito y desafío, de los reguladores actuales, surgen a la par nuevos lineamientos:

- Debe estar sustentada en la innovación sectorial.
- Debe enfocarse en la explotación de datos.
- Debe trabajar en el análisis a partir de la evidencia.
- Debe incluir investigación y benchmarking, como parámetros de referencia, estrategias y mejores prácticas.
- Documentar las tendencias internacionales sobre política regulatoria.
- Documentar los proyectos más relevantes planteados en las agendas de diferentes reguladores en el sector.
- Permitir a la ciudadanía y a los sectores regulados identificar iniciativas de su interés y realizar sus contribuciones al portafolio de proyectos y actividades de la entidad.
- Ser un instrumento participativo.
- Sustentar el pilar de mejora regulatoria en la Entidad.
- Promover la competencia y la inversión en los sectores regulados.
- Aplicar la metodología de Análisis de Impacto Normativo (AIN).
- Aplicar políticas de simplificación regulatoria.
- Deben proteger los derechos de los usuarios y audiencias.
- Responder a las necesidades sectoriales identificadas.
- Coadyuvar en el fortalecimiento institucional.
- Regulación adaptativa al cambio.
- Diseñar marcos regulatorios para los mercados digitalizados.
- Revocar normas sin vigencia.

4. Sandbox regulatorio

Dentro del marco de la innovación están los *sandbox* regulatorios, que se están implementando cada vez con mayor auge en diversos países dentro de los lineamientos de los gobiernos. La aplicación de los *sandbox* en los últimos años ha sido un espacio de exploración controlado, con la finalidad de poder verificar nuevos modelos de negocios fuera de lo tradicional y de esa manera lograr visualizar de forma previa los riesgos que puedan presentarse.

En esa materia, en Colombia ya se cuenta con normatividad expedida por el Ministerio de Comercio, Industria y Turismo. Del mismo modo, por parte de la Comisión de Comunicaciones se cuenta con el Decreto 1732 del 2021, que regula todos los mecanismos exploratorios de regulación en

sandbox regulatorios para industrias reguladas. Además, todos los *sandbox* regulatorios se hallan como espacios de experimentación a la luz de la Resolución 5980 del 2020.

En el sistema financiero, así como en otros países de Latinoamérica, Colombia ha estado trabajando en *sandbox* regulatorios para Fintech. Por su parte, la Comisión de Regulación de Comunicaciones ha estado trabajando, ahora que se encuentra en posición de ser el regulador convergente, en diferentes ámbitos en materia de telecomunicaciones y medios audiovisuales. Así mismo, la Superintendencia de Industria y comercio ya lleva adelantando *sandbox* regulatorios para inteligencia artificial en temas de comercio electrónico, marketing y publicidad.

Es así como de la mano de la alta Consejería Presidencial, en asuntos económicos y TICS, vemos como vienen trabajando de manera ardua y decidida en todo lo que tiene que ver con la estructuración de documentos bases, de lineamientos y principios en materia regulatoria, como son los *sandbox* sobre privacidad, modelos de gobernanza, economía de intercambio de datos, entre otros.

En septiembre del año 2021, fue sometido a consulta, por parte de la Consejería Presidencial, todo el modelo conceptual para el diseño regulatorio de los *sandbox* en inteligencia artificial. Adicionalmente el país creó la data *sandbox* donde todas las entidades públicas pueden participar dentro de ese espacio colaborativo e ideativo en temas de *blockchain*, de inteligencia artificial y de análisis de datos, con el objetivo de poder concentrar estos proyectos de relevancia para el país en su adaptación y transformación digital.

De igual manera, en otros países como Holanda, Reino Unido, Argentina y Finlandia se encuentran *sandbox* regulatorios como experiencias internacionales y espacios de aprendizajes que sirven de referentes y buenas prácticas para América Latina. En Reino Unido, en materia de energía por el organismo regulador de gas y electricidad. En Holanda, en temas de medio ambiente, de dispositivos médicos tan importantes en este momento y en telecomunicaciones y algunos de manera transversal.

Technópolis profundiza en el *sandbox* de energía, esto también lo está realizando la ciudad DC Los Ángeles en Estados Unidos, y es poder contar con todo ese intercambio entre residencias, sectores comerciales e industriales que han decidido involucrar, dentro de sus techos, energías renovables para que de esa forma, a través de mecanismos de contratos inteligentes y *blockchain*, se puedan enlazar los contratos de ventas de energía de excedentes a la red, lo cual es algo bastante innovador que sirve como ejemplo en los *sandbox* regulatorios.

En Perú, se encuentran casos de realización temporal de entidades en modelos de negocios novedosos por parte de la Superintendencia de Banca, Seguros y AFP, en materia financiera. Igualmente, Brasil y México son líderes en los temas de Fintech y *sandbox* financieros. República Dominicana por su parte pretende a futuro innovar en temas de *sandbox* regulatorio para el sector de las TIC.

Al respecto de los *sandbox* regulatorios, es importante resaltar que de manera transfronteriza, el Banco Interamericano de Desarrollo se ha propuesto a tener *sandbox* regulatorios multi-jurisdiccionales para América Latina y el Caribe, eso implica que a su vez los diferentes reguladores tengan que estar en sintonía con los estándares de regulación internacional, de regulación local, la articulación y armonización y a su vez la supervisión que pueda tener en el ámbito local de los diferentes *sandbox* regulatorios.

5. Regulador de Vanguardia

Un estudio realizado por Deloitte University Press en el año 2019, permite conocer cuál es la escala en la tasa de adopción en innovación en tecnología.

1. Empresas dedicadas a la investigación y desarrollo tecnológico.
2. Personas que adoptan las tecnologías.
3. Empresas y organizaciones.
4. Política pública y regulatoria.

Frente a este escenario es que el regulador de vanguardia debe tener clara la planeación de la agenda regulatoria de los temas cruciales para los sectores a intervenir, la hoja de ruta, el análisis de impacto normativo, el conocimiento del sector jurídico, económico, financiero o técnico y finalmente trabajar en la simplificación. Asimismo, mostrar cómo sobre unas bases y premisas conceptuales debe trabajar la regulación en el marco de la innovación, como son la maximización del bienestar social, el fomentar la competencia y promover la inversión del sector. Como herramientas tecnológicas para lograrlo está el Regtech, los *sandbox*, la co-regulación, la autorregulación y la regulación colaborativa.

Por otra parte, el regulador de vanguardia deberá evitar quedar rezagado ante avances tecnológicos, es decir, el tema de las políticas de TIC no solamente está en la secretaría o departamento de TIC en el ministerio, sino por el contrario, este es un tema que compete a todos los ministerios y a todas las agencias reguladoras justamente porque están dentro del marco de transformación digital. Por eso, la tecnología y las comunicaciones ya

no son solamente un tema de políticas TIC. Además, la transformación digital y las tecnologías de la cuarta Revolución Industrial se sumergen en todos los sectores. Esto quiere decir, no hay límites sectoriales ni jurisdiccionales puesto que, este es un tema globalizado, tal es así que hoy en día se encuentran diferentes países conversando sobre esta necesidad común.

5.1. Retos del regulador

El reto que debe afrontar el regulador de vanguardia es tener un equilibrio, es lograr de manera sensata, acertada y prudente pero visionaria, equilibrar la innovación y regulación. No obstante, deben existir límites por parte del gobierno que no se deben sobrepasar.

Es más, se debe tener un conocimiento del consumidor digital, de los distintos sectores y no traspasar ciertas líneas que le generen una afectación, tanto al ámbito público o privado y a los intereses del sector. Asimismo, debe haber un punto medio conjuntamente con la sabiduría del gobierno que pueda establecer que no se va a regular todo de manera desbordada pero tampoco se va a llegar de manera tardía realizando cosas a la ligera con una regulación vacía e inocua que quizás no llene las expectativas de los sectores, de la competencia. Es importante señalar que las agencias reguladoras juegan un papel fundamental, ya que, sirven de puente para que el regulador comience a conocer de una manera más profunda los ámbitos de innovación.

Las agencias innovadoras al igual que la academia tienen un perfil muy neutral, de ciencia, de desarrollo e investigación; es por eso que, es esencial que sirva de puente con el regulador para que se produzca una regulación más ágil y asertiva. En ese orden el regulador tiene que responder a los rápidos cambios y dinámicas de sus servicios regulados. Una sugerencia es que, el regulador debe participar de todas las políticas del sector empresarial, público, de la academia, de los laboratorios de innovación, de los hubs, de los hackathon, de las visitas a empresas locales y extranjeras, para conocer y probar productos, y de aprender cómo se desarrollan y utilizan las tecnologías. Por ese motivo, es primordial la participación activa del regulador.

Las Naciones Unidas, en su hoja de ruta para la cooperación digital ha planteado la necesidad de optimizar el uso de tecnologías digitales y mitigar sus riesgos, buscando garantizar que todas las personas estén conectadas, respetadas y protegidas en la era digital. Para ello se deben adoptar medidas que se concreten en esfuerzos colectivos para alcanzar los objetivos de desarrollo sostenible a 2030. Entre las medidas que se deben tener en cuenta están las siguientes:

- Conectividad universal
- Bienes públicos y digitales
- Inclusión digital
- Creación de capacidades digitales
- Protección de derechos humanos
- Cooperación mundial
- Confianza y seguridad digital

Es así como continuando con la serie de recomendaciones del regulador de vanguardia, se concluye que este deberá:

1. Poner a disposición de los usuarios y audiencias herramientas interactivas para el conocimiento de sus consultas públicas y regulación.
2. Trabajar en la alfabetización Digital y respeto por los Derechos Digitales.
3. Implementar tecnologías de la cuarta revolución industrial.
4. Conocer y explorar nuevos modelos de negocio.
5. Conocer y analizar el comportamiento los usuarios en un entorno digital.
6. Conocer y aplica el Going Digital de la OECD.

5.2. Empoderamiento de las audiencias

El receptor de la regulación ha venido tomando en muchos casos un rol de creador de todos los elementos y los insumos para generar la regulación. Además, pueden influenciar de manera significativa en las consultas y en todos los temas que se dan a discusión. Mucho de los reguladores hacen presentaciones en *streaming* y preguntas en vivo, es decir, pasan a ser prosumidores, reciben la regulación, pero también aporten la generación de la misma. Es importante que el regulador ayude a las audiencias a reconocer, detectar, verificar y reportar los contenidos falsos para que no se genere desinformación dentro de la misma ciudadanía o sujetos de la regulación.

La CRC – Colombia ha venido resaltando el quehacer del regulador, esto marca la tendencia en el contexto internacional, es decir ayuda a que no exista desinformación. En ese mismo sentido viene trabajando el regulador francés, que es el Consejo Superior Audiovisual de la Comisión Nacional de Informática y de las Libertades y Defensor de los Derechos y Alta Autoridad para la Difusión de Obras y la Protección de los Derechos, porque insiste a nivel internacional en hacer llamado a los reguladores en verificar contenidos falsos.

5.3. Estados Ágiles

Es importante todo el trabajo que realizó CAF, que es el Banco de Desarrollo de América Latina, en este año, sobre los estados ágiles y la transformación digital de los reguladores económicos. La CAF afirma que es importante este tema, ya que, los reguladores son los que más datos necesitan para la toma de decisiones y en todo este ámbito de la aceleración digital se necesita mejorar las capacidades regulatorias y las capacidades de supervisión.

De manera concordante, con los avances tecnológicos es importante mencionar que la UNESCO, recoge los principios y recomendaciones éticas para nuestra región en materia de inteligencia artificial dentro de toda esta regulación. Algunos de estos principios relevantes en todo este mundo tecnológico son:

- Proporcionalidad
- No causar daño
- Seguridad y protección
- Equidad y no discriminación
- Sostenibilidad
- Derecho a la intimidad y protección de datos
- Supervisión y determinación humana
- Transparencia
- Explicabilidad
- Responsabilidad y rendición de cuentas
- Sensibilización y alfabetización
- Gobernanza y colaboración multisectorial y adaptativa
- Control humano de las decisiones

Sumado a lo anterior el Foro Económico Mundial, líder en estos temas y sobre todo de perspectiva y de visión futura, ha expresado que se re imagina la regulación desde la era de la inteligencia artificial.

5.3.1. Caso de éxito CAF (2021)

Este caso fue el reconocimiento a la Comisión de Regulación de Comunicaciones colombiana, como ejemplo de estado ágil, porque logró institucionalizar el análisis de impacto normativo y desarrollar una política de simplificación que logró reducir su regulación en aproximadamente 25%.

De igual modo, en toda esta estrategia de estados ágiles, más de 400 entidades en Colombia participaron en el Concurso de Buenas Prácticas Regulatorias en entidades públicas colombianas convocado por la CAF y el DNP. Es así que el Ministerio de Comercio, Industria y Turismo de Colombia fue el ganador con su propuesta en la que se refleja el trabajo coordinado entre las entidades del orden nacional y regional, pero también toda la información que se obtuvo del análisis de los trámites y procedimientos de los grupos de interés que finalmente ayudaron a la simplificación, eliminación y virtualización de los trámites. A eliminar barreras que le permitieran al regulador y al sujeto regulado a ahorrar tiempo y costos en general.

Las entidades involucradas en Estado Simple, Colombia Ágil incluyen 8 agencias, 185 alcaldías, 5 corporaciones autónomas, 5 departamentos administrativos, 6 empresas de servicios públicos, 9 fondos, 18 ministerios, 9 superintendencias, 23 gobernaciones, 30 hospitales, 9 universidades, el Poder Judicial, el Congreso, organismos de control, institutos, la rama electoral y Fuerzas Armadas, entre otros. Entre todos han logrado, a octubre de 2021, 4.246 intervenciones que permitieron simplificar o eliminar 2.967 trámites, remover 408 barreras y derogar o intervenir 871 normas obsoletas o de alto impacto.

