

NEGLIGENCIA EN EL DESEMPEÑO DE FUNCIONES: TIPICIDAD

1. Antecedentes y justificación del precedente

El Tribunal del Servicio Civil (TSC), como última instancia administrativa, conoce -en recurso de apelación- controversias originadas en la imposición de sanciones disciplinarias a los servidores civiles sujetos a los regímenes laborales regulados por los Decretos Legislativos N° 276, N° 728 y N° 1057, dentro del marco de las reglas establecidas por el régimen de la Ley N° 30057, Ley del Servicio Civil (LSC), su Reglamento General (Decreto Supremo N° 040-2014-PCM) y la Directiva N° 002-2015-SERVIR/GPGSC, Régimen Disciplinario y Procedimiento Sancionador de la LSC, aprobada por la Resolución de Presidencia Ejecutiva N° 101-2015-SERVIR-PE, que fuera modificada por la Resolución de Presidencia Ejecutiva N° 092-2016- SERVIR-PE.

Ello le permitió advertir la necesidad de establecer directrices precisas que garanticen la uniformidad de pronunciamientos de la administración pública en primera instancia- respecto a la aplicación del principio de tipicidad en los procedimientos administrativos disciplinarios, específicamente en los casos relacionados a la falta administrativa de negligencia en el desempeño de las funciones, con el fin de garantizar la eficacia de los principios de: (i) igualdad ante la ley; (ii) seguridad jurídica; (iii) buena fe; (iv) interdicción de la arbitrariedad; y (v) buena administración.

En tal sentido, en uso de la potestad de la Sala Plena del TSC de emitir precedentes administrativos de observancia obligatoria, con los efectos y alcances precisados en los fundamentos sexto y décimo del Acuerdo Plenario aprobado por la Resolución de Sala Plena N° 001-2010-SERVIR/TSC, se emitió la Resolución N° 001-2019-SERVIR/TSC¹, con la finalidad de incorporar con la debida amplitud los fundamentos jurídicos necesarios para establecer un conjunto de directrices resolutivas vinculadas al principio comentado.



**César Efraín
Abanto Revilla**
(Presidente de la
Primera Sala del TSC)

Abogado y Maestro en Derecho por la USMP. Profesor en las Maestrías de Derecho del Trabajo de la PUCP, UNMSM y USMP. Ha sido Jefe de la Oficina General de Asesoría Jurídica del MTPE.

Ha sido Procurador Público del MTPE y de la SUNAFIL. Miembro de la Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social. Miembro del Instituto Latinoamericano de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social. Socio del Estudio Rodríguez Angobaldo.

1 . Publicada en "El Peruano" el 1 de abril de 2019.

Para el desarrollo ordenado y estructurado del análisis del citado precedente administrativo de observancia obligatoria, vamos a tener en cuenta los siguientes temas:

- La vinculación entre el Derecho Administrativo Sancionador y el Derecho Penal
- La definición y alcances del principio de legalidad
- La definición y alcances del (sub) principio de tipicidad
- La causal de negligencia en el desempeño de funciones

2. Derecho administrativo sancionador y derecho penal

Como se indica en el numeral 5 del precedente comentado, la potestad sancionadora del Estado (*ius puniendi*) es ejercida a través de la facultad disciplinaria, que consiste en el poder jurídico otorgado por la Constitución a través de la ley a la administración pública sobre sus funcionarios y servidores para imponer sanciones por las faltas disciplinarias que cometen, para incentivar el respeto y cumplimiento del ordenamiento jurídico y desincentivar que se cometan faltas e infracciones que afecten el interés general.

Dicha facultad, sin embargo, tiene como fundamento y límite de aplicación la observancia estricta del principio de legalidad (administrativa), por el cual la administración pública se encuentra subordinada al cumplimiento irrestricto de la Constitución y la ley, quedando obligadas a realizar solo lo que está expresamente normado, garantizando así la protección de los administrados frente a cualquier actuación arbitraria del Estado.

La facultad disciplinaria consiste en el poder jurídico otorgado por la Constitución a través de la ley a las entidades estatales sobre sus funcionarios y servidores para imponer sanciones por las faltas disciplinarias que cometen, para incentivar el respeto y cumplimiento del ordenamiento jurídico y desincentivar que se cometan faltas e infracciones que afecten el interés general.

Sobre el particular, Morón (2005) nos recuerda que cuando fue elaborado el Anteproyecto de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General (LPAG), existía conciencia de la necesidad de dotar de un régimen legal específico que tornara predecible al ejercicio de la potestad sancionadora por parte de las entidades públicas, pues si de ordinario nos encontrábamos frente a la potestad más aflictiva con que cuenta la administración para legítimamente gravar patrimonios, limitar o cancelar derechos o imponer restricciones a las facultades ciudadanas, el contexto del fin de la década de los noventa hacía indispensable acometer esa tarea; no en vano, estaban frente a dos fenómenos convergentes que potenciaron dicha potestad administrativa: por un lado, la consolidación de roles normativos, inspectivos y ordenadores de la administración, antes que como prestador de servicios y bienes públicos; por el otro, la sostenida tendencia a la despenalización de ilícitos penales, que condujo al proporcional incremento de los supuestos de ilícitos administrativos y a contar con organismos con competencia sancionadora. En este sentido, la potestad sancionadora constituye una competencia de gestión necesaria complementaria a la potestad de mando y corrección para el adecuado cumplimiento del orden administrativo establecido en procura del interés público: declara el autor, que quienes conformaron la Comisión Redactora adoptaron la decisión de diseñar pautas mínimas comunes para que todas las entidades con aptitud para aplicar sanciones sobre los administrados, la ejerzan de manera democrática, previsible y no arbitraria.



