

Pontificia Universidad Católica del Perú

Facultad de Derecho



Programa de Segunda Especialidad en Derecho Público y Buen Gobierno

**La subsanación voluntaria como condición eximente de responsabilidad
administrativa en la Ley de Procedimiento Administrativo General**

**Trabajo Académico para optar el título de Segunda Especialidad en Derecho
Público y Buen Gobierno**

AUTOR

Ana Haydeé Lino Suárez

ASESOR:

César Augusto Higa Silva

CÓDIGO DEL ALUMNO:

20120656

2019

RESUMEN

A través del Decreto Legislativo N° 1272, se introdujo la subsanación voluntaria como condición eximente de responsabilidad administrativa en la Ley de Procedimiento Administrativo General, norma común para las actuaciones de la función administrativa del Estado. Si bien la inclusión de un nuevo eximente representa un cambio importante para el ejercicio de la potestad sancionadora, poco se ha dicho sobre su contenido y alcance.

En ese sentido, el presente trabajo académico es una primera aproximación para el estudio de este nuevo eximente de responsabilidad administrativa. Por ello, se tiene como objetivo delimitar los alcances y fundamentos de la subsanación voluntaria. Del desarrollo y análisis de la investigación, se concluye que, la subsanación voluntaria es un eximente de carácter especial, en tanto se diferencia del resto de condiciones eximentes de responsabilidad administrativa que regula la Ley de Procedimiento Administrativo General, al basarse en la afectación de la punibilidad. Así, se evidencia que, en el caso de la subsanación voluntaria, pese a haberse configurado una infracción administrativa típica, antijurídica y culpable, por razones de política legislativa, se reguló que esta no sea punible. Además, se identificó que, para que se configure la subsanación voluntaria, se requiere el cumplimiento de tres requisitos: temporalidad, voluntariedad y acción de reparación del mal o daño causado producto de la comisión de la infracción administrativa. Finalmente, al analizar la figura de la subsanación voluntaria desde un enfoque responsivo, se evidenció que esta actúa como una estrategia de *enforcement*; en la medida que implica la priorización de la acción reparadora espontánea, antes que la realización de diligencias preliminares e inicio de procedimiento administrativo sancionador.

ÍNDICE

I.	Introducción.....	4
II.	La infracción administrativa	5
	2.1. Relación entre el Derecho Penal y Administrativo	5
	2.2. La infracción administrativa	6
	2.3. Las excusas absolutorias	8
III.	La actividad de fiscalización y el Procedimiento administrativo sancionador a partir del enfoque de regulación responsable	9
	3.1. La actividad de fiscalización	9
	3.2. Procedimiento administrativo sancionador	11
	3.3. La regulación responsable: una nueva visión de la actividad de fiscalización y el procedimiento administrativo sancionador	14
IV.	La subsanación voluntaria como eximente de responsabilidad administrativa.....	17
	4.1. Fundamento de la subsanación voluntaria.....	17
	4.2. Definición.....	20
	4.3. Requisitos.....	21
V.	Conclusiones	24
VI.	Bibliografía.....	25

I. INTRODUCCIÓN

La subsanación voluntaria ha sido introducida como una de las condiciones eximente de responsabilidad administrativa establecidas en la Ley de Procedimiento Administrativo General, Ley N° 27444 (en adelante, LPAG) a partir de la reciente modificatoria realizada a través del Decreto Legislativo N° 1272, de fecha 21 de diciembre de 2016.

Prima facie, la subsanación voluntaria sería una condición eximente similar a las otras que regula la LPAG, basada en la ausencia de elementos de la infracción administrativa; sin embargo, a partir de la lectura de la LPAG, se evidenciaría que la presente condición es una de carácter especial, que se diferencia de las otras ya reguladas por la norma.

Es por ello que, el presente trabajo académico tiene como objetivo realizar una primera aproximación de la figura de la subsanación voluntaria como eximente de responsabilidad administrativa. De esta manera, a partir de una lectura integral de la LPAG como norma común, se buscará definir los alcances de la figura.

Para lograr ello, la investigación iniciará con una mirada previa a la figura: el estudio de la teoría de la infracción administrativa y excusas absolutorias. Con esto, se buscará desarrollar conceptos claves que servirán de base para el posterior análisis de la subsanación voluntaria como eximente de responsabilidad administrativa.

Como segundo punto, se desarrollará la actividad de fiscalización y procedimiento administrativo sancionador desde un enfoque de regulación responsiva; en la medida que ambas son actividades íntimamente ligadas a la aplicación de la figura de la subsanación voluntaria.

Finalmente, se analizará la figura de la subsanación voluntaria: fundamento del eximente, definición y requisitos necesarios para su configuración.

II. La infracción Administrativa

2.1. Relación entre el Derecho Penal y Derecho Administrativo

La potestad sancionadora pública o *ius puniendi* ha sido materia de análisis por el Tribunal Constitucional del Perú (en adelante, TC), el cual ha señalado en Sentencia con expediente N° 00033-2007-PI/TC que esta es la potestad del Estado que se manifiesta a través del aspecto coercitivo de las normas, las cuales a su vez regulan la misma. De esta manera, a través de dicha potestad, el Estado sanciona conductas tipificadas que se traducen, en el ámbito penal, en delitos; y, en el ámbito administrativo sancionador, en infracciones administrativas.

Al respecto, la doctrina ha intentado delimitar la articulación penal-administrativa; habiéndose desarrollado tesis en torno a ello: la tesis unitaria, diferenciadora y ecléctica (Rojas 2015: 109-127).

La tesis unitaria señala que, el delito y la infracción administrativa se diferencian por el “grado”; siendo los ilícitos de mayor gravedad los que pertenezcan al sistema penal y los más leves al ordenamiento administrativo sancionador. Por su parte, el profesor Bajo Fernández señala que tanto la sanción penal y administrativa tienen el mismo fin: castigar una conducta que infrinja el ordenamiento jurídico.

Por otro lado, la tesis diferenciadora ha sido esgrimida por Goldschmidt. De acuerdo al jurista, existe una diferencia cualitativa entre el delito y la infracción administrativa, puesto que el primero tiene como fin la protección de derechos subjetivos o bienes jurídicos individualizados, mientras que el derecho administrativo sancionador actúa frente a las desobediencias vinculadas al bienestar público. Asimismo, Goldschmidt señala que la pena tiene un sentido ético; mientras que la infracción administrativa es una pena de orden; orientada a alertar al ciudadano frente a sus deberes.

