

# La retribución de las penas sin culpa: la imputación objetiva en la asignación de responsabilidad administrativa

Fredy Bautista Guevara\*<sup>1</sup>

*El Decreto Legislativo N° 1272 ha cambiado el paradigma de asignación de responsabilidad administrativa, al establecer que, por principio, dicha responsabilidad es ahora subjetiva. Este cambio es quizás la modificación más importante que se ha realizado a nivel del Derecho Administrativo sancionador peruano. A pesar de la magnitud de la modificación normativa, las luces de discusión no han sido unívocas, probablemente, porque el mismo Decreto Legislativo N° 1272 aún permitirá aplicar, por excepción, el sistema objetivo de imputación administrativa de antaño. En otras palabras, al menos durante un buen tiempo, la excepción a la regla será aplicada a la mayoría de los casos. No obstante, siendo ahora la imputación objetiva una excepción en el ordenamiento jurídico, corresponde hacer una revisión de ella, especialmente, porque la Administración Pública peruana ha mostrado, en la mayoría de los casos, su incapacidad para entender y aplicar correctamente un sistema objetivo de imputación administrativa.*

## 1. Introducción

La imposición de una pena implica como efecto dañar a una persona. El daño a punto de producirse, reprochable *prima facie*, adquiere en cierto punto del proceso de imposición su aceptación social. Esta aceptación ha sido materia de revisión desde puntos de vista muy diversos, los que podrían comparecer bajo el título de “legitimidad de la pena”, pero que jurídicamente solo podría tratarse como la culpabilidad del responsable. Estas líneas breves revelan la impronta jurídica que la frase contenida en el título de este artículo trasluce: penas sin culpa o, si se quiere, penas sin culpabilidad. ¿Se puede aceptar

---

\* Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Asociado de Santiváñez Abogados.

1 El autor agradece a José La Torre Peramás por sus comentarios y sugerencias a los temas tratados en el presente artículo. Asimismo, agradece a Carlos Gárate Salvatierra y Nataly Paredes Saavedra por su colaboración.

dañar, castigar, penar a una persona sin haberse generado *convicción* sobre su culpabilidad? Ciertamente, a nivel jurídico, la convicción no versa sobre la creencias o dilucidaciones personales, sino sobre aquellas situaciones que habiendo sido probadas justifican el ejercicio de la potestad punitiva del Estado conforme al ordenamiento jurídico vigente. Por tanto, la frase “penas sin culpa” encierra una amplia discusión sobre qué materias y figuras deben analizarse para sostener que jurídicamente resulta aceptable imponer una pena. En la actualidad sostener penas sin culpa (esta última entendida como principio) es una expresión aberrante, incluso en el sistema de imputación objetiva, tan defendido en el ámbito del Derecho Administrativo sancionador. La Administración Pública en el Perú ha mostrado una clara deficiencia en su análisis y aplicación de penas (sanciones) de carácter administrativo. Esto se debe, principalmente, a que en un sistema objetivo de imputación, la Administración Pública se cree libre de imponer penas sin probar la culpabilidad del administrado. Este claro desacato jurídico se trata de justificar por la presencia de derechos o intereses de alta relevancia que la Administración Pública trata de defender por encima de la determinación de culpabilidad del administrado.

Una razón complementaria de la actuación irregular de la Administración Pública, se debe a un pésimo entendimiento del sistema objetivo de imputación, pues dentro de la teoría que lo justifica, se negó la probanza de la culpabilidad en un sentido especial, es decir, probar un estándar de diligencia respecto del cual las personas resultan negligentes y, por ende, culpables. Sin embargo, la aplicación práctica o especial de la culpabilidad, fue utilizada injustificadamente por la Administración Pública peruana para soslayar la culpabilidad como principio, que, como tal, supone establecer jurídicamente elementos fundamentales para legitimar la imposición de la pena como serían la personalidad (castigar a quien cometió el ilícito) y la comprobación de que no mediaron eximentes de responsabilidad.

Si bien este artículo trata un tema con el que seguramente los operadores del Derecho Administrativo sancionador han tenido que dilucidar y exponer posición en algún momento, su relevancia en el caso peruano toma vigor por un cambio de paradigma en el sistema de imputación administrativo dentro del ordenamiento, introducido mediante el Decreto Legislativo N° 1272, promulgado el 21 de diciembre de 2016. En efecto, el comúnmente aceptado y defendido sistema de imputación objetivo, establecido en su momento por la Ley N° 27444 (Ley del procedimiento administrativo general) y creído

propio del Derecho Administrativo sancionador, es ahora una excepción para la Administración Pública peruana, pues, conforme al cambio normativo, la responsabilidad subjetiva será materia de análisis e invocación durante el ejercicio de la potestad punitiva del Estado en sede administrativa.

Ciertamente, la progresión a un sistema subjetivo de responsabilidad administrativa será gradual y probablemente lento, dado que, aunque por excepción, gran parte de la Administración Pública peruana aún seguirá aplicando un sistema de imputación objetivo. Por ello, probablemente más ahora que antes, es necesario abordar el tema de la retribución de la pena en el sistema de imputación objetivo, realizando una reflexión jurídica que nos permitirá establecer algunos parámetros respecto de los cuales se puede asignar válidamente responsabilidad administrativa en el ordenamiento jurídico peruano.

## **2. Retribución y culpabilidad**

Se ha pretendido tratar el tema de asignación de responsabilidad administrativa como una derivación menos lesiva del sistema de asignación de responsabilidad penal. Este esbozo de relación intrínseca que trata de mostrar un enlace básico o muy elemental, que a lo mucho se suele traer a la superficie cuando se pretende discutir algunos principios de la potestad punitiva del Estado, es en sí el continente y contenido que legitima la acción punitiva administrativa.