Si bien, como precisa Curi (2018), la potestad sancionadora no está reconocida de manera expresa en nuestra Constitución, la atribución de la administración pública para imponer sanciones ha sido validada por el Tribunal Constitucional en múltiples sentencias, como por ejemplo en el Exp. N° 01003-98-AA7TC, llegando a señalar que:

La aplicación de una sanción administrativa constituye la manifestación del ejercicio de la potestad sancionatoria de la Administración. Como toda potestad, no obstante, en el contexto de un Estado de Derecho (artículo 3, Constitución), está condicionada, en cuanto a su propia validez, al respeto de la Constitución, los principios constitucionales y, en particular, de la observancia de los derechos fundamentales. Al respecto, debe resaltarse la vinculatoriedad de la Administración en la prosecución de procedimientos administrativos disciplinarios, al irrestricto respeto del derecho al debido proceso y, en consecuencia, de los derechos fundamentales procesales y de los principios constitucionales (v.gr. legalidad, razonabilidad, proporcionalidad, interdicción de la arbitrariedad) que lo conforman (fundamento 6).

Desde su perspectiva:

la potestad sancionadora de la administración es la facultad con que cuenta la administración pública que le permite repercutir en la esfera de derechos de las personas a fin de imponer ciertas acciones como gravar patrimonios, limitar derechos o imponer restricciones a las facultades ciudadanas, entre otros, resultando necesario que dicha facultad sea complementaria al poder de mando de la administración, con la finalidad que se obtenga el adecuado cumplimiento del orden administrativo en beneficio del interés público, convirtiéndose así en una herramienta con la que cuentan las entidades para hacer cumplir sus decisiones, amparadas en las normas y mantener el orden administrativo (Curi, p. 90).

La potestad sancionadora de la administración es la facultad con que cuenta la administración pública que le permite repercutir en la esfera de derechos de las personas a fin de imponer ciertas acciones como gravar patrimonios, limitar derechos o imponer restricciones a las facultades ciudadanas, entre otros (...).

En esa misma línea, Cordero (2012) anota que:

las infracciones y sanciones administrativas han planteado desde el punto de vista dogmático diversos problemas, cuya discusión se ha extendido por más de un siglo sin haber llegado todavía a una respuesta satisfactoria que permita explicar su naturaleza jurídica, los fundamentos constitucionales que permiten sostener la existencia de este poder punitivo en manos de la administración pública y el alcance y contenido de los principios a los cuales se encontraría sometida en sus aspectos sustantivos y procedimentales; por eso, no es de extrañar que se sostenga que la distinción entre la pena penal, la administrativa y la disciplinaria ha llegado a constituir un debate cuyas consecuencias son graves



y cuya solución teórica dista de ser unánime y satisfactoria, no advirtiéndose con claridad una línea divisoria que separe a estas dos potestades (p. 132).

Para dicho autor:

el presupuesto básico de esta tesis parte de una crítica severa a la teoría del *ius puniendi* único del Estado, que entiende que los delitos/penas y las infracciones/sanciones administrativas forman parte de un tronco común y, por tanto, está sujeto a principios que también son comunes (Cordero, 2012, p. 146).

En tal sentido, “la posibilidad que una determinada conducta sea sancionada por la vía administrativa o judicial (penal), es una cuestión de política legislativa, cuya determinación queda entregada al juicio de mérito que al respecto realice el legislador” (Cordero, 2012, p. 152).

Por su parte, Cassagne (2020) sostiene lo siguiente:

Respecto a las sanciones disciplinarias, que aquellas nacen del poder de supremacía especial que posee la administración en la relación de empleo público, instituida con la finalidad de mantener la continuidad del servicio a su cargo y, en general, de proteger su estructura organizativa, tanto personal como patrimonial. Esta peculiaridad explica por qué motivo, si bien las sanciones disciplinarias ostentan también una sustancia represiva, se relativizan algunos de los principios del derecho penal. El eje de su construcción jurídica pasa por la idea de la distinción cualitativa entre delitos e infracciones administrativas (contravenciones), determinada por la naturaleza de las cosas sobre la base de que, mientras en los primeros el contenido material del injusto se encuentra en el daño (o en la situación de peligro), concreto y mensurable, inferido a un bien jurídico, en las infracciones o contravenciones administrativas se está ante la violación del deber de obediencia o de colaboración por parte de los particulares con la administración pública, afectando solamente intereses de tipo administrativo. De ello se deduce que si las contravenciones o faltas poseen naturaleza penal, su diferencia con los delitos constituye una cuestión de grado y, por tanto, cuantitativa, resultando aplicables en materia contravencional y en los llamados ilícitos administrativos, las reglas y principios que prescribe el Código Penal (pp. 115-116).

Desde el Derecho Penal, el maestro Tiedemann (1972) criticó que se quisiera dar una atribución de competencia a las autoridades u órganos administrativos para que puedan imponer sanciones que tengan carácter penal o sean parecidas a estas; sanciones que pueden consistir fundamentalmente, al igual que en el Derecho Penal, a la privación de libertades y derechos, a través del cierre del negocio, prohibición de actividades, comunicaciones públicas, etc.; medidas a las que se les denomina de diferente manera en los ordenamientos jurídicos, aunque lo usual es que se las llame pena disciplinaria (*ordnungsstrafe*), pena policial o pena administrativa.



Cerezo (1975), por su parte, precisa que:

lo ilícito del delito administrativo no está constituido por la lesión o el peligro concreto de un bien jurídico, sino solamente por la lesión de un interés de la administración, pues el peligro de bienes jurídicos es ratio legis de la punición penal: esta distinción cualitativa entre lo ilícito administrativo y criminal tendría repercusión en la diversa función y estructura dogmática de la sanción y la pena. La sanción administrativa no tendría carácter retributivo o expiatorio ni sería expresión de juicio valorativo ético- social: no tienen otro fin que apelar al desobediente y recordarle sus deberes, pues el legislador no establece mandatos y prohibiciones para ejercitar la obediencia de los ciudadanos, sino para crear un estado o situación valiosos o impedir la producción de un daño.

Desde el núcleo central del Derecho Penal hasta las últimas faltas penales o infracciones administrativas discurre una línea continua de un ilícito material que se va atenuando pero no llega a desaparecer nunca del todo: la mayor parte de veces es la lejanía del sector vital respectivo la que induce a creer que to injusto de una falta determinada es puramente formal (p.164).