Finalmente, la tesis ecléctica establece que la delimitación por el contenido entre infracciones penales y administrativas es de carácter mixto: cualitativo y cuantitativo. Así, de acuerdo a Roxin, si bien usualmente los delitos de mayor gravedad se encuentran en el ámbito penal, nada impide a que ciertos se califiquen como meras contravenciones; siendo un ejemplo concreto el caso de la bagatela.

Ahora bien, es preciso cuestionarnos, ¿qué tesis rige en el Perú? Como ha señalado Héctor Rojas, la normativa nacional no ha establecido un criterio definitivo. Sin embargo, a partir de la revisión sistemática de la normativa vigente y los pronunciamientos de nuestros tribunales, queda en evidencia que, no es posible obtener una diferencia sustancial entre el ilícito y la infracción administrativa. Siendo ello así, la diferencia es una opción de política criminal, establecida por el legislador, conforme a valoraciones de carácter político, social, cultural o histórico de cada ordenamiento en particular (2015: 122).

En síntesis, queda en evidencia que la potestad sancionadora es única, siendo el Estado el titular de la misma. En ese sentido, resulta útil recurrir al Derecho Penal cuando se requiera. Así, un ejemplo de dicha utilidad es respecto a garantías que sean esenciales para la tutela de la libertad humana. Siendo ello así, no resulta lógico que el ciudadano tenga menos garantías frente a la Administración que frente a los jueces. Por otro lado, también es de utilidad recurrir al Derecho Penal cuando la dogmática esté más perfeccionada respecto al Derecho administrativo sancionador (Huapaya, Sánchez y Alejos 2018: 589).

2.2.La infracción administrativa

El Derecho Penal y Derecho Administrativo sancionan conductas contrarias a la ley; teniendo tanto el delito como la infracción administrativa una misma estructura. Sobre ello, el delito ha sido descrito como toda acción típica, antijurídica y culpable. De manera similar, los profesores M. Rebollo Puig y M. Izquierdo Carrasco, han definido a la infracción administrativa como una “acción u omisión antijurídica, típica y culpable para la que la ley prevé la imposición de una sanción por una autoridad administrativa ” (citado en Huapaya, Sánchez y Alejos 2018: 588).

En tanto ambos tienen la misma estructura, es pertinente analizar la configuración de la infracción administrativa de la misma manera que la del delito (Huapaya, Sánchez y Alejos 2018: 589):

- a) Tipicidad: la conducta deberá subsumirse dentro de una norma que de manera expresa establezca dicha acción como una infracción sancionable.
- b) Antijuridicidad: la conducta deberá ser contraria al ordenamiento jurídico. Es decir, deberá corroborarse que no existan razones jurídicas que excluyan la antijuridicidad de la conducta.

- c) Culpabilidad: analizar exigencias vinculadas al sujeto imputado; es decir, examinar el dolo o culpa en la conducta.

Si bien tradicionalmente se ha analizado el delito y la infracción administrativa a partir de los tres elementos desarrollados en líneas anteriores, en la actualidad es preciso añadir un elemento más: la punibilidad. Así, con la punibilidad se da respuesta a la problemática frente a un grupo reducido y concreto de delitos e infracciones administrativas, en los que, pese a la configuración de la tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad, el ordenamiento jurídico prescinde de la pena o sanción administrativa (Gómez y Sanz 2013: 539).

Gráfico 1. Elementos de la infracción administrativa

Tipicidad	• La conducta se subsume dentro de una norma que expresa de manera previa que la conducta constituye una infracción suceptible de sanción.
Antijuridicidad	• Si la conducta es contraria al ordenamiento jurídico en su conjunto. Se verifica la no existencia de razones jurídicas que excluyan dicha antijuridicidad.
Culpabilidad	• Evaluación de la responsabilidad subjetiva y causalidad
Punibilidad	• Verificar si el ordenamiento jurídico prescinde de la pena o sanción.

Fuente: Elaboración propia

Hasta este punto, podemos señalar que tanto el Derecho Penal como Derecho Administrativo buscan, a través del ejercicio del *ius puniendi*, sancionar conductas típicas, antijurídicas, culpables y punibles.

Como se señaló con anterioridad, el Derecho Penal y Administrativo Sancionador provienen del mismo *ius puniendi*. En consecuencia, el delito y la infracción administrativa tienen la misma estructura: sancionan conductas típicas, antijurídicas, culpables y punibles. En esa línea, el TC añade que también es de aplicación de principios básicos aplicables al Derecho sancionador. Así el TC mediante Expediente N° 2050-2002-AA/TC, de fecha 26 de agosto de 2002, señaló que “es necesario precisar que, los principios de culpabilidad, legalidad, tipicidad, entre otros, constituyen principios básicos del derecho sancionador, que no sólo se aplican en el ámbito del derecho penal, sino también en el del derecho administrativo sancionador (...)”.

De la misma manera, Baca Oneto señala que el ejercicio de dicha potestad se justifica ante conductas que reúnan tales elementos que configuran tanto el delito como la infracción administrativa. En consecuencia, el autor señala que los principios reguladores deben ser los mismos, sin perjuicio de que exista una adaptación en cada sector del ordenamiento jurídico (2019: 27).

2.3. Las excusas absolutorias

Las excusas absolutorias surgen como una acción que afecta la punibilidad de los delitos o infracciones administrativas. Gómez Tomillo señala que es un grupo concreto y reducido de delitos e infracciones administrativas en los que, pese a configurarse la tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad, el ordenamiento jurídico ha decidido prescindir de la pena o sanción por razones político-legislativas (2013: 539).

En el Derecho Penal, la doctrina ha señalado que son causas de extinción de la pena que ha establecido el legislador; que responde a una política criminal, la cual se superpone a la represión del ilícito penal. La profesora B. Lozano ha señalado que esta decisión del legislador está generalmente dirigida a fomentar la reparación por el delincuente del daño producido (citado en Huapaya, Sánchez y Alejos 2018: 597).