Ciertamente, no se puede cuestionar la actividad de la Administración Pública al momento de asignar responsabilidad, si al menos no se reflexiona sobre la legitimación y fundamentación ético-jurídica de las sanciones (penas) que la Administración Pública impone en ejercicio de su potestad punitiva y eso supone no perder de vista que, aunque sea en sede administrativa, las sanciones son un ejercicio de carácter penal.

Una primera aproximación al tema la encontramos en la afirmación de que la pena (sanción) solo puede ser legítima si las normas de comportamiento que se refuerzan punitivamente (función retributiva) son también legítimas. De lo contrario, la exigencia de conducta contenida en la norma y la pena misma son *eo ipso* ilegítimas (Kindhäuser, 2011). Esta aproximación tiene un origen de corte ético-moral. No obstante, esta reflexión no busca establecer una relación del derecho con la ética o la moral, sino poner en evidencia

que intuitivamente es comprensible para cualquier persona, y mucho más para un operador del derecho, que ninguna pena parece tener justificación si las normas que busca *proteger* son consideradas ilegítimas.

Naturalmente, al momento de tratar el tema de la legitimidad de la pena y de las normas que tratan de reforzarse punitivamente, se busca esgrimir un concepto jurídico de legitimidad. En otras palabras, se trata de establecer los parámetros dentro de los cuales se puede hablar de normas y penas legítimas conforme al ordenamiento jurídico. Esta finalidad no quita importancia a la justificación ética de las penas, pues en ocasiones lo obvio se suele dar por hecho pero paradójicamente suele ser también el origen de la mayoría de actuaciones irregulares en nombre de la potestad punitiva (cfr. punto 2 siguiente).

Establecer parámetros para evaluar la legitimidad de la pena dentro del ordenamiento jurídico implica superar la noción de “norma legítima entonces sanción legítima”, pues no basta que una norma sea legítima o que una norma regule un comportamiento cuya exigencia se considere legítima para imponer una pena, pues la pena es resultado de una evaluación integral jurídica que permite sostener como válida la afectación o daño que mediante ella se produce.

Lo antes indicado ha sido tratado por la doctrina como justicia retributiva o la retribución de la pena, pues se acepta como válida la afectación que genera la pena, si esta resulta proporcional como respuesta a la falta o crimen cometido<sup>2</sup>. Simplificadamente, se considera válido responder con un daño a otro que se hubiese generado. Esta forma de justicia, vista de este modo tan simple, revela que no puede ser suficiente que exista una norma legítima, sino que la respuesta mediante la pena es necesaria para compeler o castigar la acción de un individuo.

Dado que estamos sosteniendo la generación de un daño legítimo (la pena), ese daño debe justificarse en parámetros que lo hacen moralmente aceptable (intuitivamente aceptable) y jurídicamente legítimo. Para empezar, no podría aceptarse que la pena se imponga a personas que no cometieron la falta o

---

2 Righi (2003, p. 106): “a) *El predominio de la teoría de la retribución impuso un sistema penal en el que la culpabilidad es fundamento y presupuesto de las penas, por lo que consiguientemente se considera que el Estado está legitimado para sancionar al autor porque es culpable, y sólo cuando es factible reprocharle la realización de un hecho antijurídico.*”

crimen. Sería aberrante dañar a personas *inocentes*. Entonces, un primer elemento para aceptar una justicia retributiva sería castigar a quien cometió la falta o el delito (personalidad de la pena). No obstante, en este punto puede concurrir también lo que se conoce como eximentes de responsabilidad pues, si bien una persona cometió el delito, pueden existir situaciones o elementos que convierten a la pena en moralmente inaceptable (intuitivamente inaceptable) y jurídicamente ilegítima, como ocurre en la legítima defensa. Nadie consideraría válido moralmente ser castigado por el simple hecho de haber defendido su vida o la de otros de un ataque criminal, a pesar de que eso pudo generar la muerte o daños graves para el atacante.

En este punto se puede entender, al menos a nivel jurídico, que la noción “norma legítima entonces sanción legítima” queda ampliamente superada y por eso necesitamos un elemento que permita sostener la legitimidad de la pena habiéndose analizado los elementos jurídicos concurrentes. Aquí nos encontramos con la culpabilidad. La culpabilidad en sentido jurídico supone el análisis integral que el operador del derecho debe realizar para sostener la legitimidad de la pena.

Determinar la culpabilidad de una persona en el ámbito administrativo ha tomado relevancia en la bifurcación de las opciones que se han manejado para ello: la culpabilidad objetiva y la culpabilidad subjetiva. Si bien esta bifurcación se analizará más adelante, en este punto resulta importante notar que ambas se sustentan en el principio de culpabilidad y que no existe punto moral (y evidentemente jurídico) que permita imponer una pena (sanción) sin culpa.

### **3. La culpabilidad en los sistemas de imputación objetiva y subjetiva**

La determinación de la culpabilidad sobre la base de una imputación objetiva o subjetiva, tiene origen en una crítica de parte de la doctrina que concebía particularmente problemática una relación estrecha entre el Derecho Penal y el Derecho Administrativo sancionador. Una teoría penal consolidada podría tener muchos problemas, lo que llevaría a cuestionar jurídicamente una teoría de este tipo (Nieto, 2008). Empero, este artículo no pretende defender la unificación de la teoría penal<sup>3</sup>, sino regresar a la parte más elemental que

---

3 Nuño y Puerta (2016, p. 184): “Esta identidad de principios punitivos entre el Derecho pe-

enlaza un derecho con otro, pues no estamos evaluando una aplicación sofisticada que pudiera revelar la posibilidad o imposibilidad de unificar la teoría penal, sino de algo mucho más burdo, como resulta ser por, paradójico que parezca, la aplicación del principio de culpabilidad.

