EL DERECHO ADMINISTRATIVO COMO INSTRUMENTO AL SERVICIO DEL CIUDADANO

Memorias del VIII Congreso de Derecho Administrativo

Asociación Peruana de Derecho Administrativo

Universidad de Piura — Derecho — 50 años

El Derecho Administrativo como instrumento al servicio del ciudadano

Memorias del VIII Congreso de Derecho Administrativo

PALESTRA

Lima — 2018

343.6 **C74**	Congreso de Derecho Administrativo El derecho administrativo como instrumento al servicio del ciudadano. Memorias del VIII Congreso de Derecho Administrativo / Jorge Pando Vilchez, Erick Vargas, Giancarlo Vignolo Cueva... [et al.] ; 1a ed. - Lima: Palestra Editores; Universidad de Piura, 2018. 666 p.; 24 cm. D.L. 2018-10631 ISBN: 978-612-325-047-8 1. Derecho administrativo 2. Administración pública 3. Interpretación y aplicación. 4. Congresos

EL DERECHO ADMINISTRATIVO COMO INSTRUMENTO AL SERVICIO DEL CIUDADANO
Memorias del VIII Congreso de Derecho Administrativo

Universidad de Piura

Palestra Editores: Primera edición, agosto de 2018

© 2018: Universidad de Piura

© 2018: Asociacíon Peruana de Derecho Adminiostratio

© 2018: Palestra Editores S.A.C.

Plaza de la Bandera 125 Lima 21 - Perú
Telf. (511) 6378902 - 6378903
palestra@palestraeditores.com
www.palestraeditores.com

Impresión y encuadernación:
Grández Gráficos SAC
Mz E, Lt. 15 - Urb. Santa Rosa - Los Olivos
Agosto, 2018

Diagramación:
Gabriela Zabarburú Gamarra

Hecho el Depósito Legal en la Biblioteca Nacional del Perú N.º 2018-10631

ISBN: 978-612-325-047-8

Tiraje: 500 ejemplares

Impreso en el Perú | Printed in Peru

Todos los derechos reservados. Queda prohibida la reproducción total o parcial de esta obra, bajo ninguna forma o medio, electrónico o impreso, incluyendo fotocopiado, grabado o almacenado en algún sistema informático, sin el consentimiento por escrito de los titulares del Copyright.

Contenido

Presentación.....9

Primera parte
Procedimiento y simplificación administrativa

1. Simplificación Administrativa ¿Cómo vamos?..... 13
   Jorge Pando Vilchez
2. La publicación de proyectos de reglamentos:
   un mecanismo a favor del administrado..... 41
   Erick Vargas
3. Análisis de impacto regulatorio aplicado a las regulaciones emitidas por las
   administraciones públicas locales..... 65
   Giancarlo Vignolo Cueva
4. Los fines o intereses públicos o generales como criterios de interpretación de las
   normas administrativas para la Administración Pública 85
   Jorge Danós Ordóñez
5. Sobre la vigencia indeterminada de los títulos habilitantes..... 101
   José Antonio Tirado Barrera
6. La reincidencia en la LPAG 125
   Roberto Carlos Shimabukuro Makikado

Segunda parte
Contratación pública

1. ¿Verdadero o falso? En torno a la acreditación de experiencia de
   profesionales en obras públicas. Comentarios y análisis de la
   Opinión N° 012-2018/DTN 157
   Arturo Delgado Vizcarra
2. La cláusula anticorrupción en el derecho de las
   contrataciones estatales peruano: más sombras que luces 175
   Juan Carlos Moron Urbina

3. La desprotección del administrado – inversionista en los procedimientos licitatorios organizados para promover la inversión privada en materia de telecomunicaciones a la luz de los principios de contratación pública y su posible efecto en la concurrencia de postores 201
Renzo Orlando Salazar Carpio

4. Corrupción en la contratación pública 229
Zita Aguilera Becerril

5. El rol rector del Ministerio de Economía y Finanzas en las APPs 247
Milagros Maraví Sumar

6. Naturaleza jurídica de las obras por impuestos 269
Diego Enrique Méndez Vásquez

Tercera parte
Sectores regulados, ordenación territorial y recursos naturales

1. Régimen de notificaciones en el sector minero ¿Anacronismo o surrealismo jurídico? A propósito de las decisiones del Consejo de Minería a la luz de la entrada en vigencia del Decreto Legislativo No. 1272 que modificó a la Ley del Procedimiento Administrativo General 295
Juan Pablo Macassi Zavala y Cinthya Delgado de la Flor Dondero

2. Una definición alternativa sobre los recursos naturales peruanos 311
Orlando Vignolo Cueva

3. El impacto vial y la ineficiente respuesta municipal para regularlo 343
Laura Francia Acuña

4. El abastecimiento de agua potable y alcantarillado. Análisis comparado de la experiencia en la Unión Europea y Perú 357
Paul Villegas Vega

5. Ordenación del territorio: introducción a su estudio en el Derecho Administrativo peruano 377
Diego Zegarra Valdivia

Cuarta parte
Funcionarios públicos

1. El Derecho disciplinario frente a las relaciones laborales privadas usadas por la administración pública 407
L. Alberto Huamán Ordóñez

2. Potestad disciplinaria de la administración.
Principios constitucionales desarrollados por la jurisprudencia de la
Corte Suprema de Justicia de la nación argentina 421
Irma Pastor de Peirotti – María Inés del C. Ortiz de Gallardo

3. Destitución de funcionarios públicos en el
Uruguay en caso de violación del deber de reserva 441
Pablo Schiavi

4. La naturaleza de la responsabilidad disciplinaria:
el regreso a los orígenes..... 459
Andrés Fernando Ospina Garzón

5. Apuntes sobre la acción estatal frente a la corrupción..... 475
Pedro Gamio Aita

6. Alcances de la función pública y servicio personal al Estado 497
Cristian Silva Romero

Quinta parte
Fiscalización y sanción

1. Análisis crítico de la responsabilidad administrativa en
nuestro Derecho de protección al consumidor..... 545
Renato Cárcamo Seminario

2. Comentarios sobre la actividad empresarial bajo el ámbito de
FONAFE. El principio de legalidad y el procedimiento
administrativo sancionador en materia de competencia desleal 565
Pierino Stucchi López Raygada

3. El eximente de responsabilidad por subsanación voluntaria en la
Ley del Procedimiento Administrativo General 581
Ramón Huapaya Tapia, Lucio Sánchez Povis y Oscar Alejos Guzmán

Sexta parte
Tutela del administrado

1. La jurisdicción contencioso-administrativa y las
decisiones emitidas en los procedimientos administrativos
sancionadores en la actividad pesquera 607
Richard Martin Tirado

2. Aproximación comparativa de los derechos, deberes y limitaciones de los ciudadanos
nacionales y extranjeros en el marco del ordenamiento jurídico nacional 629
Roberto Jiménez Murillo

Sobre los autoeres..... 655

El eximente de responsabilidad por subsanación voluntaria en la Ley del Procedimiento Administrativo General del Perú

Ramón Huapaya Tapia
Lucio Sánchez Povis
Oscar Alejos Guzmán

Sumario: I. INTRODUCCIÓN. II. PREMISA NECESARIA: LA RELACIÓN ENTRE EL DERECHO PENAL Y EL DERECHO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR. III. LA NECESIDAD DE UNA TEORÍA DE LA INFRACCIÓN. IV. LOS FUNDAMENTOS DE LOS EXIMENTES DE RESPONSABILIDAD. V. EL EXIMENTE POR SUBSANACIÓN VOLUNTARIA. V.1 La lectura de la Administración Pública peruana. V.2 La lectura finalista. La subsanación voluntaria como causal que excluye la punibilidad. V.3 La necesidad de reconocer un enfoque de regulación responsiva. V.4 Criterio para determinar las infracciones susceptibles de subsanarse voluntariamente. VI. CONCLUSIONES

I. INTRODUCCIÓN

El 22 de diciembre de 2016 entraron en vigencia las modificaciones realizadas por el Decreto Legislativo N° 1272 a la Ley N° 27444 (en adelante, "LPAG"). Entre los cambios más importantes aprobados por dicho Decreto Legislativo[1], se encuentran aquellos introducidos al régimen del procedimiento administrativo sancionador. En efecto, la inclusión de determinadas reglas (tipicidad e irretroactividad, por ejemplo), del principio de culpabilidad, la incorporación de la caducidad y las mejoras a la regulación de la separación entre instrucción y decisión son algunos de los cambios que merecen atención por parte de la doctrina y, especialmente, de quienes están llamados a aplicar la norma: jueces y funcionarios públicos.