En relación a ello, se entiende que, al estar sujeta a razones político-legislativas, estas responden a una utilidad o conveniencia, de acuerdo a la causa concreta. Así, a través de esta técnica legislativa, se busca salvaguardar otro objetivo en específico, distinto al meramente represor. Por ejemplo, como se mencionó en el párrafo anterior, en el Derecho Penal la utilidad que se busca alcanzar es el fomento de la reparación por el delincuente del daño que produjo al cometer el ilícito.

En el plano del Derecho administrativo sancionador, y en la línea de lo señalado en el acápite anterior, es preciso la aplicación de excusas absolutorias en este sector del ordenamiento jurídico, en tanto ambas provienen del mismo *ius puiendi* y no existe diferencia sustancial entre el delito y la infracción administrativa.

En ese sentido, las excusas absolutorias también son de aplicación en el derecho administrativo sancionador; siendo necesario un análisis de la tipicidad, antijuridicidad, culpabilidad y punibilidad, conforme a lo señalado en líneas anteriores. Así, el funcionario deberá analizar si es que existen causas que excluyan la sanción por razones de política legislativa.

En este último caso, en el cual se excluye la sanción por razones de política legislativa, se entiende que el elemento de la infracción que no se configura es el de la punibilidad; en tanto hay una conducta típica, antijurídica y culpable y que, pese a cumplir con tales elementos, el legislador ha decidido que no se sancione tal conducta.

Respecto a la utilidad que busca en el plano de Derecho administrativo sancionador, los profesores Ramón Huapaya, Lucio Sánchez y Oscar Alejos han señalado que responde a consideraciones preventivas antes que punitivas. En otras palabras, se busca superponer el fin preventivo-correctivo al fin represor. Asimismo, se advierte, el fin orientador que tiene el Derecho administrativo frente a los administrados; a fin de procurar el cumplimiento de sus deberes como tales (2018: 598).

III. La Actividad de Fiscalización y el Procedimiento administrativo sancionador a partir del enfoque de regulación responsiva

3.1. La actividad de fiscalización

Mediante Decreto Legislativo N° 1272, se introdujo una regulación expresa, unitaria y específica de la actividad administrativa de fiscalización. Hasta antes de la presente modificación, las entidades ejercían la actividad sujeta a regulaciones dispersas; como son las sectoriales o institucionales; las cuales representaban diversos problemas: falta de previsibilidad y uniformidad en la determinación de facultades para las entidades, deberes de las entidades, deberes y derechos de los administrados, entre otros (Morón 2019: 309).

Con la introducción de este capítulo expreso, específicamente regulado en el Capítulo II del Título IV del Texto Único Ordenado aprobado por Decreto Supremo N° 004-2019-JUS (en adelante, TUO de la LPAG); se busca establecer una regulación general, con reglas claras y comunes, en el marco de una estructura de garantía al administrado y de alcance y límite de las facultades de la Administración (Morón 2019: 311).

De esta manera, el numeral 1 del artículo 239 del TUO de la LPAG define a la actividad de fiscalización:

La actividad de fiscalización constituye el conjunto de actos y diligencias de investigación, supervisión, control o inspección sobre el cumplimiento de las obligaciones, prohibiciones y otras limitaciones exigibles a los administrados,

derivados de una norma legal o reglamentaria, contratos con el Estado u otra fuente jurídica, bajo un enfoque de cumplimiento normativo, de prevención del riesgo, de gestión del riesgo y tutela de los bienes jurídicos protegidos.

A partir del citado artículo, se desprende que la actividad de fiscalización es una potestad propia de la Administración Pública para poder investigar, supervisar, controlar o inspeccionar a fin de verificar el cumplimiento normativo de los administrados.

Para el profesor Morón, esta actividad es una de las más interventoras con relación al administrado, dado que le permite realizar fiscalizaciones programadas o no programadas y debido a que le permite dictar medidas cautelares o correctivas con la finalidad de evitar riesgos o restablecer la legalidad si determina la existencia de un acto irregular que esté produciendo riesgo o daño a los bienes jurídicos protegidos (Morón 2019: 311).

De acuerdo al Ministerio de Justicia y Derechos Humanos (en adelante, MINJUSDH), la actividad de fiscalización tiene las siguientes características atribuidas legalmente (2017: 8):

Gráfico 2: Características de la actividad de fiscalización

Actividad material	• Conjunto de actos y diligencias en las modalidades de investigación, supervisión, control o inspección.
Objeto	• Verificar cumplimiento de regulaciones de tipo normativo, contractual o de otro título habilitante; e imponer obligaciones, prohibiciones o limitaciones.
Enfoque	• De cumplimiento normativo, de prevención y gestión de riesgo y tutela de los bienes jurídicos protegidos.
Legalidad	• Ejercicio sujeto a reserva de ley
Colaboración entre entidades	• Posibilidad de ser ejercida en el marco de colaboración entre entidades.
Ejercicio privado	• Ejecución de la actividad puede ser encargada a personas naturales o jurídicas privadas.
Régimen común	• Regulación mínima aplicable a todas las entidades que ejercen dicha actividad.

Fuente: Elaboración propia

Una de las características más resaltantes es el enfoque finalista que tiene la actividad de fiscalización, el cual se basa en asegurar preventivamente el cumplimiento normativo o el restablecimiento correctivo de la legalidad alterada (MINJUSDH 2017: 13). Es decir, el enfoque está dirigido a la ejecución de actividades que tengan como objetivo advertir el cumplimiento o incumplimiento de las normas imperativas atribuibles al administrado. Por ello, se busca verificar el cumplimiento de las obligaciones o prohibiciones que son exigidas al administrado (MINJUSDH 2017: 29).

En esa misma línea, el numeral 2 del artículo 245 del TUO de la LPAG resalta la finalidad orientativa que tiene la actividad de fiscalización. Así, señala que una forma de conclusión de la fiscalización es “la recomendación de mejoras o correcciones de la actividad desarrollada por el administrado”. Es decir, la identificación por parte de la Administración de riesgos y la notificación de alertas a los administrados a fin de que pueda mejorar o corregir determinados aspectos.