La importancia de evaluar la culpabilidad radica en que las soluciones arribadas por la Administración Pública y las “razones” que sustentan sus decisiones de carácter penal, incurren en faltas muy graves y sus acciones resultan abiertamente ilegales, con la contemplación del Poder Judicial.

Una explicación para que la Administración Pública haya llegado un punto de ejercicio irregular de su potestad punitiva, radica en la razones de proponer sistemas distintos de imputación. La defensa de una imputación objetiva tenía como principal propósito que la Administración Pública pudiera actuar eficazmente ante los administrados, principalmente empresas, que por su grado de sofisticación o de manejo de información hiciera casi imposible personalizar la culpa (encontrar al responsable) y que gracias a ello pudieran actuar impunemente. Esto se puede leer en Nieto (2008, p. 376):

*“La culpabilidad no es –contra lo que suelen afirmar gratuitamente autores y jueces- un elemento esencial del Estado de Derecho Actual que, para empezar, ha establecido la responsabilidad objetiva de las Administraciones Públicas para no dejar indefensos a los particulares ante la agresividad de organizaciones gigantescas y de laberínticas tomas de decisiones. Pues si esto es así ¿qué decir de las modernas organizaciones empresariales, opacas e impenetrables en las que es imposible, territorial y personalmente, encontrar a la persona que ordena cometer un ilícito? (...)”*

Esta apreciación de la culpabilidad solo podría explicarse porque su tratamiento inicial siempre fue de carácter penal y se colocó a la culpabilidad como el elemento más básico de la imputación penal, ya que la forma más elaborada era la probanza del dolo. En ese esquema, la culpa se explica mediante un

---

*nal y el Derecho sancionador Administrativo se impulsó por la jurisprudencia hasta que en 1992 se aprueba la LRJPAC con el objetivo de unificar la Doctrina de la época codificándola en normas jurídicas administrativas. Con esta misma finalidad se publica la LRJSP consolidándose en una única norma textos legales administrativos muy relevantes. Tanto en la Ley 30/1992 como en la recientemente aprobada Ley 40/2015 se regulan los principios básicos del Derecho Administrativo sancionador (...)”*

estándar de diligencia que, al no ser observado, permite asignar responsabilidad penal a pesar de que la persona que cometió el ilícito no tuvo la intención para cometerlo.

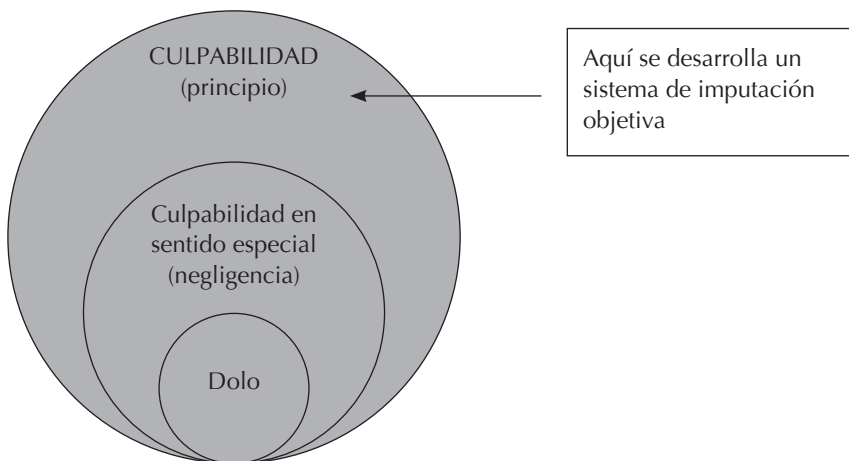
Las primeras aproximaciones a la culpabilidad de corte penal, escondían el estándar de diligencia que implícitamente se exigía mediante la norma. Los defensores de una forma distinta de imputación a la realizada en el fuero penal, sostuvieron, en la mayoría de los casos de manera implícita, que la Administración Pública no podría determinar el estándar de diligencia y menos la intención de los infractores administrativos, por lo que el sistema de imputación administrativo debía ser diferente. Por oposición, se sostuvo que debía ser algo distinto a la asignación mediante la culpa o dolo del infractor (que era una imputación de naturaleza subjetiva). En este punto empiezan los problemas, pues se sostuvo que una imputación administrativa ya no se conformaba por la culpa o el dolo. Este mensaje, en manos de malos intérpretes, permitió soslayar la culpabilidad como principio cuando lo que realmente se quería era evitar la aplicación de un estándar de diligencia (como sí lo hace la culpa en sentido especial), y esto permitió a la vez tratar a la culpabilidad como la expresión mínima de imputación, pues solo con su verificación es posible cumplir con los requisitos mínimos de legitimidad para la asignación de responsabilidad: imponer una pena a quien cometió el delito y solo cuando no hubiera concurrido alguna causal que lo eximiese de responsabilidad.

Por ello, se puede coincidir con Nieto (2008) que al momento de tratar una moderna tesis positivista sobre la culpabilidad, resulta casi “indiscutida” la aplicación del principio de culpabilidad penal al Derecho Administrativo sancionador. La complicación conceptual generada por la separación de la imputación subjetiva propia del derecho penal para dar paso a una imputación objetiva *propia* del Derecho Administrativo sancionador, no se ha visto reflejada en las acciones de la Administración Pública peruana que, bajo el pretexto de encontrarse en un sistema de imputación objetiva, ha impuesto sanciones sin que se hubiera determinado la culpabilidad de las personas sancionadas.