En el marco de estas reformas al régimen común punitivo sancionador administrativo previsto en la LPAG[2], destaca sobre todo la incorporación de un conjunto

---

1 Que ha significado tal vez la reforma más importante realizada al texto de la LPAG durante su vigencia.

2 Es importante tener en cuenta que tanto el artículo II del Título Preliminar como el artículo 245° del TUO de la LPAG establecen una regla procedimental de suma relevancia, la que establece que los contenidos de la LPAG constituyen un régimen común básico aplicable a todos los procedimientos administrativos sancionadores, bajo un esquema de garantías mínimas, las cuales no pueden ser desconocidas por los ordenamientos administrativos especiales. De manera tal que la LPAG ya no es norma legal general o supletoria de los procedimientos especiales, es ahora (a partir de la vigencia del D. Leg. 1272) una norma común o básica de *todos* los procedimientos administrativos (incluidos los especiales), los cuales tienen que observar y respetar los preceptos de la "norma de cabecera" contenida en la LPAG. Especialmente, ello tiene relevancia en lo sancionador, donde las normas especiales podrán regular reglas específicas procedimentales, pero que no podrán desconocer el núcleo duro de la norma común, a saber, los principios, las garantías constitucionales del debido procedimiento sancionador, y las reglas básicas de conceptos como la prescripción de infracciones y multas, los eximentes y atenuantes de responsabilidad, entre otras normas comunes.

de eximentes de responsabilidad[3] que la autoridad debe tomar ahora en cuenta para descartar la responsabilidad del administrado imputado y, en consecuencia, archivar el procedimiento sancionador[4].

Entre estas modificaciones llama la atención el eximente por subsanación voluntaria, es decir, el supuesto en el cual el posible sancionado decide a propia iniciativa corregir la conducta, acto u omisión constitutivo de infracción administrativa antes de ser notificado con la imputación de cargos. Siendo una herramienta poderosa en el marco de los procedimientos sancionadores, la invocación de este eximente está llamada a generar una tensión entre el administrado, que buscará ensanchar su ámbito de aplicación, y la autoridad, que tendrá una actitud conservadora frente a posibles interpretaciones creativas. Precisamente, al reconocer dicha tensión inevitable y apreciable en la actualidad, consideramos oportuno brindar algunos alcances sobre cómo creemos que deben interpretarse los eximentes de responsabilidad y, específicamente, cómo debe leerse el eximente por subsanación voluntaria.

II. PREMISA NECESARIA: LA RELACIÓN ENTRE EL DERECHO PENAL Y EL DERECHO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR

Antes de abordar la tarea que nos hemos propuesto, es necesario partir de una premisa que define el análisis posterior. En doctrina, se discuten aún los alcances de la relación entre el Derecho penal y el Derecho administrativo sancionador, basado en la unidad del *ius puniendi* del Estado. En España, por

---

[3] TUO de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General.
Artículo 255.- 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 253.
(…)

[4] Si bien esta modificación no supone una novedad en el Derecho peruano, debe reconocerse que es la primera vez que se incluye de forma expresa en la *norma común* que regula todos los procedimientos administrativos. Hasta ahora, la normativa especial únicamente había recogido expresamente supuestos específicos de exclusión de responsabilidad, como, por ejemplo, aquella que bajo el Código de Consumo permite eximirse de responsabilidad por rupturas del nexo causal, como serían el caso fortuito o la fuerza mayor.

ejemplo, la doctrina ha indicado que "la justificación generalmente aceptada, tanto por los autores como por la jurisprudencia, es que cuando se imponen sanciones administrativas, igual que cuando los jueces imponen penas, se ejerce el *ius puniendi* del Estado. Se parte de que el Estado tiene un *ius puniendi* único que, según decida la ley, unas veces será ejercido por jueces y, otras, por autoridades administrativas"[5].

En la misma línea y aún más tajantes, los profesores M. Gómez Tomillo e I. Sanz Rubiales[6] sostienen que los delitos y las infracciones son fenómenos sustancialmente idénticos, considerando además que tanto el Derecho penal como el Derecho administrativo sancionador perseguirían una finalidad idéntica: *la tutela de bienes jurídicos*[7]. De ello deducen la aplicación de los principios del Derecho penal al Derecho administrativo sancionador[8]. Sentido similar se aprecia en la doctrina nacional[9] y en la jurisprudencia[10], aun cuando se reconozca –siguiendo a la jurisprudencia y doctrina españolas– la existencia de *matices* al momento de trasladar los principios y garantías del Derecho penal al Derecho administrativo sancionador.

---

5 M. REBOLLO, M. IZQUIERDO, L. ALARCÓN Y A. BUENO, "Panorama del derecho administrativo sancionador en España", *Estud. Socio-Jurid.*, N° 7, Bogotá, 2005, p. 24.

6 M. GÓMEZ TOMILLO e I. SANZ RUBIALES, DERECHO *Administrativo Sancionador. Parte General. Teoría General y Práctica del Derecho Penal Administrativo* (2da. ed.), Navarra, Aranzadi, 2010, p. 90.

7 M. GÓMEZ TOMILLO e I. SANZ RUBIALES, op. cit., p. 91.

8 M. GÓMEZ TOMILLO e I. SANZ RUBIALES, op. cit., p. 109.

9 Se pueden confrontar los trabajos de D. ZEGARRA VALDIVIA: "Si bien la procedencia constitucional de los referidos principios ha sido afirmada por la doctrina, su desarrollo se ha dado preferentemente en el ámbito del Derecho penal y luego su aplicabilidad ha sido extendida al Derecho administrativo sancionador en la medida que ha sido aceptada la coincidencia sustancial entre ambos sectores del ordenamiento jurídico, aunque es necesario señalar que la aplicación no supone *per se* una identidad plena o la que la (sic) intercambiabilidad de reglas" (D. ZEGARRA VALDIVIA, "La resolución en el procedimiento administrativo sancionador y el derecho de defensa", en: D. ZEGARRA y V. BACA (Coords.), *La Ley de Procedimiento Administrativo General. Diez años después*, Lima, Palestra, 2011, p. 340). Asimismo, V. BACA ONETO: "Si la potestad sancionadora administrativa y la penal son expresión del *ius puniendo* único del Estado, los principios reguladores tienen que ser los mismos. Sin perjuicio de la lógica adaptación de dichos principios en el ámbito penal o en el ámbito administrativo, existe una básica identidad, reconducible, en último extremo, a los principios constitucionales aplicables al régimen jurídico penal" (V. BACA ONETO, "¿Responsabilidad subjetiva u objetiva en materia sancionadora? Una propuesta de respuesta a partir del ordenamiento peruano", *Actualidad Jurídica*, N° 204, 2010, p. 168.

10 A modo de ejemplo, en la Sentencia recaída en el Expediente N° 1873-2009-PA/TC, el Tribunal Constitucional precisó lo siguiente en su Considerando 12: "No obstante la existencia de estas diferencias, existen puntos en común, pero tal vez el más importante sea el de que los principios generales del derecho penal son de recibo, con ciertos matices, en el derecho administrativo sancionador".

La afirmación sobre la existencia de una unidad de la potestad punitiva del Estado ha generado la crítica del profesor A. Huergo Lora, quien plantea una importante preocupación: "Si decimos que las sanciones administrativas no se diferencian de las penales, y que es imposible distinguir los delitos de las infracciones administrativas, y de ello deducimos, además, que la potestad administrativa sancionadora debe estar sometida a los mismos principios que la penal, entonces nos quedamos sin muchos argumentos para exigir al legislador que respete unos determinados límites al repartir el campo entre los dos mecanismos sancionadores"[11].

Efectivamente no le resta razón al profesor español, dado que no existen criterios claros sobre qué debe sancionarse como delito y qué como infracción administrativa, de manera que al final del día es el legislador el que determina qué mecanismo sancionador utiliza, sin seguir criterios previamente determinados[12]. Vale destacar que ello ha sido advertido también por E. García de Enterría y T.R. Fernández[13] cuando sostienen que "es el legislador, por tanto, el que efectúa esa distribución (…) con frecuencia en virtud de razones puramente cuantitativas (por ejemplo, el delito fiscal respecto de la infracción administrativa del mismo carácter), otras, la mayor de las veces, por razones de expeditividad ante una justicia

---

[11] A. HUERGO LORA, *Las sanciones administrativas*, Madrid, Iustel, 2007, pp. 30-32.