De esta manera, pueden distinguirse dos fines de la actividad de fiscalización: (i) uno de carácter preventivo; y, (ii) otro de carácter correctivo. Tiene un fin preventivo, dado que busca asegurar el cumplimiento preventivo de la norma; por lo cual, busca prevenir o evitar además de incumplimientos, potenciales riesgos y daños. Para ello, la Administración puede realizar actividades de vigilancia, investigación, supervisión, orientación, educación y persuasión, entre otros; a fin de garantizar el cumplimiento de las normas. Por otro lado, tiene un fin correctivo, ya que puede recurrir a actividades restrictivas ante la detección de riesgos o de irregularidades, a fin de asegurar el restablecimiento de la legalidad alterada (MINJUSDH 2017: 31-33).

3.2.Procedimiento Administrativo Sancionador

El MINJUSDH define al procedimiento administrativo sancionador de la siguiente manera:

(...) como el conjunto de actos destinados a determinar la existencia de responsabilidad administrativa, esto es, la comisión de una infracción y la consecuente aplicación de una sanción. Dicho procedimiento constituye, además, una garantía esencial y el cauce a través del cual los administrados, a quienes se

les imputan la comisión de una infracción, hacen valer sus derechos fundamentales frente a la Administración Pública (2017:12).

Como se aprecia, el procedimiento administrativo sancionador actúa como instrumento de la Administración para determinar la comisión de una infracción y, de corresponder, imponer una sanción. Así, la Administración deberá seguir un procedimiento representado en un conjunto de actos concatenados a fin de imponer la sanción administrativa.

Esto, a su vez, constituye una garantía para el administrado, puesto que es el espacio en el cual podrá ejercer sus derechos fundamentales, como es el derecho a la defensa. Además, este conjunto de actos concatenados, permite conocer al administrado el proceso de determinación de los hechos imputados, así como de las consecuencias jurídicas (MINJUSDH 2017: 35).

Es importante resaltar que las sanciones administrativas, si bien tienen naturaleza punitiva, al ser un mal infringido por parte de la Administración a los administrados, producto de una conducta contraria al ordenamiento jurídico, a su vez tiene una función disuasiva, en tanto busca desincentivar las conductas y evitar que el administrado vuelva a incurrir en ello. Así lo ha señalado la Sala de Defensa de la Competencia del Indecopi, en la Resolución N° 3023-2011/SC2-INDECOPI, al establecer que las sanciones administrativas tienen como objeto disuadir o desincentivar la comisión de infracciones por partes de los administrados; es decir, tiene como fin principal adecuar las conductas al cumplimiento normativo.

Dentro del proceso cognitivo que supone el procedimiento administrativo sancionador, las autoridades deben valorar si es que existen circunstancias que impliquen determinar la configuración de algún supuesto de exclusión de responsabilidad, entendidas como eximentes de responsabilidad, o un supuesto de reducción de sanción, entendidas como atenuantes.

De acuerdo al profesor Morón, los eximentes de responsabilidad deben ser entendidos como una exculpación de responsabilidad del autor de la infracción y que, de no estar previstas como tales, le correspondería responder por la comisión de la infracción. Ello bajo la lógica que, la determinación de responsabilidad administrativa siempre es

consecuencia de un procedimiento administrativo sancionador, por lo cual, la Administración debe comprobar la comisión de una infracción y determinar la responsabilidad del autor (2019: 504).

En esa línea, los eximentes de responsabilidad poseen las siguientes características (Morón 2019: 506):

- Presupone la realización de una conducta infractora: el administrado debe haber cometido una infracción.
- Elimina la posibilidad de aplicación de sanción: implica la existencia de circunstancias que eliminan la responsabilidad y, en consecuencia, la sanción. Por ello, al configurarse las causales que establece la norma, no cabe la imposición de sanción.

Nuestra Ley de Procedimiento Administrativo General ha establecido condiciones de eximentes de responsabilidad y atenuante. Así, el artículo 257 del TUO de la LPAG enlista una serie de condiciones:

Artículo 257.- Eximentes y atenuantes de responsabilidad por infracciones

1.- Constituyen condiciones eximentes de la responsabilidad por infracciones las siguientes:

- a) El caso fortuito o la fuerza mayor debidamente comprobada.
- b) Obrar en cumplimiento de un deber legal o el ejercicio legítimo del derecho de defensa.
- c) La incapacidad mental debidamente comprobada por la autoridad competente, siempre que esta afecte la aptitud para entender la infracción.
- d) La orden obligatoria de autoridad competente, expedida en ejercicio de sus funciones.
- e) El error inducido por la Administración o por disposición administrativa confusa o ilegal.

f) La subsanación voluntaria por parte del posible sancionado del acto u omisión imputado como constitutivo de infracción administrativa, con anterioridad a la notificación de la imputación de cargos a que se refiere el inciso 3) del artículo 255.

2.- Constituyen condiciones atenuantes de la responsabilidad por infracciones las siguientes:

a) Si iniciado un procedimiento administrativo sancionador el infractor reconoce su responsabilidad de forma expresa y por escrito.

En los casos en que la sanción aplicable sea una multa esta se reduce hasta un monto no menor de la mitad de su importe.

b) Otros que se establezcan por norma especial.

A partir de la lectura del artículo citado, se desprende que las condiciones eximentes de responsabilidad pueden estar basadas en distintos factores, tales como aquellos que rompen el nexo causal entre el administrado y la conducta, como es la causalidad, por ejemplo, el literal a), b), d) y e), o por ausencia de responsabilidad subjetiva; es decir, inexistencia de culpabilidad, como es el caso del literal c).

Caso particular es el supuesto del literal f), el de la subsanación voluntaria, dado que no se basa en ninguno de los factores descritos con anterioridad. Ello debido a que se trata de una conducta típica, antijurídica y culpable y que, pese a ello, por una decisión de política legislativa, el legislador ha decidido eximir de responsabilidad.

Así, la subsanación voluntaria ha sido incluida como eximente de responsabilidad a partir de la reciente modificación introducida por el Decreto Legislativo N° 1272, la cual establece que, cuando el administrado haya subsanado voluntariamente los efectos de la conducta infractora con anterioridad a la notificación de imputación de cargos, esto es, con anterioridad al inicio de procedimiento administrativo sancionador; ello será condición para eximir al administrado de responsabilidad administrativa.