La imputación objetiva no es como pretenden, entienden y aplican, gran parte de los funcionarios públicos, una liberación de probanza absoluta, en la cual ella solo tiene la obligación de verificar que existe una exigencia normativa y una vulneración a dicha exigencia para establecer la responsabilidad de un administrado. Lo que siempre se quiso al aplicarse un sistema de imputación

objetiva era liberar a la Administración Pública de probar el estándar de diligencia exigido implícitamente por la norma y, por supuesto, la intención de cometer la infracción, pero no implicaba que la Administración Pública se libere de establecer que fueron acciones u omisiones del administrado las que ocasionaron la contravención normativa (el ilícito administrativo) y que no concurrieron eximentes de responsabilidad.

Si graficamos el principio de culpabilidad partiendo desde una probanza de supuestos elementales (personalidad y no concurrencia de eximentes de responsabilidad), ciertamente más sencilla, hasta situaciones de probanza más complicada (la intención del infractor), podría verse como un juego de círculos que se van conteniendo entre sí:



En otras palabras, no importa cuán sencillo se crea un sistema de imputación objetivo pues, en ningún caso, puede inobservarse la obligación mínima de aplicar la culpabilidad como principio, es decir, probar que se está aplicando la personalidad de la pena (castigar a quién cometió el ilícito administrativo) y que no han concurrido eximentes de responsabilidad.

#### **4. El interés público y el carácter democrático de los eximentes de responsabilidad**

Una de las justificaciones que se cita con frecuencia para asignar responsabilidad sobre la base de la noción “norma legítima entonces pena legítima”, es que se actúa en defensa del interés público. Esta idea trata de encontrar sustento en lo



que se conoce como peligros abstractos. De ahí que se sostiene que existen y se puede establecer condiciones objetivas de punibilidad.

En otras palabras, la falta de legitimidad jurídica de la pena se suele pasar por alto bajo el pretexto que se está defendiendo derechos o intereses de gran relevancia (vida, salud, interés público, etc.), como una expresión sin tapujos de que el fin justifica los medios. En efecto, cuando los casos resultan fácticamente complicados o es necesario el análisis jurídico de diferentes instituciones, a veces no manejadas muy bien por los funcionarios públicos (ruptura de nexo causal, hecho determinante de tercero, daño propio de la víctima, fuerza mayor, etc.), se suele reducir la argumentación a que la Administración Pública debe actuar ante el daño producido y para la Administración Pública no hay mejor manera que hacerlo mediante sanciones.

Hay un temor reverencial a que ocurra un daño y que la Administración Pública no se muestre como alguien que puede encontrar responsables de dicho daño. Si de por sí en la imputación objetiva ya existía una reticencia y aversión a tener que probar la culpa (imprudencia) y el dolo, en este punto resultaría frustrante para la Administración Pública no poder asignar responsabilidad simplemente porque no pudo demostrar la culpa o dolo del infractor administrativo. Al respecto, la reflexión sobre el derecho penal que Kinhäuser (2001, 28) realiza refiriéndose a la imputación objetiva resulta muy ilustrativa:

*“La depreciación del derecho penal a través de la trivialización de la noción de culpabilidad se ve hoy día ulteriormente acelerada, y gracias a un artificio legislativo. La prueba de los presupuestos subjetivos de la culpabilidad, en particular del dolo o la imprudencia subjetiva, resulta difícil. Puede resultar irritante, en el caso asilado, tener que dejar libre al presunto autor de un delito por falta de prueba del dolo. Pero puesto en perspectiva esto resulta tranquilizador, porque ello ofrece certeza en cuanto a que solo el efectivamente culpable, en el auténtico sentido del término, resulta condenado. (...)”*

Nos encontramos en una disyuntiva en la que se debe priorizar la protección de un derecho o interés, o sancionar a quienes efectivamente son culpables. Bajo el supuesto de que incluso en el Derecho Administrativo sancionador nos encontramos en un derecho de corte penal, entonces la respuesta es sencilla: se debe privilegiar las sanciones solo en los casos que se ha determinado la culpabilidad, pues la pena sin culpabilidad es éticamente (moralmente) inaceptable y jurídicamente ilegítima.

La imputación objetiva solo tiene sentido en aquellos casos que la intención del infractor resulta irrelevante y representaría una protección innecesaria, que a la larga se podría traducir en liberaciones de responsabilidad solo por la imposibilidad de probar el fuero interno de quien comete el ilícito administrativo. Resultaría más problemático aún en el caso de administrados que son personas jurídicas (que suelen ser los casos cuantitativamente más relevantes), y que están bajo la supervisión de entes especializados (v.g. OSINERGMIN, OSIPTEL, SUNASS, OSITRAN). En estos casos, las sanciones a las empresas supervisadas no se realizan bajo el análisis de acciones individuales de sus funcionarios, sino por las obligaciones legales que involucran a las empresas en sí. No obstante, fuera de la aplicación del dolo en el caso de la imputación administrativa, el sistema objetivo no suele tener mayor sustento.

En un sentido similar al antes expuesto, y criticando de cierta forma la generalización de que la imputación objetiva, Kindhäuser (2011, p. 26) sostiene lo siguiente:

*“(...) Particularmente problemáticos son en este ámbito los así llamados delitos de peligro abstracto y así llamadas condiciones objetivas de punibilidad. Las puesta en peligro abstractas son menoscabos de las condiciones de seguridad que aparecen como necesarias para una disposición despreocupada sobre bienes jurídicos, así, entre otros, el cuerpo, la vida y cosas de valor. La mayoría de las normas de los delitos de peligro abstracto se hallan, con la vista puesta en la protección de bienes jurídicos, más allá de toda objeción posible, ante todo porque la seguridad constituye una idée directrice de nuestro tiempo. En tal medida, parece indudable que determinadas normas de seguridad pueden legítimamente ser reforzadas mediante pena. Mas aquí emerge –si bien no en todos los casos- un problema serio. Quien menoscaba la seguridad de determinados bienes jurídicos no menoscaba, sin embargo, esto bienes mismos. (...)”*

Podemos sostener, aunque ya parezca evidente en este punto, que la falta de determinación de la culpabilidad por parte de la Administración Pública no tiene justificación alguna y que sostener la protección de derechos o intereses altamente relevantes en detrimento de lo primero es una falacia en pleno.