Finalmente, sobre este aspecto, Mayo (2021) concluye que:

tanto el Derecho penal como el Derecho Administrativo Sancionador protegen fines públicos y se basan en el sometimiento del individuo a la autoridad del Estado; por ello, ambos forman parte del Derecho Público. Este punto de partida conduce a la mayoría de la doctrina a afirmar que entre pena y sanción administrativa solo existen diferencias cuantitativas, sin embargo, esta afirmación es meramente formal, pues el Tribunal Constitucional y el Tribunal Supremo de España consideran que la aplicación de estos principios debe ser sometida a modulaciones, matizaciones o excepciones, lo que daría lugar a que terminen admitiendo diferencias sustanciales entre la infracción administrativa y la penal (p.186).

En opinión de la citada autora, “para decidir si entre el Derecho Penal y el Derecho Administrativo existen diferencias cualitativas o meramente cuantitativas, es necesario abordar primero la delimitación del concepto de sanción” (Mayo, 2021, p.190).

Sobre ello, se considera que

el supuesto de hecho de la sanción se configura mediante tres juicios sucesivos: el de tipicidad, el de antijuridicidad y el de culpabilidad. La sanción es un concepto analítico en que los distintos elementos están unidos bajo una relación lógica: solo una acción u omisión puede ser típica; solo una acción u omisión típica puede ser antijurídica y solo una acción u omisión antijurídica puede ser culpable; por ello, la infracción administrativa (supuesto de hecho de la sanción) debería definirse igual que el delito y, por ello, someterse a sus mismos parámetros, reglas y principios (Mayo, 2021, p.212).



3. Principio de legalidad: las dos caras de jano

Cuando un servidor público comete una falta puede ser sujeto pasible de una sanción, en la medida que dicha conducta se encuentre descrita de forma previa y clara como tal en la ley o el reglamento. Este es el supuesto sobre el cual se construye la facultad punitiva de la administración pública, sin embargo, la misma se encuentra sujeta al acatamiento de ciertos baremos.

El Texto Único Ordenado de la Ley del Procedimiento Administrativo General (en adelante T.U.O. de la LPAG), aprobado por el Decreto Supremo N° 004-2019-JUS, establece en relación a este tema, el deber de cumplimiento del principio de legalidad, pero a la vez, dicho concepto puede ser entendido desde dos perspectivas complementarias que están unidas de forma indisoluble, como las dos caras de Jano: (i) la legalidad administrativa; y (ii) la legalidad sancionadora.

Según el Tribunal Constitucional, el principio de legalidad se encuentra reconocido en el numeral 24 del artículo 2 de la Constitución e impone tres exigencias: (a) la existencia de una ley (*lex scripta*); (b) que la ley sea anterior al hecho sancionado (*lex praevia*), y (c) que la ley describa un supuesto de hecho estrictamente determinado (*lex certa*).

Respecto de la primera, el T.U.O. de la LPAG, artículo IV del Título Preliminar dispone lo siguiente:

Principios del procedimiento administrativo

1. El procedimiento administrativo se sustenta fundamentalmente en los siguientes principios, sin perjuicio de la vigencia de otros principios generales del Derecho Administrativo:

1.1. Principio de legalidad: Las autoridades administrativas deben actuar con respeto a la Constitución, la ley y al derecho, dentro de las facultades que le estén atribuidas y de acuerdo con los fines para los que les fueron conferidas.

Para Morón (2017):

con el advenimiento del constitucionalismo, esta legalidad debe entenderse como el deber de apegarse en lo formal, de fondo y teleológico a la juridicidad: por la aplicación de este principio los agentes públicos deben fundar todas sus actuaciones -decisorias o consultivas- en la normativa vigente, denominado modernamente como la “vinculación positiva de la administración a la ley” (pp. 71-73).

En tal sentido, agrega que:

mientras los sujetos de Derecho Privado pueden hacer todo lo que no está prohibido, los sujetos de Derecho Público solo pueden hacer todo aquello que les sea expresamente facultado. Para la legitimidad de un acto administrativo es



insuficiente el hecho de no ser ofensivo a la ley: debe ser realizado con base en alguna norma permisiva que le sirva de fundamento (Morón, 2017, p. 75).

Precisa el autor, finalmente, que:

si bien se ha mantenido la denominación tradicional de “legalidad” para referirnos a este principio, debe reconocerse en verdad que la sujeción de la administración es al Derecho y no solo a una de sus fuentes, razón por la cual algunos aún la prefieren llamar “juridicidad”, pues las entidades están sometidas a todo el sistema normativo, desde los principios generales y la Constitución, hasta los precedentes administrativos (Morón, 2017, p. 75).

En cuanto a la segunda, el T.U.O. de la LPAG, artículo 248 establece lo siguiente:

Principios de la potestad sancionadora administrativa La potestad sancionadora de todas las entidades está regida adicionalmente por los siguientes principios especiales: 1. Legalidad: Sólo por norma con rango de ley cabe atribuir a las entidades la potestad sancionadora y la consiguiente previsión de las consecuencias administrativas que a título de sanción son posibles de aplicar a un administrado, las que en ningún caso habilitarán a disponer la privación de libertad (Decreto Supremo N° 004-2019-JUS, 2019, p. 38).

Al respecto, Morón (2005), al realizar un primer estudio relacionado con los principios sancionadores, señala que:

nos encontramos frente a una regla de reserva de competencia para dos aspectos de la potestad sancionadora: (i) para la atribución de la competencia sancionadora a una entidad pública, y (ii) para la identificación de las sanciones aplicables a los administrados por incurrir en ilícitos administrativos. Conforme a ello, ambos aspectos solo pueden ser abordados mediante normas con rango de ley, como pueden serlo: una ley formal, una ley orgánica, un decreto legislativo, o un decreto ley; quedando aparentemente vedado que una norma infra legal de tipo reglamentaria pueda, a título de atribución directa, interpretación legal o complemento indispensable, asignar a una entidad pública competencia sancionadora o señalar qué sanciones puede aplicar sobre los administrados; sin embargo, como veremos, esta limitación ha sido superada posteriormente, a nivel teórico y jurisprudencial (p. 229).