3.3.La Regulación Responsiva: una nueva visión de la actividad de fiscalización y el procedimiento administrativo sancionador

El enfoque de regulación responsiva tiene una visión en la cual las sanciones administrativas no son consideradas como el único medio, ni el más eficiente, para asegurar el cumplimiento normativo de los administrados. Así, el enfoque punitivo no ayudaría a lograr el cumplimiento voluntario de las normas y, de ser el caso, los costos serían muy altos. Por ello, la sanción no es descartada como herramienta de *enforcement*, mas sí es considerada como una de última ratio; luego de la utilización de otras medidas de manera previa, como es, por ejemplo, una fiscalización bajo un enfoque de cumplimiento normativo, de prevención y de gestión de riesgos (Calle y Roca 2017: 5).

Según Ayres y Braithwaite, la regulación responsiva es una técnica mediante la cual, el regulador debe buscar el cumplimiento de la ley de manera “escalonada”; empezando desde una base, la cual es representada por una medida leve, la persuasión, hasta la cúspide, representada por la medida más fuerte y restrictiva. Así, solo se utilizará esta última medida, como es la sanción, ante la falla de las otras estrategias o medidas (1992: 26).

Por ello, plantean una *enforcement pyramid* o pirámide de cumplimiento, aplicable para casos de salud ocupacional y seguridad, ambiente o regulación de lugares de cuidado de personas adultas mayores, la cual contiene una gama de opciones para lograr el cumplimiento normativo. La base es la persuasión, seguida de una carta de advertencia, y si falla esta, el siguiente eslabón son las sanciones monetarias civiles; si vuelve a fallar, la siguiente medida son las sanciones penales, y si nuevamente falla, suspender la licencia; y, finalmente, ante una nueva falla, recurrir a la revocación de la licencia. Si bien la pirámide descrita ha sido pensada para casos específicos, los autores advierten que, lo importante no es el contenido de esta, sino la forma; por lo cual esta podrá ser aplicable a otras áreas regulatorias (Ayres y Braithwaite 1992: 35-36).

La idea central de este enfoque es el deslinde de la tradicional creencia que la sanción es la única manera de lograr el cumplimiento normativo y que, por ende, la Administración no debe apuntar sus acciones necesariamente a sancionar, sino optar por otras medidas que logren el mismo fin y solo sancionar cuando haya agotado otras medidas previas. De esta manera, este enfoque antepone el diálogo, la persuasión, antes que las medidas punitivas. Desde una perspectiva de psicología humana, señala que, naturalmente, el ser humano encuentra humillante ser reprendido de manera punitiva, lo cual crea a su vez una resistencia al cumplimiento de las normas. Por ello, plantea una sinergia entre el

castigo y la persuasión; teniendo un “castigo estratégico” que toma en cuenta la persuasión regulatoria. Así, esta persuasión generará legitimidad frente a los castigos como razonables y justos, en la medida que estos se aplicarán solo cuando el diálogo fracase (Ayres y Braithwaite 1992: 25).

En esa línea, la actividad de fiscalización y el procedimiento administrativo sancionador son estrategias de *enforcement* regulatorio a través de las cuales se busca el cumplimiento normativo (Calle y Roca 2019: 10).

Respecto a la actividad de fiscalización, la norma señala que debe estar orientada al cumplimiento normativo, de prevención y gestión del riesgo y tutela de bienes jurídicos protegidos. En cuanto al procedimiento administrativo sancionador, la inclusión del eximente de responsabilidad por subsanación voluntaria, implica una decisión de política legislativa, la cual prioriza el restablecimiento de la legalidad antes que la sanción.

La fiscalización, al estar orientada a asegurar preventivamente el cumplimiento normativo; habilita a la Administración a realizar distintas actividades con el fin de garantizar el cumplimiento. Por ello, actividades de orientación o persuasión a los administrados se encuentra dentro del abanico de posibilidades que tiene la Administración, a fin de prevenir incumplimientos. De acuerdo al MINJUSDH, ello se justificaría en distintos factores, como es que no todos los administrados conocen necesariamente las normas o no las entienden bien, la inexistencia de incentivos para que los administrados gestionen sus propios riesgos a fin de evitar su ocurrencia y afectación del interés público, entre otros posibles factores (2017: 31-32).

Sumado a ello, la fiscalización también puede restablecer la legalidad sin recurrir a medidas punitivas, como son las sanciones dentro de un procedimiento administrativo sancionador. Así, el fin correctivo implica detectar irregularidades y activar diversos mecanismos de reacción que tiene la Administración, como son las medidas correctivas.

En esa línea, un sistema de fiscalización eficiente influirá, a corto plazo, para que los administrados tengan un comportamiento adecuado conforme a ley; en la medida que existe conocimiento de los mismos que pueden ser supervisados y detectados sus posibles incumplimientos; y, a largo plazo, una correcta aplicación de políticas que repercuten en el cumplimiento normativo de los administrados. Además, un sistema de fiscalización no

tendrá como objetivo detectar irregularidades a fin de futuras sanciones; de manera que, no dejará de ser eficiente si es que no detecta incumplimientos que castigar (Morón 2019: 315-316).

Por su parte, el procedimiento administrativo sancionador, al incluir el eximente de responsabilidad por subsanación voluntaria, evidencia la aplicación de regulación responsiva; en tanto superpone el enfoque preventivo antes que el meramente punitivo. Así, en los casos donde configure la subsanación voluntaria, el administrado se libera de responsabilidad administrativa; lo cual denota que el legislador ha otorgado una herramienta de persuasión, la cual sirve para el restablecimiento de la legalidad; sin necesidad de imponer una sanción. Esto a su vez evidencia lo mencionado en líneas anteriores: garantizar sanciones fuertes, pero solo en caso no haya funcionado las medidas previas, como el diálogo.

Ambas regulaciones tienen un punto en común: recurren a distintas medidas antes que a la sanción. Así, por un lado, la fiscalización busca lograr el cumplimiento normativo de los administrados, dejando atrás la idea tradicional basada en que el fin de esta actividad es identificar conductas infractoras a fin de iniciar un procedimiento sancionador; pasando a adoptar un nuevo enfoque, que implica que la Administración no solo debe limitarse a la verificación del cumplimiento para prevenir situaciones de riesgo daño, sino también para restablecer la legalidad cuando ha sido quebrantada. Por otro lado, el eximente de responsabilidad administrativa por subsanación voluntaria, otorga una herramienta a la Administración, orientada a fomentar el cumplimiento voluntario de los administrados de los incumplimientos en los que hayan podido incurrir.