No determinar la culpabilidad del administrado resulta fácilmente objetable si no se cumple con la personalidad de la pena: sancionar a quien efectivamente cometió la infracción normativa o el ilícito administrativo. Un punto más

difícil de tratar para la Administración Pública es el tema de los eximentes de responsabilidad, pues sin un análisis de los eximentes de responsabilidad no se puede sostener la legitimidad de la pena. El análisis de los eximentes se realiza con mayor detalle en el punto 5 siguiente. No obstante, en este segmento, se trata de exponer aún más la falacia de que defender bienes jurídicos de alta relevancia se puede hacer en un claro detrimento del principio de culpabilidad. Para poder desarrollar la supuesta legitimidad de la pena (sanción) solo porque existe una norma legítima, se suele sostener libre y gratuitamente la defensa de bienes jurídicos altamente relevantes, especialmente si se toma en cuenta que dicha relevancia proviene del propio ordenamiento o de la configuración actual de los Estados. Se proclama su defensa porque se cree que es propio de un Estado democrático de derecho, es decir, que existe la voluntad política y social, realizada en democracia, para proteger ciertos bienes jurídicos. Esta argumentación parece ser suficiente para la Administración Pública para sostener que no existen eximentes de responsabilidad en un sistema de imputación objetiva.

El artículo 3° y 43° de la Constitución Política del Perú definen al Estado peruano como un estado democrático de derecho, el cual se sustenta en los principios esenciales de soberanía popular, el reconocimiento de los derechos fundamentales y en la existencia de la separación de poderes. En este escenario, la persona de derecho tiene dos roles fundamentales, primero, es que se encuentra bajo el sometimiento del principio del deber ser, por el cual, es destinatario de las normas jurídicas establecidas por el poder legislativo y; segundo, como ciudadano del Estado, asume el derecho a sufragar y está facultado para emitir opiniones, e intervenir en la promulgación y modificación de las normas.

Como tales, los ciudadanos que son los destinatarios de la norma, son a la vez, de manera indirecta, los autores del ordenamiento jurídico que ha de marcar su vida en sociedad y ello conlleva a que en democracia no solo se elige las normas que se van a cumplir, sino también las situaciones que liberan de responsabilidad a las personas.

En ese sentido, la persona que se desenvuelve en un Estado Democrático de Derecho tiene dos roles, como destinatario de la norma y otro como autor de ella, mediante sus representantes en el poder legislativo. Con ello, se entiende con facilidad que los eximentes de responsabilidad son también expresiones democráticas al igual que los bienes jurídicos y su protección mediante

penas (sanciones). Entonces, una legitimidad jurídica de la pena dentro del ordenamiento jurídico solo es posible si se ha despejado la concurrencia de eximentes de responsabilidad pues sostener únicamente la protección de bienes jurídicos es insuficiente para legitimar la pena (sanción) que se busca imponer.

Por esta razón, ante la pregunta de por qué se exculpa a una persona a pesar de que ella hubiese cometido una infracción o delito, es bastante sencilla, conforme lo expresa Kindhäuser (2011, p. 230):

*“La respuesta se obtiene fácilmente de las reflexiones precedentes. Las causales de exculpación y de exclusión de la culpabilidad también son reglas jurídicas establecidas a través del proceso legislativo democrático. En su rol de ciudadanos del Estado, los miembros de una sociedad democráticamente constituida asumen la responsabilidad por cómo y en qué medida ellos han de quedar vinculados a las normas, es decir, por cómo han de atribuirse responsabilidad por la contravención de normas. En cierto modo, los ciudadanos del Estado se miran al espejo cuando establecen los criterios bajo los cuales ellos han de quedar vinculados o exonerados en su rol de destinatarios de normas.”*

En consecuencia, afirmar que se trata de proteger bienes jurídicos de gran relevancia y por ello se debe privilegiar el “castigo” sin reparar en que pudieron concurrir eximentes de responsabilidad, es en sí una acción antidemocrática y por supuesto contraria al derecho. Esta ilegalidad en la actuación de la Administración Pública peruana tiene que ser prontamente corregida, pues ningún ciudadano y menos sus instituciones debe actuar al margen del ordenamiento jurídico.

## **5. La legitimidad jurídica de la pena en sede administrativa**

La determinación de la culpabilidad en sede administrativa conlleva analizar diversos elementos que jurídicamente permiten demostrar los componentes básicos de la culpabilidad, es decir, demostrar que fueron acciones u omisiones del administrado las que configuraron el incumplimiento normativo y que dichas acciones u omisiones ocurrieron sin que hubieran concurrido eximentes de responsabilidad.

Metodológicamente, determinar la culpabilidad jurídica en los sistemas objetivos de imputación, conlleva la tarea de analizar la causalidad de los hechos que son materia de imputación. Este análisis en un procedimiento administrativo sancionador es un elemento indispensable para cualquiera de los operadores jurídicos, especialmente de los órganos instructores. Mediante el análisis de causalidad se podrá establecer jurídicamente la conexión entre la conducta del imputado y el supuesto proscrito por la norma jurídica, es decir el primer elemento esencial de la culpabilidad (personalidad de la pena).

La causalidad es aquel elemento por el cual el operador del derecho realiza un examen simultáneo, tanto de manera abstracta como concreta, de las acciones supuestamente antijurídicas que se imputa al administrado. Asimismo, mediante el análisis de causalidad se determinará si jurídicamente es válido establecer una relación entre el comportamiento del administrado y el resultado que es sancionable o reprochable por el ordenamiento. Esta relación será entendida como “nexo causal”, y este nexo servirá para justificar que la conducta desplegada por el administrado ha sido la causante del resultado que es reprochable acorde a derecho.