Rojas (2020) acota que:

Según el Tribunal Constitucional, el principio de legalidad se encuentra reconocido en el numeral 24 del artículo 2 de la Constitución e impone tres exigencias: (a) la existencia de una ley (*lex scripta*); (b) que la ley sea anterior al hecho sancionado (*lex praevia*), y (c) que la ley describa un supuesto de hecho estrictamente determinado (*lex certa*). Esos tres mandatos se pueden subdividir



en dos grupos: i) Primero, el de la reserva de ley, que reúne a la *lex scripta* y la *lex praevia*, por los cuales se garantiza que la conducta infractora y la sanción que se conecta a ella deben considerarse en una ley anterior a la comisión de los hechos considerados como infracción; y. ii) Segundo, el llamado subprincipio de tipicidad (*lex certa*), por el cual se ordena que la ley sea exhaustiva y precisa en la descripción legal del ilícito administrativo.

La legalidad (sancionadora) y la tipicidad tienen una intrínseca relación, porque con la exigencia de la precisión normativa se trata de impedir que la administración pública -como órgano sancionador- tenga discrecionalidad absoluta para fijar infracciones y sanciones, originando inseguridad jurídica en los administrados y la vulneración de sus derechos constitucionales y legales: es una garantía de predictibilidad y seguridad jurídica para que las personas sepan con antelación y a ciencia cierta cuáles son las conductas consideradas ilegales, así como las consecuencias jurídicas (sanciones).

En forma complementaria a lo señalado, Delgado (2020) agrega que:

la idea de legalidad se encuentra íntimamente ligada a los componentes del Estado de derecho, en que la configuración, ordenamiento y estructura de una sociedad, se someten al derecho y normas que lo integran. Bajo este esquema la norma adopta la categoría de mandato fundamental que sirve de parámetro y referente para la actuación de las autoridades estatales, especialmente en orden a la prestación de los servicios que aseguran y resguardan los derechos y libertades de las personas, permitiendo, además, que pueda limitarse y controlarse el poder que administra el Estado: esto se manifiesta en todos los órdenes de la actividad estatal, uno de los cuales es la función administrativa y al interior de la misma, la potestad sancionadora administrativa (p. 26).

Para dicho autor:

la legalidad es una institución jurídica con trama compuesta, dado que otorga cobertura a diferentes conceptos jurídicos, adscritos a realidades cercanas y relacionadas entre sí, pero que son también distintas, debido a que en la legalidad se insertan tanto el análisis de una de las técnicas de sometimiento al derecho de la actuación estatal, como el problema de las reservas legales, en general, y la reserva de ley en materia sancionadora, en particular. Por ello, la legalidad en el desempeño estatal adopta diferentes perspectivas y modalidades, cada cual adaptada a las peculiaridades y finalidades del ámbito en que se desenvuelve (Delgado, 2020, p. 26).

Por su lado, Curi (2018) considera que si bien queda claro que la mención en la Constitución alude a la norma penal, por ser una derivación del *ius puniendi* el proceso sancionador también se informa de la legalidad, tal como lo ha recordado el Tribunal Constitucional en su jurisprudencia (por todas: STC N° 02050-2002-AA/TC).



4. (Sub) principio de tipicidad: cóncavo y convexo

En relación a este principio, el T.U.O. de la LPAG, artículo 248 establece lo siguiente:

Artículo 248.- Principios de la potestad sancionadora administrativa
La potestad sancionadora de todas las entidades está regida adicionalmente por los siguientes principios especiales:

(...)

4. Tipicidad: Solo constituyen conductas sancionables administrativamente las infracciones previstas expresamente en normas con rango de ley mediante su tipificación como tales, sin admitir interpretación extensiva o analogía. Las disposiciones reglamentarias de desarrollo pueden especificar o graduar aquellas dirigidas a identificar las conductas o determinar sanciones, sin constituir nuevas conductas sancionables a las previstas legalmente, salvo los casos en que la ley o Decreto Legislativo permita tipificar infracciones por norma reglamentaria.

A través de la tipificación de infracciones no se puede imponer a los administrados el cumplimiento de obligaciones que no estén previstas previamente en una norma legal o reglamentaria, según corresponda.

En la configuración de los regímenes sancionadores se evita la tipificación de infracciones con idéntico supuesto de hecho e idéntico fundamento respecto de aquellos delitos o faltas ya establecidos en las leyes penales o respecto de aquellas infracciones ya tipificadas en otras normas administrativas sancionadoras (Decreto Supremo N° 004-2019-JUS, 2019, p. 38).

Cassagne (2020) destaca que:

Una de las principales garantías que poseen las personas en general-tanto físicas como jurídicas- se halla configurada por el principio de tipicidad, consistente en la exigencia de que las conductas punibles se encuentren descritas o delimitadas por una norma de alcance general. En este plano, la tipicidad aparece como un corolario obligado del principio de legalidad, que juega en un doble sentido: (i) como una garantía frente a la determinación subjetiva o discrecional de los hechos que configuran el ilícito penal (o administrativo); y, (ii) como una forma de prevención individual y social, en la medida de que el conocimiento público y oficial de la acción punible desalienta la comisión de los hechos reprimidos por las normas. En tal sentido, el principio de tipicidad requiere que se hagan públicas: Tanto la descripción de los hechos que definen cada contravención, así como, las penas a aplicarse en cada supuesto típico.

La razón de ser del principio de tipicidad en materia penal (o administrativa) obedece a que el silencio del legislador configuraría un ámbito de libertad; por ello, resulta incompatible con las fórmulas genéricas y abiertas que se emplean en algunas oportunidades para calificar ciertas infracciones (p. 118).



Para Ramírez (2011):

este principio se concreta en la exigencia de la predeterminación normativa (lex previa, lex scripta) de las conductas ilícitas y sus sanciones correspondientes, que permitan predecir con cierto grado de certeza (lex certa) las consecuencias de las acciones y omisiones de los administrados. Así, la figura se corresponde con la frase “nulla poena sine lege scripta”, que conlleva a que se rechace la aplicación de la costumbre como sustento del ejercicio del poder sancionador del Estado. Este principio implica que los individuos conozcan con anterioridad las conductas que se encuentran prohibidas por el ordenamiento jurídico; así como también las sanciones que se impondrán en caso de que su actuar u omisión encuadre dentro de una infracción administrativa (p.39).