5.4. Metaverso

Lo que le depara al regulador, con todos los cambios tecnológicos, es que seguramente va a tener que enfrentarse a intervenir y legislar sobre el metaverso. Se debe conocer este tema, se debe entender, capacitarse e identificar los roles, puesto que, incluso hay programas que ya mezclan los *sandbox*, las criptomonedas, el blockchain, para poder acelerar este tema en el metaverso, en el cual evidentemente países tanto europeos como América Latina empiezan a participar activamente. Es por eso que en el metaverso se va a visualizar diferentes sectores como:

- Entretenimiento y ocio
- Educación
- Compra de bienes y activos virtuales
- Trabajo
- Juego de roles
- Comercio y shopping
- Deporte
- Servicio públicos
- Movilidad

- Gobernanza
- Trámites

Asimismo, estos sectores van a imponer una cantidad considerable de nuevo retos como:

- Ciberderecho
- Leyes en el metaverso
- Riesgos
- Delitos
- Monetización
- NFTs, Criptomonedas

Sinergia regulatoria para la mejora de la calidad regulatoria*

Jorge Luis Huaman Sánchez**
Universidad Nacional de Cajamarca

SUMARIO: 1. Introducción / 2. Calidad regulatoria / 2.1. Partes de la calidad regulatoria / 2.2. ¿Qué se espera de la calidad regulatoria? / 3. Sinergia regulatoria / 3.1. Estrategias de cumplimiento regulatorio / 3.2. El enfoque disuasivo en el Perú y consecuencias / 3.3. Enfoque responsivo (Responsive Regulation – Braithwaite & Ayres) / 3.4. Pirámides de soporte y sanción / 4. Conclusión/ 5. Respuestas a las preguntas del público.

1. Introducción

El presente artículo se enfocará en desarrollar los siguientes puntos:

i) Calidad regulatoria, ii) La teoría de enforcement, iii) Responsive regulation, iv) discusión y conclusiones.

2. Calidad regulatoria

La regulación es aquella acción por medio de la cual el Estado establece reglas orientadas a proteger y promover un aspecto específico, principalmente en el plano económico, social, político, etc. Existen diferentes objetivos por qué regular. Por ejemplo, con el objeto de coadyuvar en el desarrollo de las empresas —en su calidad de agente regulado—, inclusive dependiendo de su posición en cada una de las regiones del Perú. Así no parezca, el desarrollo empresarial requiere de reglas que lo hagan posible. Por ello, es necesario que exista la implementación de aplicaciones regulatorias que permitan la emisión de regulaciones idóneas, que gocen de la calidad y se orienten a ser eficaces.

* Conferencia virtual llevada a cabo en el Curso Especializado en Derecho Administrativo y Derecho Regulatorio, organizado por Amachaq Escuela Jurídica el 25 y 26 de marzo del 2022.

** Abogado por la Universidad Nacional de Cajamarca, magíster en Regulación de los Servicios Públicos por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Es especialista en gestión regulatoria para el segmento mayorista en el OSIPTEL. A su vez, se desempeña como Vocal Titular del Tribunal de Solución de Reclamos del mismo organismo regulador.

Las regulaciones no son un producto exclusivo del Perú y su emisión puede ser similar o equivalente en los diferentes países como Ecuador, Bolivia o en Colombia, incluyendo la implementación de las reglas de calidad regulatoria que se ha venido realizando. Ahora bien, el hecho de contar con un proceso de emisión de regulaciones con algunas condiciones mínimas de calidad no asegura el éxito de la regulación, tampoco que la emisión de la regulación sea lo suficientemente idónea, ya que ello depende de otras variables. De hecho, por más buena que sea la regulación, puede suceder que no se tenga idea de cómo aplicarla en el plano real, lo que convertiría a la regulación en un lamentable despropósito. Esto ocurre más frecuentemente de lo que imaginamos.

En fin. Como ya lo dijimos, es así que los gobiernos al ejercer su control sobre determinado desempeño empresarial requieren de aplicaciones regulatorias. Las aplicaciones regulatorias están conformadas por tres elementos: las normas o regulaciones orientadas a un objetivo determinado para el desarrollo económico; los agentes económicos o también denominados agentes regulados; y, por último, los agentes reguladores. Por ejemplo, en el sector eléctrico se tiene a empresas concesionarias como Hidrandina, Luz del Sur, Adinelsa y otras empresas que, para la prestación de un servicio público de electricidad requieren contar con una serie de condiciones —¿Porque se cuentan con ese tipo de condiciones?— que ya después de un determinado estudio se determinó que estos agentes regulados se caracterizan por ser monopolios naturales.

En el sector de las telecomunicaciones también existen, por ejemplo, empresas como Telefónica del Perú S.A.A. y América Móvil Perú S.A.C. Por un lado, Telefónica del Perú tiene características de ser un proveedor importante, declarado por el organismo regulador luego de una minuciosa evaluación, considerando entre otros elementos, su porcentaje de participación dentro del mercado nacional. Frente a esta participación resulta necesario que se le aplique algunas disposiciones normativas específicas para proveedores importantes, que permitirán balancear la falla de mercado. Por el otro lado, América Móvil no es un proveedor importante, pero es una empresa que presta un servicio público, para lo cual ha suscrito un contrato de concesión por el cual se obliga a cumplir determinadas condiciones reglamentarias; por ejemplo, de calidad y continuidad en la prestación del servicio. En ambos casos, incumplir estas condiciones puede acarrear incurrir en infracciones y sanciones.

Al formar parte de este grupo de empresas eléctricas o de telecomunicaciones como las anteriormente mencionadas, con rasgos monopólicos o de fallas de mercado, resultará necesario disponer de ciertos patrones regu-

latorios para que sobre la base de estos se pueda hacer una prestación de servicio lo suficientemente viable y digno para cada uno de los peruanos y a la vez sea económicamente sostenible y rentable.

Por ende, cuando se crea la disposición normativa (regulación) se debe tener en cuenta el momento en que se realiza o se piensa realizar la disposición normativa, ya que se tiene que pensar qué tan viable será, así como su importancia o el cómo va a impactar no sólo en los ciudadanos, sino también en el propio agente regulado. La regulación debe ser capaz de responder a los intereses del Estado y del agente regulado.

2.1. Partes de la calidad regulatoria

La calidad regulatoria está constituida por diversos elementos procedimentales destinados a obtener una regulación (norma, reglamento, regla) que goce de mejores bases con miras a tener un mayor grado de certeza de que será eficaz cuando se aplique. Consiste en mejorar otros puntos de la aplicación de la regulación en general, como el desempeño, la relación costo-eficacia, eficiencia, la calidad legal de las regulaciones y de los trámites administrativos, los cuales muchas veces son engorrosos, complejos e innecesarios que resultan siendo perjudiciales para el desempeño y el desarrollo empresarial o el beneficio esperado de los ciudadanos, cosa que no debería pasar, pero ocurre y precisamente ahí es el contexto que se encuentra en un proceso de mejora, que se lleva a cabo con la calidad regulatoria.

La calidad regulatoria abarca procesos ex ante, durante y ex post, esto es, desde cómo se origina la norma, la manera en cómo se desarrolla y aplica la regulación y finalmente de evaluar su permanencia en el marco normativo a la luz de evidencia comprobada.

En primer lugar, tenemos un Análisis de Impacto Regulatorio (RIA) que tiene como objetivo mejorar la calidad regulatoria al momento de realizar una norma, analizará qué tanto esta norma tendrá consecuencias y qué impacto generará¹. El RIA es un proceso por medio del cual se identifican y evalúan los riesgos de emitir una regulación, su impacto económico, social y el beneficio frente al costo de su implementación. Este análisis permite determinar la viabilidad de una norma, puesto que muchas veces en el papel o desde la esfera ideal, un evento o suceso de la realidad puede

¹ Como ejemplo, imaginemos que una entidad pública requiere contar con toda la información disponible de todas las empresas que brindan servicios públicos para saber si brindan un servicio de calidad. El objetivo podría sonar atractivo, pero qué tan viable es la obtención de toda la información posible habida y por haber si es que no se tiene la capacidad y recursos suficientes para leer toda esta información. La consecuencia de este acto, además, podría encarecer el servicio, ya que las empresas tendrían que destinar mayores recursos para atender estos pedidos. Lo peor sería que las Entidades tengan esta información y no la revisen.

ser confrontado mediante una regla o norma, pero no siempre es lo que conviene y no siempre la manera en como se plantea la regla es la solución más idónea. Quizá sea necesaria la intervención del Estado con la norma, pero la alternativa elegida para dar solución no sea la mejor, al no haber considerado, por ejemplo, los costos de su implementación.

Por ello, en un RIA, el planteamiento de solución puede tener varias alternativas y de estas alternativas es importante elegir la menos costosa o la que menos impacto económico genera en el mercado y la sociedad. Actualmente existen diversos estudios y propuestas para encaminar un RIA, desde que es ya una exigencia de la OCDE, también los académicos y las entidades han prestado mayor atención a su incorporación en los procesos de emisión normativa. Aún falta mucho por recorrer, pero se está avanzando en este aspecto.

En efecto, cabe destacar que, el RIA en el Perú se está complementando con un Análisis de Calidad Regulatoria (ACR), por medio del cual se exige a las entidades del Estado cumplir con requisitos para la emisión de normas que creen obligaciones a los agentes regulados. Por ejemplo, identificar la legalidad, la necesidad, la proporcionalidad y la razonabilidad de establecer costos y requisitos en un procedimiento a solicitud de parte, con lo cual se espera que las entidades incrementen mejores y mayores controles en la emisión normativa para alcanzar una calidad regulatoria. Además, como veremos más adelante, el RIA o ACR no se consideran esferas aisladas. Todo lo contrario, en el esquema de las sinergias no sólo se encuentra el RIA, sino también esquemas de enforcement, como la regulación responsiva, entre otros procesos compatibles y complementarios.

En segundo lugar, la simplificación administrativa debe tener presente antes una cuestión básica que no sólo implica que los procesos deban hacer las reglas más simples, sino también realizar un análisis de fondo a través de cada institución para que se eliminen aquellas normas que resultan siendo redundantes o que realmente son normas obligatorias ante los agentes regulados pero no tienen un objetivo concreto. Es por ello, que deben eliminarse, ya que lo que se necesita son reglas sencillas, pero también reglas vivientes que permitan la viabilidad y desarrollo económico, porque si se impone a un agente regulado una gran cantidad de reglas podría encontrarse en una situación de ser obligada a abandonar el mercado debido a los excesivos costos regulatorios.

En tercer lugar, la consulta pública y la interacción con transparencia se ejemplifica con la realización de decisiones, intervenciones o la emisión de determinadas normas que antes se elaboraban en gabinete, debido a que se consideraba que la institución las realizaba porque sus funcionarios sabían

o conocían lo que hacían, pero con el paso del tiempo se dieron cuenta que los apropiados en conocimiento de esto eran aquellos que son partícipes y que resultan siendo afectados por cada una de las decisiones que se toman². La consulta pública viene a ser una manera de alcanzar también la calidad regulatoria.

En cuarto lugar, otra forma también de alcanzar la calidad regulatoria es a través de los mecanismos de enforcement, se trata de analizar las estrategias de cómo hacer cumplir una norma que está vigente, ya que muchas veces se piensa sobre la consecuencia³ y hablan de un sinnúmero de posibilidades para realizar un adecuado ejercicio de cumplimiento por parte del agente regulado, eso es bueno porque todos los agentes regulados no son iguales y tienen problemas diferentes que contrarrestar en su día a día.

En último lugar, se encuentra la autoevaluación y feedback del desempeño regulatorio como parte de la calidad regulatoria, que hace referencia a las instituciones públicas y a los reguladores que deben ser sometidos a una autocrítica, análisis de las normas —que emitieron durante un período— y verificar si el impacto de sus normas realmente es eficaz o si genera un impacto idóneo y consistente con las políticas, objetivos y la finalidad por los cuales se han instituido.

En ese contexto, es pertinente hacerse una autoevaluación o recibir un feedback. En el caso del desempeño y en la calidad regulatoria también cubre los resultados, es decir, si las regulaciones son eficaces, eficientes, coherentes y sencillas.

En la práctica, implicará que las leyes y regulaciones atiendan, por ejemplo, objetivos de política claramente identificados como eficaces para lograr atender una planificación real y a su vez crear regulaciones claras y prácticas para los usuarios, ya que las normas resultan siendo complejas porque sólo los abogados, y a veces ni ellos mismos, pueden entenderlas.

Es importante también tener en cuenta que las regulaciones que se emitan tienen que ser congruentes unas con otras, dado que, no puede haber una incompatibilidad u oposición entre ellas. Esto sucede cuando existe un desequilibrio entre instituciones, muchas veces generada por las propias leyes que otorgan la misma competencia a dos o más entidades, o por la falta de coordinación interinstitucional. Inclusive, ante la enorme dimensión de los ministerios, no sorprendería que entre unidades orgánicas puedan emitir reglas incompatibles a los administrados.

² Una institución a través de la norma realiza la consulta pública que permite una previa propuesta para que los agentes regulados puedan dar una suerte de feedback y señalar aspectos a considerar.

³ Si no se envía una información en determinado plazo se recae en una sanción, por ejemplo, grave o muy grave, esto dependerá de la tipificación.

Estas circunstancias definitivamente debilitan el ejercicio de las funciones de la entidad y evidencia la emisión de normas sin haber realizado una calidad regulatoria. En consecuencia, es necesario que las entidades públicas sean lo suficientemente humildes y puedan coordinar entre ellas. Es más, tienen que cumplir con el principio de legalidad, que conlleva a estar empírica y jurídicamente sólidos y, en caso de intersección de competencia intentar una solución que no se traduzca en duplicar obligaciones al agente regulado, máxime, si un fin de la regulación es que se implemente de manera equitativa, transparente y proporcional. Por lo tanto, las leyes y regulaciones deben tratar de minimizar los costos y las distorsiones generadas por el Estado.

2.2. ¿Qué se espera de la calidad regulatoria?

En un principio se busca una regulación que genere eficiencia y desarrollo económico, ya que se basa en la temática económica que genera una eficacia normativa, porque no tiene sentido crear normas que serán cumplidas, pero que destruyen la empresa —como agente regulado— o terminan excluyéndola del mercado. Se busca una regulación efectiva sin sacrificarse los modelos económicos.

Además, se necesita una legitimidad regulatoria. Muchas veces se emiten normas y llegan a ser rechazadas por los agentes regulados que deben cumplirlas, no necesariamente son rechazadas porque no quieren cumplir las normas, sino porque no encuentran coherencia entre la norma emitida y su finalidad, dado que puede encarecer el servicio resultando ser una norma demasiado costosa para cumplir. Por ende, la legitimidad regulatoria es importante para que los agentes regulados puedan cumplir sin que haya intervención coercitiva. De igual manera, se espera de la calidad regulatoria la mejora continua, porque en un comienzo, al momento de disponer políticas regulatorias se hace con la mejor de las intenciones, pero también es posible que haya errores que no pueden limitar la mejora continua, que también permite las entidades y reguladores modular y realizar un ecualizador en donde las ondas puedan emitirse a través de las normas y de esta manera, lograr la legitimidad regulatoria.

3. Sinergia regulatoria

La sinergia regulatoria es aquella acción orgánica y estratégica conjunta desarrollada por una entidad o regulador en ejercicio de sus funciones. Permite la realización de acciones como son la emisión de normas, la implementación de estrategias de cumplimiento y el análisis *ex post* para determinar si la norma cumplió con su objetivo.