Antes de explicar el juicio de valor para la identificación del nexo causal, es necesario remarcar la diferencia entre nexo causal y criterio de imputación. El análisis de la causalidad y la determinación del nexo causal, implican en primer lugar analizar la conducta del presunto hecho punible, buscando determinar que la actuación en concreto del imputado conllevó a la producción del resultado proscrito por el ordenamiento. De tal manera, la causalidad solo busca establecer la conexión lógica fáctica entre la conducta y resultado. Una vez determinada la existencia de un nexo causal en caso concreto, se deberá proceder al análisis del criterio de imputación. El criterio de imputación puede ser tanto subjetivo como objetivo.

La diferencia entre nexo causal y el criterio de imputación aplicable, es importante para evitar equivocaciones en la aplicación de la potestad sancionadora, pues existen casos en los cuales se considera que invocar el criterio de imputación objetiva, es suficiente justificación para evitar el análisis de causalidad y prescindir de la identificación del nexo causal. Esta interpretación, propia de la mayoría de las actuaciones de la Administración Pública peruana, trata de soslayar y en muchos casos negar el análisis de culpabilidad del administrado, pues al sostener que un sistema de imputación objetivo no aplica la culpabilidad en sentido especial, algunos intérpretes

han sostenido que no se aplica la culpabilidad como principio. Sin embargo, estos intérpretes no advierten que al no aplicar el principio de culpabilidad y no realizar un análisis de causalidad, han hecho que sus decisiones se tornen abiertamente ilegales e inconstitucionales. En este último caso, debemos recordar que el principio de culpabilidad funge como una garantía constitucional del administrado a fin de que la potestad sancionadora del Estado no sea utilizada de manera irrestricta.

Para entender la causalidad y criterio de imputación, es necesario precisar cómo se debe determinar que una conducta tiene relación directa con el resultado producido, y que es objeto de sanción. La determinación del nexo causal se vuelve de extrema importancia, pues una vez establecida la relación entre los actos u omisiones del administrado y el ilícito administrativo, se debe analizar la concurrencia de otros actores, que podrían muy bien haber contribuido de alguna manera en la producción del resultado punible o incluso la concurrencia de elementos facticos que hubieran determinado las acciones u omisiones del administrado. En este punto se evalúa precisamente si el nexo causal previamente establecido no ha sido roto por acciones u omisiones de terceros o hechos que escapan del control del administrado (v.g. caso fortuito o fuerza mayor).

Por tal motivo, la determinación del nexo causal servirá como una garantía a favor de los administrados, pues la autoridad administrativa deberá determinar y exponer la forma en que configuró el hecho punible y si fueron las acciones del administrado las que finalmente derivaron en la infracción normativa, así como la determinación de que no concurrieron acciones u omisiones de terceros que fueron determinantes en la producción del ilícito administrativo o el acaecimiento de eventos fuera del control del administrado.

Una primera aproximación al análisis de la causalidad, corresponde a la denominada "teoría de la equivalencia de las condiciones", por la cual se considera que todas las actuaciones relacionadas para la producción del resultado han contribuido en la misma manera y proporción. Sobre la base de esta teoría, cualquier acción relacionada a la producción del resultado debe ser considerada determinante para su producción. Por tal motivo, todos los individuos que hayan participado o intervenido de alguna manera en la producción del resultado, deberán ser responsables por él.

El problema en la aplicación de este tipo de teoría es que resulta demasiado amplia para determinar al responsable del resultado. De tal manera, podría cometerse un uso desproporcionado de la potestad sancionadora, al aplicarla de una manera tan irrestricta. Asimismo, se generan problemas para determinar qué hechos deben ser considerados para el análisis del nexo causal, pues se esta teoría se puede prestar para incluir hechos cuya ocurrencia ha sido muy lejana a la producción del resultado analizado.

Ante los problemas surgidos por la aplicación de la teoría de la equivalencia de condiciones, se ha vuelto imperativo para la doctrina la construcción de teorías que puedan permitir la selección entre las conductas posibles para determinar al responsable del resultado, siguiendo el criterio de establecer qué acción contribuyó de manera más eficiente para su producción.

De tal manera, autores como Gómez (1998, p. 36) sostienen que la relación de causalidad existe cuando:

*“Existe relación de causalidad cuando la acción del autor ha sido eficaz de alguna manera para el resultado concreto. La cuestión típica es, pues, si la acción ha sido de hecho eficaz para el resultado concreto.”*

Conforme el texto transcrito, es relevante a fin de cumplir con la causalidad en cada caso, que se identifique qué acción debe entenderse como eficaz para la producción del daño. Sin embargo, la determinación de la eficacia de la acción no es cuestión pacífica en la doctrina. A efectos de determinar la eficacia para la identificación del nexo de causalidad, se realiza comúnmente un ejercicio de eliminación de acciones, que involucra recrear el incidente del caso, eliminando una por una las acciones vinculadas. En consecuencia, se llegará a un escenario en el cual la eliminación de una acción tenga como consecuencia que el resultado no se llegue a realizar. Esa acción será considerada como el nexo causal, pues cumple con ser eficiente para la producción del daño y, por lo tanto, su autor será considerado el responsable de la conducta contraria a derecho.

Sin embargo, la teoría de la causa eficiente no es la única teoría que ha sido desarrollada con el objeto de determinar la acción respecto de la cual ha de atribuirse responsabilidad por el resultado. Existen otras teorías que buscan individualizar o determinar una acción que permita atribuir responsabilidad



en la producción del resultado. Estas teorías, denominadas “individualistas”, comprenden diferentes análisis y valoraciones de las acciones relacionadas a un resultado originador de responsabilidad.