IV. La subsanación voluntaria como eximente de responsabilidad administrativa

4.1. Fundamento de la subsanación voluntaria

La subsanación voluntaria es uno de los supuestos eximentes de responsabilidad administrativa que regula la LPAG a partir de la reciente modificación a través del Decreto Legislativo N° 1272. Siendo ello así, resulta pertinente entender las implicancias de los eximentes.

Los eximentes de responsabilidad administrativa conllevan a la exculpación de responsabilidad del administrado que ha cometido la infracción y que debería responder

por ella. De esta manera, existirá una infracción cometida, un autor que realizó la conducta infractora y que, pese a ello, no responderá por la misma (Morón 2019: 504).

Como se aprecia, los eximentes inciden en el extremo de la aplicación de una sanción, al ser circunstancias que niegan la responsabilidad del sujeto y, en consecuencia, niegan la posibilidad de aplicar la sanción que correspondería de no configurarse alguna causal eximente. De acuerdo al profesor Morón, esta imposibilidad de sancionar no debe ser entendida como una imposibilidad de aplicar alguna otra respuesta jurídica. Un claro ejemplo de ello son las medidas correctivas, las cuales no tienen un fin punitivo sino de restablecimiento de la legalidad (2019: 505-506).

En ese sentido, al eximir responsabilidad, esta estará fundamentado en causales que excluyan la misma. Recordemos pues, que la determinación de responsabilidad es comprobada por la Administración Pública a partir de la calificación de una acción como típica, antijurídica y culpable (Morón 2019: 504).

Por ello, al analizar el fundamento de los eximentes de responsabilidad administrativa, se deberá analizar el elemento que se excluye a partir de la teoría de la infracción administrativa. Precisamente, de la lectura del artículo 257 del TUO de la LPAG, el cual regula los supuestos eximentes, se puede distinguir que hay una serie de elementos de la infracción administrativa que sirven de fundamento para excluir la responsabilidad administrativa.

A manera de ejemplo, el supuesto c) del artículo 257 del TUO de la LPAG señala que constituye condición eximente *“la incapacidad mental debidamente comprobada por la autoridad competente, siempre que esta afecte la aptitud para entender para la infracción”*. En este caso, el elemento que sirve de fundamento para excluir de responsabilidad al administrado es la culpabilidad; en tanto no puede hacerse imputable de la comisión de la infracción al administrado dado a que carece de capacidad mental para discernir al momento de actuar y, por ende, de cometer la infracción administrativa (MINJUSDH 2017: 46-47).

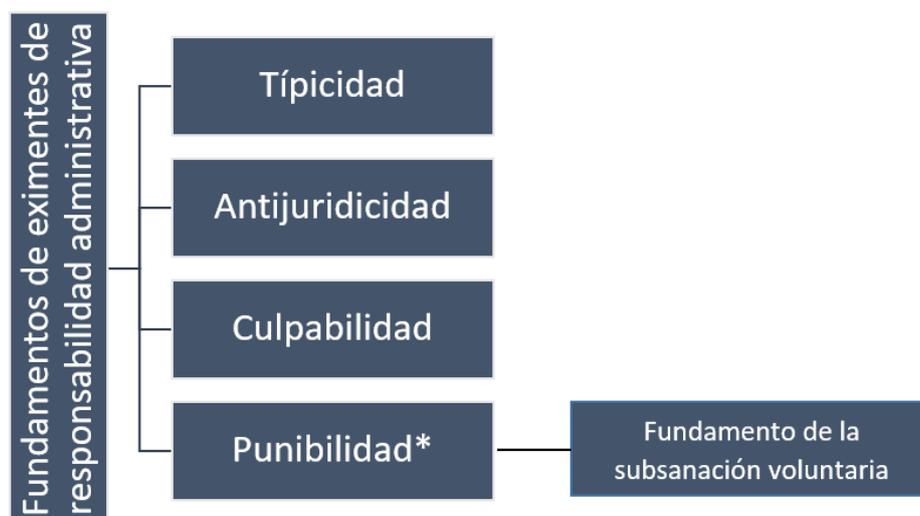
El supuesto f) del artículo 257 de la LPAG, el cual regula la subsanación voluntaria; se distingue de los otros supuestos eximentes al no haber ausencia de ninguno de los elementos de la infracción mencionados con anterioridad: no hay ausencia de una conducta típica, antijurídica y culpable. Así, nos encontramos ante un supuesto donde ya se han configurado los elementos de la infracción administrativa y, pese a ello, el

legislador ha decidido prescindir de la sanción. Gómez Tomillo y Sanz Rubiales han denominado a este supuesto como excusas absolutorias, las cuales se definen como “supuestos en los que, pese a estar presente una conducta típica, antijurídica y culpable, el legislador prescinde de la sanción por razones político-legislativas: no afectan ni a la tipicidad, ni a la antijuricidad, ni a la culpabilidad, sino solo a la sanción” (2013: 541).

En esa línea, el MINJUSDH ha señalado que este supuesto se basa en una decisión de política punitiva, donde se ha priorizado la acción reparadora espontánea, antes que realizar diligencias preliminares e iniciar procedimiento administrativo sancionador y los costos que supone activar el aparato de la Administración Pública y el ejercicio de la potestad sancionadora (2017:47).

En síntesis, podemos concluir que los fundamentos de los eximentes de responsabilidad administrativa pueden estar basados en distintas causales; entiéndase que son los elementos de la infracción administrativa los cuales pueden verse excluidos y, en consecuencia, originar la exclusión de responsabilidad administrativa: tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad. El caso de la subsanación voluntaria es uno de carácter especial; no basándose en ninguno de los elementos mencionados; sino en uno que, a nuestro criterio, debe ser incluido a partir de supuestos como el presente, que responden a políticas legislativas: la punibilidad; en tanto permite abordar aquellos casos de delitos e infracciones administrativas, en los que, pese a la configuración de la tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad; el ordenamiento jurídico prescinde de la pena o sanción administrativa (Gómez y Sanz 2013: 539).

