

# ¡SÁLVESE QUIEN PUEDA! LA ELUSIÓN DE LA SUBSANACIÓN VOLUNTARIA COMO EXIMENTE DE PUNICIÓN POR PARTE DE LA ADMINISTRACIÓN\*

## ¡RUN FOR YOUR LIFE! THE ELUSION OF VOLUNTARY CORRECTION AS AN EXEMPTION FROM PUNISHMENT BY THE ADMINISTRATION

Tessy Torres Sánchez\*\*

Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental

*This work analyses the concept of voluntary correction as an exemption from punishment in Law 27444 - Law for General Administrative Procedures, and the risks that such regulation can generate in the public administration's labor to promote compliance, given that it prevents punishment to serve as a general deterrent for the individuals; it could only apply to permanent infractions; it doesn't ponder the risk or damage created by the behavior; and it doesn't establish a limit to the possibility of correction.*

*Specific regulation issued by some of the administration's public agencies to counter such problems has been revised, and the legislator's purpose when regulating voluntary correction has been examined, concluding that there is a need of complement in traditional law enforcement –which has a punitive approach– with alternative and preventive mechanisms, insufficiently regulated and explored.*

**KEY WORDS:** Sanction; damages; risk; voluntary correction; law enforcement; compliance; environmental violations; penalty procedure.

*El trabajo analiza la figura de la subsanación voluntaria como eximente de punición en la Ley 27444 – Ley del Procedimiento Administrativo General, y los riesgos que tal regulación puede generar en la labor de promoción del cumplimiento de la administración pública, dado que impide que la sanción cumpla su finalidad preventiva general frente a los administrados; aplica sólo a las infracciones permanentes; no pondera el riesgo o daño generado por la conducta; y no establece un límite a la posibilidad de subsanación.*

*Se hace una revisión de las normas especiales emitidas por algunos organismos públicos para contrarrestar dicha problemática y se examina la intención del legislador al regular la subsanación voluntaria, concluyendo en que existe la necesidad de complementar la fiscalización tradicional –que tiene un enfoque punitivo– con mecanismos alternativos y preventivos, insuficientemente regulados y explorados.*

**PALABRAS CLAVE:** Sanción; daño; riesgo; subsanación; fiscalización; cumplimiento de la ley; infracciones ambientales; procedimiento sancionador.

\* Las opiniones expuestas en el presente artículo recogen mi experiencia profesional y no comprometen el accionar institucional del Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental.

\*\* Abogada. Presidenta del Consejo Directivo del Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental. Contacto: tessyttores@outlook.com.pe.

## I. LA POTESTAD SANCIONADORA DE LA ADMINISTRACIÓN PARA CAUTELAR EL MEDIO AMBIENTE

### A. Generalidades

La potestad sancionadora de la Administración Pública es uno de los mecanismos a través de los cuales se reacciona frente a conductas que contravengan o incumplan los mandatos normativos tipificados como **infracciones** y la reacción es la sanción.

Dicha potestad tiene además una finalidad superior, dado que con la promoción del cumplimiento normativo —mediante el castigo a los responsables de las conductas ilícitas— se alcanza el objetivo de política pública que sustenta la regulación.

Por estas razones, en principio, puede decirse que “la eficacia del sistema jurídico depende de la existencia de suficientes facultades coercitivas en la Administración para garantizar su cumplimiento” (Pedreschi Garcés, 2003, p. 529).

El postulado precedente tiene como premisa que el Estado, al momento de regular, efectúe un análisis de la conducta que prohíbe o que promueve en función de su grado de lesividad y de una correcta evaluación de cuáles son las estrategias adecuadas para promover el cumplimiento de tal mandato, justificando así que en efecto corresponda calificarla como supuesto típico punible de sanción<sup>1</sup>.

La imposición del castigo estaba originalmente reservada para el Derecho Penal en los ordenamientos; posteriormente, el Derecho Administrativo Sancionador surge como consecuencia de una nueva intensidad de la intervención pública del Estado: este asume la labor de garantizar ciertos bienes sociales y colectivos, salvaguardándolos con medidas normativas de prevención, y medidas sancionadoras a los infractores (Nieto, 2011, pp. 181-182).

En estos dos sectores, las normas sancionadoras buscan tutelar la protección de bienes jurídicos. La aceptación del criterio material —entendido como el grado de afectación de la sanción al individuo responsable— para distinguir al Derecho Administrativo Sancionador del Derecho Penal es uno cuya aceptación no ha sido pacífica en la doctrina, refiriendo por ejemplo a los casos en los que las

sanciones administrativas terminan siendo más leves por meras infracciones al sujeto sancionado que ciertas sanciones penales por la comisión de algunos delitos (Nieto, 2011, pp. 128-130).

Sin embargo, que la sustantividad del bien jurídico protegido sea el criterio para diferenciar al ámbito penal del administrativo resulta no sólo útil, sino además consecuente con el principio de intervención mínima del Derecho Penal como última ratio (Huerdo Lora, 2007, pp.143-148).