Por ejemplo, la “teoría de la causa próxima” sostiene que la responsabilidad deberá ser atribuida a aquella persona cuya acción sea la más cercana a la producción del resultado antijurídico. De tal manera, no se consideran todas las condiciones como equivalentes para la producción del resultado, sino la acción más cercana a la producción del hecho o resultado. Esta teoría puede coincidir o contradecirse con la teoría de la causa eficiente, pues puede ocurrir que el hecho que contribuye de manera más eficiente a la producción del daño no sea el último antes de la producción del daño.

Asimismo, la doctrina ha desarrollado también la “teoría de la causa adecuada” que implica el análisis de las probabilidades y posibilidades para la ocurrencia de un resultado teniendo en cuenta cada acción. De tal manera, se busca encontrar cual es la acción que tiene las más alta probabilidad para producir el resultado.

En ese sentido, Goldenberg (1984, p. 32) expresa lo siguiente sobre la teoría de la causa adecuada:

*“El concepto de ‘causalidad adecuada’ implica, pues, el de regularidad, apreciada de conformidad con lo que acostumbra suceder en la vida misma. Es decir, para exista relación causal, según la interpretación que comentamos, la acción tiene que ser idónea para producir el efecto operado, tiene que determinarlo normalmente.”*

Conforme a lo expuesto, existen distintas teorías sobre la causalidad, siendo que todas responden a diferentes valoraciones de la producción del resultado y todas cuentan con su propio mérito. Por tal motivo, es necesaria la actuación de la legislación y la jurisprudencia a fin de determinar la teoría que resulte aplicable en nuestro ordenamiento.

El análisis de causalidad, finalmente, deriva en la determinación de culpabilidad, pues si la causalidad ha quedado establecida, sin que hubieran concurrido eximentes de responsabilidad, entonces nos encontramos ante una correcta imputación y consiguiente legitimación jurídica de la pena.



El establecimiento de causalidad jurídicamente válida supone que no exista una ruptura del nexo causal. En este punto nos encontramos en el momento de mayor análisis jurídico y quizás el de mayor reto para la Administración Pública, pues conlleva el análisis de diferentes figuras jurídicas, en su mayoría de origen civil pero perfectamente válidas al momento de analizar la responsabilidad administrativa. Por ejemplo, el hecho determinante de tercero rompe el nexo causal, es decir, rompe jurídicamente la relación primigenia entre la acción del administrado y la infracción normativa (ilícito administrativo). Así como en el derecho penal la legítima defensa justifica liberar a una persona de la pena, si hubieran ocurrido acciones de un tercero que fueran determinantes para la infracción normativa, por encima de las propias acciones del administrado, entonces se pierde la legitimidad para imponer una pena (sanción). Contrario a lo que se piensa, dejar de imponer una pena no es una inacción antijurídica, por el contrario es un respeto a las normas que en democracia han de aplicarse.

Quizás un punto que merece un mayor debate, se centra en el establecimiento de un estándar de diligencia del administrado, que ciertamente cobrará relevancia con el cambio de un sistema de imputación objetivo a uno subjetivo realizado por el Decreto Legislativo N° 1272<sup>4</sup>. En este punto aparecerá un mayor análisis de las acciones que el administrado pudo hacer para cumplir con la norma, es decir, hasta qué punto podía considerarse diligente. Esto tomará mayor relevancia al momento de revisarse las normas “penales” que la Administración Pública aprueba. En este caso resultarán, seguramente relucirán aún más aquellas obligaciones tan cuestionadas, que la Administración Pública peruana ha impuesto cuando *prima facie* se sabe que los administrados no podrán cumplir con ellas (cfr. punto 6 siguiente).

---

4 En un texto anterior a la promulgación del Decreto Legislativo N° 1272, Baca (2010, p.) sostiene lo siguiente: *“No obstante, la exigencia de culpabilidad en el Derecho administrativo es de reciente cuño, pues durante muchos años se admitió (y hay lugares donde se sigue admitiendo) una responsabilidad de carácter objetivo, como sucedió en España hasta bien avanzada la década de los ochenta. Simplificando, la evolución de la exigencia de este principio ha atravesado por tres fases. En primer lugar, su omisión total, pues no se hacía ninguna referencia a él: no se ponía en duda el carácter objetivo de las infracciones administrativas. En segundo lugar, la exigencia de voluntariedad en la conducta, de modo que el autor del acto ha de querer el resultado, aunque no sea consciente de su antijuricidad. Por último, en la tercera fase se exige la culpabilidad, entendiéndose que es consecuencia del Estado de Derecho y requisito básico para la imposición de cualquier medida sancionadora (véase, en especial, la STCE 76/1990).”*

Por lo antes expuesto, se puede concluir que la legitimación jurídica de la pena (sanción) se conforma por la determinación de la culpabilidad del administrado y ello implica, a su vez, la determinación de la personalidad de la imputación (imputar a quien cometió la acción punible), el establecimiento la causalidad jurídica (lo que implica verificar que no haya concurrido alguna ruptura de nexo causal) y finalmente la determinación de una sanción proporcional.

## 6. Breve reflexión sobre la legitimidad de las normas

Este segmento pretende llamar la atención sobre un punto que merece un análisis más profundo y guarda estrecha relación con el corolario con el empezó este artículo: “norma legítima entonces pena legítima”, pues algo tan elemental ha sido vulnerado por la Administración Pública. Por ello, resulta relevante poner las luces sobre las normas que aprueba la Administración Pública peruana y mediante las cuales se interpone cargas o parámetros de comportamiento que los administrados no pueden soportar o lograr de manera individual, sino que presuponen acciones conjuntas de diferentes entidades. Basta recordar los casos de servicios públicos que demandan una participación activa del Estado para procurar su prestación segura y de calidad.