Entre preparar una norma y hacer que los agentes regulados la cumplan tiene que existir una constante retroalimentación. Por poner un ejemplo, ello se podría lograr con la preparación de una determinada norma que debe cumplir el agente regulado y el despliegue de una estrategia de cumplimiento como la regulación responsiva; es así que, luego de la interacción de estas dos etapas exista un resultado, no sólo que sea orientado a la sanción, sino que podría ser un premio, dependiendo de cómo se comportó frente a la estrategia, si ya tuvo una sanción, analizar su reacción. Quizá el agente regulado es capaz de interiorizar el cumplimiento. Por el contrario, si el cumplimiento resulta siendo mayor a lo esperado analizar cómo se incentiva a seguir cumpliendo, tal vez podría haber la aplicación de un premio.

Después de esta aplicación se tiene que analizar si hay una pertinencia respecto a la norma vigente, por ejemplo, la revisión de información en donde los agentes regulados incumplen da paso al análisis de si es pertinente que realmente esta norma exija que la envíen en ese momento y si no es así, se puede analizar la posibilidad de hacer ajustes a la norma. Existen casos en los que se aprecia la intención del agente regulado por cumplir las normas, pero estas son tan complejas que por más que se esfuercen podrían estar siempre sujetas a incumplir. No porque esa fuese la intención, sino porque les resulta imposible alcanzar los términos de la norma. Si ello ocurre, las estrategias de cumplimiento tendrían que estar en la capacidad de recoger estas circunstancias y alertar del riesgo a que se exponen los agentes regulados, comprobar que no se trata de su falta de observancia, sino que se trata de una imposibilidad de su cumplimiento.

Como se aprecia, esta sinergia permite realizar un análisis para obtener resultados que podrían ser el mantener la normas, porque con ellas se logran los objetivos esperados, o, por el contrario, ante resultados inconclusos, derogar la norma o modificarla.

La sinergia regulatoria no es un mero análisis *ex post* o una retroalimentación vacía hecha para cumplir con parámetros del análisis de calidad regulatoria, sino que viene a ser una materialización de dos etapas marcadas cuando se instituye la función normativa de las entidades públicas que tienen esta facultad. La sinergia va a coadyuvar a tener un enlace entre regulador y agente regulado, con un objetivo más elevado que el mero hecho de hacer las normas para sancionar al agente cuando las incumpla.

Como explicamos, la sinergia regulatoria se compone de dos elementos. Uno de ellos se ha explicado anteriormente cuando hemos conversado sobre la emisión de regulaciones, las que deben seguir un riguroso proceso en el marco de la calidad regulatoria. Ahora, es necesario conversar sobre las estrategias de *enforcement*.

3.1. Estrategias de cumplimiento regulatorio

Dentro de la calidad regulatoria se encuentran las estrategias de cumplimiento regulatorio, que está situado dentro de rol del regulador para supervisar y fiscalizar las normas de su competencia.

Cualquier institución que tiene la posibilidad de verificar el cumplimiento de las normas siempre responderá a principios y a su vez tendrá ciertas funciones; por ejemplo, la función de supervisión y fiscalización del agente regulado donde existe una norma que ya se emitió y se hizo bajo el esquema de calidad regulatoria. El ejercicio de esta función puede ser ejecutado mediante estrategias de cumplimiento.

La finalidad de tener una empresa que brinda servicios públicos, entre otras, es porque hay muchas personas que lo necesitan y este, debe ser brindado con parámetros mínimos; como, por ejemplo, el de calidad y continuidad⁴. Estos parámetros hoy en día son obligaciones establecidas que se tienen que cumplir bajo apercibimiento de que las empresas sean sancionadas. Entonces, en ocasiones, es necesario verificar que estas obligaciones se están cumpliendo.

Siguiendo con la línea, a lo largo del tiempo existieron diversas formas de hacer cumplir las normas a los agentes regulados y cuando la autoridad emite una norma, es aquí, donde los agentes tienen sobre ella alguna obligación de hacer o dejar de hacer, pero sin olvidar que estas obligaciones están acompañadas de una consecuencia.

De tal manera, que si el agente incumple u omite la obligación se hace acreedor de una sanción. Efectivamente, solo suena sencillo cuando las obligaciones son claras, pero cuando las obligaciones resultan siendo complejas, no cumplibles o propensas a incumplirse, entonces —¿Cómo se puede corregir un error que intenta arreglar la planificación de emisión de una norma?— se realiza un análisis de impacto regulatorio. Sin embargo, muchas veces se asume que las normas se cumplen sólo por el mero hecho de estar publicadas en El Peruano o ponerlas a disposición pública de todos los involucrados. El problema es que en la realidad, ocurre todo lo contrario, porque una vez que la norma es publicada, es importante analizar cómo es que va a lograrse su cumplimiento y ello podría ser respondido por la teoría de enforcement.

El enforcement —término anglosajón— es un conjunto de actividades estratégicas y mecanismos organizados que realiza una autoridad gubernamental.

⁴ Cuando una persona adquiere o contrata un servicio a un agente regulado que no ofrece una calidad mínima o estándar, o no satisface las expectativas básicas del usuario, entonces el agente regulado podría estar incumpliendo alguna norma, porque los servicios públicos se brindan con parámetros mínimos.

mental para lograr que el agente regulado cumpla con los planteamientos normativos a los que está sujeto, entonces el enforcement no se refiere simplemente a la acción legal, sino que va a extenderse a una amplia gama de técnicas como la educación, consejo, persuasión, negociación, entre otras.

Entre las más comunes de las estrategias solo se tocarán 3 enfoques en el presente artículo. El primero, el enfoque disuasivo de enforcement, es el más sencillo y más utilizado de todos. El segundo, el enfoque persuasivo, no opta por una sanción, sino usa la conversación como medio de solución, es así que no ejercen una presión real y resultan, ante su mal uso, siendo aprovechadas por los agentes regulados, es decir, no hacen caso. El tercero y último, el enfoque mixto, busca en un comienzo la inducción a cumplir con la normativa y si esta no se cumple se procede a sancionar.

Otro caso adicional será la existencia de las estrategias cooperativas; por ejemplo, en Estados Unidos las directrices para la aplicación de normas sobre la contaminación de agua están asociadas a perdonar algunas violaciones a corto plazo y que, las multas penales sean reservadas para violaciones que son de negligencia. Esta es una forma de cooperación entre el agente regulador y el regulado.

3.2 El enfoque disuasivo en el Perú y consecuencias

El enfoque disuasivo consiste en que, frente a un incumplimiento detectado, inmediatamente se activa la función sancionadora del agente regulador. Implica que, frente al incumplimiento, la forma de aprendizaje que tiene el agente regulado es el castigo, siendo este el único camino para corregir su conducta. En el Perú el enfoque más relevante es el disuasivo, precisamente porque se ha dado mayor importancia a los inicios de procedimientos administrativos sancionadores.

Ahora bien, las consecuencias que se dieron en el Perú al optar por un enfoque disuasivo, en primer lugar, fue la congestión de los procedimientos sancionadores y de supervisión, ya que no se tiene tiempo para analizar todo, los antiguos casos están analizándose en el presente y los problemas presentes se espera ser analizados en un futuro incierto.

En segundo lugar, está el tiempo, dado que la afectación sigue su curso mientras un sancionador intenta resolver o supervisa el incumplimiento, y ante el embalse, no es que se va a analizar de forma inmediata, sino que tendrá que optarse por ponerlo en cola, dentro del plazo de prescripción, antes que resolverlo en un plazo oportuno.

En tercer lugar, la conservación de la prueba puede verse afectada por el tiempo, que produce un deterioro y que al intentar sancionar ya no se

tenga la prueba fresca o que ésta ya haya desaparecido. El procedimiento finalmente se termina archivando porque no se tiene la contundencia, la convicción o la fuerza para sancionar.

3.3 Enfoque responsivo (Responsive Regulation – Braithwaite & Ayres)

Este enfoque permite y contribuye en los esquemas o la sinergia de la calidad regulatoria. Braithwaite & Ayres fueron quienes introdujeron el enfoque del enforcement denominado como Responsive Regulation o regulación responsiva/regulación sensible, pero en su primera publicación del 2009 realizan una condición donde se explica la estrategia piramidal de cumplimiento y soporte, dentro de la cual existe una atención más personalizada del agente regulado y va más allá de un enfoque mixto.

Según Braithwaite & Ayres, la regulación responsiva se basa en la capacidad de respuesta de los agentes regulados a la conducta deseada por el regulador. Permanece adyacente —al menos en las etapas iniciales— al punto de partida de los modelos de cumplimiento y presupone una “naturalidad respetuosa de la ley” por parte de los sujetos regulados.

La regulación responsiva promueve el uso de medidas reglamentarias “blandas”, como la persuasión y la orientación, como las primeras medidas a aplicarse. Bajo esta estrategia, los reguladores deben estar atentos a las reacciones de los regulados antes de escalar la intervención reguladora hacia una sanción. Así, el núcleo de este enfoque es la Pirámide de Cumplimiento, que ilustra una estrategia gradual (más blanda al principio, más severa al final) en relación a cómo reacciona el Agente Regulado frente a la norma y frente al regulador.

En el enfoque responsivo, existe un acercamiento más directo entre el regulador y el agente regulado para mejorar el cumplimiento cooperando, conversando y acordando.

Es importante mencionar que lo que se prioriza no es la sanción, sino la solución del problema antes que el castigo, dado que, el castigo debería ser la última medida a adoptar.

3.4. Pirámides de soporte y sanción

Estas pirámides de soporte se encuentran en *The essence of responsive regulation*, publicada en el 2011 es un libro donde Braithwaite & Ayres dan a conocer cómo funciona esta cooperación entre agente regulado y el agente regulador, donde pasan por las bases a través de una educación y persuasión sobre una determinada fortaleza que puede ir incrementando la forma

de cumplimiento hacia adelante a tal punto que en algún momento se podría encontrar la cúspide del pináculo del desarrollo de una empresa o en el caso que pone el libro sería un premio Nobel.

Sin embargo, también puede pasar al revés, es decir que, sobre la base de una educación y persuasión en estricto de un determinado problema identificado resulte yéndose por un camino de desprestigio donde gradualmente se va perdiendo la reputación hasta llegar al punto en donde va a perder la licencia para realizar funciones.

Un caso más allegado al entorno administrativo será cuando el agente regulado obedece las medidas impuestas y realiza acciones adicionales que generarán una premiación como la renovación de su contrato de concesión, pero si el agente regulado incumple un compromiso o no coopera se irá por el camino en donde podría perder de su licencia o concesión.

4. Conclusión

A manera de conclusión, señalaremos que la sinergia regulatoria permite que el actuar entre el agente regulador y el agente regulado otorgue un valor agregado a la mejora de la calidad regulatoria. Esta sinergia involucrará la participación para la elaboración de normas acordes al mercado, normas legítimas y normas cumplibles, y la implementación de estrategias de cumplimiento.

Entre otras estrategias, resaltamos el enfoque responsivo, que permitirá cambiar ese esquema punitivo para virar a un esquema de incentivos graduales con lo cual se implementarían acciones concretas que van a contribuir a la mejora regulatoria.

En otras palabras, si un enfoque responsivo permite que el esquema de incentivos vaya agrupando, permitiendo, destrabando o descongestionando, la colaboración llegará a generar simplificaciones a lo largo de los procesos, esto de manera general resulta siendo la mayor parte de la sinergia a nivel de la calidad regulatoria.

5. Respuestas a las preguntas del público

5.1. ¿El análisis de calidad regulatoria es aplicable para los procedimientos administrativos TUPA?

Sí, claro. Una de las cosas que dieron lugar a la mejora del proceso en la toma de decisiones en el Perú era en un principio los textos únicos a seguir, pero resulta que a la larga estos procedimientos administrativos eran plagados de requisitos injustificados y estaban siempre asociados a

la confección por parte de los gobiernos regionales de procedimientos que resultaban engorrosos o no tenían sentido. Por ello, se generó el Decreto Legislativo N° 1310, modificado por el Decreto Legislativo 1448, y sus normas reglamentarias, en donde se establece o se instituye a la Comisión Multisectorial de Calidad Regulatoria que hace posible la evaluación ex ante o ex post de disposiciones que están previstas dentro del Texto Único de Procedimiento Administrativo (TUPA) y tenga que pasar por un proceso de evaluación para no generar mayor carga regulatoria y ser consistente con la calidad regulatoria.

5.2. Dr. ¿Solamente los organismos que regulan los servicios públicos son reguladores porque verifican el cumplimiento de las normas?

No, lo que pasa es que los organismos reguladores tienen diversas funciones. Una de ellas es regular tarifas, por ejemplo, pero también puede tener la función de promover la competencia o proteger a los usuarios del servicio, y todo eso no es lo mismo que supervisar. Entonces, el cumplimiento de las normas lo hacen en virtud a su función fiscalizadora y supervisora, haciendo alusión a que cualquier norma generada (incluso los organismos reguladores tienen función normativa —crear normas— que deben ser cumplidas), y hacerlo en virtud de su función supervisora y fiscalizadora; por lo tanto, no solo por verificar las normas significa que existe un organismo regulador, sino que hay más razones.

Fundamento del *non bis in ídem* en la potestad sancionadora de la administración pública*

Natalia Cifuentes Castro**
Universidad del Rosario (Chile)

SUMARIO: 1. Concepto del *non bis in ídem* / 2. Aplicación del *non bis in ídem* / 3. Elementos / 4. Fundamento del *non bis in ídem* / 5. Consagración normativa / 6. Conclusión / 7. Respuestas a las preguntas del público.

1. Concepto del *non bis in ídem*

El principio del *non bis in ídem* ha sido definido como la prohibición de que un mismo sujeto sea investigado, juzgado y/o sancionado más de una vez por un mismo hecho. Este principio se refiere a enjuiciamientos y sanciones, en tanto se entiende que el sometimiento a un procedimiento es en sí mismo una carga para el ciudadano y, por ende, la reiteración de esos procedimientos también resultaría vulneradora del *non bis in ídem*.

Muñoz Clares ha señalado que una vez una autoridad del sector punitivo del ordenamiento juzga o procesa una infracción e impone una consecuencia sancionadora, se entiende que el hecho ha sido consumado y que su vigencia temporal ha quedado extinta. Por esta razón el Estado no puede realizar un ejercicio abusivo de ese *ius puniendi* e intentar revivir dicho hecho.