Al mismo tiempo, hay una distinción adicional que merece ser hecha entre el Derecho Penal y el Derecho Administrativo Sancionador. Como bien dice Nieto, “la clave del sistema administrativo sancionador no se encuentra en el daño sino en el riesgo, no en la represión sino en la prevención (que no sería un mero efecto colateral)”. Ello tiene que estar complementado con el incremento exponencial del riesgo en proporcionalidad con los avances tecnológicos (2011, p. 182).

### B. Bien jurídico a proteger: el ambiente

Las actividades económicas de los seres humanos pueden generar significativos riesgos a los bienes colectivos, como lo son el medio ambiente y la salud de las personas, creando así la necesidad no solo de reglas vinculadas a tales conductas, sino de una aplicación de las normas con mayor eficacia. Esto se debe, esencialmente, a que las infracciones de mera actividad se consuman sin la necesidad de que exista un daño subsecuente (por ejemplo, la realización de actividades productivas que generan un riesgo al no contar con la certificación ambiental).

La evolución tecnológica que experimenta la vida en sociedad ha venido acompañada del desarrollo de un principio fundamental para la protección del ambiente; el **principio de precaución o precautorio**, recogido en el artículo VII del Título Preliminar de la Ley 28611 – Ley General del Ambiente.

En el mismo sentido, el grado de protección al ambiente es de tal intensidad, que el Estado —buscando salvaguardar la integridad de ese bien jurídico colectivo— asume un rol ya no de reparación de daño o de responsabilización *ex post* del administrado, sino más bien uno que proteja al entorno antes de que el riesgo se materialice. Como bien refiere Restrepo Puentes, “hoy en día el Principio

<sup>1</sup> Una de las etapas del ciclo regulatorio que promueve la Organización para la Cooperación y Desarrollo Económicos (en adelante, “OCDE”) para mejorar la calidad de las regulaciones es el análisis de alternativas para determinar cuáles son las propuestas más convenientes para la solución del problema público que la norma pretende solucionar. Dentro de dicho análisis, corresponde ponderar cuál es la estrategia de *enforcement* más efectiva (OCDE, 2011, pp. 74-76). En nuestra legislación es usual que la opción regulatoria sea establecer un régimen sancionador.

de Precaución exige que la falta de conocimiento científico no constituya excusa para la utilización de elementos que puedan afectar al medio ambiente” (2013, p. 188).

Nuestra legislación ha asumido una posición consecuente con lo explicado en el párrafo anterior; la Administración cumple una función de gestión de riesgos, de los cuales algunos presentan tal intolerancia para el desarrollo de la sociedad que no exige la existencia de dolo o culpa. Tan es así, que el ordenamiento admite, según el numeral 10 del artículo 246 del Texto Único Ordenado de la Ley 27444 – Ley de Procedimiento Administrativo General (en adelante, “T.U.O. de la LPAG”), la responsabilidad objetiva en los casos en los que la ley lo permita. Este es el caso, por ejemplo, que prevé la Ley 28611 – Ley General del Ambiente:

Artículo 74.- De la responsabilidad general

Todo titular de operaciones es responsable por las emisiones, efluentes, descargas y demás impactos negativos que se generen sobre el ambiente, la salud y los recursos naturales, como consecuencia de sus actividades. **Esta responsabilidad incluye los riesgos y daños ambientales que se generen por acción u omisión.** [El énfasis es nuestro].

Como se aprecia, el legislador ha optado por una normativa que protege de manera más intensa los bienes jurídicos colectivos, en tanto el solo riesgo producto de su actividad hace responsable al administrado. Es decir, para la responsabilidad del mismo no se requiere el análisis del factor subjetivo del sujeto que cometió la infracción<sup>2</sup>.

El objeto del presente artículo es analizar la figura de la subsanación voluntaria como eximente de punición administrativa (recogida en el numeral 1 del artículo 255 del TUO de la LPAG) y su posible efecto en el ejercicio de la potestad sancionadora otorgada a la autoridad administrativa, haciendo un especial énfasis en las posibles consecuencias en el tema ambiental.

## II. CONCEPTO Y FINALIDAD DE LA SANCIÓN

Si bien la potestad sancionadora se ha fortalecido a través del fenómeno de la despenalización de infracciones menos graves a los bienes jurídicos, esto no ha facilitado la labor de definir lo que materialmente significa una sanción.

Una manera de aproximarse a ello es hacer la distinción entre medidas administrativas no-sancionadoras y las sanciones propiamente dichas. Rebollo Puig hace la siguiente conceptualización: ciertas medidas administrativas son sanciones “porque se prevén como castigo, porque se configuran como un mal que deliberadamente se inflige al infractor, retribución de su ilícito y expresión del reproche que merece su conducta” (2013, p. 134). La sanción está caracterizada por su naturaleza punitiva (aflige al administrado infractor) sin perjuicio de que pueda estar acompañado de medidas que reestablezcan la realidad a una situación de licitud.