El Estado en una actitud incomprensible ha tratado de cargar la responsabilidad únicamente a las empresas prestadoras de servicios, a pesar de que muchas de los objetivos o metas dependen de una acción conjunta de entidades del Estado y de que muchos de los objetivos perseguidos son de interés público, cuya consecución es responsabilidad primigenia del Estado. Por ejemplo, llama la atención el caso de las distancias de seguridad en el servicio de electricidad en relación a los postes o subestaciones de distribución que se encuentran cerca de las viviendas. Suele ocurrir que con una población aún no muy densa se trazaron calles y se proyectaron las distancias de seguridad de la infraestructura eléctrica. Las empresas prestadoras instalaron los postes respetando las distancias de seguridad, pero años después los pobladores realizaron construcciones sin respetar las distancias de seguridad. A pesar de que resulta evidente que los pobladores, con la clara *venia* de las Municipalidades (por su inacción, incumplimiento de sus obligaciones y negligencia), invadieron las franjas de seguridad, OSINERGMIN decide sancionar a la empresa prestadora del servicio público de electricidad por no recuperar las distancias de seguridad(¿?).

Las soluciones al problema antes indicado son más complejas de lo que se puede suponer o son muy onerosas, por lo que no se trata de imponer una meta de liberación y recuperación de las distancias de seguridad como burdamente lo ha hecho OSINERGMIN, pues esta entidad sabe perfectamente estas metas no podrán cumplirse por la sola acción de las empresas que supervisa. Esta forma de imponer obligaciones es inaceptable en un Estado de derecho, y es quizás una expresión maquiavélica y claro ejercicio irregular de la actividad normativa de la Administración Pública. Incluso en una imputación objetiva, Kindhäuser (2007, p. 31) refiriéndose a Honig sostiene que:

*(...) Honig propuso, en vez de la perspectiva generalizadora de la teoría de la adecuación, un análisis concreto de la conexión causal entre el resultado y el comportamiento del autor. Lo que habría que preguntar es si el suceso, en las circunstancias dadas, podría ser visto como configurado por la persecución de un fin. Para alcanzar este estrechamiento normativo de los cursos causales jurídico-penalmente relevantes, Honig introdujo el concepto de imputación objetiva en la dogmática del derecho penal. Según éste, sólo puede imputarse la producción causal de un resultado si existía la posibilidad de que el resultado fuera intencionalmente evitado."*

Imponer un sistema de obligaciones y sanciones sabiendo que el administrado no puede evitar el incumplimiento es propio de un Estado ajeno al derecho y muestra un abuso en el ejercicio de una potestad.

Correspondería al Poder Judicial corregir en el corto plazo estas situaciones, pero lamentablemente también existen problemas estructurales en los procesos contenciosos administrativos que no pondrán solucionar el problema en el corto plazo, aunque ciertamente un Poder Judicial más severo con la Administración Pública y no tan contemplativo, podría imponer una mayor exigencia en la fundamentación jurídica de las resoluciones mediante las cuales la Administración Pública peruana impone sanciones.

## **7. Conclusión**

La aplicación de una pena sin culpa es un acto antijurídico y debe evitarse por todos los operadores del derecho. La legitimidad jurídica de la pena (sanción) solo se sustenta cuando ocurre lo siguiente: existe una norma jurídicamente

legítima, se ha determinado la culpabilidad mediante un análisis de causalidad (lo que supone establecer un nexo jurídico válido – es decir, que no concurrieron eximentes de responsabilidad) y que hay proporcionalidad entre la pena y el daño producido por la infracción normativa.

Únicamente se puede hablar de una justicia retributiva o de la retribución de la pena, con la comprobación de todos los elementos antes indicados, analizados y validados de manera concurrente. Si ello se realiza correctamente, entonces se puede sostener una legitimidad ético-jurídica de la pena, es decir, que resulta aceptable y defendible social y jurídicamente, en un caso en particular, responder a un daño con otro.

## 8. Bibliografía

Baca, V. (2010). ¿Responsabilidad subjetiva u objetiva en materia sancionadora? Una propuesta de respuesta a partir del ordenamiento peruano. *Estudios de derecho administrativo*. 2, 3-24.

Bernate, F. (2010). *Teoría de la imputación objetiva y la responsabilidad penal médica*. Rosario, Argentina: Editorial Universidad del Rosario.

Esquinas, P. (2016). ¿Sirve todavía para algo el principio de responsabilidad subjetiva? Hacia una nueva estructura del tipo penal. *Cuadernos de Política Criminal*. 118, 1-52.

Goldenberg, Isidoro. (1984). *La relación de causalidad en la responsabilidad civil*. Buenos Aires, Argentina: Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo de Palma.

Gómez, Jose. (1998). *Causalidad, Imputación y Cualificación por el Resultado*. Madrid, España: Ministerio de Justicia. Pag. 36

Hörnle, T. (2006). *Determinación de la Pena y Culpabilidad. Notas sobre la teoría de la determinación de la pena en Alemania*. Buenos Aires, Argentina: Di Placido.

Kindhäuser, U. & Mañalich, J. (2011). *Pena y culpabilidad en el Estado democrático de derecho*. Buenos Aires, Argentina: B de f.

Kindhäuser, U. (2007). *Crítica a la teoría de la imputación objetiva y función del tipo subjetivo: tres estudios*. Lima, Perú: Grijley.

Nieto, A. (2008). *Derecho Administrativo Sancionador*. Madrid, España: Editorial Tecnos.

Nuño, I. y Puerta, F. (2016). Derecho Administrativo Sancionador. Principios de la Potestad Sancionadora. *Gabilex*. 5, 142-190.

Righi, E. (2003). *La culpabilidad en materia penal*. Buenos Aires, Argentina: Ad-hoc.