De León Villalba, ha proclamado el principio del *non bis in ídem* como un principio general del Derecho. Ello tiene diversas connotaciones. Por un lado, entender que se trata de una garantía propia de todo Estado democrático de Derecho ante la intervención sancionadora del Estado. Además,

* Conferencia virtual llevada a cabo en el Curso Especializado en Derecho Administrativo y Procedimiento Sancionador y Disciplinario, organizado por Amachaq Escuela Jurídica el 22 de abril de 2022

** Abogada egresada de la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario, con profundización en Derecho Penal. Máster en Derecho Penal por la Universidad de Salamanca. Amplia experiencia en litigio, ejerciendo como representante de víctima y defensora en procesos penales y como defensora de servidores públicos en procesos disciplinarios y de responsabilidad fiscal. Consultora en Derecho Penal Económico, Compliance Penal y Responsabilidad de Administradores.

concebirlo como un derecho fundamental que tiene todo ciudadano, pero también como un límite para el ejercicio del ius puniendi estatal. En virtud de esta categorización como principio, garantía, límite y derecho fundamental, el non bis in ídem es oponible a todos los órganos estatales.

De este principio se desprenden dos variantes, una variante material o sustancial, que se refiere a la prohibición de sanciones, y una variante procesal, que se refiere a la prohibición de procedimientos o enjuiciamientos sean simultáneos o sucesivos.

Desde el punto de vista material, el *non bis in ídem* consiste en la prohibición de que una persona sea sancionada, en referencia exclusiva a la sanción, dos o más veces por la misma infracción. Para ello, es indiferente que esas sanciones operen de manera simultánea o de manera sucesiva. Lo relevante es que exista una triple identidad, identidad de sujeto, de hecho y de fundamento, que son los elementos o requisitos para hablar de la aplicación del *non bis in ídem*.

En relación con la óptica procesal, este principio implica que no pueden seguirse dos procedimientos sancionadores, en caso de que exista la triple identidad. Como consecuencia de esta vertiente, se deriva la prohibición de la dualidad de procedimientos que pueden ser dos procedimientos administrativos, dos procedimientos penales, un procedimiento administrativo y un procedimiento penal, etc. Entonces, se prohíbe la dualidad y que se inicie un nuevo proceso en cualquiera de los órdenes jurídicos, cuando previamente ya ha habido una decisión en firme emitida por un órgano jurisdiccional. Ello se establece con la finalidad de evitar actuaciones contradictorias entre los distintos poderes judiciales o dentro de los distintos órganos del Estado. Sin embargo, la prohibición de doble enjuiciamiento tiene una excepción, que refiere al supuesto en el que procede un recurso de revisión, en el cual se podrá reabrir el proceso que ya había culminado con una resolución en firme, cumpliendo determinadas condiciones y bajo determinados supuestos.

2. Aplicación del non bis in ídem

Este principio puede y debe ser aplicado en cualquier ámbito del ordenamiento jurídico en el que se requiera evitar la duplicidad sancionadora y la duplicidad de procedimientos. Si bien en un principio su formulación estuvo enmarcada dentro de los procesos civiles y procesos penales, la jurisprudencia, la doctrina y además la legislación interna de los países, se han encargado de ampliar su ámbito de aplicación a todas las ramas del derecho, incluyendo el Derecho Administrativo Sancionador.

Se aplica entonces a supuestos como el de una única infracción que se puede subsumir en distintas normas punitivas que, si bien no es el único supuesto, es el más común. Por ejemplo, ocurre cuando se acumulan dos normas penales o dos normas administrativas; cuando hay duplicidad sancionadora de la potestad administrativa, es decir, hay una sanción administrativa y una disciplinaria; cuando concurren sanciones penales y administrativas; entre otros supuestos. Es importante aclarar que la aplicación de este principio opera en aquellos supuestos de acumulación sancionadora, tanto en un mismo proceso como en distintos procesos.

Hay quienes afirman que el principio del *non bis in idem* no aplica a aquellos supuestos donde hay relaciones de especial sujeción o cuando concurren actuaciones de autoridades de distinto orden sancionador, pero lo cierto es que esa aplicación se extiende a todos los ámbitos del Derecho Sancionador, incluyendo tales supuestos. Puede ocurrir que, en la apreciación o en la valoración que realiza una autoridad que esté ejerciendo el *ius puniendi* estatal, se llegue a la conclusión de que no exista la triple identidad que se requiere para aplicar este principio, pero no por eso se puede concluir, como regla absoluta, que en esos supuestos de relación de especial relación de sujeción o en los supuestos de que haya dos órdenes sancionadores adelantando procedimientos o imponiendo sanciones, esto sea una excepción para la aplicación del *non bis in idem*. Bajo este entendimiento solo será constitucional y legalmente admisible la doble sanción o el doble enjuiciamiento en aquel supuesto en que falte alguno de los elementos de la triple identidad, aun cuando los otros dos sean idénticos.

3. Elementos

Para determinar si estamos ante la identidad denominada subjetiva, se debe tener en cuenta quiénes son los sujetos relevantes que participan en la relación sancionadora. Dentro de esas partes se tiene, un sujeto pasivo, que va a ser el Estado en su condición de encargado de ejercer el *ius puniendi* estatal, y un sujeto activo, que es el ciudadano o la persona que realice la conducta ilícita, la infracción administrativa o penal que se trate.

En algún momento se sostuvo que la identidad del sujeto pasivo también podía determinarse en relación con el titular del bien jurídico afectado, con la persona que resultará afectada con la infracción administrativa, penal o la de que se tratase. Sin embargo, la doctrina procesalista ha concluido de manera uniforme que no tiene razón de ser exigir esta identidad en cuanto al titular del bien jurídico afectado, en el entendido de que una de las consecuencias de los fundamentos de este principio es la cosa juzgada, la que tiene efectos *erga omnes*, por lo cual puede apreciarse respecto de personas

que no fueron sujetos pasivos dentro del primer proceso y no por eso no hablaremos de identidad subjetiva.

De este modo, teniendo en cuenta que este principio tiene aplicación en relación con el *ius puniendi* estatal, esto con independencia del órgano que ejerza dicha potestad sancionadora, independientemente que sea un juez penal, administrativo o que sea una autoridad administrativa disciplinaria, el Estado siempre será el sujeto pasivo en esta relación sancionadora y es por esta razón que el análisis de la identidad subjetiva debe circunscribirse o limitarse a que coincida la persona que ha sido sancionada con ocasión de los hechos y aquella que puede volver a ser sancionada por esos mismos hechos.

Determinar la identidad de sujeto activo, en un primer momento podría no parecer problemática, porque simplemente sería constatar que la identidad de esa persona se cumpla en el primer proceso y en el segundo proceso. Sería la identificación formal del sujeto en ambos procedimientos.

Esto presenta una problemática especial cuando nos enfrentamos a procedimientos contra personas naturales y contra personas jurídicas. Allí surge la cuestión de si la identidad de la persona jurídica y de la persona natural debe entenderse en un sentido absoluto o en un sentido meramente formal. Analizar a profundidad este tema requiere adentrarse en temas como la responsabilidad penal de las personas jurídicas, si se acepta o no, y en caso de que se acepte, si adoptamos un modelo de autorresponsabilidad o de heterorresponsabilidad, lo cual es un tema aparte y muy complejo. Así pues, se deben utilizar criterios materiales y no meramente formales para determinar cuándo estamos ante una identidad subjetiva en estos supuestos en que concurren personas naturales y personas jurídicas. Lo relevante será analizar, en cada caso concreto, si esa persona natural y la persona jurídica a efectos sancionatorios son o no entidades autoras.

En cuanto a la identidad de hecho, denominada también identidad de objeto o identidad fáctica, se debe determinar si se está ante uno o más hechos, ante un mismo hecho o ante hechos distintos. De igual forma, parecería ser una determinación fácil, pero hay una discusión en la doctrina sobre si ese hecho lo debemos entender como un hecho natural o un hecho normativo.

Quienes sostienen que debemos adoptar esa identidad como un hecho natural, entienden que debe distinguirse de la conducta naturalista de la calificación jurídica que se le otorgue a dicha conducta. Esa identidad objetiva se delimitará con fundamento en parámetros espacio-temporales de ese suceso natural, sin que haya lugar a considerar criterios jurídicos como la calificación jurídica. Esto porque si entendiéramos que cuando hablamos

de identidad de hecho nos referimos a la calificación jurídica que se le otorgue al mismo, tan solo bastaría cambiar la calificación jurídica del hecho para no aplicar o para evadir la aplicación del principio *non bis in ídem*. Aún cuando esta teoría naturalista en un primer momento respeta este principio, la opinión mayoritaria ha acogido la teoría normativa, según la cual la identidad fáctica o la identidad del hecho del objeto debe valorarse en términos normativos. Lo relevante no será únicamente la conducta material-natural realizada, que también debe ser considerada, sino también cuáles son los elementos típicos que tornan esa conducta en jurídicamente relevante. Lo que corresponde para el operador y para la autoridad que determina si aplica o no el *non bis in ídem* es comparar los hechos desde la perspectiva de las normas, es decir, tomar la norma y los hechos, y analizarlos de manera conjunta.

Donde existe mayor discusión es en relación con la identidad de fundamento. La doctrina mayoritaria ha entendido que este concepto se refiere a la razón por la cual se castiga determinada conducta y con la lesión o puesta en peligro del bien jurídico que proteja la norma de que se trate. Se entiende que el fundamento de toda norma sancionadora es la protección de bienes jurídicos, de esa manera, para determinar si estamos en presencia o no de esta identidad de fundamento se evaluará si se está ante un mismo interés afectado por la conducta y si se está ante una misma lesión o puesta en peligro del interés o bien jurídico protegido. Esto es muy cuestionable y objeto de amplio debate. Desde la visión penalista se sostiene que esta no puede ser la distinción, ya que para ellos el Derecho Penal es el único que protege bienes jurídicos tutelados y que las demás ramas se limitan a establecer pautas o normas de conducta para los destinatarios de las normas.

Sobre lo que tampoco existe un consenso, si se adopta la postura de entender como fundamento el bien jurídico protegido, es en cómo debemos entender ese bien jurídico. Lo que se ha acordado es que el fundamento no puede entenderse como una protección abstracta de bienes jurídicos protegidos por la norma, puesto que si lo entendemos de esa manera se podría concluir que, cuando concurra infracciones penales, administrativas o administrativas disciplinarias de servidores públicos, siempre habría identidad de fundamento, porque en abstracto el Derecho Administrativo protege bienes jurídicos, al igual que el Derecho Penal. Por lo tanto, se ha entendido que debemos verificar cuál es el interés o el bien jurídico tutelado en concreto por cada norma sancionadora que ha sido aplicada o que está siendo aplicada, es decir, cuál es la razón jurídica concreta que sustenta la imposición de una sanción. Así, si se está ante dos ataques distintos del mismo bien jurídico, podría afirmarse que cada conducta tendrá un fundamento distinto y, en consecuencia, cabría la duplicidad de sanciones

o la duplicidad de procedimiento, sin que se vulnere el principio *non bis in idem*. De esa forma, no se debe analizar la finalidad en abstracto, sino el interés jurídico plasmado en la norma y la forma en que ese interés jurídico puede ser afectada.

Si bien el punto de partida, para poder aplicar el *non bis in idem* entre sanciones que han sido adoptadas por distintos órdenes punitivos, es la idea de homogeneidad de fundamento de las consecuencias jurídicas, también denominada identidad sustancial o básica del fenómeno sancionador, no se puede concluir que la identidad de fundamento como presupuesto de la prohibición implique que el fundamento de la sanción será la pretensión punitiva del Estado, porque eso significaría que, en el supuesto en que se imponga una sanción administrativa y una sanción penal, siempre estaríamos ante la identidad de fundamento.

4. Fundamento del non bis in idem

El fundamento, en primer lugar, no lo encontramos en un solo principio o derecho. Se encuentra en distintos principios y derechos fundamentales consagrados en nuestras constituciones: principio de legalidad, el principio de proporcionalidad, el principio de seguridad jurídica, los derechos fundamentales a la presunción de inocencia y a la cosa juzgada como vertiente del derecho a la tutela judicial efectiva.

El principio de legalidad es uno de los principales pilares o fundamentos esenciales del *non bis in idem*, sin embargo, no es el único, puesto que la sola legalidad no evita o no prohíbe el doble enjuiciamiento o castigo. Recordemos que, de conformidad con este principio de legalidad, solamente se pueden sancionar aquellas acciones u omisiones que estén previstas en la ley al momento de su realización, esto implica que esas conductas solamente pueden castigarse con esas únicas sanciones que han sido previstas en la norma y no con otras. En otras palabras, si el legislador ha previsto determinada consecuencia jurídica para determinada conducta, consecuencia que expresa el desvalor que el ordenamiento le atribuye a esa conducta, desconoceríamos el principio de legalidad si aplicamos una nueva sanción cuando estamos ante un mismo del desvalor de la acción o del resultado. Aquello implicaría que se superasen los límites de la sanción previstos en la ley y conllevaría una vulneración del principio de legalidad.

Pero, también podemos identificar en el principio de legalidad un fundamento del *non bis in idem*, derivado del mandato de tipificación, concreción o determinación y de la exigencia de una ley cierta, previa y escrita. Según estas consecuencias del principio de legalidad, se exige que las consecuencias jurídicas de una conducta sean ciertas y sean previsibles, esto para

garantizar a los ciudadanos que previamente conozcan el contenido de esa reacción sancionadora ante la eventual comisión de un hecho ilícito.

El principio de proporcionalidad también adquiere especial relevancia para fundamentar el *non bis in ídem*. De conformidad con el principio de proporcionalidad, cuando el legislador establece unas infracciones, y sus correspondientes sanciones o consecuencias jurídicas, lo hace con el fin de adecuar esas consecuencias jurídicas al desvalor del injusto. Para ello tiene en cuenta distintos criterios como son la gravedad, la naturaleza de las infracciones o la finalidad de la regulación. En ese sentido, si una conducta solo puede ser merecedora de una sanción y esa sanción se encuentra establecida en la ley (principio de legalidad), en el caso en que acumulemos sanciones, la autoridad sancionadora estaría desconociendo la necesidad de un juicio de ponderación entre el daño producido y la sanción que impone. Estaría provocando que haya un desequilibrio entre la gravedad de los hechos y el resultado, vulnerando así el principio de proporcionalidad como fundamento del *non bis in ídem*. Así pues, principio de legalidad y principio de proporcionalidad se refieren a la vertiente material del *non bis in ídem*, la prohibición de la duplicidad sancionadora.