Para Rebollo Puig “el concepto de sanción, además de muy relevante, no es fácil ni queda al albur de lo que nominalmente digan las normas que prevén genéricamente la medida ni de lo que diga la Administración que la aplica al caso concreto” (2010, p. 59). De ello se desprende que la característica esencial de una medida sancionadora yace en el criterio material y no necesariamente en el criterio formal (es decir, cómo lo denomine la norma).

Por su parte, Huergo Lora señala que la sanción busca castigar o retribuir, mientras que las otras medidas administrativas tienen la finalidad de satisfacer intereses públicos (2007, p.225).

De acuerdo a lo dicho, una **sanción** está basada materialmente en el carácter represivo o retributivo de la medida impuesta, y esto es lo que la define como tal. La aflicción causada al administrado que ha incurrido en la infracción no busca revertir la conducta que contraviene a la norma a una situación que se ajuste a ella, sino su castigo.

Ahora bien, las sanciones, no agotan su finalidad en la dimensión represiva. Es decir, no sólo deben cumplir una **función retributiva**, sino que al mismo tiempo deben cumplir una función fundamental para la llamada **prevención general**.

La sanción –en principio– salvaguarda la efectividad de la norma que la conducta ha transgredido, imponiendo un gravamen siempre dentro de los principios de la potestad sancionadora de la administración. Tal consecuencia jurídica, entendida como un “mal infringido por la Administración a un administrado como consecuencia de una conducta ilegal” (García de Enterría y Fernández, 2004, p. 1064), se dará en la forma de una obligación de multa-sanción, la privación de ciertos bienes o de un derecho. Es justamente a lo que se

<sup>2</sup> En cuanto al principio de culpabilidad y la figura de la responsabilidad subjetiva y objetiva, véase Baca Oneto (2010).

refiere Rebollo Puig cuando equipara a la sanción con una “expresión del reproche” que merece la conducta infractora (2013, p. 134). Tal reproche tiene justamente una función de **prevención general**: esto es “disuadir a los que, intencionada o negligentemente, estén próximos a la infracción, y una función de **prevención especial**, consistente en que el sujeto infractor no vuelva a infringir de nuevo la norma” [El énfasis es nuestro] (Muñoz Machado, 2005, p. 1368).

Es necesario advertir entonces que “la función esencial de las sanciones administrativas es **castigar** para así **prevenir** o **evitar** la comisión de acciones que se consideran indeseables. Con la amenaza de la sanción se trata de que el destinatario de la norma adecue su comportamiento al mandato o la prohibición que la misma contiene [...]” [El énfasis es nuestro] (Cano Campos, 2009, p. 88). Es decir, la sanción tiene una finalidad primaria (que es retributiva específicamente en el castigo) y una finalidad secundaria (la disuasión para quien podría realizar tal conducta).

Así, la **finalidad preventiva general o disuasoria** de la sanción está ligada de manera crucial con la protección posterior de los bienes jurídicos. Mientras que la sanción efectivamente **castiga**, sus efectos deseados no se pueden agotar en tal aspecto: la idea es vencer la resistencia de los administrados a orientar sus conductas a la norma a partir de evidenciar de que quien infringe es castigado.



En materia ambiental, las infracciones son consideradas como tales por la existencia de un riesgo al bien jurídico protegido (y, desde luego, lo serán también cuando el daño se materialice) (Rojas, 2013, p. 18). La gestión de riesgos ambientales exige, por ende, que la imposición de una sanción no solo cumpla una función frente al administrado infractor, sino que logre disuadir –y ello con mayor importancia, frente a la amenaza al bien jurídico ambiental– al propio infractor y al resto de administrados de crear tales riesgos al contravenir la norma.

#### IV. LA SUBSANACIÓN VOLUNTARIA COMO EXIMENTE DE PUNICIÓN

Con el Decreto Legislativo 1272, publicado en el Diario Oficial El Peruano el 21 de diciembre del 2016, se modificaron ciertos aspectos de la Ley 27444, destacando la inclusión de la **subsanción voluntaria** como eximente de punición. Así, el T.U.O. de la LPAG establece:

Artículo 255.- Eximentes y atenuantes de responsabilidad por infracciones

1.- Constituyen condiciones eximentes de 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 subsanción 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<sup>3</sup>** [El énfasis es nuestro].

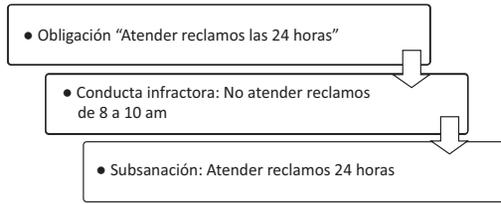
Cabe hacer la distinción entre la figura eximente derivada de la subsanción voluntaria y el resto de supuestos: mientras que las primeras cinco son figuras que responden a las exigencias de culpabilidad y antijuridicidad, la subsanción voluntaria no incide sobre estas últimas. Su inclusión tiene mas bien impacto sobre la punición que la conducta típica –antijurídica e incluso culpable– merece, de la cual el administrado se libera en caso se configuren los requisitos señalados.