[12] No podemos dejar de mencionar la contribución de la profesora L. ALARCÓN SOTOMAYOR para superar dicho problema, mediante un punto de partida que consiste en reinterpretar el conocido principio de intervención mínima: "En definitiva, la intervención mínima debería predicarse de todo el Derecho punitivo: del penal y del administrativo sancionador. Con ello, la última ratio no sería únicamente lo penal, sino lo punitivo en general. Así sí puede defenderse la intervención mínima y su consagración constitucional: como principio limitador del *ius puniendi* estatal considerado en su conjunto" (L. ALARCÓN SOTOMAYOR, "Los confines de las sanciones: En busca de la frontera entre Derecho Penal y Derecho Administrativo Sancionador", *RAP*, N° 195, 2014, p. 159). Partiendo de dicha premisa, se propone un criterio general consistente en "la preferencia del Derecho penal, porque la imposición de sanciones administrativas está rodeada de muchas menos garantías materiales y formales que la de las penas, y cuando de lo que se trata es de castigar hay que asegurarle al acusado y a las víctimas que lo hagan personas independientes, imparciales, inamovibles, responsables y sometidas únicamente al imperio de la ley. Y estas cualidades hoy las reúnen los jueces, pero no los políticos, que no son neutrales: ni los ministros, ni los gobiernos, ni los consejeros, ni los subdelegados del Gobierno, ni los alcaldes. En mi opinión, que pueda castigar un órgano político ha de ser algo excepcional en nuestro ordenamiento" (op. cit., p. 162). Asimismo, se proponen algunos criterios específicos: "Más por conveniencia práctica que por motivos constitucionales o por razones teóricas: desde la necesidad de no colapsar a los juzgados y tribunales con ilícitos menores castigados levemente (p. ej., los de tráfico) hasta la oportunidad de una proximidad y conocimiento especializado del sector o la materia (infracciones del mercado de valores, defensa de la competencia, entidades de crédito, protección de datos) o la conexión intensa del castigo con la intervención administrativa o la inadecuación del proceso penal, entre otras" (op. cit, pp. 163-164).

[13] E. GARCÍA DE ENTERRÍA y T.R. FERNÁNDEZ, *Curso de Derecho Administrativo*, Tomo II, Lima-Bogotá, Palestra-Temis, 2011, p. 1065.

penal bloqueada por la acumulación de asuntos, el procedimentalismo y la falta de articulación efectiva de la Administración con las Fiscalías (…)".

En esa misma línea, hace ya varios años el profesor P. Sanchís[14] señalaba que, en la práctica, históricamente y a nivel comparado, se ha demostrado que lo que en un ordenamiento puede ser una infracción administrativa, en otro puede ser un delito. La crítica es válida e imposible de negar. Sin embargo, de dicha preocupación no puede deducirse que existan o deban existir diferencias entre *infracción* y *delito*, y entre *sanción administrativa* y *pena*, dado que existen notables similitudes cualitativas y cuantitativas entre los conceptos mencionados. Problema distinto –y no abordado en este trabajo– es que entre el Derecho penal y el Derecho administrativo sancionador sí existen diferencias notables.

Descrita la situación actual en la doctrina, es preciso indicar que no puede negarse que en ciertos casos es necesario o útil recurrir al Derecho penal[15]. El profesor A. Nieto[16], por ejemplo, siendo un defensor de la sustantividad del Derecho administrativo sancionador, no ha dudado en sostener la aplicabilidad de los principios del Derecho penal sobre la base de razones cronológicas, constitucionales y dogmáticas. En ese sentido, consideramos que es *necesario* recurrir al Derecho penal cuando se requiere de la aplicación de determinadas garantías que resultan esenciales para tutelar la "libertad humana" de la que hablaba P. Sanchis[17] cuando precisó que ésta "no puede verse peor protegida ante los jueces que ante la Administración. Por el contrario, sería verdaderamente absurdo que frente al poder ejecutivo, que es el menos propicio a las libertades (…), el ciudadano se viese más desarmado que frente al Poder Judicial"[18]. Asimismo, consideramos que es útil recurrir al Derecho penal cuando en éste se aprecia una dogmática

---

14 L. PRIETO SANCHÍS, "La jurisprudencia constitucional y el problema de las sanciones administrativas en el Estado de Derecho", *Revista Española de Derecho Constitucional*, N° 4, 1982, p. 100.

15 En ese sentido, por ejemplo, nos dice J.C. CASSAGNE: "La unidad del derecho represivo y las garantías ínsitas en el Estado de Derecho conducen a la aplicabilidad a las contravenciones de los principios propios del Derecho Penal sustantivo. Si bien la mayor parte de esos principios provienen directamente del Código Penal, su base radica en los preceptos y garantías constitucionales, tanto nominadas como innominadas (v.gr., la garantía de razonabilidad). Su aplicación se efectúa, por lo general, en forma supletoria o directa, aun cuando en ciertos supuestos nada impide acudir a la técnica de la analogía, a condición de que ella opere en favor del administrado" (J.C. CASSAGNE, *Derecho Administrativo*, 2 ed. Tomo II, Lima, Palestra, 2017, p. 257).

16 A. NIETO, *Derecho Administrativo Sancionador*, 5ta edición, Madrid, Tecnos, 2012, pp. 134-135.

17 L. PRIETO SANCHÍS, op. cit., p. 114.

18 Es importante mencionar que existe una distinción entre las *garantías sustanciales* (tipicidad, culpabilidad, causalidad, prohibición de doble castigo o *non bis in ídem*, etc.) y las *garantías procedimentales* (fundamentadas esencialmente en el *derecho de defensa*). Para un estudio exhaustivo sobre la aplicación de las garantías procedimentales al procedimiento administrativo sancionador, véase L. ALARCÓN SOTOMAYOR, *El procedimiento administrativo sancionador y los derechos fundamentales*, Navarra, Aranzadi, 2007.

más perfeccionada que aquella del Derecho administrativo sancionador, por lo que resulta plenamente válido realizar el símil correspondiente. Precisamente, el supuesto que es objeto de análisis en el presente trabajo es uno de los casos en donde resulta útil recurrir al Derecho penal.

III. LA NECESIDAD DE UNA TEORÍA DE LA INFRACCIÓN

Los profesores M. Rebollo Puig y M. Izquierdo Carrasco[19] han definido con certeza 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». Seguidamente añaden que «con esta definición de infracción administrativa, deliberadamente similar a la de delito, se pone de relieve la posibilidad de aplicar prácticamente todas las causas que excluyen o eximen la responsabilidad propias del Derecho penal, ya sea porque excluyan la voluntariedad, la tipicidad, la antijuridicidad o la culpabilidad"[20].

Por nuestra parte compartimos esta posición y, a partir de la misma, extraemos dos conclusiones que sirven para el análisis materia del presente estudio: (i) el análisis de la configuración de la infracción debe ser el mismo que el análisis de la configuración del delito; y, (ii) el fundamento de los eximentes de responsabilidad administrativa debe ser el mismo que el fundamento de los eximentes de responsabilidad penal. Estas nuevas premisas son necesarias porque no existe principio o regla que precise cómo deben proceder las autoridades cuando analizan si una infracción se ha cometido y corresponde imputársele a un administrado determinado.

Partiendo de lo anterior, resulta sumamente útil recurrir al análisis que realizan los penalistas cuando evalúan la comisión de un delito, siendo que ambos, delito e infracción, constituyen conductas expresamente establecidas como tales (típicas), contrarias al ordenamiento jurídico (antijurídicas) y que deben ser atribuidas a un sujeto determinado (culpables), sin que medien causas político-jurídicas que excluyan el ejercicio de la potestad punitiva (punibles)[21].

---

[19] M. REBOLLO PUIG y M. IZQUIERDO CARRASCO, "Derecho Administrativo Sancionador: Caracteres generales y garantías materiales", en: REBOLLO & VERA (Directores), *Derecho Administrativo*, Tomo II, Madrid, Tecnos, 2016, p. 211.

[20] M. REBOLLO PUIG y M. IZQUIERDO CARRASCO, op. cit., loc. cit.