Por otro lado, se encuentran los derechos a la presunción de inocencia y a la cosa juzgada, que son fundamento de la vertiente procesal del *non bis in ídem*. En relación con esto, recordemos que uno de los elementos relevantes del concepto del *non bis in ídem* es evitar la concurrencia de pronunciamientos contradictorios en cuanto a unos mismos hechos probados, y ahí es donde surge la importancia de la presunción de inocencia. De conformidad con este derecho, los distintos poderes públicos no pueden emitir resoluciones contradictorias en relación con unos mismos hechos, porque si así ocurriera comportaría una duda razonable sobre la responsabilidad del sujeto, que debería resolverse a su favor y, por ende, no podría ser sancionado. Entonces, si aceptáramos la coexistencia de dos procedimientos sancionadores para un mismo ilícito, se estaría permitiendo la posibilidad de que unos mismos hechos existan y dejen de existir ante distintas autoridades jurisdiccionales. De esta manera, se vulneraría la presunción de inocencia y el *non bis in ídem*.

Además, en relación con la vertiente procesal, tenemos como fundamento la cosa juzgada como un elemento del derecho a la tutela judicial efectiva. De conformidad con la cosa juzgada, una autoridad jurisdiccional o administrativa no podría pronunciarse acerca de hechos que ya han sido examinados o enjuiciados por otra autoridad respecto de los cuáles exista una resolución en firme. Esto tiene dos consecuencias, una positiva, en cuanto a que la decisión de ese segundo proceso no podrá contradecir lo resuelto en

el primero, porque la providencia en firme constituye una verdad jurídica probada; pero también una negativa o excluyente según la cual, en caso de que se advierta que el objeto es jurídicamente idéntico a lo que ya fue resuelto en otra resolución, implicaría la prohibición o la imposibilidad de que se produzca un nuevo pronunciamiento.

Hasta el momento se han analizado dos principios y dos derechos que fundamentan la vertiente material y la vertiente procesal del *non bis in ídem*. Todas estas consideraciones se enmarcan en el principio de seguridad jurídica.

Tanto el derecho a no ser sometido dos veces a un proceso, como el derecho a no ser sancionado dos o más veces por el mismo hecho, encuentran el sustento común en la seguridad jurídica; principio que pretende proteger la seguridad en la relación del individuo con el Estado y la certeza sobre cuáles son los límites de la intervención del *ius puniendi* en las conductas de los ciudadanos. Así, este principio de seguridad jurídica, como fundamento elemental del *non bis in ídem*, es el que le permite al ciudadano tener la certeza de que una vez le haya sido impuesta una sanción en relación con unos mismos hechos, no podrá volver a ser castigado, por cuando se entiende que el ejercicio de *ius puniendi* quedó agotado. La seguridad jurídica sirve como fundamento tanto en la vertiente material, como en la vertiente procesal, por cuanto prohíbe la acumulación de las sanciones en virtud de esa exigencia de previsibilidad, además de la prohibición de un procedimiento, al impedir que una misma pretensión punitiva pueda adelantarse en más de un enjuiciamiento.

En virtud de todos estos fundamentos, podemos concluir que el non bis in ídem tiene su razón de ser en el derecho que tiene todo ciudadano a que su conducta, independientemente de lo censurable que sea, solo pueda ser reprochada una vez a través de la imposición de una única consecuencia jurídica y a que surja para el ciudadano la seguridad jurídica de que ese mismo hecho no podría acarrear otra consecuencia jurídica más. De dicha forma, mediante el *non bis in ídem* y la prohibición que establece este principio, se busca impedir la arbitrariedad de los poderes públicos y la descoordinación o el mal funcionamiento del *ius puniendi* estatal.

5. Consagración normativa

En primer lugar, tenemos el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966, que en su artículo 14.7 establece que nadie podrá ser juzgado ni sancionado por un delito por el cual haya sido ya condenado o absuelto por una sentencia firme, de acuerdo con la ley del procedimiento penal de cada país.

En el ámbito regional, encontramos la Convención Americana sobre Derechos Humanos, el Pacto de San José de 1969, en cuyo artículo 8º en el 4º numeral, se establece el derecho que tiene el inculpado, que ha sido absuelto por una sentencia en firme, a no ser sometido a un nuevo juicio por los mismos hechos. Por su parte, en Europa existe el Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales, el Convenio Europeo de Derechos Humanos de 1950, que, en el artículo 4.1 del protocolo 7 de 1984, indica que nadie podrá ser inculpado o sancionado penalmente por un órgano jurisdiccional del mismo Estado o por una infracción de la que ya hubiere sido anteriormente absuelto o condenado en virtud de una sentencia definitiva conforme a la ley y al procedimiento penal de ese Estado. De este modo, se infiere que a nivel internacional la consagración del *non bis in ídem* ha quedado limitada al Derecho Penal. Sin embargo, en las legislaciones internas de cada país se puede apreciar su consagración en otras áreas del derecho.

A continuación, me referiré a los ordenamientos jurídicos de España, Colombia y Perú.

En la regulación española, se adoptan unas reglas procedimentales de gran utilidad para proponer cambios en nuestras legislaciones o, al menos, en la legislación colombiana y por ello, quiero resaltar lo que allí se establece. A nivel constitucional, no hay una consagración expresa del principio del *non bis in ídem*. Sin embargo, la doctrina y la jurisprudencia ha interpretado que este principio se puede derivar del artículo 25.1 de la Constitución española, en el cual se establece el principio de legalidad, el cual es uno de los fundamentos esenciales del *non bis in ídem*. Además, en la legislación española existía la ley 30 del 92, hoy en día derogada, por medio de la cual se consagró el régimen jurídico de las administraciones públicas y del procedimiento administrativo común, y allí se regulaba este principio en materia sancionadora. A su vez, en el artículo 133 de esta ley se señalaba que en caso de que se apreciara la identidad de sujeto, hecho y fundamento, la triple identidad, no podrían sancionarse los hechos que ya hubieran sido sancionados penal o administrativamente.

Si bien de una lectura literal del artículo, se podría entender que la prohibición de duplicidad sancionadora se circunscribía a sanciones administrativas y penales, el Tribunal Constitucional español, en sentencia 154 de 1990, aclaró que el *non bis in ídem* era aplicable dentro de un mismo procedimiento a una pluralidad de sanciones principales ante una identidad de sujeto, hecho y fundamento, también denominado objeto o causa materia. De este modo, se entendía que el artículo 133 contemplaba la prohibición con independencia de la jurisdicción de la que procediera la sanción o el proceso.

De igual forma, en el artículo 5 del Real Decreto 1398 del 93, ya derogado, se señalaba que la administración debía abstenerse de imponer una sanción administrativa en cualquier momento de la instrucción o cuando en cualquier momento de la instrucción de esos procedimientos sancionadores quedara acreditado que hubiera recaído una sanción penal o administrativa sobre esos mismos hechos, siempre que existiera la triple identidad. De conformidad con la literalidad de la norma, esa prohibición se circunscribía a la duplicidad sancionadora y no precisamente a la duplicidad de enjuiciamientos. No obstante, en el artículo 7 de este Real Decreto, se regulaba cuál era el procedimiento para ejercer esa potestad sancionadora cuando estuvieran en presencia de concurrencia y en el numeral 1º se establecía una regla que establecía el carácter preferente de la jurisdicción penal y señalaba textualmente que en cualquier momento del procedimiento sancionador en que los órganos competentes estimaran que los hechos también pudieran ser constitutivos de ilícito penal lo comunicarían al Ministerio Fiscal. A su vez, dicho artículo 7º en el numeral 3º contemplaba una segunda regla, según la cual los hechos declarados probados por resolución judicial penal firme vinculaban a los órganos administrativos respecto de los procedimientos sancionadores. Esta regulación fue derogada en el año 2015 por medio de la Ley 39 y, con la entrada en vigencia de esta ley, desapareció del ordenamiento jurídico español una regulación específica que contemplara el *non bis in ídem* y las reglas procedimentales mencionadas. Pese a ser ampliamente criticado, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional ha mantenido la aplicación de estas reglas procedimentales.

En Perú, una consagración constitucional expresa no existe, sin embargo, se entiende que uno de los fundamentos del *non bis in ídem* tiene manifiesta consagración constitucional. Esto es, en el artículo 139, numeral 13, de la Constitución, en el que se regula la cosa juzgada, que es fundamento del referido. Allí se señala, como principios y derechos de la función jurisdiccional, la prohibición de revivir procesos fenecidos con resolución ejecutoria.

Además, dentro de la legislación interna, encontramos que en la Ley del Procedimiento Administrativo General se señala que no se podrá imponer sucesiva o simultáneamente una pena y una sanción administrativa por el mismo hecho en los casos en que se aprecie la identidad del sujeto, hecho y fundamento. Esta prohibición se extiende a las sanciones administrativas, salvo la concurrencia del supuesto de continuación de infracciones del inciso 7º del artículo 248. Asimismo, en el artículo 3º del Código procesal penal, se establece el *non bis in ídem* y se indica textualmente que nadie podrá ser procesado ni sancionado más de una vez por un mismo hecho, siempre que se trate del mismo sujeto y fundamento. Este principio, según

el artículo, rige para las sanciones penales y administrativas, el Derecho penal tiene preeminencia sobre el Derecho Administrativo y la excepción a esta norma es la revisión por la Corte Suprema de la sentencia condenatoria que ha sido expedida en alguno de los casos.

El Tribunal Constitucional, al igual que en España, ha sido quien ha fijado los lineamientos sobre este principio, pero doctrinantes, como Caro Coria, han criticado esa omisión en la legislación administrativa y en la práctica sancionatoria de los órganos. El Tribunal en su sentencia del 26 de abril del 2003, entendió que el *non bis in ídem* tiene una versión sustantiva o material y una vertiente procesal, y también ha coincidido en la exigencia de la triple identidad y el fundamento del non bis in ídem en los principios de legalidad y proporcionalidad. Es importante resaltar que existen algunas normas que parecieran controvertir lo ya establecido en los artículos mencionados. Al respecto, Caro Coria hace una crítica especial en lo que tiene que ver con el artículo 190 del Código Tributario, en el cual se señala que las penas por delitos tributarios se aplicarán sin perjuicio del cobro de la deuda tributaria y la aplicación de las sanciones administrativas.

Por último, en Colombia, este principio tiene una consagración expresa en la Constitución Política de 1991 y se entiende como un derecho fundamental enmarcado dentro del derecho al debido proceso. Así, en el inciso final del artículo 29, se establece que dentro de las prerrogativas del debido proceso que aplica tanto a actuaciones judiciales como administrativas, quien sea sindicado tiene derecho a no ser juzgado dos veces por el mismo hecho. Además de este reconocimiento constitucional, en los distintos regímenes sancionatorios se tiene contemplado el *non bis in ídem*.

Por un lado, en el Código Penal, en la Ley 599 del 2000, en el artículo 8º se establece la prohibición de doble incriminación, se señala textualmente que a nadie se le podrá imputar más de una vez la misma conducta punible cualquiera sea la denominación jurídica que se le dé o que se le haya dado. El Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, que es la Ley 1437 de 2011, en el artículo 3º señala que en materia administrativa sancionadora se debe observar el principio del *non bis in ídem*, sin definirlo, pero se refiere al mismo. Y, como otro ejemplo, en el artículo 640 del Estatuto Tributario, que es el decreto 624 de 1989, se establece que si se utilizan documentos falsos o se emplean maniobras fraudulentas o engañosas que constituyan delito por sí solas o se realizan en concurso con otros hechos punibles se aplicará la pena prevista en el Código Penal, siempre y cuando lo anterior no implique la imposición doble de una misma pena. Si bien se ha aclarado que *non bis in ídem* y cosa

juzgada no son lo mismo, sino que la cosa juzgada es fundamento del *non bis in ídem*, en el artículo 21 del Código de Procedimiento Penal colombiano, que es la Ley 906 del 2004, se regula la cosa juzgada y se indica que no podrá someterse a otra investigación o juzgamiento por los mismos hechos a una persona cuya situación jurídica ya fue resuelta en una decisión en firme. También tenemos esta regulación en distintas normas, como el Código General Disciplinario, el Código Disciplinario del Abogado y el Código Penal Militar, entre otras.

6. Conclusión

Para finalizar, resalto que el non bis in ídem es un tema de absoluta relevancia. Al ser un principio general del derecho, implica una garantía, un límite para el Estado y un derecho fundamental que tiene todo ciudadano. Por ello, como abogados debemos velar a fin de que todos estos principios se garanticen de la debida manera por nuestros respectivos órganos jurisdiccionales y autoridades administrativas.

7. Respuestas a las preguntas del público

7.1. ¿Podría mencionar casos emblemáticos en el Perú, Colombia o España con respecto al non bis in ídem?

Emblemáticos hay muchos, pero se podría profundizar en los distintos supuestos en los que podemos ver aplicado el *non bis in ídem*.

- Si se adelanta un procedimiento penal por determinada infracción respecto de la cual haya una resolución en firme, no podrá volver a adelantarse otro procedimiento penal. Lo mismo si se tratara de un procedimiento administrativo sancionador.
- También puede ocurrir que dentro de un mismo procedimiento penal pueda aplicar el non bis in ídem. Por ejemplo, cuando estamos ante un delito que tiene unas circunstancias de agravación y están enmarcadas dentro de esa tipificación del delito, por lo cual agravar esa conducta por los mismos hechos que ya fueron objeto de la sanción base, sería una vulneración del *non bis in ídem*.
- A su vez, en la concurrencia de infracciones penales y administrativas.

7.2. ¿El non bis in ídem se restringe sólo al Derecho Administrativo o aplica a nivel de todas las áreas del Derecho?

Aplica a todas las áreas del Derecho. No obstante, donde más desarrollo existe es en el Derecho penal, pues es donde inició la consagración del *non*

bis in idem. Actualmente en las distintas legislaciones, tal como reflejan artículos de codificaciones en España, Perú y Colombia, en materia administrativa se tiene establecido el *non bis in idem* e, incluso, algunas reglas que aplican en determinado caso.

Las garantías del procedimiento administrativo disciplinario*

Leyli Jeny Aguilar Ventura**
Universidad Nacional de Trujillo

SUMARIO: 1. Introducción / 2. Garantías en el Procedimiento Administrativo / 2.1. Derecho a la Defensa / 2.2. Derecho a ser notificado / 2.3. Acceso al expediente / 2.4. Contradicción de cargos / 2.5. Ofrecimiento de pruebas / 2.6. Informe Oral / 2.7. La decisión motivada / 2.8. Competencia de la autoridad / 2.9. Plazo Razonable / 2.10. Impugnación de actos administrativos / 2.11. Non Bis In Idem / 3. Respuestas a las preguntas del público.