Añade que:

el injusto administrativo debe realizarse a través de conceptos jurídicos que permitan predecir, con suficiente grado de claridad y de modo inequívoco las conductas que constituyan una infracción y las penas o sanciones aplicables: para la Corte Constitucional de Colombia (C-393/2006), la certeza se refiere al hecho de que el texto sea “preciso, lo cual significa que en él se incluya y determine con detalle, tanto la conducta como el castigo a imponer, de manera tal que no se presente duda sobre cuál es el hecho generador de reproche y cuál su respectiva sanción” (Ramírez, 2011, p. 40).

En todo caso, nos recuerda que, a pesar que en el Derecho Administrativo Sancionador los principios que lo presiden pueden ser matizados en relación con el Derecho Penal, ello no implica que la administración pública pueda crear un binomio “infracción-sanción” (o circunstancias agravantes para el administrado) en vía de analogía.

De acuerdo con Morón (2017), este principio exige el cumplimiento de tres aspectos concurrentes:

- La reserva de ley para la descripción de aquellas conductas pasibles de sanción por la Administración;
- La exigencia de certeza o exhaustividad suficiente en la descripción de las conductas sancionables constitutivas de las infracciones administrativas; y,
- La interdicción de la analogía y la interpretación extensiva en la aplicación de los supuestos descritos como ilícitos: desde el punto de vista concreto, la tipificación es de interpretación restrictiva y correcta (p. 412).

El Tribunal Constitucional ha señalado que este principio se traduce en la descripción legal de una conducta específica que aparece conectada a una sanción administrativa, exigencia deriva de dos principios jurídicos específicos como el de libertad y el de seguridad jurídica. De acuerdo al primero, las conductas deben estar exactamente delimitadas, sin indeterminaciones, y en relación al segundo, los ciudadanos deben estar en condiciones de poder predecir, de manera suficiente y adecuada, las consecuencias de sus actos ([STC]. Exp. N° 00535-2009-PA/TC, fundamento 12, lit. b).



Complementando estas ideas, Nuño (2016) precisa que:

una conducta se puede definir como típica cuando se aprecia identidad entre sus componentes fácticos y los descritos en la norma jurídica; es decir, cuando existe homogeneidad entre el hecho cometido y los elementos normativos que describen y fundamentan el contenido material del injusto. El problema práctico reside en el análisis de la precisión con la que tales conductas sancionables deben ser definidas en la disposición legal correspondiente, pues en muchas ocasiones las normas recurren a conceptos generales o conceptos indeterminados o bien se refiere a la vulneración de deberes impuestos por otras normas no sancionadoras, remitiéndose a esas normas para la integración de las conductas tipificadas y no consiguiendo con ello la concreción de principios, como los de legalidad y tipicidad, exigen para que contribuyan a la más correcta identificación de las conductas: la técnica de los conceptos jurídicos indeterminados para la definición de infracciones administrativas es admitida por el Tribunal Constitucional de España-STC 62/1982- siempre que la concreción de tales conceptos sea factible en virtud de criterios lógicos, técnicos o de experiencia, que permitan determinar con suficiente grado de certeza las conductas que se sancionan-SSTC 11/1988, 207/1990 y 133/1999-; asimismo, la tipificación debe tener una predicción de los efectos sancionadores con un grado de seguridad razonable –STS de 18 de julio de 2006- (p. 149).

Revisando los criterios que sobre el tema se ha delineado en la STC N° 00020-2015-PI/TC, fundamento 41 (como se citó en Delgado, 2020) “se vulnera el subprincipio de tipicidad o taxatividad cuando, pese a que la infracción o delito está prevista en una norma con rango de ley, la descripción de la conducta punible no cumple con estándares mínimos de precisión” (pp. 24-25).

Asimismo, recurriendo a la diferencia entre legalidad y tipicidad en la STC N° 00020-2015- PI/TC, fundamento 9 (como se citó en Delgado, 2020) se tiene lo siguiente:

esta se complementa con una referencia a la jurisprudencia en que enuncia los alcances de la tipicidad, a la cual-desde una de sus facetas [citando a Trayter y Aguado, la garantía de orden material y alcance absoluto del principio de tipicidad se desdobra en dos mandatos; uno dirigido al legislador, para describir con minuciosidad los elementos de la conducta ilícita y correspondientes sanciones (tipicidad en la ley), y otro diferente, para el órgano encargado de la imposición de sanciones, que reclama la absoluta adecuación entre el hecho realizado y el tipo descrito en la norma (tipicidad en la aplicación de la ley)]- ha entendido como el mandato que compele a que “las prohibiciones que definen sanciones (...) estén redactadas con un nivel de precisión suficiente que permita a cualquier ciudadano de formación básica, comprender sin dificultad lo que se está proscribiendo bajo amenaza de sanción” (STC N° 02192-2004-AA /TC, fundamento 5); sin embargo, en esta referencia a su propia jurisprudencia el Tribunal no recalca en que la consecuencia de dicha separación es la posibilidad



de relativizar la reserva de ley en la descripción del hecho punible, para admitir la intervención reglamentaria: no haber mencionado esta consecuencia ni ahondado en la misma es una debilidad de la sentencia, pues era un aspecto de suma importancia para evaluar una tipificación que había sido abiertamente construida en base a la intervención reglamentaria (p.25).

Agrega el citado autor que:

la norma con rango de ley y su reglamento conforman el binomio sancionador encargado de establecer lo que puede sancionarse, configurando una sola estructura normativa de tipificación que debe apreciarse de manera integral a efectos de establecer la presencia de las garantías básicas de reserva de ley y descripción del hecho punible, en donde, la participación del reglamento y el grado de su intervención se justifica en elementos de variada índole, tales como, la cantidad, disparidad y complejidad de las materias sancionables. En ese marco, el amplio espectro de hechos que deben sancionarse en el caso de los servidores públicos, por suponer el incumplimiento de deberes funcionales a su cargo, es justificación suficiente para fundamentar la intervención del reglamento y permitir un mayor grado de participación del mismo en el establecimiento de las infracciones cometidas por los servidores públicos (Delgado, 2020, p. 45).