La subsanción, entonces, está referida a cumplir con lo que se le obliga o dejar de hacer lo que se prohíbe. Es decir, es la conducta infractora la que se está involucrada en la subsanción y no la reparación de las consecuencias.

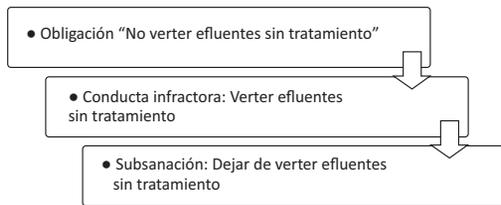
<sup>3</sup> La versión derogada del artículo en cuestión establecía que la subsanción voluntaria por parte del posible sancionado del acto u omisión imputado como constitutivo de infracción administrativa, antes del inicio del procedimiento administrativo sancionador, constituía condición atenuante de la responsabilidad.

**Gráfico 2. Representación de la subsanación en dos temas (Protección al Consumidor y Medio Ambiente)**

**Ejemplo en Protección al consumidor**



**Ejemplo en Medio Ambiente**



**IV. POSIBLES EFECTOS NO CONTEMPLADOS AL REGULAR LA SUBSANACIÓN VOLUNTARIA COMO EXIMENTE DE PUNICIÓN**

Considerando lo expresado anteriormente, se presenta a continuación una discusión sobre los posibles riesgos no contemplados al regular la subsanación voluntaria como eximente:

- a) no permitiría que la sanción cumpla su finalidad preventiva general;
- b) aplicaría sólo a las infracciones permanentes;
- c) no ponderaría el riesgo o daño generado por la conducta; y
- d) no establecería un límite a la posibilidad de subsanación.

A continuación, se procede a discutir cada riesgo:

**A. La subsanación voluntaria y la finalidad preventiva de la sanción**

Como hemos establecido previamente, la sanción cumple dos finalidades. La primera de ellas, que la distingue del resto de medidas administrativas, es la retributiva. Pero el castigo, además, fortalece la efectividad de la norma (a partir de su cabal cumplimiento) no sólo frente al administrado infractor (prevención especial), sino respecto del resto de administrados en su finalidad de prevención general. Sobre tal dimensión, nos dice de Palma Del Teso:

La finalidad del Derecho Administrativo Sancionador es, por tanto, dar protección a ciertos bienes jurídicos mediante la prevención de las conductas que los pueden lesionar o poner en peligro. [...] La exigencia de responsabilidad punitiva sirve, pues, para evitar infracciones futuras, y se legitima tanto en la culpabilidad del autor, como en la función del Estado de asegurar la adecuada convivencia de todos los ciudadanos. En definitiva, la necesidad de la sanción administrativa deriva de fines preventivos, al objeto de evitar que el autor cometa en el futuro nuevas infracciones, y confirmar a los ojos de la generalidad la vigencia de la norma jurídica (1996, pp. 43-44).

Ello es además entendible en tanto la Administración no solo sanciona la conducta según el daño que le cause al bien jurídico, sino que también puede –y debe– sancionar por la puesta en riesgo del mismo. Y, en tanto la creación del riesgo es justamente lo que se quiere prevenir, la sanción sirve como figura ejemplar frente al propio infractor y al resto de los administrados.

Gunnigham hace un estudio extensivo sobre el rol preventivo o disuasivo de las sanciones administrativas y sus efectos en los administrados. Es importante notar cómo en su estudio, basado en evidencia, muchos representantes de empresas bajo el umbral de la Administración refirieron que, de no existir una eficacia en la aplicación de la norma, no seguirían el mandato normativo, no solo porque sus propias motivaciones para cumplir no serían las mismas, sino porque resentirían que sus competidores no siguiesen tales mandatos (2010, p. 575).

Por otro lado, el mismo autor hace referencia a que las sanciones administrativas ofrecían una herramienta de disuasión con efectos considerables:

Escuchar sobre las sanciones impuestas a otras empresas tuvieron un efecto tanto ‘recordatorio’ como de ‘seguridad’ [para el resto de administrados], recordándoles que revisen su propio estatus de cumplimiento y asegurándoles que, si es que invertían en sus esfuerzos de cumplimiento, sus competidores que no cumplieren probablemente no saldrían indemnes. Así, la disuasión general, aunque fundamentada con motivaciones normativas y de otros tipos, continuó jugando un rol significativo<sup>4</sup> (2010, p. 576).

<sup>4</sup> Traducción de: “Hearing about sanctions against other firms had both a ‘reminder’ and a ‘reassurance’ function – reminding them to review their own compliance status and reassuring them that if they invested in compliance efforts, their competitors who cheated would probably not get away with it. Thus, general deterrence, albeit entangled with normative and other motivations, continued to play a significant role”.