1. Introducción

El procedimiento administrativo disciplinario constituye una herramienta procedimental a través de la cual la administración manifiesta su potestad sancionadora ante las faltas cometidas por servidores y funcionarios públicos en el marco del ejercicio de sus labores. Por ello, resulta importante tener en cuenta que este procedimiento sancionador genera la adopción de algunas medidas que tienen por efecto el establecimiento de hechos; por tanto, se debe velar por el estricto derecho del derecho a un debido proceso, en el contexto de la participación de los administrados involucrados en un procedimiento administrativo disciplinario. Cabe resaltar, que la investigación por faltas disciplinarias tiene su génesis en la instauración o instrucción de un procedimiento que se genera en el marco de las garantías previstas en la Ley de Procedimiento Administrativo General (en

* Conferencia virtual llevada a cabo en el Curso Especializado en Derecho Administrativo y Procedimiento Sancionador y Disciplinario organizado por Amachaq Escuela Jurídica el 23 de abril del 2022.

** Abogada egresada de la facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Nacional de Trujillo, cuenta un magister en Derecho Administrativo y Derecho Constitucional en la misma casa de estudios, y un magister en Gestión Pública en la Universidad San Martín de Porres, así mismo, se desempeña como docente en la Universidad Nacional de Trujillo y en el Instituto Académico de Gestión Pública, se ha desempeñado como árbitro en contrataciones públicas y es asesora y consultora en distintas instituciones públicas y privadas, además, se ha desempeñado como especialista en las Comisiones de Mecanismos de Resolución de Conflictos y Contrataciones; y ha sido integrante de la Comisión Especializada de Derecho Administrativo del Colegio de Abogados de la Libertad.

adelante, la LPAG) y en concordancia con el inciso 3 y 5 del artículo 159 de la Constitución Política del Perú.

En línea con lo anterior, merece mención la resolución de la Sala Plena 0120012 Servir, emitida por el Tribunal del Servicio Civil. Resolución que constituye un precedente administrativo de obligatoria observancia para todas las entidades de la administración pública.

En ese orden de ideas, se debe tener en cuenta que el debido proceso no solo se encuentra conformado por garantías reconocidas expresamente en las normas jurídicas, sino que también lo están por aquellas que se derivan del derecho a la dignidad de la persona humana, y de aquellas que resulten esenciales en el proceso de conseguir el objetivo de lograr la tutela de los derechos fundamentales de los administrados. Así, para obtener un proceso disciplinario que pueda categorizarse como "justo", y en donde se respeten las garantías del debido procedimiento, a fin de concluir con la imposición de una sanción administrativa que no vulnere los derechos fundamentales, se debe tener claro y muy presente que las garantías del debido proceso se extienden y alcanzan a las garantías constitucionales.

Sobre la base de la lógica expuesta, el Tribunal Constitucional ha precisado que, en el marco de un procedimiento administrativo disciplinario, no solo será de aplicación exclusiva el contenido de los principios del derecho, sino que también serán aplicables las garantías propias de cualquier procedimiento; y todo ello en concordancia con la doctrina de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Entidad que ha precisado lo necesario que resulta tener en cuenta lo estipulado en la Convención Americana de Derechos Humanos al momento de adoptar las resoluciones con referencia a las garantías del debido proceso.

El TC ha ampliado en diferentes sentencias un catálogo de garantías que se deben tener en cuenta dentro del marco del debido procedimiento administrativo; aquí realizan una interpretación axiológica de los derechos, estableciendo de esta manera que el debido procedimiento contiene, por ejemplo, el derecho a ser notificado, el derecho a acceder al expediente, a la defensa, a ofrecer pruebas, producirlas, obtener una decisión motivada y fundada en derecho, a ser juzgado por una autoridad competente dentro de un plazo razonable, y por lo tanto, a poder impugnar sus decisiones.

2. Garantías en el Procedimiento Administrativo

Los principios dentro del debido procedimiento deben ser entendidos de manera enunciativa, mas no limitativa, en el sentido de que se puedan generar o incorporar muchas otras garantías con la finalidad de tutelar el

derecho de los administrados y el interés general, por ello se debe tener en cuenta que los administrados siempre gozan de los derechos y garantías que les son atribuidos implícitamente en un procedimiento administrativo.

Con la finalidad de ejemplificar las garantías que se invocan en el marco del desarrollo de un procedimiento, se ha considerado una serie de resoluciones de Sala Plena de Servir, al igual que el contenido de informes técnicos y resoluciones del Tribunal Constitucional. De este modo, encontramos la siguiente resolución:

Resolución de Sala Plena N° 001-2012-SERVIR/TSC, del 18 de mayo de 2012:

“El debido procedimiento, con todas sus implicancias y alcances antes analizados debe ser respetado plenamente en el marco de los procedimientos disciplinarios, en los que se juzga y sanciona a quienes tiene con la Administración lo que se ha denominado relaciones de sujeción especial, a fin de garantizar que su conducción se ajuste a derecho y se pueda ejercer un control apropiado de las potestades de la Administración”.

2.1. Derecho a la defensa

Debemos considerar que nos encontramos frente a un derecho constitucional. Implica que frente a los cargos que le son imputados a un servidor civil, la administración tiene el deber de informar con mucha claridad y precisión cuál es el hecho infractor, qué normas supuestamente han sido transgredidas y cuál es la falta que se subsume en la conducta infractora. De este modo, el servidor civil podrá defenderse adecuadamente, pues para ejercer una debida defensa debe conocer, previamente, todos los hechos que acabamos de comentar.

Continuando, en el marco del desarrollo del procedimiento se deben conocer cuáles son las pruebas que respaldan la imputación por la que se pretende responsabilizar a un servidor civil. Como hemos señalado, con estas precisiones será posible ejercer debidamente el derecho a la defensa, el cual deberá aplicarse desde el momento en el cual se instaura un proceso disciplinario; solo de esta manera se logrará garantizar la existencia de una coherencia y correlación entre la imputación contenida en la instrucción y en la imposición de la sanción.

SERVIR, en el ejercicio de sus funciones de revisión y análisis de un considerable número de recursos de apelación elevados y puestos en su conocimiento, ha identificado que no en pocos casos se habría vulnerado el derecho a la defensa de los administrados. Concretamente, se logró observar

que, si bien los hechos fueron notificados durante la etapa de instrucción, una vez que se llegaba a la etapa de sanción nuevos hechos aparecían.

El derecho a la defensa se vulnera al momento en el que la sanción se fundamenta en hechos distintos a los que fueron presentados en la etapa de instrucción. En ese sentido, cabe preguntarse cómo podría ser posible que el administrado pueda tener acceso a los cargos que se le imputan, a las pruebas, las conductas que se han infringido y las normas invocadas que no se han respetado, si no se tiene certeza de cuáles son los hechos que sirven de fundamento para la imposición de la sanción.

A partir de este punto, llegamos a la resolución de Sala Plena siguiente:

“Precedente administrativo sobre la coherencia o correlación entre la imputación realizada en la instauración del procedimiento administrativo disciplinario y la sanción como garantía del derecho de defensa de los servidores públicos dentro del citado procedimiento – Resolución de Sala Plena N°011-2020-SERVIR-TSC”.

Cuando las entidades instauran procedimientos disciplinarios, la imputación que determina estos hechos infractores cometidos por el servidor público deben ser precisados, también los incumplimientos a los deberes o a las obligaciones normativas, y cómo es que estas están subsumidas en las situaciones que puedan dar origen a faltas dentro del ordenamiento legal y, por lo tanto, cuál es la sanción que corresponde.

Así, los servidores que no tengan la oportunidad de presentar sus descargos contra imputaciones debido a que no fueron notificados con la información o documentos que son parte del inicio o instauración de los procedimientos, se encuentren en una evidente indefensión o vulneración a su derecho de defensa. Sin embargo, también puede ocurrir que el servidor público no ejerza su derecho de absolver los descargos, evidentemente esta situación es diferente al hecho de que se le niegue o se impida ejercer su derecho a la defensa. Al respecto, conviene señalar que la vulneración de este derecho podría ocasionar la nulidad del procedimiento administrativo disciplinario; así, el Tribunal ha establecido una serie de criterios para enfrentar estas situaciones.

Conviene volver a la resolución de la Sala Plena citada líneas arriba, en la cual se encuentra la coherencia o correlación en la impugnación, supuesto que es de observancia obligatoria para las entidades de la administración pública. Del mismo modo, el secretario técnico va a tener que identificar si existen o no indicios suficientes como para poder iniciar un procedimiento administrativo disciplinario. Por esta razón, la etapa descrita es trascen-

dental, toda vez que las cargas probatorias son fundamentales para iniciar correctamente un procedimiento.

Además, el usar el proceso disciplinario tiene como finalidad el determinar si se ha cometido o no una infracción por parte del servidor civil o si existe alguna conducta no proba. Recordemos que en el procedimiento disciplinario está contenido todo lo que indica la Ley del Servicio Civil y, de la misma manera, el código de ética; por ello, se debe de tener en cuenta que los procesos disciplinarios no se realizan como una especie de revancha en contra de otro servidor civil.

Finalmente, es importante recalcar que, de iniciarse este procedimiento administrativo disciplinario, se debe de indicar cuál es la conducta por sancionar. Por ejemplo, si a algún servidor público se le procesa por falta de probidad, pero no se le indica cómo es que realizó dicha conducta, ni tampoco la configuración del tipo en su conducta realizada, entonces no basta con decirle que se ha cometido una conducta no proba, sino que es necesario el señalar el cómo se ha realizado tal conducta.

2.2. Derecho a ser notificado

Este derecho se encuentra consignado en el Reglamento de la Ley de Servicio Civil, en la cual se menciona que la fase de instrucción inicia con la notificación al servidor civil y, por tanto, tiene un plazo de 5 días para presentar sus descargos, salvo que se solicite una prórroga.

El derecho a ser notificado implica el guardar las formalidades del acto de la notificación, para que guarde la eficacia y pueda ser ejecutado como válido en el acto administrativo, ello significa que se le impone una carga a la administración, la cual sería el cumplir de manera correcta la notificación al servidor civil emplazado.

Este derecho se relaciona con dos elementos fundamentales:

- i. El primero, que con el derecho a ser notificado se logra informar al servidor civil sobre el inicio de un procedimiento y cuáles son los hechos, circunstancias, documentos y demás por lo cual se acredita iniciarle una investigación, todo ello de manera oportuna para que el servidor civil haga uso de su derecho a la defensa;
- ii. Y el segundo elemento fundamental, es que las resoluciones emitidas por las autoridades administrativas deben ser notificadas por los medios idóneos, que hagan posible que exista la constancia de que se ha realizado dicha notificación y que esta sea válida.

Lo anteriormente descrito debe realizarse según las normas establecidas para ello, las cuales son, por ejemplo, la Ley No 27444 que en su apartado referido a las reglas de notificación regula los supuestos para garantizar la realización de una notificación válida. Del mismo modo, este aspecto lo recoge la Sentencia del Expediente No 1109-2002-AA/TC Resolución No 000763-2021-SERVIR/TSC – Segunda Sala.

El derecho a ser notificado también se encuentra plasmado en el artículo No 106 del Reglamento General de la Ley de Servicio Civil, aprobado por Decreto Supremo No 040-2014-PCM, el cual establece que la Fase Instructiva se inicia con la notificación al servidor civil de la comunicación que determinar el inicio del procedimiento administrativo disciplinario, otorgando un plazo de cinco días hábiles para presentar sus descargos, plazo que puede ser prorrogable. En la misma línea, otra norma al respecto la encontramos en las Reglas de notificación personal, previstas en el artículo 21 del TUO de la Ley No 27444.

2.3. Acceso al expediente

En este derecho se debe tener en cuenta uno de los principios establecidos en el Título Preliminar del TUO de la Ley No 27444 en el cual se menciona el acceso permanente al expediente administrativo, lo que significa que la autoridad administrativa está obligada a facilitar toda la información a los administrados a simple solicitud de los administrados.

Además de ello, también encontramos la fuente normativa en el Artículo 111 del Reglamento de la Ley del Servicio Civil en el cual se señala que el servidor civil tendrá derecho a acceder a los antecedentes que dieron origen a la imputación en su contra, con la finalidad de que pueda ejercer su derecho de defensa y presentar las pruebas que crea conveniente.

2.4. Contradicción de cargos

Este derecho se encuentra adecuadamente expreso en el Artículo 111 del Reglamento de la Ley de Servicio Civil, en esta se indica que el servidor civil puede formular su descargo por escrito y presentarlo al órgano instructor dentro del plazo de cinco días hábiles, el que se computa desde el día siguiente de la comunicación que determina el inicio del procedimiento administrativo disciplinario.

Además, en el fundamento 12, del EXP. N.º 2209-2002-AA/TC de la Sentencia del Tribunal Constitucional se menciona que:

“El estado de indefensión (...) no solo opera en el momento en que, pese a atribuirsele la comisión de un acto u omisión antijurídico, se le sanciona a un justiciable o a un particular, sin permitirle ser oído o for-

mular sus descargos con las debidas garantías, sino a lo largo de todas las etapas del proceso y frente a cualquier tipo de articulaciones que se puedan promover".

2.5. Ofrecimiento de Pruebas

En relación a este punto respecto al informe técnico de SERVIR, se menciona que la Administración Pública tiene la carga de la prueba en el Procedimiento Administrativo Disciplinario, en esta misma lógica, la Ley No 27444 señala que por el principio de oficialidad, es la administración a quien le corresponde la carga probatoria, por ello, en el descargo o antes de que se emita la Resolución Final, el administrado puede ofrecer todo tipo de material probatorio, esto se encuentra de manera más extensa en el Informe Técnico N° 1666 – 2019 – SERVIR/GPGSC.

Este ofrecimiento de pruebas puede ser realizado por el servidor civil en una etapa posterior a la de presentación de descargos, puede ofrecer sus pruebas posteriores a los cinco días del plazo, sin embargo, cabe preguntarse ¿qué sucede si el instructor producto de la investigación realizada obtiene nuevas pruebas con relación a los hechos que han originado la apertura del proceso administrativo disciplinario? Pues, en este supuesto, el servidor civil puede contradecirlas y presentar alegatos para hacer uso del ejercicio de su derecho a la defensa y con ello no se agota la presentación de los descargos que tenga incluso en la etapa sancionadora.