Como señala el Tribunal del Servicio Civil en el numeral 22 del precedente que estamos comentando y siguiendo el sendero marcado por el Tribunal Constitucional, serán los órganos competentes en el procedimiento disciplinario quienes deben describir de manera suficientemente clara y precisa, tanto al momento de iniciar un procedimiento administrativo disciplinario como al momento de resolver la imposición de una sanción, lo siguiente:

- a.Cuál es la falta prevista en la ley que es objeto de imputación (y cuando fuere el caso, precisar la disposición reglamentaria que la complementa);
- b. Cuál es la conducta atribuida al imputado que configura la falta que se le imputa; y,
- c. Cuáles son los hechos que con base en el principio de causalidad configuran la conducta pasible de sanción; indicando además de manera precisa, clara y expresa cuáles son las normas o disposiciones, vigentes en el momento en que se produjo la falta, que sirven de fundamento jurídico para la imputación.

En el numeral 23 del precedente comentado, se agrega que el principio de tipicidad guarda estrecha relación con el derecho de defensa, en tanto su observancia permite el respeto al debido proceso, como reconoce el Tribunal Constitucional al sostener que:

queda clara la pertinente extrapolación de la garantía del derecho de defensa en el ámbito administrativo sancionador y con ello la exigencia de que al momento del inicio del procedimiento sancionador se informe al sujeto pasivo de los cargos que se dirigen en su contra, información que debe ser oportuna, cierta, explícita, precisa, clara y expresa con descripción suficientemente detallada de los hechos considerados punibles que se imputan, la infracción supuestamente



cometida y la sanción a imponerse, todo ello con el propósito de garantizar el derecho constitucional de defensa ([STC]. Exp. N° 02098-2010- PA/TC, fundamento 14).

5. Negligencia en el desempeño de funciones

Para el Diccionario de la Real Academia Española (2022), el concepto negligencia alude al “descuido, falta de cuidado o falta de aplicación”. En el campo jurídico, este elemento tiene una mayor incidencia en las acciones y omisiones de los individuos, al vincularse con el deber de cuidado exigible a todo servidor público.

En efecto, de acuerdo al literal d del artículo 85 de la LSC, dentro de las faltas de carácter disciplinario que, según su gravedad, pueden ser sancionadas con suspensión temporal o con destitución-previo proceso administrativo- tenemos la de “negligencia en el desempeño de las funciones”.

En esta causal, el objeto de calificación disciplinaria es el “desempeño” del servidor público al efectuar las “funciones” que le son exigibles en el puesto de trabajo que ocupa en una entidad, atribuyéndosele responsabilidad cuando se evidencia (y comprueba) que existe “negligencia” en su conducta laboral.

Esto se encuentra concatenado con el literal d del artículo 2 de la Ley N° 28175, Ley Marco del Empleo Público, que establece que uno de los deberes de todo empleado público al servicio de la Nación es “desempeñar sus funciones con honestidad, probidad, criterio, eficiencia, laboriosidad y vocación de servicio”. Por tanto, se deduce que el desempeño de la función pública debe ajustarse a los valores que la ley reconoce como tales, siendo un quebrantamiento de este deber funcional realizar conductas que contravengan dichos valores.

En el nivel infra legal, el numeral 98.3 del artículo 98 del Reglamento General de la LSC (Decreto Supremo N° 040-2014-PCM) señala que “la falta por omisión consiste en la ausencia de una acción que el servidor o ex servidor civil tenía obligación de realizar y que estaba en condiciones de hacerlo”. Por tanto, la descripción de la causal se encuentra en una norma reglamentaria complementaria, que precisa cómo es que un servidor público incurre en esta falta por omisión, al precisar que ello ocurre cuando éste se encuentra en condiciones de hacer una acción pero no la hace, pese a tener la obligación de realizarla: no tipifica una falta directamente imputable al incumplimiento de alguna obligación, deber o prohibición, como en la práctica ocurre, sino que es una acotación que permite definir cuándo es que se está frente a una falta por omisión.

Para Delgado (2020):

la tipificación con intervención reglamentaria no es un proceso sencillo y liberado de tensiones, sino, por el contrario, puede asimilarse a un entramado de discrepancias e incoherencias, una de las cuales la encontramos en la marcada disonancia entre la legislación nacional que reconoce la cobertura legal (basada en la mera habilitación) y el estándar de colaboración reglamentaria (basada



en la complementación) que se establece en la jurisdicción constitucional, como se da en las infracciones disciplinarias de “incumplimiento de las normas establecidas en la presente ley y su reglamento” o “negligencia en el desempeño de sus funciones”, que requieren el “desarrollo de reglamentos normativos que permitan delimitar el ámbito de actuación de la potestad sancionadora” (STC N° 03256-2004-AA/TC, fundamento 7); por tanto, la tipificación por medio de cláusulas generales no sería inconstitucional, en la medida que los reglamentos especifiquen sus alcances. La problemática en la indeterminación de los contenidos que corresponden a las normas del binomio sancionador no debiera solucionarse por medio de un regreso al carácter absoluto de la reserva de ley o de marginar la intervención reglamentaria, pues la solución parte de reconocer una cuestión elemental: estamos ante conceptos jurídicos indeterminados que nos piden establecer lo “esencial” y “complementario”, en función a la justificación que en cada caso tiene la intervención reglamentaria, sin prescindir de las características del espacio en que se aplicará la norma sancionadora, pues únicamente de ese modo estaremos en condiciones de perfilar el grado de modulación admisible en la reserva de ley en las infracciones de los servidores públicos por incumplimiento de sus deberes funcionales, conformadas por un conjunto numeroso y variable de comportamientos que requieren de mecanismos de tipificación que sean lo suficientemente comprensivos (p. 35).