[21] La incorporación de la *punibilidad* en la teoría del delito no es pacífica en la doctrina. Al respecto, E. BACIGALUPO nos dice: "(…) no existe acuerdo respecto de un cuarto elemento: la punibilidad. Quienes admiten que la punibilidad debe ser un *elemento del delito* modifican la definición afirmando que el delito es una acción típica, antijurídica, culpable, *pensada por la ley*. Los autores que consideran que la punibilidad es una *consecuencia del delito*, pero no un elemento del mismo, estiman que realidad el delito se completa con la infracción de la norma (tipicidad y antijuridicidad) y la culpabilidad, y que estos elementos no requieren ningún otro, por lo que si el delito está penado

En tal sentido, analizando la configuración de la infracción del mismo modo que se analiza la configuración de un delito, cabe sostener también que una *infracción* es una acción típica, antijurídica, culpable y punible. Siendo así, el análisis del funcionario ha de ser idéntico al que realiza un juez. Primero, debe evaluarse si la conducta hallada es típica, es decir, si se subsume dentro de una norma que expresamente establece que dicha conducta constituye infracción sancionable. A ello habrá que añadirle la verificación de si la referida conducta se encuentra prescrita como obligatoria en otra norma, dada la reformulación del principio de tipicidad a raíz del Decreto Legislativo N° 1272. Segundo, se deberá corroborar si la conducta es contraria al ordenamiento jurídico en su conjunto, es decir, si no existen razones jurídicas que excluyan la antijuridicidad de su conducta (por ejemplo, el cumplimiento de un deber). Tercero, entra a tallar el principio de culpabilidad[22], de acuerdo con el cual deben analizarse otras tantas exigencias vinculadas no al hecho infractor objetivamente considerado, sino al sujeto imputado: desde la exigencia de dolo o culpa[23] (responsabilidad subjetiva) hasta la imputación por hecho propio (causalidad[24]). Finalmente, es deber del funcionario evaluar si existen causales que excluyan la punibilidad del hecho infractor. En efecto, existen, tanto en el Derecho penal como en el Derecho administrativo sancionador, razones que justifican la exclusión de la sanción. Estas razones no responden a criterios de lógica jurídica (como sucede, por ejemplo, con el eximente por fuerza mayor), sino de política legislativa. En el Derecho penal se les denomina *excusas absolutorias* y responden, precisamente, a razones políticas que justifican que el legislador haya decidido de antemano absolver al imputado.

IV. LOS FUNDAMENTOS DE LOS EXIMENTES DE RESPONSABILIDAD

Si el análisis de la configuración de una infracción es el mismo que el análisis de la configuración de un delito, entonces los fundamentos de los eximentes de la responsabilidad –tanto penal como administrativa– deben ser también los mismos. Nos explicamos. La teoría del delito, en donde se explica el esquema de análisis antes

---

o no por la ley es sólo una consecuencia de la infracción culpable de la norma" (E. BACIGALUPO, *Delito y punibilidad*, 2da ed., Buenos Aires, Hammurabi, 1999, p. 213). Sin embargo, por razones prácticas y en la medida que sí es objeto de evaluación cuando corresponde, hemos considerado incorporarlo en nuestra definición.

22 En otro trabajo en curso explicamos las diferencias que existen entre el principio de culpabilidad en sentido estricto y la tipicidad subjetiva, así como nuestra posición respecto de su aplicación en nuestro ordenamiento jurídico. Sobre el particular, puede verse con provecho lo señalado por los profesores M. GÓMEZ TOMILLO e I. SANZ RUBIALES, op. cit., pp. 373ss.

23 Sobre la exigencia de los estándares de dolo o culpa en el procedimiento sancionador, véase lo escrito entre nosotros por V. BACA ONETO, op., cit.

24 En nuestro ordenamiento, dicha exigencia se materializa con el principio de causalidad, previsto en la Ley N° 27444.

descrito, no sirve sólo para garantizar la racionalidad de la evaluación del juez penal, sino además porque de esa forma se configuran de antemano las causales que permiten eximir al imputado de la pena. Así, existen causales de atipicidad, razones que excluyen la antijuricidad, supuestos que determinan la inexistencia de culpa y causales que eximen de punición. Todas ellas conducen finalmente al archivo del proceso y a la liberación del imputado.

Lógica similar es aplicable a la teoría de la infracción administrativa. Por esta razón, una primera tesis sostenida en el presente trabajo es que: *los eximentes de responsabilidad previstos en el artículo 255 del TUO de la Ley N° 27444 responden en realidad a causales que excluyen la tipicidad, antijuridicidad, culpabilidad o punibilidad de las conductas*. Así se explica, por ejemplo, el *ejercicio legítimo del derecho de defensa* previsto en el literal b) del numeral 1 del artículo 255 del TUO, como un supuesto de *ausencia de antijuridicidad*. De la misma manera, se explica la *incapacidad mental* prevista en el literal c) de la misma norma, como un caso de *ausencia de culpabilidad en su modalidad de inimputabilidad*.

En ese sentido, la teoría sirve como un criterio interpretativo para quien esté llamado a aplicar el Derecho, específicamente para quien deba determinar en cada caso concreto si se ha configurado o no un supuesto eximente de responsabilidad. Así, contrariamente a lo que podría creerse, el listado de eximentes que se aprecia en el artículo 255 del TUO no debe mirarse desde una perspectiva estrictamente literal. Por el contrario, al momento de determinar si un eximente se ha configurado, corresponde evaluar en primer lugar a qué elemento de la infracción corresponde. Es decir, determinar si estamos frente a un eximente que se sustenta en la ausencia de tipicidad o culpabilidad, por poner un ejemplo. Sobre la base de ello recién podría interpretarse el hecho acaecido en la realidad para corroborar si el eximente se ha configurado[25].

Como veremos en breve, este particular modo de proceder cobra mayor importancia en el caso de los eximentes que se sustentan en la ausencia de punibilidad de la conducta, dado que por su naturaleza exigen una mirada desde fuera del Derecho.

V. EL EXIMENTE POR SUBSANACIÓN VOLUNTARIA

Considerando lo anterior, la misma lógica de análisis debe seguirse en el caso de la eximente por subsanación voluntaria. Sin embargo, ese no ha sido el análisis que

[25] Cabe destacar que este es sólo el inicio del análisis que el operador debe hacer cuando se busca corroborar la configuración de un eximente de responsabilidad. Tema quizás más complejo es el de la probanza de los eximentes (a quién le corresponde la carga de la prueba, hasta qué nivel es necesario que se pruebe la configuración de la eximente, su vinculación con la presunción de licitud, entre otros aspectos). Sobre el particular, son interesantes los apuntes de la profesora L. ALARCÓN SOTOMAYOR, op. cit., 2007, pp. 394ss.

ha seguido la Administración Pública peruana desde que se incorporó dicha causal como eximente[26] con el Decreto Legislativo N° 1272 en los siguientes términos:

> Artículo 255.- 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 253.

Por el contrario, la Administración ha pretendido limitar la aplicación de dicho eximente. Esto lo ha realizado, por un lado, ejerciendo su función normativa y aprobando a nivel reglamentario lo que entiende como "subsanación voluntaria" para efectos de los procedimientos sancionadores a su cargo; y, por el otro, limitando los supuestos de subsanación voluntaria en la práctica resolutiva de su competencia. En todos los casos, consideramos que la decisión adoptada por la Administración Pública peruana ha sido ilegal y transgrede gravemente lo dispuesto en el artículo 255 del TUO de la Ley N° 27444.

5.1. La lectura de la Administración Pública peruana

Como señalamos antes, podemos identificar dos lecturas del artículo 255 del TUO de la Ley N° 27444: (i) una primera plasmada en la función normativa de la Administración y materializada en los reglamentos que regulan los procedimientos sancionadores administrados por diferentes entidades; y, (ii) otra materializada en el ejercicio mismo de la potestad sancionadora, visible en diversas resoluciones emitidas a la fecha.

La primera lectura es claramente identificable de los reglamentos del procedimiento administrativo sancionador aprobados por algunas entidades que, a nuestro criterio, agrupan el grueso de los principales procedimientos sancionadores en nuestro ordenamiento, no sólo por la relevancia de las materias involucradas, sino también por lo significativas que pueden ser las sanciones que éstas impongan.