2.6. Informe Oral

Una vez que el órgano instructor ha presentado su informe al órgano sancionador, este último debe presentarlo al servidor civil a efectos de que este pueda ejercer su derecho de defensa a través del informe oral, ya sea que lo haga de manera personal o a través de su abogado. El servidor civil debe presentar la solicitud por escrito ante el órgano sancionador para que este se pronuncie sobre cuál es el día, lugar y fecha en el cual se realizará este informe oral. De todos modos, se debe tener en cuenta que la no realización del informe oral sea por la razón que sea, no implica que se esté vulnerando el derecho a la defensa del administrado, simplemente este no ejerció su derecho pese a la solicitud que anteriormente habría realizado.

De hecho, en el Informe Técnico N° 111-2017-SERVIR/GPGSC se menciona que:

"La no realización del informe oral, en determinados casos, no genera una vulneración al debido procedimiento en tanto y cuanto el procedimiento sea preponderantemente escrito, y siempre y cuando se la haya brindado al procesado la oportunidad de presentar sus descargos".

2.7. La decisión motivada

Dentro del derecho al debido procedimiento, consagrado en la Constitución Política del Perú, también se contempla la obligación a que todas las resoluciones administrativas tengan una debida motivación. Esto quiere decir que todas las entidades de la administración pública deben cumplir con motivar sus decisiones, esto es, debe existir una congruencia entre lo que se pide y lo que se resuelve por la propia administración. Por tanto, debe existir una justificación respecto a la medida que se adopta, teniendo hechos claros y precisos. Por esta razón, en la etapa de la instrucción se debe haber realizado las investigaciones que se estimen necesarias para llegar a la verdad material. De igual manera se tiene la resolución de SERVIR N° 001035-2019-SERVIR/TSC que ejemplifica este punto:

“El derecho al debido proceso consagrado en el artículo 139, inciso 3, de la Constitución (...) es una garantía que, si bien tiene su ámbito natural en sede judicial, también es aplicable en el ámbito de los procedimientos administrativos sancionatorios. En ese sentido, el debido proceso y los derechos que lo conforman, p. ej.: El derecho de defensa y la debida motivación de las resoluciones administrativas. Resultan aplicables al interior de la actividad institucional de cualquier persona jurídica”.

2.8. Competencia de la autoridad

En este apartado se toma en cuenta que el acto administrativo debe ser emitido por autoridades competentes, las cuales intervienen en los procesos disciplinarios teniendo en cuenta las reglas de la competencia que rigen la instauración de un procedimiento administrativo disciplinario, esto con el objetivo de evitar la declaración de la nulidad de todo lo actuado bajo el supuesto de haber sido emitido por una autoridad incompetente.

2.9. Plazo razonable

Las autoridades tienen un límite de 30 días para realizar la investigación preliminar y dar respuesta al denunciante, esta autoridad otorgará un plazo de 5 días, prorrogables a solicitud del servidor público, además estas autoridades tienen la obligación de resolver el caso concreto en el menor tiempo posible

2.10. Impugnación de actos administrativos

Debe entenderse que el servidor civil puede hacer uso de los recursos de reconsideración o de apelación contra un acto administrativo que pone fin a un procedimiento disciplinaria en primera instancia, tengamos en cuenta que el plazo para interponer los recursos está dentro de los 15 días si-

guientes de su notificación y deben resolverse en un plazo máximo de 30 días desde el momento de su recepción: en el caso de la segunda instancia, esta se encuentra a cargo del Tribunal del Servicio Civil, y va a comprender todas las resoluciones de los recursos de apelación, de esta manera pone término al proceso sancionador en la vía administrativa.

2.11. Non Bis In Idem

La resolución No 000948-2019-SERVIR/TSC-Primera Sala desarrolla el concepto en cuestión, este desarrollo trata de que nadie puede ser castigado dos veces por un mismo hecho, aquí se tiene en cuenta el concepto de lo que se indica en esta garantía, lo que precisa tomar en consideración la identidad del sujeto, la identidad del fundamento y la identidad del hecho, estos son los tres criterios que se deben tener en cuenta para que una persona no sea castigada dos veces por una misma infracción.

3. Respuestas a las preguntas del público

3.1. ¿Se vulneran las garantías procesales y el derecho al debido procedimiento si el órgano instructor no recaba más pruebas en la etapa instructiva al considerar suficientes las pruebas obtenidas en la etapa preliminar?

El tema de las pruebas tiene que ver con dos cuestiones, primero, las pruebas que son aportadas por la misma autoridad administrativa; y segundo, las pruebas que son aportadas por el servidor civil. Ahora bien, si el órgano instructor, es decir la autoridad administrativa, considera suficientes las pruebas que ya se tienen y producto de la investigación no ha podido recabar más pruebas, las que ya tenga en su poder las considerará suficientes. Sin embargo, ello no le cierra la posibilidad al servidor civil para poder aportar nuevas pruebas, de la misma forma que la propia autoridad instructora puede aportar pruebas adicionales. Si bien la carga de la prueba la tiene la administración, no limita el derecho del servidor civil que también puede ofrecer pruebas, tanto en esta etapa como en la etapa sancionadora.

Gestión Pública descentralizada: avances y desafíos*

Fanny Leticia Reyes Mosquera**
Universidad de Lima

SUMARIO: 1. Introducción / 2. Reforma del Estado / 3. Descentralización / 3.1. Descentralización en el Perú / 3.2. ¿Perú necesitaba descentralización? / 3.3. Ley N°27783 – Ley de Bases de la Descentralización / 3.4. El Acuerdo Nacional / 3.5. Normativa en materia de descentralización / 4. Avances / 5. Conclusiones / 6. Respuesta a las preguntas del público.

1. Introducción

Resulta importante analizar cómo se ha desarrollado en el tiempo la reforma del Estado, antes de iniciar con el estudio de la descentralización. Por tal motivo, observaremos un estudio en donde, si bien se encuentra enfocado al caso de América Latina, será posible advertir una suerte de similitud “pura” con el caso peruano.

2. Reforma del Estado

Se plantea que la reforma del Estado tiene tres fases. La primera toma lugar a principios del siglo XX e inicios de los años 80, tiempo en el que se buscaba priorizar un enfoque de Estado; por ello, la mayor parte de América Latina inició reformas con el objetivo de alcanzar, precisamente, este planteamiento. Las Naciones Unidas, además, jugaron un papel medianamente importante al brindar apoyo económico y facilitar estudios dirigidos a posicionar al Estado. Desafortunadamente, debido a situaciones adversas de naturaleza económica —que van a continuar incluso después de esta primera etapa— no se logró la colocación que se requería en la Administración Pública. La lucha constante de este primer período responde a la búsqueda incesante de los Estados por lograr la tan ansiada legitimidad.

* Conferencia virtual llevada a cabo en el Curso Especializado en Derecho Administrativo y Gestión Pública, organizado por Amachaq Escuela Jurídica el 29 de enero del 2022.

** Abogada por la Universidad de Lima, egresada de la Maestría de Ciencia Política y Gobierno con mención en Políticas Públicas y Gestión Pública por la Pontificia Universidad Católica del Perú.

En la segunda fase, a partir de los años 80, aparecen nuevas opciones modernizadoras dentro del campo de la Gestión Pública. Se inicia la etapa concebida como "Reforma de Primera Generación", denominada así por el Banco Mundial. En este lapso —coincidentemente— varios países se encontraban atravesando una grave crisis económica; por tanto, la prioridad de los gobiernos era el tema presupuestal y lo concerniente a las funciones de los ministerios de economía.

A largo plazo, nos encontramos con una figura que se mantuvo en el tiempo. Tal es así que, si hoy analizamos las estructuras del Poder Ejecutivo podremos identificar cuáles son los ministerios que poseen un mayor "poderío". Países como Ecuador, Salvador, Honduras y Nicaragua priorizaron proyectos de modernización globales; mientras que países como Colombia, Bolivia y Guatemala se enfocaron —puntualmente— en sus propias reformas económicas.

En los años 90, por si fuera poco, se generó el enfoque de la Nueva Gestión Pública. Este movimiento se impulsó, en su momento, por Gran Bretaña y Estados Unidos. En el caso peruano, ocasionalmente se adoptan movimiento o ideas que, si bien dan resultados en otros lugares, no se adaptan a nuestra realidad nacional; lo que ocasiona un retroceso en lugar de un avance. Se pueden recoger un cierto porcentaje de los modelos, pero en ninguna circunstancia debemos transitar por el camino de las réplicas.

Si bien las fases anteriores generaron un determinado impacto, no se logró cumplir con el objetivo, esto es, el posicionamiento de la administración pública. En la tercera etapa se inició un nuevo escenario de reformas, clasificadas por el Banco Mundial como "Reformas de Segunda Generación". La nueva reforma tiene como denominador común la lucha en contra de la corrupción, lucha que sigue siendo un tema constante en las agendas de los gobiernos a nivel mundial; sobre todo en los países de Latinoamérica. Del mismo modo, se centra en la mejora de la Administración Pública, la reforma del sistema judicial y legislativo, la incorporación de las tecnologías de la información y comunicación, la mejora de la participación ciudadana y una mayor participación de la sociedad civil.

Un Estado podrá trabajar eficientemente en tanto desarrolle sus actividades en cooperación y armonía con la sociedad civil. Se necesita, además, de la constante participación de estos últimos, pues si el Estado trabaja sin escuchar las observaciones que ellos podrían brindar, al final del día advertirá que muchas de las situaciones "imprevistas" fueron identificadas oportunamente por la ciudadanía.

Según estudios, es posible referirnos a una cuarta fase en lo que respecta a la reforma del Estado. La tendencia internacional junto con la realidad nacional indica que ya nos encontramos atravesando esta etapa. Es así que debemos enfocar nuestros esfuerzos en fortalecer las capacidades institucionales, las capacidades regulativas y de control, la innovación, la participación ciudadana, la generación de confianza y legitimidad, la transparencia, y, por último —el más importante e incluso novedoso— la tendencia de incorporar el gobierno abierto, junto a la transparencia, la participación y colaboración que esto conlleva.

Desde la Secretaría de Gobierno Digital de la Presidencia del Consejo de Ministros se ha impulsado lo concerniente al gobierno abierto, incluso se cuenta con una página que debe ser de acceso y conocimiento general pero lamentablemente no es muy conocida, teniendo ahí un punto que deben afianzar. El Estado cuenta con los recursos necesarios para crear nuevas plataformas digitales; sin embargo, los únicos que realmente llegan a conocerlas son aquellos que se encuentran inmersos en la gestión pública como tal. Así, cuando realizas trabajo o estudios y se investiga es posible descubrir plataformas que hasta ese momento desconocíamos.

La mejor toma de decisiones de un Estado —en todos los niveles de gobierno— se desarrolla en tanto seamos capaces de decidir sobre la base de datos. Si las decisiones tienen su fuente en meras suposiciones, sin considerar los datos recolectados, el Estado no será capaz de tomar decisiones óptimas o evaluar correctamente los alcances de las sanciones o mejoras.

3. Descentralización

Según Deniss Rondinelli la descentralización es “una transferencia de responsabilidades de planificación, gerencia, recaudación y asignación de recursos desde el gobierno central y sus agencias hacia las unidades territoriales”. De esta postura debemos destacar la responsabilidad, puesto que marcará todo el proceso de descentralización en el Perú.

Robert Bennet, por otro lado, considera dentro de las formas básicas de descentralización aquella que se desarrolla entre los niveles de gobierno, así como también la que se aplica desde los Gobiernos hacia los mercados y organizaciones no gubernamentales.

El Programa de las Naciones Unidas – PNUD considera que existe la descentralización horizontal, que se produce entre agencias de un mismo gobierno; y la descentración vertical, que es la delegación de funciones y competencias dentro de los niveles de los gobiernos centrales.

Continuando, encontramos un concepto que plantea el Banco Interamericano de Desarrollo en torno a la descentralización supranacional a partir de las relaciones internacionales establecidas por un conjunto articulado de organizaciones territoriales a los Estados-nación, orientadas a la implementación de procesos de integración y desarrollo descentralizado. Otro enfoque es el de los Gobiernos respecto a los mercados regulados, es decir, en cuya actividad económica interviene el Estado.

El proceso de descentralizar, por tanto, implica una delegación de funciones y de responsabilidades. En su momento, el Gobierno —los gobiernos a nivel de América Latina— han optado por abandonar el centralismo y comenzar a delegar responsabilidades, lo que a su vez implica que el Gobierno tiene como objetivo trabajar de manera eficiente con otras entidades, siempre que estas últimas realicen las tareas al cien por ciento. Es importante recordar que si bien debemos ser críticos durante todos los procesos que realice el Estado, también debemos proponer soluciones a fin de colaborar con la mejora de lo que se está desarrollando.

La descentralización, además, apunta a que los servicios y recursos lleguen hasta el último rincón del Perú. Evitando, indudablemente, que estos se reúnan solo en la capital o en cualquier otro lugar, ignorando por completo zonas que frecuentemente requieren del apoyo del Gobierno.

A continuación, vamos a enumerar los riesgos que conlleva la descentralización. El primero de ellos es el interés permanente de los Estados Centrales por ejercer el control político sobre los gobiernos subnacionales. Un claro ejemplo de esto lo encontramos en la distribución de los presupuestos, puesto que, si bien los gobiernos regionales gozan de autonomía, esta solo se aplica hasta cierto punto debido a que el Gobierno Central es el encargado de la distribución, lo que quiere decir que la decisión se toma y se seguirá tomando desde Lima.

Por otro lado, tenemos el peligro de que se capturen los procesos descentralizados en su propio beneficio. Esto se observa claramente reflejado en la cantidad de gobernadores regionales que se encuentran envueltos en procesos por corrupción. Aunado a ello tenemos la falta de recursos transferidos para afrontar todas las responsabilidades delegadas; en ese sentido, el aspecto más importante en cuanto a la delegación es el elemento técnico, las capacidades y el elemento presupuestal.

La parte positiva que se considera en el tema de descentralización es la mejora de la gobernabilidad y la democracia, un aumento de la competitividad económica —desarrollo económico local—. Con la gobernabilidad se mejora las estructuras estatales y las burocracias, es decir, que se po-

drán desarrollar mejor las competencias y funciones. De todas maneras, se generará una mejora en la democracia en el sentido de que planteará una mayor participación de actores políticos y sociales, quien usted elige será aquel que tenga la representatividad.

Respecto al aumento de la competitividad económica queda mencionar que es un tema que debe tocarse con pinzas debido a que los propios gobiernos deben recibir un mayor enfoque de capacitación. Esto responde a la crisis que enfrentan la gran mayoría de países: la reactivación económica. Entonces, debemos capacitarnos y los gobiernos locales deberían impulsar el desarrollo económico local, es decir, las competencias para ellos deben ser abiertas y contar con apoyo del Ejecutivo con la finalidad de que se puedan impulsar medidas.