Para el Diccionario de la Real Academia Española, el concepto negligencia alude al “descuido, falta de cuidado o falta de aplicación”. En el campo jurídico, este elemento tiene una mayor incidencia en las acciones y omisiones de los individuos, al vincularse con el deber de cuidado exigible a todo servidor público.

Agrega Delgado (2020, p. 36, citando a Pavajeau) lo siguiente:

la necesidad de modular con especial énfasis la reserva de ley para la tipificación de las infracciones funcionariales desde la vinculación positiva que emana del principio de legalidad hace que no sea posible conducir el comportamiento de los servidores por medio del establecimiento de supuestos específicos de prohibición a la usanza del derecho penal, sino que debe recurrirse a la tipificación mediante la formulación de hipótesis de infracción jurídica de deberes, lo que determina que sea imposible cumplir con dicha misión si los tipos disciplinarios no fueran abiertos y en blanco, siendo exagerado imponer al legislador la carga de regular con todo detalle las infracciones y sanciones disciplinarias, lo que es imposible en esta materia, pues las funciones del servidor público serán diferentes dependiendo del cargo y la materia en la cual se desarrollan: por la naturaleza del objeto regulado tendrán que contentarse con intentar aprehender solo algunos tipos disciplinarios (los de mayor ocurrencia).

Sin perjuicio de lo expuesto, cabe recordar que existe una diferente capacidad de apreciación y entendimiento de la norma sancionadora, resultado de la forma en que la persona se relaciona con las prohibiciones sancionables, que a nuestro entender está presente en el servidor público, que normalmente ha tenido la disposición e interés de incorporarse a un



régimen administrativo en el cual se espera que la persona conozca las condiciones (deberes, obligaciones y prohibiciones) bajo las cuales actuará. Es decir, que quien presta servicios en el Estado no solo debe conocer perfectamente qué actuaciones transgreden sus deberes y que ello será sancionado: un servidor público, a diferencia del ciudadano común, está en capacidad de entender y comprender los alcances y consecuencias a las cuales se somete.

En esta misma línea:

el Tribunal Superior de Responsabilidades Administrativas de la Contraloría General de la República ha empleado la especial cualificación de quienes prestan servicios en el Estado, para establecer su responsabilidad funcional, al señalar que “como funcionario o servidor tenían la exigencia de conocer sus funciones y obligaciones legales asignadas, así como la normativa que enmarca su accionar, requiriéndosele tener un mayor celo, profesionalismo y especialidad” (Resolución 0071-2018-CH/TSRA-SALA 1, fundamento 5.11.13), resaltando que “la trascendencia que tiene para el Derecho Administrativo Sancionador que el infractor sea un profesional o un lego, toda vez que cuando la infracción es cometida en el ejercicio de una profesión o actividad especializada se esfuma la posibilidad de error porque-por así decirlo- la norma ha impuesto la obligación de no equivocarse y opera, en consecuencia, la presunción de que no se ha equivocado” (Resolución N° 004-2013-CG/TSRA, fundamento 4.15) (Delgado, 2020, p. 38).

Asimismo, Delgado (2020) manifiesta que:

Para la sanción de los servidores públicos se admite que la reserva de ley puede tener una modulación adicional a la permitida, lo que permite una mayor intervención del reglamento en la tipificación de infracciones, considerando las necesidades de protección, prevención y conducción que emanan de las potestades de dirección y control que posee el Estado, para la gestión del personal que le presta servicios y para la cautela de los intereses públicos a que responden las funciones asignadas a los mismos. El incremento de dicha modulación se ha justificado bajo el influjo de las llamadas relaciones especiales de sujeción. El Tribunal Constitucional ha reconocido esta relación especial de los servidores públicos, al señalar que una restricción “no puede entenderse en el sentido de que el referido servidor público no pueda ejercer, sin más, dichas libertades, pues ello supondría vaciarlas de contenido (...) los límites especiales derivados de una relación de sujeción especial tienen por propósito garantizar la efectividad de los intereses públicos a los que sirve una dependencia pública, los alcances de esta limitación deben entenderse concretamente referido a esos intereses públicos cuya efectividad se persigue asegurar” (STC N° 00866-2000-AA/TC, fundamento 4). Esto quiere decir que en esta relación especial los derechos

Quien presta servicios en el Estado no solo debe conocer perfectamente qué actuaciones transgreden sus deberes y que ello será sancionado, sino que además está en capacidad de entender y comprender los alcances y consecuencias a las cuales se somete.



y garantías de las personas pueden ser modulados para asegurar los intereses públicos que justifican las restricciones impuestas (p. 41).

A partir de la ponderación, será la proporcionalidad el elemento que puede demostrar la legitimidad (o no) de la mayor modulación de la reserva de ley, como estableció la Corte Constitucional de Colombia en la Sentencia T-282A/12, al concluir que:

Los límites especiales derivados de una relación de sujeción especial tienen por propósito garantizar la efectividad de los intereses públicos a los que sirve una dependencia pública (...).

solo se consigue complementando los principios de legalidad y tipicidad con el mandato de la proporcionalidad, ya que por medio de éste se busca que la conducta ilícita adoptada por el legislador no solo tenga un claro fundamento jurídico, sino que permita su aplicación sin afectar irrazonablemente los intereses del potencial implicado o que tal hecho solo se presente en grado mínimo, de manera que éste quede protegido de los excesos o abusos de poder que podrían provenir del empleo indiscriminado de la facultad legislativa o de la discrecionalidad atribuida a la administración.

Cuando se hace referencia a la negligencia en el desempeño de las funciones, la norma se refiere a la manera descuidada, inoportuna, defectuosa, insuficiente, sin dedicación, sin interés, con ausencia de esmero y dedicación, en que un servidor público realiza sus funciones (...).

En conclusión, si bien el término “diligencia” es un concepto indeterminado que va a ser determinado con la ejecución correcta, cuidadosa, suficiente, oportuna e idónea en que un servidor público realiza las actividades propias de su función, se puede colegir que, cuando se hace referencia a la negligencia en el desempeño de las funciones, la norma se refiere a la manera descuidada, inoportuna, defectuosa, insuficiente, sin dedicación, sin interés, con ausencia de esmero y dedicación, en que un servidor público realiza las funciones que le corresponden realizar en el marco de las normas internas de la Entidad en la prestación de servicios, que tienen como fin colaborar con el logro de los objetivos de la institución, tal cual ha precisado el numeral 29 del precedente comentado.