La sanción, entonces, tiene un impacto en la disminución de las conductas infractoras hacia el futuro. El análisis previo a la decisión de cometer tales conductas por parte de los administrados se hará siempre considerando que la Administración **efectivamente** sanciona la contravención de la norma en lo que ella tipifica como infracción.

La evidencia de la importancia de la función de prevención general que cumple la sanción administrativa se fortalece con los estudios que se han realizado en cuanto a los efectos de las sanciones en los administrados:

La disuasión, a pesar de todas sus fallas, puede impactar de manera más extensiva al manejo de riesgo y la actividad de cumplimiento. Tres quintas partes [3/5] de las compañías que respondieron estaban al tanto de serias consecuencias punitivas que se les estaban imponiendo a organizaciones en su sector y, de esas tres quintas partes, más del ochenta y cinco por ciento [85%] dijo que ese conocimiento había impactado en su propio manejo de riesgo 'fuertemente' o 'de alguna forma'. Esto sugiere que los sistemas de manejo de riesgo de poco más de la mitad de las compañías que respondieron habían sido afectados por las experiencias sancionadoras de otras compañías. El número porcentual de todas las compañías que fueron similarmente influenciadas por sus propias experiencias directas con sanciones fue alrededor de 40 por ciento<sup>5</sup> [40%] (Baldwin, 2004, p. 373).

La función preventiva que genera la sanción se ve limitada por la figura de la subsanación voluntaria en nuestra legislación. En efecto, si la sanción no se llega a materializar, no habrá ninguna respuesta frente a la conducta infractora que disuada ni al propio administrado infractor, ni a los demás agentes del mercado, de realizarla.

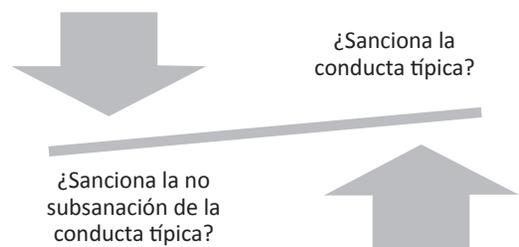
Esto está vinculado directamente con la cuestión del objeto de la sanción. La pregunta reza; ¿qué sanciona la Administración? Si la respuesta es la conducta típica, en tanto genera un riesgo o un daño intolerable para el bien jurídico protegido, entonces la subsanación voluntaria no debería permitir que el administrado se libere del castigo, porque, en tanto la voluntad del legislador ha sido la de prohibir u obligar cierta conducta, la posibilidad de subsanación antes de que se inicie el procedimiento cambia totalmente el eje de la voluntad legislativa.

Nos explicamos: si entendemos que "x" es una conducta que constituye una infracción según lo establecido en la norma, entonces la sanción al administrado se dará por realizar "x" (es decir, es la consecuencia directa del supuesto de hecho que la disposición contiene).

Ahora bien, con la figura de la subsanación voluntaria como eximente de punición, el supuesto se distorsiona: si el administrado realiza "x" por un periodo, y cesa la realización de tal conducta, "x" ya no será sancionada (en tanto se encontrará subsanada). En realidad, y absurdamente, el motivo de la sanción ya no es la conducta "x", sino más bien el que "x" no haya sido subsanada de manera oportuna según el criterio de la norma.

Consecuentemente, "x" perdería su característica de conducta sancionable frente a la generalidad de los administrados, lo que resulta diametralmente opuesto a lo que la sanción busca: en vez de desincentivar la realización de "x", podría incentivar a los administrados a realizar "x" por un periodo lo suficientemente corto como para que no se inicie el procedimiento administrativo sancionador, pero lo suficientemente largo como para haber generado algún riesgo o daño al bien jurídico que la norma quiere proteger (además de poder percibir un beneficio por la conducta ilícita).

Gráfico 3. ¿Qué sanciona la Administración?



**B. La subsanación voluntaria aplicaría sólo a las infracciones permanentes**

De acuerdo a Morón Urbina (2017), las infracciones pueden ser:

- Instantáneas sin producir un efecto antijurídico duradero
- Instantáneas con efectos permanentes
- Continuas
- Permanentes

<sup>5</sup> Traducción de: "Deterrence, for all its faults, may impact more extensively on risk management and compliance activity. Three fifths of our respondent companies were aware of serious punitive consequences being imposed on organisations in their sector and, of those three fifths, over eighty-five percent said that this knowledge had impacted on their own punitive risk management 'very strongly' or 'somewhat'. This suggests that the punitive risk management systems of just over half of all respondent companies had been affected by the sanctioning experiences of other companies. The figure for the percentage of all companies who were similarly influenced by their own direct experience of sanctioning was around 40 per cent".

La subsanación voluntaria, tal cual ha sido establecida en el T.U.O. de la LPAG, no señala de manera precisa a cuáles tipo de infracciones puede ser aplicada. No obstante, del análisis se desprende que omite a las infracciones instantáneas sin efecto permanente, dado que la subsanación sería materialmente imposible.