Gráfico 3: Fundamentos de eximentes de la responsabilidad administrativa



Fuente: Elaboración propia

4.2. Definición

La subsanación voluntaria se encuentra regulada en el artículo 257, literal f) del TUO de la LPAG:

Artículo 257.- Eximentes y atenuantes de responsabilidad por infracciones

1.- Constituyen condiciones eximentes de la responsabilidad por infracciones las siguientes:

f) La subsanación voluntaria por parte del posible sancionado del acto u omisión imputado como constitutivo de infracción administrativa, con anterioridad a la notificación de la imputación de cargos a que se refiere el inciso 3) del artículo 255 (2019).

A partir de la lectura del artículo citado, se desprende que la subsanación voluntaria implica una acción posterior por parte del administrado, la cual debe cumplir una serie de requisitos, que permitan dar por subsanada aquella infracción que, de no estar

contemplada la figura como eximente de responsabilidad, generaría responsabilidad administrativa.

En palabras del profesor Morón, el eximente en cuestión es uno de carácter especial, en tanto no significa ausencia de tipicidad, antijuridicidad, ni capacidad del administrado de asumir responsabilidad; si no que el eximente responde a una estrategia punitiva del Estado (2017: 512).

El eximente de responsabilidad por subsanación voluntaria podría definirse como un supuesto contemplado por la norma que prevé un supuesto típico, antijurídico y culpable, en la que el administrado decide subsanar de manera voluntaria antes del inicio de procedimiento administrativo sancionador; es decir, antes de la decisión de la autoridad del ejercicio de la potestad sancionadora (MINJUSDH 2017: 47).

Asimismo, es importante tener en claro qué implica subsanar. La acción de subsanar exige que el administrado repare el mal o daño causado. De esta manera, el administrado, a fin de subsanar, deberá, además de cesar en la conducta infractora, reparar las consecuencias o daños al bien jurídico protegido que se derive de la conducta infractora (MINJUSDH 2017:47).

Por ello, no se debe entender que el administrado pueda subsanar la infracción con un simple arrepentimiento por el ilícito cometido, como es el caso, por ejemplo, del reconocimiento de responsabilidad, regulado como atenuante en el numeral 2, literal a) del artículo 257 del TUO de la LPAG; sino que, implica una acción positiva por parte del administrado; es decir, la realización del acto debido y necesario a fin de reparar las consecuencias o daños al bien jurídico producido producto de la infracción cometida (Morón 2019: 512).

Finalmente, en tanto la subsanación voluntaria implica una acción posterior a la comisión de infracción, es pertinente desarrollar qué infracciones administrativas son susceptibles de subsanación. A partir de la lectura del artículo que regula el eximente en cuestión, el legislador no ha hecho distinción alguna respecto a las infracciones que podrían o no ser subsanadas por el administrado. En ese sentido, toda infracción será jurídicamente subsanable; sin distinción en la magnitud o en el tipo de acción positivo o de omisión; siendo lo determinante la posibilidad de revertir los efectos dañosos producidos a raíz de la comisión de la infracción (Morón 2019: 513). De esta manera, se deberá valorar caso

por caso si la acción realizada por el administrado logra revertir los efectos causados a partir del ilícito administrativo.

4.3. Requisitos

Como se mencionó en el apartado anterior, para que se configure la subsanación voluntaria, el administrado deberá cumplir con los requisitos dispuestos por el artículo que regula la subsanación como eximente de responsabilidad administrativa.

De esta manera, se pueden distinguir tres requisitos necesarios para su configuración:

- a) Temporal: De acuerdo a la LPAG, el administrado deberá subsanar voluntariamente “con anterioridad a la notificación de la imputación de cargos a que se refiere el inciso 3) "del artículo 255”; esto es, hasta antes del inicio de procedimiento administrativo sancionador.
- b) Voluntariedad: El administrado deberá subsanar la infracción de manera voluntaria; es decir, sin que provenga de algún mandato de la autoridad. En este punto, la idea central es que la acción del administrado no sea en respuesta a algún requerimiento por parte de la Autoridad en el cual se solicite la subsanación del acto u omisión, ya sea a través de una medida correctiva o algún otro documento similar (Morón 2019: 513).
- c) Reparación del mal o daño causado: El administrado deberá revertir los efectos dañosos producto de la comisión de la infracción. Así, en función al bien jurídico protegido, deberá identificar los efectos y el daño producido (Morón 2019: 513).

Respecto al primer requisito, es importante resaltar el único límite que tiene: que sea realizado hasta antes del inicio del procedimiento administrativo sancionador. De esta manera, resulta útil recordar la diferencia entre la actividad de fiscalización y la sancionadora. La actividad de fiscalización tiene un enfoque finalista bajo el cual se busca el cumplimiento normativo; a través de la verificación del cumplimiento o incumplimiento de la norma y la toma de medidas a fin de lograr ello. Una herramienta a la que puede recurrir la Administración es la orientación; por lo cual, la fiscalización puede terminar en recomendaciones o notificaciones de alertas al administrado, para que mejore o corrija los aspectos irregulares identificados. Muestra de ello es que el administrado podrá subsanar voluntariamente la infracción incluso durante el desarrollo de alguna inspección, al caer en cuenta de ello producto de lo señalado por la autoridad.

En cuanto a la voluntariedad, queda claro que la subsanación debe realizarse de manera espontánea; es decir, sin mediar un requerimiento previo por parte de la autoridad ya sea a través de un mandato, medida correctiva, o algún otro documento que sea equivalente a un requerimiento de subsanación por parte de la autoridad (Morón 2019: 513). Si bien la norma no da mayores alcances respecto a este requisito, considero debe tenerse en cuenta que dicho requerimiento debe ser preciso, claro y expreso; a fin de evitar que cualquier tipo de comunicación que tenga la Administración con el administrado pueda ser asimilado como un requerimiento y se pretenda romper la voluntariedad que exige la norma.