Nuestro país es claramente un territorio rico en recursos naturales. Existe una mejora en la exportación de distintos productos; sin embargo, estas mejoras requieren a su vez mejores disposiciones, normativas y un mayor impulso, una reactivación que implique un aporte significativo, mejora de tasas y otros aspectos que deben trabajarse siempre enfocados en el desarrollo económico local, el acceso al crédito, un fomento de la asociatividad y vincular universidades regionales con centros de investigación.

3.1. Descentralización en el Perú

La Constitución claramente nos indica que el Estado peruano es indivisible, su gobierno unitario, representativo y descentralizado. En ese sentido, el término "descentralización" no aparece en un decreto supremo o en una ley; aparece en nuestra carta magna, así lo establece la constitución en su artículo 43.

3.2. ¿Perú necesitaba descentralización?

Para poder responder a esta pregunta es recomendable revisar el texto de Iván Finot (2001) en donde considera tres puntos. La descentralización sería el medio por excelencia para que el Estado desempeñara las nuevas funciones que le corresponden en forma eficiente. La eficiencia, además, debe convertirse en una característica clave para el Estado. Se debe buscar una mejor adecuación de la provisión de servicios públicos a las diferencias territoriales; la descongestión de la administración pública y una mayor participación ciudadana en los procesos de asignación y control del gasto.

3.3. Ley N°27783 – Ley de Bases de la Descentralización

La base de la descentralización que data del 2002 nos dice que la descentralización tiene como finalidad el desarrollo integral, armónico y sosteni-

ble del país, mediante la separación de competencias y funciones, y el equilibrado ejercicio del poder por los tres niveles de gobierno, en beneficio de la población.

Los principios, por otro lado, son de vital importancia. Se trata del aspecto medular y sustancial de la materia que rigen. En el caso de la ley que venimos comentando, resulta sustancial en el sentido de que todo aquello que el Estado emita deberá someterse al imperio, no estrictamente de la ley, sino también de los principios.

Entre los principios encontramos:

- a. *Es permanente: Constituye una política permanente de Estado, de carácter obligatorio, cuyo efecto vinculante alcanza a todos los Poderes del Estado, Organismos Constitucionales Autónomos y al gobierno en su conjunto.*
- b. *Es dinámica: Es un proceso constante y continuo, se ejecuta en forma gradual por etapas, previendo la adecuada asignación de competencias y la transferencia de recursos del nivel central hacia los gobiernos regionales y los gobiernos locales. Promueve la integración regional y la constitución de macro regiones. Exige una constante sistematización, seguimiento y evaluación de los fines y objetivos, así como de los medios e instrumentos para su consolidación.*
- c. *Es irreversible: El proceso debe garantizar, en el largo plazo, un país espacialmente mejor organizado, poblacionalmente mejor distribuido, económica y socialmente más justo y equitativo, ambientalmente sostenible, así como políticamente institucionalizado.*
- d. *Es democrática: Es una forma de organización democrática del Estado que se desarrolla en los planos político, social, económico, cultural, administrativo y financiero. Promueve la igualdad de oportunidades para el acceso a mayores niveles de desarrollo humano en cada ámbito, y la relación Estado y Sociedad, basada en la participación y concertación en la gestión de gobierno.*
- e. *Es integral: Abarca e interrelaciona a todo el conjunto del Estado en el espacio nacional, así como las actividades privadas en sus diversas modalidades, mediante el establecimiento de reglas jurídicas claras que garanticen el desarrollo integral del país.*
- f. *Es subsidiaria: Las actividades de gobierno en sus distintos niveles alcanzan mayor eficiencia, efectividad y control de la población si se efectúan descentralizadamente. La subsidiariedad supone y exige que*

la asignación de competencias y funciones a cada nivel de gobierno sea equilibrada y con adecuación a la mejor prestación de los servicios del Estado a la comunidad.

- g. *Es gradual: El proceso de descentralización se realiza por etapas en forma progresiva y ordenada, conforme a criterios que permiten una adecuada y clara asignación de competencias y transferencias de recursos del gobierno nacional hasta los gobiernos regionales y locales, evitando la duplicidad.*

En cuanto a la asignación de competencias entre niveles de gobierno, se desprende de la ley la existencia de competencias exclusivas, compartidas y delegables. Las competencias exclusivas son aquellas cuyo ejercicio corresponde de manera exclusiva y excluyente a cada nivel de gobierno conforme a la Constitución y la Ley. En las competencias compartidas intervienen dos o más niveles de gobierno, que comparten fases sucesivas de los procesos implicados. Por último, la competencia delegable indica que un nivel de gobierno delega a otro de distinto nivel, de mutuo acuerdo y conforme al procedimiento establecido en la ley, quedando el primero obligado a abstenerse de tomar decisiones sobre la materia o función delegada.

3.4. El Acuerdo Nacional

Desde el año 2002 el Acuerdo Nacional considera a la descentralización política, económica y administrativa como elementos claves para propiciar el desarrollo integral, armónico y sostenido del Perú. Al respecto, el acuerdo señala lo siguiente:

“Nos comprometemos a desarrollar una integral descentralización política, económica y administrativa, transfiriendo progresivamente competencias y recursos del gobierno nacional a los gobiernos regionales y locales con el fin de eliminar el centralismo. Construiremos un sistema de autonomías políticas, económicas y administrativas, basado en la aplicación del principio de subsidiariedad y complementariedad entre los niveles de gobierno nacional, regional y local del Estado, con el fin de fortalecer éstos últimos y propiciar el crecimiento de sus economías”.

3.5. Normativa en materia de descentralización

En materia de descentralización encontramos normas específicas:

- a. Ley N°27680 – Ley de Reforma Constitucional en materia de Descentralización
- b. Ley N°27783 – Ley de Bases de la Descentralización

- c. Ley N°27867 – Ley Orgánica de Gobiernos Regionales
- d. Ley N°27972 – Ley Orgánica de Municipalidades

Y también normas Conexas:

- a. Ley N° 27795 – Ley de Demarcación y Organización Territorial
- b. Ley N°28059 – Ley Marco de Promoción de la Inversión Descentralizada
- c. Ley N°28273 – Ley del Sistema de Acreditación de los Gobiernos Regionales y Locales
- d. Ley N°28274 – Ley de Incentivos para la Integración y Conformación de Regiones
- e. Ley N°27658 – Ley Marco de Modernización de la Gestión del Estado

Todas ellas han nacido a raíz de una necesidad que surgía mientras se avanzaba en el proceso de descentralización, puesto que se requería de otras disposiciones para poder cumplir y mejorar la descentralización.

4. Avances

En este apartado vamos a tomar como base el informe más reciente emitido por la Secretaría de Descentralización de la Presidencia del Consejo de Ministros. Las funciones por transferir a los Gobiernos Regionales son las 185 comprendidas en la Ley 27867, Ley Orgánica de Gobiernos Regionales, que abarcan 18 materias económicas, sociales y territoriales; una meta total programada de 4810 funciones (185 por 26 gobiernos regionales), incluyendo la Municipalidad Metropolitana de Lima, a cargo de una Comisión Bipartita de acuerdo a Ley. Como resultado de este proceso, al 31 de diciembre del 2020, se había transferido el 93,3 % de funciones (4518) quedando pendiente el 6.1% (292), la mayoría de ellas a la Municipalidad Metropolitana de Lima.

En la distribución del presupuesto público, se han dado algunos avances en cuanto a una mayor asignación a los gobiernos regionales en el gasto corriente. En cuanto al gasto de inversión en el requerimiento se dieron medidas de "impulso fiscal" a fin de incrementar el gasto e incentivar la economía.

El siguiente punto por evaluar es el referente a las agencias regionales de desarrollo. Con la finalidad de crear el proceso de institucionalización se incorporó el funcionamiento de las agencias regionales. Dentro de estas agencias se buscó mejorar aspectos tales como la competitividad y las líneas productivas de la PYMES, mejoras en la innovación y adaptación tecnológica en el proceso productivo de bienes, desarrollo de mercados

locales de proveedores, cadenas de valor con mayor potencial y dinamizar la economía regional.

Otro de los aspectos que debemos tomar en cuenta son los sectores en el marco de sus Planes Anuales de Transferencia de competencias sectoriales a los gobiernos regionales y locales del 2020. Si uno plantea las competencias, necesariamente debemos encargarnos de la capacitación, caso contrario no se podrá desarrollar una delegación efectiva. En el contexto actual, es menester aprovechar el uso de las plataformas digitales, pues representan una herramienta de gran apoyo en cuanto a la capacitación de todos.

La crítica de los sectores regionales se resume en una afirmación simple "Me delegaron, mas no me indicaron qué es, cómo hago, cómo voy a realizar mis funciones". El Ejecutivo no puede soslayar esta clase de situaciones, el Gobierno tiene el deber de brindar apoyo y acompañamiento durante todo el proceso.

Es importante, además, considerar la cantidad de peruanos que residen en Lima. En ese sentido, el Instituto Nacional de Estadística e Informática (INEI), en su publicación "Perú: Crecimiento y distribución de la población, 2017" nos indica que la mayor concentración de la población se da en la región Costa, y sobre todo en Lima Metropolitana. De acuerdo con IPSOS, en su "Informe de Estadística Poblacional 2021", se estima que en el 2021 el Perú tiene 33 millones de habitantes, que cada 3 peruanos de 10 viven en Lima, que 8 de cada 10 peruanos viven en zonas urbanas y que 1 de cada 20 peruanos no cuentan con energía eléctrica.

En 77 años se confirma como la migración continúa, siendo un indicador importante que considerar al momento de medir nuestro proceso. Así, surgen una serie de cuestiones: ¿Sigue Lima ofreciendo mejores oportunidades? ¿Aún mantenemos un gobierno centralista? ¿Qué necesitamos para articular mejor y potenciar nuestro país?

Si bien la descentralización aún no es vista y apreciada como la mejor estrategia para un mejor gobierno debido a que los resultados todavía distan demasiado de lo que podríamos considera como ideal. Este proceso cumplirá veinte años en el 2022, por lo tanto, es imperante plantear directrices y herramientas adecuadas, así como acompañar el proceso de coordinación con los gobiernos regionales y locales.

A continuación, enumeramos una serie de ventajas, inconvenientes y casos de evaluación:

	Ventajas	Inconvenientes	Caso de evaluación
1	La toma de decisiones ya no está centralizada bajo la situación de Lima – como capital.	Los diferentes gobiernos regionales no fueron debidamente capacitados para el proceso de transferencia.	El proceso de transferencia de funciones a los gobiernos regionales y locales.
2	Constituye una política permanente de Estado, de carácter obligatorio.	La falta de coordinación entre los distintos niveles de gobierno aún no permite una efectividad y atención directa de las necesidades como es la asignación del presupuesto nacional.	Mejora de la asignación presupuestal por parte del Ministerio de Economía y Finanzas a los gobiernos regionales y locales.
3	Permite implementar el Sistema de Modernización de la Gestión Pública.	Se requiere de una capacitación estratégica y a todo nivel.	Alta rotación en el personal de las entidades del Estado.
4	Desarrollo de mejoras políticas públicas con base en indicadores y muestras del país	El cumplimiento de un plan Operativo Institucional y la ejecución presupuestal al 100% no significa que necesariamente se está atendiendo lo prioritario.	Replantear los lineamientos y para la ejecución presupuestal.
5	Mejora en la asignación presupuestal y ejecución de proyectos de inversión pública.	La asignación presupuestal se incrementó exponencialmente y con ellos los casos de corrupción.	Se requiere de mayor inversión pública, pero con lucha directa contra la corrupción a todo nivel.

5. Conclusiones

Si trabajamos en el Estado, es importante contar con un enfoque. Si en algún momento de nuestras vidas tratamos con temas de descentralización —o realizamos coordinaciones, sin importar la magnitud de esta— nuestro compromiso debe ser:

- a. Estudiar y conocer el país y el Estado: Con la finalidad de continuar trabajando dentro de la gestión pública debemos conocer nuestro país. Para poder brindar recomendaciones debemos identificar por donde deben ir los lineamientos y las pautas de acuerdo a cada necesidad particular que se identifique a nivel nacional.
- b. Trabajar con un enfoque de descentralización: Toda medida que se adopte o se tenga pensado aplicar deberá contar con un enfoque no central, sino descentralizado. Cualquier propuesta debe tener una visión país.
- c. Apostar por la capacitación en todos los niveles de gobierno: Siempre que exista la posibilidad de estudiar o la oportunidad de capacitarnos debemos procurar hacerlo. Todos estos aspectos son extremadamente positivos y van a contribuir en alcanzar nuestro objetivo de lograr la descentralización.
- d. Mejorar el enfoque de Desarrollo económico local en cada punto del país para hacer frente a todos los efectos de la Pandemia: En otros países de América Latina, en el marco de la búsqueda de la descentralización, se ha observado que le han otorgado un especial énfasis precisamente al desarrollo económico a nivel de la localidad. En ese sentido, debemos apostar por los gobiernos locales en aras de hacer frente a los efectos de la pandemia.
- e. Aplicar y mejorar las normas, hacerlas viables con la realidad del país, sin duda eso tiene que ser una prioridad, legislar en base a nuestra realidad nacional.

6. Respuestas a las preguntas del público

6.1. ¿Qué acciones deben ejecutar las entidades públicas para lograr el objetivo de la descentralización y evitar actos de corrupción?

Los estudios nos llevan a considerar que mientras mayor sea la asignación de recursos públicos, lamentablemente mayores serán los casos de corrupción. Esta afirmación se desprende de la observación de las cifras.

Entonces ¿Cómo deben trabajar las entidades? Resulta imperativo que se mejore el acceso y la transparencia de información. La transparencia de la información debe ser en todo sentido. Por ejemplo, si uno va por la calle y observa un proyecto de inversión pública en donde la cifra estimada de recursos asciende a cinco millones con una duración de 365 días, esa es toda la información a la que tienes acceso. En ese orden de ideas, uno debe encontrarse en la capacidad de poder indagar más, la entidad debe trabajar por informar al ciudadano y contar con todos los canales posibles abiertos que así lo permitan. De esa manera nos podremos asegurar si en estricto se asignó ese presupuesto y si, además, se cumplió con este o la obra terminó costando más, en cuyo caso tendría que informarse también en que porcentaje fue el aumento. Todos estos datos deberían estar al alcance de cualquier ciudadano. Con la transparencia considero que se pueda avanzar en disminuir los casos de corrupción.

La normativa punitiva que se aplica en los casos de corrupción existe, pero nosotros debemos enfocarnos y trabajar con miras a evitar llegar a ese proceso. Nuestro enfoque debe estar encaminado en mejorar la gestión, los filtros, canales y asignación de funcionarios.