Sin embargo, en algunos casos la comisión de infracciones instantáneas tiene efectos leves (como podría ser, por ejemplo, el incumplimiento de un requisito formal que no genera afectación alguna, por lo que podría encontrarse justificado un eximente de punición). Esto evidencia que el legislador no ha realizado un adecuado análisis de los tipos infractores desde una perspectiva fundamental, como es el grado de lesividad que se derive de ellos.

### C. La subsanación voluntaria y el riesgo o daño derivado de la infracción

El artículo 255, numeral 1, inciso f del T.U.O. de la LPAG no incorpora como requisito adicional a la subsanación voluntaria, como eximente de punición —es decir, al cese o corrección de la conducta infractora—, la reparación de los daños causados.

En efecto, de acuerdo a lo establecido en el texto normativo, para lograr la eximencia de punición en mérito a la subsanación, se debe cumplir tres requisitos: i) que la conducta sea subsanada, ii) que el administrado no haya sido notificado de los cargos que se le imputan (lo que determina el inicio del procedimiento administrativo sancionador), y iii) que la subsanación se haga de manera voluntaria.

A manera de ejemplo, podemos referirnos a una compañía que transporta petróleo. Para reducir sus costos, tal compañía es negligente con los mecanismos de seguridad que la norma exige para el transporte de dicho hidrocarburo y, como consecuencia de ello uno de sus buques termina por derramar petróleo en mar por el que transita. En la medida que no se exige la reparación del daño, tal compañía podría implementar los mecanismos de seguridad que omitió y lograr acogerse al eximente derivado de la subsanación voluntaria (en tanto su conducta ahora estaría ajustada a derecho).

Ahora bien, incluso si el legislador incorporara como requisito la reparación del daño causado, es importante hacer dos comentarios.

El primero es que, de utilizar tal criterio de subsanación, no estaríamos tomando en cuenta el principio de **razonabilidad** establecido en el artículo 246 del T.U.O. de la LPAG<sup>6</sup>. Esto porque el beneficio ilícito, la gravedad del daño, el perjuicio económico causado, etcétera, se toman en cuenta para el cálculo de la sanción que se determinaría dentro del procedimiento administrativo sancionador, el cual no corresponderá iniciar, con lo cual es posible que la comisión de la conducta sancionable resulte más ventajosa para el infractor que cumplir las normas infringidas o asumir la sanción.

Un ejemplo sirve para ilustrar este punto: supongamos que el administrado concurre en la conducta “x” que constituye una infracción y, producto de ello, obtiene un beneficio ilícito de S/100,000. Supongamos que subsana la conducta antes de que se inicie un procedimiento administrativo sancionador, y por ello mantiene el beneficio ilícito de los S/100,000. Decide, entonces, desviar su comportamiento de la norma una vez más, cometiendo la misma infracción, percibiendo así S/100,000 más. Y una vez más, cesa la conducta —no obstante, habiendo percibido ya el beneficio ilícito— antes de que se le notifiquen los cargos que se le imputan. Finalmente, realiza la conducta una tercera vez, generándose ilícitamente otros S/100,000, y esta vez sí es requerido por la autoridad para la corrección de la conducta con anterioridad al cese de la conducta infractora.

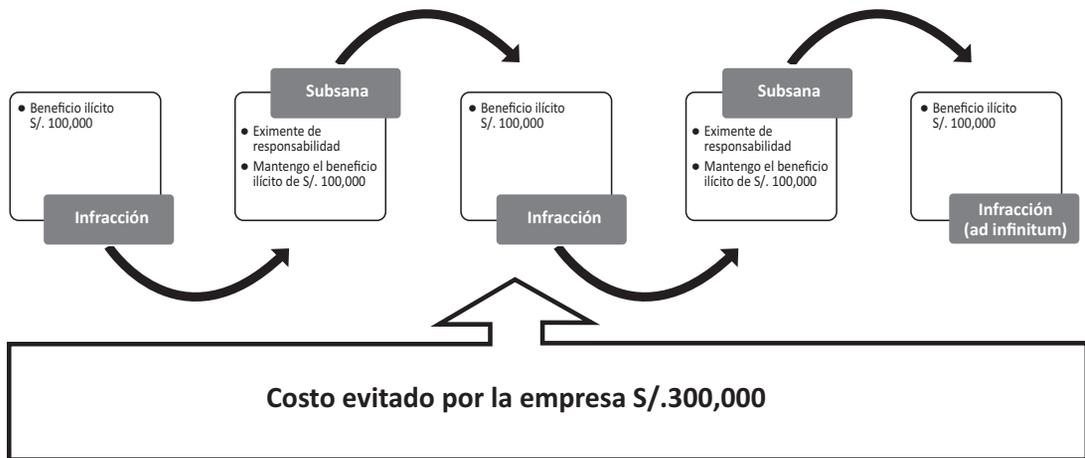
La modificación del T.U.O. de la LPAG al incluir la figura de la subsanación voluntaria como eximente de punición, genera aquí dos consecuencias: la primera es que, en tanto las primeras dos veces que se realizó una conducta contraria a la norma no resultaron en una resolución que sancionó la infracción, no serán tomadas en cuenta para la sanción final; y la segunda es que, a pesar de que debido a su conducta ilícita el administrado ha percibido S/ 300,000 al incumplir la norma, como el artículo 246, numeral 3, inciso a) del T.U.O. de la LPAG refiere al beneficio ilícito resultante por la comisión de la infracción (materia del procedimiento administrativo sancionador), solo se podrían tomar en cuenta los S/100,000 percibidos por el administrado en la última ocasión.