Retomando el ejemplo del párrafo anterior; el hecho que la Administración haga caer en cuenta al administrado de la comisión de la infracción durante una inspección; no quita el carácter voluntario de dicha subsanación. Esto es de vital importancia en la actividad fiscalizadora; en tanto la Autoridad puede concluir la misma de diversas maneras, destacando las recomendaciones y advertencias; las cuales resaltan el fin orientativo que tiene la actividad de fiscalización: recomendar mejoras o correcciones y advertir incumplimientos (MINJUSDH 2017: 9). Como se aprecia, en esta actividad, hay una constante comunicación entre la Administración y el administrado, con el objetivo de lograr el cumplimiento normativo sin recurrir a una sanción.

Finalmente, el último requisito implica una acción positiva por parte del administrado. Así, no bastará con que el administrado cese de realizar el ilícito o se arrepienta de ello; sino que el administrado deberá revertir los efectos dañosos que se haya producido a partir de la comisión de la infracción. Asimismo, dichos efectos y daños identificados deben ser reales; es decir, ser consecuencia de la infracción; descartando la posibilidad de remediar daños potenciales, subjetivos o abstractos (Morón 2019: 513).

V. CONCLUSIONES

1. La subsanación voluntaria tiene como antecedente a las excusas absolutorias, figura usada en distintos campos del Derecho, como el penal; en la medida que implican una acción que afecta la punibilidad de los delitos. Así, las excusas absolutorias responden a una política criminal, la cual se superpone a la represión del ilícito penal.
2. La subsanación voluntaria, como eximente de responsabilidad, se diferencia del resto de condiciones eximentes reguladas en la Ley de Procedimiento Administrativo General al no estar basada en la afectación de los elementos de la infracción administrativa de tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad; sino en el de punibilidad.
3. La subsanación voluntaria implica una conducta típica, antijurídica y culpable y que, pese a ello, por una decisión de política legislativa, el legislador ha decidido eximir de responsabilidad.
4. Para la configuración de la subsanación voluntaria, se requiere el cumplimiento de requisitos basados en la temporalidad, voluntariedad y reaparición del mal o daño causado.
5. A partir de los cambios introducidos por el Decreto Legislativo N° 1272 en el capítulo de la Actividad de Fiscalización y Procedimiento Sancionador, se desprende la aplicación de un enfoque responsivo; siendo evidencia de ello la subsanación voluntaria como estrategia de *enforcement*; en la medida que implica la priorización de la acción reparadora espontánea, antes que la realización de diligencias preliminares e inicio de procedimiento administrativo sancionador.

VI. BIBLIOGRAFÍA

AYRES, Ian y John BRAITHWAITE

1992 *Responsive Regulation. Transcending the Derregulation Debate*. Oxford: Oxford University Press. Consulta: 10 de octubre de 2019.

<http://johnbraithwaite.com/wp-content/uploads/2016/06/Responsive-Regulation-Transce.pdf>

BACA, Víctor

2019 “*El principio de culpabilidad en el derecho administrativo sancionador*”. Revista Digital de Derecho Administrativo. Bogotá: N° 21, Primer Semestre/2019, pp. 313-344. Consulta: 15 de setiembre de 2019.

<https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/Deradm/article/view/5708/7104>

CALLE, Jean Paul y Javier ROCA

2017 “¿Qué es la fiscalización bajo el enfoque de cumplimiento normativo, de prevención y de gestión del riesgo?” En *Smart Regulation Peru*. Consulta: 9 de octubre de 2019

<https://smartreg.pe/reportes/Apuntes%20de%20Trabajo%204.%20Que%20es%20la%20fiscalizacion%20bajo%20el%20enfoque%20de%20prevencion%20y%20de%20gestion%20de%20riesgos%20.pdf>

GÓMEZ, Manuel e Íñigo SANZ

2013 *Derecho Administrativo sancionador, parte general: teoría general y práctica del derecho penal administrativo*. Cizur Menor, Navarra: Thomson Reuters-Aranzadi

HUAPAYA, Ramón, Lucio SÁNCHEZ y Oscar ALEJOS

2018 “El eximente de responsabilidad por subsanación voluntaria en la Ley del Procedimiento Administrativo General del Perú”. *Derecho Administrativo como instrumento al servicio del ciudadano*. Lima: Palestra, pp. 581-604.

INSTITUTO NACIONAL DE LA DEFENSA DE LA COMPETENCIA Y DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL

2011 *Expediente N°. 3023-2011/SC2-INDECOPI*. Resolución: 10 de noviembre de 2011. Consulta: 10 de octubre de 2019

<https://servicio.indecopi.gob.pe/buscadorResoluciones/tribunal.seam>

MINISTERIO DE JUSTICIA Y DERECHOS HUMANOS

2017 *Guía práctica sobre la actividad administrativa de fiscalización. Lima: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. Consulta: 9 de octubre de 2019.*

<https://www.minjus.gob.pe/wp-content/uploads/2017/08/Guia-de-Fiscalizaci%C3%B3n-08-08-2017.pdf>

2017 *Guía práctica sobre el procedimiento administrativo sancionador. Lima: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. Consulta: 10 de octubre de 2019.*

<https://www.minjus.gob.pe/wp-content/uploads/2017/07/MINJUS-DGDOJ-GUIA-DE-PROCEDIMIENTO-ADMINISTRATIVO-SANCIONADOR-2DA-EDICION.pdf>

MORÓN, Juan Carlos

2019 “La actividad administrativa de fiscalización”. En: *Comentarios a la Ley de Procedimiento Administrativo General: Texto Único Ordenado de la Ley N° 27444*. Lima: Gaceta Jurídica.

REBOLLO, Manuel y Manuel IZQUIERDO

2018 En “El eximente de responsabilidad por subsanación voluntaria en la Ley del Procedimiento Administrativo General del Perú”. *Derecho Administrativo como instrumento al servicio del ciudadano*. Lima: Palestra, pp. 581-604.

ROJAS, Héctor

2015 *Fundamentos del derecho administrativo sancionador*. Lima: Instituto Pacífico.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL PERÚ

2002 *Expediente N°. 2050-2002-AA/TC*. Sentencia: 16 de abril de 2003
Consulta: 18 de setiembre de 2019

<https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2003/02050-2002-AA.html>

2009 *Expediente N°. 00033-2007-PI/TC*. Sentencia: 13 de febrero de 2009.
Consulta: 18 de setiembre de 2019.

<https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2009/00033-2007-AI.pdf>