Para empezar, tenemos el caso del Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental (OEFA), entidad que luego de las modificaciones aprobadas por el Decreto Legislativo N° 1272, aprobó, mediante Resolución de Consejo Directivo N° 005-2017-OEFA-CD, un nuevo Reglamento de Supervisión. Esta norma tiene por objeto regular y uniformizar los criterios para el ejercicio de la función

[26] Vale notar que antes figuraba como atenuante de responsabilidad. Curiosamente nunca suscitó problemas relevantes de interpretación cuando tenía dicha calificación jurídica.

de supervisión de esta entidad en el marco del Sistema Nacional de Evaluación y Fiscalización Ambiental. Lo relevante de este reglamento es que introduce nuevas disposiciones referidas a la aplicación del supuesto de subsanación voluntaria. En concreto, el artículo 15 del Reglamento de Supervisión del OEFA señala lo siguiente:

> Artículo 15.- Sobre la subsanación y clasificación de los incumplimientos
>
> 15.1 De conformidad con lo establecido en el Literal f) del Artículo 255 del Texto Único Ordenado de la Ley Nº 27444 - Ley del Procedimiento Administrativo General, aprobado por Decreto Supremo Nº 006-2017-JUS, si el administrado acredita la subsanación voluntaria del incumplimiento antes del inicio del procedimiento administrativo sancionador, se dispondrá el archivo del expediente de supervisión en este extremo.
>
> 15.2 *Los requerimientos efectuados por la Autoridad de Supervisión o el supervisor mediante los cuales disponga una actuación vinculada al incumplimiento de una obligación, acarrean la pérdida del carácter voluntario de la referida actuación que acredite el administrado. Excepcionalmente, en caso el incumplimiento califique como leve y el administrado acredite antes del inicio del procedimiento administrativo sancionador la corrección de la conducta requerida por la Autoridad de Supervisión o el supervisor, la autoridad correspondiente podrá disponer el archivo del expediente en este extremo.* (Cursivas y subrayado agregado).

Destacan del numeral 15.2 arriba citado dos cuestiones en particular. Primero, la previsión de que el carácter "voluntario" puede perderse cuando la subsanación tiene lugar como consecuencia de requerimientos efectuados por el supervisor. Sobre el particular, consideramos que este primer extremo limita los supuestos de subsanación voluntaria, de tal modo que puede volverla inaplicable en procedimientos de supervisión y sanción ambiental. En efecto, bajo lo dispuesto en este numeral, existirían incentivos suficientes para que el supervisor o la Autoridad de Supervisión realicen requerimientos a la par que identifican observaciones. La consecuencia práctica sería que el administrado supervisado no podría acogerse en modo alguno a la subsanación voluntaria, pues este carácter voluntario se habría perdido. Bajo esta lógica, como puede advertirse, la subsanación voluntaria carecería de aplicación como eximente de responsabilidad y, lo que es peor, la finalidad del artículo 255 del TUO de la Ley N° 27444 no podría concretarse.

Asimismo, si partimos de la premisa que todo procedimiento de supervisión tiene por finalidad informar al administrado de las obligaciones a su cargo y de las acciones a tomar en cuenta para evitar o reparar las mismas, podríamos llegar al sinsentido que ninguna subsanación puede calificar como voluntaria. Precisamente, esta eventual contradicción nos lleva a reafirmar que, independientemente de que el presunto infractor sea o no requerido a subsanar por el supervisor, el

efectuar la subsanación misma es lo que le permitirá a aquél acogerse a la eximente de responsabilidad.

Segundo, la última disposición del numeral 15.2 citado prevé que, excepcionalmente, la subsanación puede conllevar al archivamiento del procedimiento, únicamente si la presunta infracción involucrada califica como leve. Esta disposición amerita dos críticas. Por un lado, llama la atención cómo el Reglamento de Supervisión excluye la subsanación voluntaria si previamente ésta le ha sido requerida por el supervisor, pero permite que, aun dándose esto último, el presunto infractor pueda subsanar y acogerse a la eximente de responsabilidad si es que la presunta infracción involucrada califica como leve. En realidad, lo que se desprende del numeral 15.2 es que únicamente pueden subsanarse las infracciones leves, aunque incluso, por la redacción de este numeral, puede que se deniegue este eximente, pues quedará en la autoridad acoger este supuesto de forma excepcional. Por otro lado, este extremo del numeral 15.2 y el numeral 15.3– realizan una clasificación entre tipos de incumplimientos (o presuntas infracciones) *leves* o *trascendentes* que no plantea el artículo 255 del TUO de la Ley N° 27444. El criterio por el cual el Reglamento de Supervisión del OEFA realiza esta clasificación y limita el supuesto eximente de responsabilidad por subsanación voluntaria únicamente a los incumplimientos leves carece de asidero legal.

Las dos cuestiones antes mencionadas son muestra de un grave vicio que aqueja al Reglamento de Supervisión: éste ha sido dictado bajo el ejercicio de una función normativa reglamentaria que excede los contornos legales establecidos por el artículo 255 del TUO de la Ley N° 27444. Como tal, el Reglamento en cuestión es ilegal, y desconoce la intención del legislador de brindar supuestos efectivos como eximentes de responsabilidad.

Por otro lado, tenemos el ejemplo del Organismo Supervisor de la Inversión Privada en Energía y Minería (OSINERGMIN) y el Reglamento de Supervisión Fiscalización y Sanción de las Actividades Energéticas y Mineras, aprobado por Resolución de Consejo Directivo N° 040-2017-OS/CD, el cual fue aprobado también para adecuarse a las nuevas disposiciones aprobadas por el Decreto Legislativo N° 1272. Destaca, para efectos del presente estudio, el numeral 15.3 del artículo 15 de dicho Reglamento, el cual incluye un conjunto de incumplimientos que no pueden ser objeto de subsanación. Los citamos literalmente a continuación:

> Artículo 15.- Subsanación voluntaria de la infracción
>
> (…)
>
> 15.3 No son pasibles de subsanación:
>
> a) Aquellos incumplimientos relacionados con la generación de accidentes o daños.
> b) Aquellos incumplimientos de obligaciones sujetas a un plazo o momento determinado cuya ejecución posterior pudiese afectar la finalidad que persigue,

o a usuarios o clientes libres que se encuentren bajo el ámbito de competencia de OSINERGMIN.

c) Incumplimientos sobre reportes o informes de accidentes y/o situaciones de emergencia.
d) Los incumplimientos que impliquen la obstaculización o el impedimento del ejercicio de la función supervisora y/o fiscalizadora de OSINERGMIN, así como el incumplimiento de las medidas administrativas.
e) Incumplimientos relacionados a la presentación de información o documentación falsa.
f) Incumplimientos de normas sobre uso del equipo de Sistema de Posicionamiento Global, obligaciones relativas al uso del Sistema de Control de Órdenes de Pedido (SCOP), o falta de registro y/o actualización de precios de venta de combustible en el Sistema Price de OSINERGMIN.
g) Incumplimientos relacionados con el expendio, abastecimiento, despacho, comercialización, suministro o entrega de Hidrocarburos u Otros Derivados a personas no autorizadas.
h) Incumplimientos relacionados con procedimientos o estándares de trabajo calificados como de alto riesgo, normas que establecen parámetros de medición, límites o tolerancias, tales como, normas de control de calidad, control metrológico, peso neto de cilindros de GLP, parámetros de aire o emisión, existencias, entre otros.
i) Los incumplimientos de indicadores verificados en procedimientos de supervisión muestral, salvo que se acredite el levantamiento de la infracción en todo el universo al que representan las muestras.
j) Incumplimientos relacionados con la obtención de autorizaciones exigibles para una actividad, que fueran obtenidas o regularizadas con posterioridad al inicio del procedimiento administrativo sancionador.
k) Los actos u omisiones que hubiesen generado la imposición de una medida correctiva, medida cautelar o mandato, por parte de OSINERGMIN, orientada al levantamiento del incumplimiento suscitado.
l) Otros que apruebe el Consejo Directivo.

La primera interrogante que surge de la lectura del artículo anterior es la siguiente: ¿qué incumplimientos sí son pasibles de subsanación? Parece que pocos o quizá ninguno, pues la enumeración anterior es muy general y bien podría abarcar gran parte o tal vez todos los supuestos de infracción bajo la competencia de OSINERGMIN.

El criterio adoptado por este ente regulador para aprobar dicho listado no ha sido expresado, pero puede identificarse que en algunos casos se trata de la gravedad de la conducta (cuando el incumplimiento está relacionado con la generación de accidentes o daños, por ejemplo); en otros, de la naturaleza de la infracción (el caso de las obligaciones sujetas a plazo o momento determinado); y en otros, de la supuesta irreversibilidad de la conducta (la

obstaculización en el ejercicio de la función supervisora o la presentación de información falsa).