<sup>6</sup> Art. 246.- Principios de la potestad sancionadora administrativa [...]

3. Razonabilidad.- Las autoridades deben prever que la comisión de la conducta sancionable no resulte más ventajosa para el infractor que cumplir las normas infringidas o asumir la sanción. Sin embargo, las sanciones a ser aplicadas deben ser proporcionales al incumplimiento calificado como infracción, observando los siguientes criterios que se señalan a efectos de su graduación:

a) El beneficio ilícito resultante por la comisión de la infracción [...]

Gráfico 4: Subsanación voluntaria ilimitada



El segundo comentario es que, siguiendo el supuesto de subsanación voluntaria que establece la norma, no existiría conducta alguna que genere tal riesgo o daño al bien jurídico que sea merecedora de una sanción al margen del cese de la conducta o la reparación posterior. Y ello, insistimos, se encuentra en contradicción con la finalidad de la Administración de **prevenir** los riesgos o retribuir los daños al bien jurídico, y no solo responder frente a ellos luego de su aparición.

#### D. No establecería un límite a la posibilidad de subsanación

El artículo 255, numeral 1, inciso f) del T.U.O. de la LPAG, a través de la subsanación voluntaria, imposibilita que la repetición de la conducta infractora constituya un acto de reincidencia.

Esto resulta evidente en tanto la subsanación, según lo dispuesto en el artículo, exige que se realice antes de que se inicie el procedimiento administrativo sancionador —es decir, la Administración no llegaría a emitir en ningún caso una resolución sancionatoria. Recordemos que la figura de la reincidencia, como lo dispone el artículo 246, numeral 3, inciso e) del T.U.O. de la LPAG, consiste en la “comisión de la misma infracción dentro del plazo de un (1) año desde que quedó firme la resolución que sancionó la primera infracción”.

Por otro lado, al no existir un límite de veces para que el administrado se acoja al beneficio de eximente de punición por subsanación voluntaria, se habilita una situación en la que el beneficio ilícito —que, como vimos en el cuestionamiento previo, no será tomado en cuenta en tanto nunca se dará una sanción— puede ser multiplicado por el administrado tantas veces como elija llevar a cabo la conducta infractora para luego subsanarla.

Conforme se aprecia, son diversos los riesgos y afectaciones a los que se enfrenta la capacidad sancionadora y disuasiva de la Administración producto de esta regulación específica. Es por ello que diversas entidades con potestad sancionadora han desarrollado una normativa especial para la aplicación del artículo 255, numeral 1 inciso f) del T.U.O. de la LPAG, como veremos a continuación.

#### V. LAS RESPUESTAS DE LA ADMINISTRACIÓN A TRAVÉS DEL EJERCICIO DE LA FACULTAD NORMATIVA

Teniendo en cuenta el análisis realizado precedentemente, la figura de la subsanación voluntaria ha generado limitaciones al desarrollo de la actividad administrativa respecto de la función que tienen diversas entidades de protección de bienes jurídicos esenciales, tales como los derechos públicos regulados, y, sin duda, la protección medioambiental.

Frente a esta situación, muchas entidades de la administración pública han intentado solventar la problemática a través de sus regulaciones específicas, en ejercicio de la función normativa que les ha sido atribuida, conforme veremos de manera resumida a continuación.

##### A. Organismo Supervisor de la Inversión en Energía y Minería

A través de la Resolución de Consejo Directivo de Osinergmin 040-2017-OS-CD, emitida el 18 de marzo del 2017, se aprobó el Nuevo Reglamento de Supervisión, Fiscalización y Sanción de las Actividades Energéticas y Mineras a cargo de Osinergmin. Tal reglamento contiene, en su artículo 15, la figura de “subsanación voluntaria de infracción”, en concordancia con lo establecido en el artículo 255, nu-

meral 1, inciso f) del T.U.O de la LPAG; no obstante, establece en el numeral 15.3 del referido artículo, cuáles infracciones **no son pasibles de subsanación**.

En dicho reglamento, Osinergmin ha definido que ciertas conductas presentan un riesgo o daño a los bienes jurídicos que no hace posible que sean subsanadas con fines de eximencia de punición. De manera expresa establece que la subsanación de las infracciones que generen accidentes o daños, no eximirá al administrado del castigo.