Bibliografía

- Cassagne, J. (2020). *El derecho administrativo sancionatorio en la actividad financiera*. *Revista Derecho & Sociedad*, 1(54), 111-128. <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoysociedad/article/view/22409>
- Cerezo, J. (1975) *Límites entre el derecho penal y el derecho administrativo*. *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, (fascículo 2, tomo 28., pp. 159-175). Ministerio de Justicia. https://www.boe.es/biblioteca_juridica/anuarios_derecho/articulo.php?id=ANU-P-1975-20015900175
- Cordero, E. (diciembre de 2012). *El derecho administrativo sancionador y su relación con el derecho penal*. *Revista de Derecho*, 25(2), 131-157. <https://scielo.conicyt.cl/pdf/revider/v25n2/art06.pdf>
- Curi, P. (2018). *La potestad sancionadora de la administración pública y sus principios*. *Revista del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos*, (1), 85-113. https://static.legis.pe/wp-content/uploads/2018/11/Revista-Justicia-y-Derechos-Humanos-del-Minjus-Legis.pe_.pdf
- Decreto Supremo N° 040-2014-PCM, Aprueban Reglamento General de la Ley N° 30057, Ley del Servicio Civil. (13 de junio de 2014). https://storage.servir.gob.pe/gdc/archivos/REG_30057_GDC.pdf
- Decreto Supremo N° 004-2019-JUS. Texto Único Ordenado de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General. (25 de enero de 2019). https://cdn.www.gob.pe/uploads/document/file/320709/DS_004-2019-JUS.pdf?v=1560434051
- Delgado, C. (2020). *Elementos para entender los alcances del principio de tipicidad en las infracciones cometidas por servidores públicos: apuntes con relación a la sentencia del Tribunal Constitucional en el caso de la potestad sancionadora de la Contraloría General de la República*. *Revista Derecho & Sociedad*, 2(54). 23-47. <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoysociedad/article/view/22432>
- Directiva N° 02-2015-SERVIR/GPGSC, Régimen Disciplinario y Procedimiento Sancionador de la Ley N.º 30057, Ley del Servicio Civil: Anexo 2. Versión actualizada. (2016) https://storage.servir.gob.pe/lsc/directiva/Directiva_02-2015-SERVIR-GPGGSC_Mod_Anexo_2_jun16.pdf
- Ley N° 30057, Ley del Servicio Civil. (4 de julio de 2013). <https://www.gob.pe/es/l/118474>
- Ley N° 28175, Ley Marco del Empleo Público. (19 de febrero de 2004). <https://www.gob.pe/es/l/118384>

- Mayo, B. (2021). *Acerca de las diferencias entre el derecho penal, el derecho administrativo sancionador y el derecho de policía*. *Revista Aragonesa de Administración Pública*, (56), 185-253. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=7971155>
- Morón, J. (2005) *Los principios delimitadores de la potestad sancionadora de la administración pública en la ley peruana*. *Revista Advocatus*, (13), 227-252. <https://revistas.ulima.edu.pe/index.php/Advocatus/article/view/2795>
- Morón, J. (2017). *Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General. Texto único ordenado de la Ley N°27444. (12a ed., tomo. 1)*. Gaceta Jurídica <http://blog.pucp.edu.pe/blog/stein/wp-content/uploads/sites/734/2020/05/LPAG-comentada-T1-2017-Mor%C3%B3n-Per%C3%BA.pdf>
- Nuño, I. y Puerta. F. E. (2016). *Derecho administrativo sancionador. Principios de la potestad sancionadora*. *Revista Gabilex*, (5), 142-190. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5698117>
- Ramírez, M. (2011). *La tipicidad en el derecho administrativo sancionador*. *Revista Estudios de Derecho*, 68(151), 37-50. <https://revistas.udea.edu.co/index.php/red/article/view/10089>
- Real Academia Española. (2022). *Diccionario de la lengua española: Negligencia*. <https://dle.rae.es/negligencia>
- Resolución de Sala Plena N° 001-2019-SERVIR/TSC (1 de abril de 2019). <https://www.gacetajuridica.com.pe/boletin-nvnet/ar-web/Res.001-2019-SERVIR-TSC.pdf>
- Rojas, V. (21 de octubre de 2020). *El principio de tipicidad y el principio de culpabilidad ¿qué son y cómo aplicarlos? IUS 360*. <https://ius360.com/el-principio-de-tipicidad-y-el-principio-de-culpabilidad-que-son-y-como-aplicarlos-veronica-rojas/>
- Sentencia del Tribunal Constitucional (Perú) [STC]. Exp. N° 01003-98-AA/TC. (6 de agosto de 2002). <https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2002/01003-1998-AA.html>
- Sentencia del Tribunal Constitucional (Perú) [STC]. Exp. N° 00535-2009-PA/TC. (5 de febrero de 2009). <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2009/00535-2009-AA.pdf>
- Sentencia del Tribunal Constitucional (Perú) [STC]. Exp. N° 02098-2010-PA/TC. (22 de junio de 2011). <https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2011/02098-2010-AA.html>
- Sentencia del Tribunal Constitucional (Perú) [STC]. Exp. N° 03256-2004-AA/TC. (15 de febrero de 2005). <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2005/03256-2004-AA.html>
- Sentencia del Tribunal Constitucional (Perú) [STC]. Exp. N° 00866-2000-AA/TC. (10 de julio de 2002). <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2003/00866-2000-AA.pdf>

Sentencia T-282A/12 (Colombia). (12 de abril de 2012). <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2012/T-282A-12.htm>

Tiedemann, K. (1972). *Derecho penal administrativo y estado de derecho. Un panorama sobre el derecho alemán de contravenciones. Revista Austríaca de Juristas*, 285-291. <https://vlex.com.pe/vid/administrativo-panorama-n-contravenciones-60291113>