Llama la atención, en particular, el supuesto descrito en el literal i), que hace referencia a los incumplimientos advertidos en procedimientos de supervisión muestral. Dos son los principales cuestionamientos que podemos realizar a este literal. Primero, bajo el literal i) se subsume la mayoría de los procedimientos de supervisión del OSINERGMIN, lo que de por sí ya descarta la posibilidad de acogerse a la subsanación voluntaria en los procedimientos de supervisión y sanción bajo esta entidad; y, segundo, este literal exige que la subsanación en supuestos de supervisión muestral se efectúe sobre todo el universo que fue materia de muestra, desconociéndose que la subsanación no está limitada a los universos muestrales sino más bien a cada incumplimiento individual advertido, por lo que bien podría subsanarse sólo una parte del universo de muestras tomadas y archivarse el procedimiento en tales extremos.

Se advierte de lo anterior, por tanto, que en el caso de OSINERGMIN se ha empleado la función normativa de este regulador para realizar precisiones a la aplicación de la eximente por subsanación voluntaria que no son previstos por el artículo 255 del TUO de la Ley N° 27444. Como consecuencia de ello, el administrado supervisado o infractor cuenta con menores garantías para acogerse a eximentes en el ámbito del procedimiento sancionador ante esta entidad.

Finalmente, otra entidad que adecuó sus normas de fiscalización y sanción a las modificaciones ahora recogidas en el artículo 255 del TUO de la Ley N° 27444 fue el Organismo Supervisor de la Inversión Privada en Telecomunicaciones (OSIPTEL). Así, el actual Reglamento de Fiscalización, Infracciones y Sanciones de este regulador, aprobado por Resolución de Consejo Directivo N° 087-2013-CD-OSIPTEL y modificado por Resolución de Consejo Directivo N° 056-2017-CD-OSIPTEL, prevé en su artículo 5 las condiciones eximentes de responsabilidad administrativa en los procedimientos sancionadores a su cargo. Entre ellas, se alude al supuesto de subsanación voluntaria, sobre el cual se señala lo siguiente:

> Artículo 5.- Eximentes de responsabilidad
>
> Se consideran condiciones eximentes de responsabilidad administrativa las siguientes:
>
> (…)
>
> iv) La subsanación voluntaria por parte del posible sancionado del acto u omisión imputado como constitutivo de infracción administrativa, con anterioridad a la notificación del inicio del procedimiento administrativo sancionador, al que hace referencia el artículo 22.
>
> Para tales efectos, deberá verificarse que la infracción haya cesado y que se hayan revertido los efectos derivados de la misma. Asimismo, la subsanación

> deberá haberse producido sin que haya mediado, por parte del OSIPTEL, requerimiento de subsanación o de cumplimiento de la obligación, expresamente consignado en carta o resolución.
> (…).

Del mismo modo que en el caso del Reglamento de Supervisión de OEFA, el Reglamento de OSIPTEL acota el carácter voluntario de la subsanación a aquellos supuestos en los cuales no haya mediado un requerimiento expreso de subsanación o de cumplimiento de la obligación mediante carta o resolución[27]. Nuevamente, la posibilidad de que un administrado pueda acogerse a este eximente parece remota, pues en todo procedimiento de supervisión podría efectuarse dicho requerimiento por escrito, inutilizándose en la práctica este eximente de responsabilidad. En realidad, el único énfasis que efectúa el artículo 255 del TUO de la Ley N° 27444 respecto a la subsanación voluntaria es que ésta se realice con anterioridad al inicio del procedimiento sancionador, por lo que el Reglamento del OSIPTEL en cuestión estaría también transgrediendo las reglas básicas del procedimiento sancionador recogidas en el TUO de la Ley N° 27444.

Adicionalmente a ello, el Reglamento de OSIPTEL agrega como condición necesaria que se hayan revertido los efectos de la conducta. En la práctica, además, los órganos resolutivos del OSIPTEL vienen interpretando que, en aquellos casos en donde no es físicamente posible revertir los efectos de la conducta imputada, no cabe aplicar el eximente, aun cuando la conducta haya cesado por iniciativa del mismo administrado antes del inicio del procedimiento sancionador.

Nuevamente vemos aquí un exceso de la potestad reglamentaria que, además, perjudica la situación del administrado. En ese sentido, no sólo existe un apartamiento del texto del artículo 255 del TUO de la Ley N° 27444, sino, a su vez, una vulneración al mandato del artículo 245 de la misma norma que impone no regular condiciones menos favorables a los administrados en el régimen de los procedimientos especiales.

Como hemos expuesto, las entidades antes señaladas se encuentran entre aquellas que han buscado interpretar por vía reglamentaria el concepto de "infracción subsanable", pese a que el legislador no delegó dicha función en la Administración.

La jurisprudencia administrativa ha confirmado estos criterios normativos. Por ejemplo, mediante Resolución Directoral N° 651-2017-OEFA/DFSAI, la Dirección de Fiscalización, Sanción y Aplicación de Incentivos de OEFA desestimó la aplicación de un eximente de responsabilidad sobre la base de la naturaleza supuestamente insubsanable de la infracción consistente en una inadecuada

---

[27] Vale mencionar que esta última interpretación encuentra eco en la doctrina nacional anterior a la modificación. Por ejemplo, J.C. MORÓN URBINA sostuvo, en su momento, que la subsanación debía ser realizada sin instigación de la autoridad. Véase J.C. MORÓN URBINA, *Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General*, 10ma edición, Lima, Gaceta Jurídica, p. 809.

segregación de residuos sólidos, por conllevar ésta un "riesgo moderado", aun cuando en el caso concreto no se materializó en un daño que podría calificarse de irreversible. La conclusión es obvia: ahí donde la ley no hace distinción, no corresponde hacerla a la Administración.

5.2. Nuestra lectura finalista. La subsanación voluntaria como causal que excluye la punibilidad

En el Derecho penal se reconoce a los casos de subsanación voluntaria o cumplimiento voluntario de la obligación incumplida como supuestos de exclusión de punibilidad. Se acepta, entonces, que estamos frente a una conducta típica, antijurídica y culpable; sin embargo, por razones extra-legales, el legislador decide liberar de pena al imputado. Como sostiene el profesor García Cavero[28]: "El fundamento de la punibilidad se encuentra, en definitiva, en la falta de necesidad de pena por factores o criterios que no se desprenden del injusto penalmente relevante"[29].

En la doctrina administrativista se han descrito dichas causales como *excusas absolutorias*, siguiendo así a la doctrina penal[30], y se han definido 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 antijuridicidad, ni a la culpabilidad, sino sólo a la sanción. El *fundamento* de las mismas, que han llegado a ser llamadas 'perdón legal', reside en razones político legislativas, de utilidad o conveniencia diferentes según la concreta causa de que trate"[31]. En sentido similar, la profesora B. Lozano ha señalado que "las excusas absolutorias son causas de extinción de la pena establecidas por el legislador por razones de política criminal que se anteponen a la represión del ilícito cometido, generalmente dirigidas a fomentar la reparación por el delincuente del daño producido"[32]. En el caso concreto, esas razones extra-legales se encuentran en la consideración más *preventiva* de la potestad sancionadora. Se trata, entonces,

---

28 P. GARCÍA CAVERO, *Derecho Penal. Parte General*, 2da. ed., Lima, Jurista, 2012, p. 810.

29 Siguiendo con la lectura desde el Derecho penal, las causas de exclusión de la punibilidad se distinguen en *causas personales* (por ejemplo, el status de congresista que impide sea sancionado por el delito de injuria) y *causas materiales* (por ejemplo, la excepción de verdad en los delitos contra el honor), dependiendo de si la causa de exclusión se halla en factores subjetivos del imputado que sólo lo benefician a él o si se halla en factores objetivos concomitantes o posteriores al hecho delictivo, que por ser objetivos benefician a todos los posibles imputados (GARCÍA CAVERO, op. cit., p. 814).

30 L. JIMÉNEZ DE ASÚA, *Principios de Derecho Penal. La Ley y el Delito*, 3ra. ed., Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1958, p. 433.

31 M. GÓMEZ TOMILLO E I. SANZ RUBIALES, op. cit., pp. 541-542.

32 B. LOZANO, *La extinción de las sanciones administrativas y tributarias*, Madrid, Marcial Pons, 1990, p. 132.

de aminorar el fin represor y privilegiar el fin preventivo-correctivo. En términos sencillos: ya no se quiere castigar, sino educar y corregir conductas dañosas.

La lógica es simple, razonable y, en cierta medida, loable. No es objetivo de la Administración imponer sanciones cuantiosas a los administrados si ellos antes de la imputación han enmendado su error y se ha restablecido la legalidad. Lo que se quiere es una sociedad que se ajuste al Derecho y si ello se consigue sin la intervención o sanción de la Administración, mejor[33]. En este contexto, la supervisión de la Administración no tiene únicamente por objeto la verificación de incumplimientos como justificación para el inicio de un procedimiento sancionador, sino más bien un rol informador o educador para con el administrado, quien con ocasión del procedimiento de supervisión procurará adoptar las acciones necesarias para ajustar su actividad al Derecho.

La posición anterior no sólo ha recibido atención en la doctrina, sino que también ha sido acogido a nivel normativo en el Derecho administrativo peruano. Razón de ello es el artículo 237 del TUO de la Ley N° 27444, respecto a la actividad de fiscalización, el cual señala lo siguiente:

> Artículo 237.- Definición de la actividad de fiscalización
>
> 237.1. 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.* (Cursivas agregadas).
>
> (…)

Como se aprecia, el despliegue del procedimiento de supervisión/inspección/fiscalización[34] se efectúa bajo un enfoque de cumplimiento normativo y de prevención o gestión del riesgo. A nuestro criterio, el numeral antes citado recoge la tesis *preventiva* del procedimiento sancionador, a partir de la cual debemos entender que se prioriza la subsanación de los actos u omisiones que contravienen el ordenamiento, por encima de la aplicación de sanciones. Sobre la base de esta tesis, encuentra sentido que el legislador haya considerado a la subsanación voluntaria como un eximente de responsabilidad y que, en consecuencia, se critique que

---

[33] En ese sentido, compartimos la posición de los profesores M. GÓMEZ TOMILLO & I. SANZ RUBIALES: "Con carácter general, debe ponerse de manifiesto que la técnica de las excusas absolutorias *en el ámbito del Derecho administrativo sancionador probablemente debería tener mucho mayor campo de aplicación*, limitando con ello la discrecionalidad administrativa que se deriva del principio de oportunidad". Véase M. GÓMEZ TOMILLO & I. SANZ RUBIALES, op. cit., p. 544.

[34] Términos que pueden usarse como sinónimos bajo la lectura de la LPAG.

el acogimiento de la misma haya quedado relegado a escasos supuestos. De este modo, el desarrollo reglamentario que ha merecido la subsanación voluntaria ha vaciado de contenido este supuesto, cuando en realidad esta excusa absolutoria califica como una garantía mínima a favor del administrado que debe ser respetada en todo procedimiento administrativo sancionador, tal como lo señala el artículo 245 del TUO de la Ley N° 27444:

> Artículo 245 Ámbito de aplicación de este capítulo
>
> 245.2. Las disposiciones contenidas en el presente Capítulo se aplican con carácter supletorio a todos los procedimientos establecidos en leyes especiales, incluyendo los tributarios, los que *deben observar necesariamente* los principios de la potestad sancionadora administrativa a que se refiere el artículo 246, así como *la estructura y garantías previstas para el procedimiento administrativo sancionador.* (Cursivas y subrayado agregados).
>
> (…)

Esta debe ser, pues, la pauta que deben seguir las entidades de la Administración pública que ejercen funciones sancionatorias, priorizando la educación del administrado y la prevención en la comisión de infracciones y ocurrencia de daños.

5.3. La necesidad de reconocer un enfoque de regulación responsiva

Una de las cuestiones que ha quedado clara del análisis precedente es que existe una discrepancia entre el legislador y la Administración Pública. Con una u otra justificación, la Administración pretende apartarse de lo que el legislador expresamente ha previsto.

Creemos que ello se debe a que la mayoría de entidades de la Administración Pública no reconocen que el legislador ha querido establecer un enfoque de regulación responsiva en este caso. Conforme hemos señalado anteriormente, el solo hecho de haber establecido como eximente de responsabilidad a la subsanación voluntaria constituye una decisión de política legislativa que busca privilegiar el enfoque preventivo.

Luego de años de haber regulado el procedimiento sancionador como un mecanismo principalmente punitivo y, sólo de forma subsidiaria o complementaria, correctivo, el legislador ha considerado necesario realizar un cambio. Y no sólo en el régimen de eximentes de responsabilidad. La regulación del régimen de fiscalización es también muestra de ello.

Ese cambio forma parte de lo que se conoce como *regulación responsiva* o, como otros la llaman, *perspectiva de la luz verde*[35]. Es decir, la idea que la regulación debe

[35] S. MONTT, "Autonomía y responsividad: Dos expresiones de la vocación juridificadora del derecho administrativo y sus principios fundamentales", *Documento de Trabajo N° 4*, Centro de Regulación

responder a las circunstancias, al contexto, etc.[36]. Como tal, la regulación responsiva atiende a una serie de estrategias dependiendo del caso. Se parte, por ejemplo, de la premisa que una estrategia eminentemente punitiva puede perjudicar la buena voluntad de aquellos motivados por un sentido de responsabilidad[37].

En ese sentido, se dice lo siguiente:

> El truco para una regulación exitosa es establecer sinergia entre castigo y persuasión. El castigo estratégico asegura que la persuasión regulatoria es algo que debe ser tomado en cuenta. La persuasión legitima el castigo como razonable, justo e incluso algo que puede generar remordimiento o arrepentimiento[38]. (Traducción libre).

Surge así la idea de una pirámide regulatoria de medidas subsidiarias que van escalando conforme se mantenga el incumplimiento. La base implica una estrategia de persuasión o diálogo (como resulta ser la imposición de una recomendación o una medida correctiva), cuya falla recién permite utilizar una estrategia más dura o punitiva (como resulta ser la imposición de una multa o la revocación de una autorización).

Vale notar lo señalado anteriormente por los autores citados. El rol legitimador de la persuasión es clave. Sobre todo, en un escenario como el nuestro, en donde la cantidad de tipos infractores genera, a su vez, una enorme cantidad de procedimientos sancionadores. El ejercicio exclusivo de sanciones en estos casos resulta contraproducente[39] y deslegitimador de la sanción, en la medida que el ciudadano ve la sanción como algo que necesariamente va a ocurrir por capricho de la Administración, mostrándose –por ende– renuente a cooperar con ella.

Nótese, además, que ello no implica negar la existencia de una potestad sancionadora fuerte. Por el contrario, lo que propone la regulación responsiva es asegurar que las sanciones sean fuertes (*benign big guns* en la terminología de Ayres & Braithwaite[40]), pero aplicables solo en caso el diálogo fracase.

Consideramos que esa premisa es la que justifica la incorporación de la eximente de responsabilidad por subsanación voluntaria en los términos que ha sido plasmado por el legislador, sin las restricciones que está aplicando la Administración Pública. En efecto, en otro trabajo, J. Braithwaite ha sido claro al enfatizar que el uso estratégico de la pirámide regulatoria debe pasar por evitar la tentación de

---

y Competencia de la Universidad de Chile, 2010, pp. 18-23.

36 I. AYRES & J. BRAITHWAITE, *Responsive Regulation. Transcending the Deregulation Debate*, Oxford, Oxford University Press, 1992, p. 5.

37 I. AYRES & J. BRAITHWAITE, op. cit., p. 19.

38 I. AYRES & J. BRAITHWAITE, op. cit., pp. 25-26.

39 S. MONTT, op. cit., p. 21.

40 I. AYRES & J. BRAITHWAITE, op. cit., p. 19.

categorizar los incumplimientos, como lamentablemente se viene haciendo entre nosotros:

> El uso estratégico de la pirámide requiere que el regulador se resista a categorizar problemas en menores asuntos que deben ser atendidos en la base de la pirámide, asuntos más serios que deben ser atendidos en el medio, y los más graves en la cima de la pirámide. Incluso en los asuntos más serios – incumplimientos de las obligaciones legales para operar una planta nuclear que pone en riesgo miles de vidas, por ejemplo – debemos mantener la presunción que es mejor empezar con el diálogo en la base de la pirámide[41]. (Traducción libre).

Lamentablemente ello no ha sido ni está siendo apreciado en los casos que antes hemos mencionado[42], en donde se está restringiendo el uso de una estrategia de persuasión (como es la aplicación del eximente de responsabilidad por subsanación voluntaria) en función de los tipos de incumplimiento, en lo que se revela como una estrategia estrictamente punitiva.

Por el contrario, consideramos que es necesario reconocer el enfoque de regulación responsiva que trae consigo esta modificación legislativa. Y, siendo consecuentes con ello, hay que interpretar y aplicar el eximente de responsabilidad por subsanación voluntaria sin más restricciones que las previstas expresamente en la misma ley.

5.4. Criterio para determinar las infracciones susceptibles de subsanarse voluntariamente

Aceptada la *subsanación voluntaria antes de la imputación de cargos* como un eximente de responsabilidad que responde a una *causa de exclusión de punibilidad* y como un *mecanismo de persuasión en la lógica de la regulación responsiva*, es necesario establecer un criterio que permita deslindar cuándo puede activarse dicho eximente y cuándo no. Los criterios que hemos analizado responden a un análisis lingüístico semántico de la norma (¿qué es subsanable?, ¿qué es voluntario?), característicos de una lectura literal de la disposición normativa. A nuestro criterio, es necesario realizar una lectura finalista, como hemos visto anteriormente.

Si lo que se busca con esta causal eximente es "perdonar" al administrado que ha corregido su conducta sin irrogar costos al Estado (y ello se consigue mediante

---

41 J. BRAITHWAITE, "The essence of responsive regulation", *U.B.C.L. Review*, Vol. 44, 2011, p. 483.

42 Ello sin perjuicio de la aplicación de la regulación responsiva en otros ámbitos, como sucede con la regulación de barreras burocráticas. Al respecto, recomendamos la lectura de OCHOA MENDOZA, "¿Es posible hacer cumplir la ley sin sancionar? Aplicando de manera «responsiva» la regulación en el Perú, a propósito del caso de abogacía de la competencia sobre las barreras burocráticas en el mercado de servicios públicos", *Derecho PUCP*, N° 76, 2016.

la disposición que la hace aplicable antes de la *imputación de cargos*), el criterio clave es "corrección". Entonces, si es posible "corregir" la conducta, entonces es posible subsanarle voluntariamente. De ahí que carezca de sentido lo establecido en el reglamento de OSINERGMIN cuando cataloga como *infracción insubsanable* el inicio de actividades sin título habilitante previo, por ejemplo. Si seguimos la lógica de OSINERGMIN, toda infracción sería insubsanable por la sencilla razón que es imposible para el administrado retroceder en el tiempo y adecuar su conducta conforme a Derecho.

Es más, el caso mencionado es uno de los supuestos paradigmáticos en donde sí se considera como subsanable la infracción, sobre la base del criterio de *reparación del daño*.[43] Ahora, *no es necesario entrar a discutir qué se entiende por corrección, como han hecho las autoridades peruanas*. Por el contrario, creemos que existe un criterio normativo más fuerte y razonable para analizar estos casos.

Como se sabe, el procedimiento sancionador de hoy está enderezado no sólo a imponer una sanción, sino además a ordenar una medida correctiva cuyo objetivo se condice con el fundamento de las llamadas excusas absolutorias: *privilegiar el restablecimiento de la legalidad por sobre la punición*. Precisamente aquí encontramos el criterio normativo necesario para deslindar cuándo se aplica el eximente, sobre la base del enfoque de regulación responsiva que antes hemos descrito.

Vale destacar que antes de la modificación del Reglamento de Supervisión del OEFA, la Dirección de Fiscalización, Sanción y Aplicación de Incentivos de esta entidad interpretó el eximente con un criterio similar al esbozado por nosotros. En efecto, mediante Resolución N° 41-2017-OEFA-DFSAI del 13 de enero de 2017, en caso seguido contra Vicente Taboada Almora por realizar actividades de comercialización de hidrocarburos sin contar con registro de residuos sólidos, la referida Dirección archivó el procedimiento, habiendo constatado que el imputado subsanó la infracción al obtener el registro en el año 2015 (antes de la imputación de cargos), pese a que la infracción fue detectada en la supervisión del año 2013 y el administrado fue advertido de ello en la correspondiente acta y en los informes posteriores. Es decir, la Dirección no necesitó evaluar la *voluntariedad o espontaneidad* de la subsanación, bastándole constatar que se había restablecido la legalidad.

En ese sentido, la conclusión a la que arribamos es la siguiente: *el criterio para determinar si es aplicable el eximente de responsabilidad por subsanación voluntaria consiste en verificar si, en caso se siguiera el procedimiento sancionador, éste*

[43] En ese sentido, vale la pena mencionar lo señalado por J.C. MORÓN URBINA en su conocido manual: "La situación que nos plantea la norma se haya referido al caso del infractor que reconociendo su ilícito realiza el acto debido (Ej. La obtención de licencia, cuando había iniciado actividades sin el título habilitante). No solo se trata de un pasivo arrepentimiento por el ilícito (Ej. La confesión de la falta) sino procurar de manera espontánea la reparación del mal o daño causado" (J.C. MORÓN URBINA, op. cit., p. 809).

culminaría con una medida correctiva. Si se concluye que no sería necesaria ya una medida correctiva porque resulta suficiente lo realizada por el administrado-imputado, entonces se debe concluir que ha operado el eximente de responsabilidad por subsanación voluntaria.

La idea que subyace es que lo importante es el restablecimiento de la legalidad, sea mediante una conducta que efectivamente elimine los efectos de la infracción, sea mediante una conducta que implique el cese de la infracción, garantizando que hacia futuro no se volverá a quebrantar la legalidad. La noción de un enfoque preventivo de la sanción y la necesidad de promover una regulación responsiva justifican plenamente la tesis defendida aquí.

VI. CONCLUSIONES

Si bien los fines del Derecho penal y el Derecho administrativo sancionador podrían no coincidir –lo cual es bastante cuestionable–, lo cierto es que no puede negarse que "delito" e "infracción" constituyen ilícito de la misma naturaleza y estructura. Siendo ello así, la teoría del delito es aplicable y útil para construir una teoría de la infracción administrativa.

Dicho ello, existe una íntima vinculación entre los componentes de la estructura de la infracción (tipicidad, antijuridicidad, culpabilidad y punibilidad) y los eximentes de responsabilidad que responden esencialmente a situaciones en las cuales dichos componentes están ausentes. En virtud de ello, la interpretación que se realice para determinar la configuración de un eximente de responsabilidad, necesariamente ha de tomar en cuenta que su fundamento reside en los componentes antes descritos.

Centrándonos en el caso de la punibilidad, la doctrina es pacífica en considerar que los casos de ausencia de ésta se deben a razones político-criminales que han determinado que no se quiera sancionar, pese a la concurrencia de una acción típica, antijurídica y culpable. Entonces, para evaluar la configuración de una causal eximente de responsabilidad por ausencia de punibilidad, necesariamente ha de tomarse en cuenta las razones político-criminales que han determinado su incorporación en la norma.

La causal eximente por subsanación voluntaria es precisamente un supuesto de ausencia de punibilidad que la doctrina penal ha descrito como *excusa absolutoria* y que se sustenta en la primacía que el Estado concede al restablecimiento de la legalidad en lugar de la sanción. En razón de ello sostenemos que, por pequeño que sea el cambio en la Ley del Procedimiento Administrativo General, la incorporación de dicho eximente en realidad revela un giro en el modo de entender la potestad sancionadora, asociándola a la moderna noción de *intervención mínima de la potestad sancionadora* de la que nos habla L. Alarcón y a la noción de *regulación responsiva* de la que nos hablan I. Ayres y J. Braithwaite.

Acorde con dicho fin de política legal es que deben analizarse los casos en los que se discuta la configuración de la eximente. De manera tal que no cabe pues recurrir a lecturas estrictamente gramaticales en donde se deslinde lo que es "voluntario" o "subsanable". Si lo que inspira dicha eximente es un cambio radical que privilegia el restablecimiento de la legalidad antes que la punición, entonces el único criterio admisible para entender configurado el eximente es determinar si se ha restablecido la legalidad antes de la imputación de cargos. Y ello se mide en función de la pertinencia y necesidad de imponer una medida correctiva.

Proponemos, entonces, este criterio simple y de corte finalista: si al momento de imputar los cargos se determina que al culminar el procedimiento sancionador no se impondría ninguna medida correctiva porque la legalidad ha sido restablecida por el mismo administrado, entonces debe entenderse configurado el eximente por subsanación voluntaria y declararse el archivo del procedimiento.