Asimismo, se ha excluido de la figura de la subsanación a los “incumplimientos relacionados con procedimientos o estándares de trabajo calificados como de **alto riesgo**, normas que establecen parámetros de medición, límites o tolerancias, normas de control de calidad, control metrológico, peso neto de cilindros de GLP, parámetros de aire o emisión, existencias, entre otros” [El énfasis es nuestro].

El reglamento asume así que existen daños y riesgos a los bienes jurídicos de tal magnitud que, no obstante sean subsanados, son merecedores de sanción.

#### **B. Organismo Supervisor de Inversión Privada en Telecomunicaciones**

El 20 de abril de 2017, a través de la Resolución de Consejo Directivo 056-2017-CD-OSIPTEL, se modificó el artículo 5 del Reglamento de Fiscalización, Infracción y Sanciones del Organismo Supervisor de Inversión Privada en Telecomunicaciones (en adelante, Osiptel) con esto se regularon las causales eximentes de responsabilidad, dentro de las cuales se incluyó, en el numeral iv) del referido artículo, la subsanación voluntaria.

En dicho reglamento, Osiptel intenta definir con precisión qué se entiende por subsanación, refiriendo en su reglamento que no bastará con que la infracción haya cesado, sino que, además, “deberá verificarse [...] que se hayan revertido los efectos derivados de la misma”, en la línea de lo señalado por Morón Urbina (2017, p. 513).

#### **C. Superintendencia Nacional de Fiscalización Laboral**

A través del artículo 2 del Decreto Supremo 016-2017-TR, que se publicó el 6 de agosto de 2017, se modificó el artículo 17 del Decreto Supremo 019-2006-TR – Reglamento de la Ley General de Inspección de Trabajo.

En tal modificación, el artículo 17.3 del Reglamento de la Superintendencia Nacional de Fiscalización Laboral (en adelante, “Sunafil”) establece que:

[L]as sanciones por infracciones a la labor inspectiva previstas en los numerales 46.6 y 46.10 del artículo 46 del Reglamento de la Ley General de Inspección del Trabajo, **tendrán una reducción del 90%**, siempre que el sujeto inspeccionado acredite haber subsanado todas las infracciones advertidas antes de la expedición del acta de infracción [El énfasis es nuestro].

Las infracciones a las que se refiere tal reglamento, **cuya subsanación no generará la imposibilidad de iniciar un procedimiento administrativo sancionador, sino más bien atenuará la sanción**, son las clasificadas como infracciones muy graves, el abandono o inasistencia de las diligencias inspectivas (artículo 46.6) y la inasistencia del sujeto inspeccionado ante un requerimiento de comparencia (46.10).

#### **D. Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (Indecopi)**

Mediante el Decreto Legislativo 1390, publicado el 5 de septiembre de 2018, se dio la modificación de varios artículos de la Ley 29571 – Código de Protección y Defensa del Consumidor.

En cuanto a la figura de la subsanación voluntaria, la modificación se encuentra contenida en el artículo 108, estableciendo que uno de los supuestos para que el procedimiento administrativo sancionador llegue a su fin, según el literal f, es “si el proveedor subsana o corrige la conducta constitutiva de infracción administrativa denunciada con anterioridad a la notificación de la imputación de cargos”. No obstante, luego agrega que “lo señalado **no aplica en los casos que se haya puesto en riesgo la vida, salud o seguridad de las personas o se trate de supuestos de discriminación**” [El énfasis es nuestro].

Así, el Código de Protección y Defensa del Consumidor establece que, en ciertos casos de riesgo al bien jurídico, vida, salud y seguridad de las personas o de daño materializado (en el caso de la discriminación), no habrá subsanación que exima de responsabilidad al administrado.

#### **E. Superintendencia de Banca, Seguros y AFP**

A través de la Segunda Disposición Complementaria Final del Decreto Legislativo 1349, publicado el 7 de enero del 2018, que modificó el primer párrafo de la Octava Disposición Complementaria Final del Decreto Legislativo 1275, se estableció que “la Superintendencia de Banca, Seguros y Administradoras Privadas de Fondos de Pensiones (en adelante, “SBS”) puede no dar inicio a un pro-

cedimiento administrativo sancionador cuando al momento de detectar la infracción esta haya sido revertida o subsanada, **siempre que además se cumplan los siguientes supuestos [...]** [El énfasis es nuestro].

Con tal modificación, se limita la posibilidad de subsanación en la generalidad de infracciones, dado que solo se entenderá como eximente de responsabilidad en los casos de: i) inmaterialidad de la infracción cometida (la norma define inmaterialidad como la situación en la que los hechos revisten poca significación), ii) la infracción esté tipificada como **leve y no hay un perjuicio concreto a los sistemas supervisados y a los usuarios de estos**. En el siguiente párrafo, la norma establece, además que la subsanación **“no resulta aplicable para reincidentes”**.

#### F. Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental

El artículo 15 del Reglamento de Supervisión aprobado por Resolución 005-2017-OEFA/CD, modificado por Resolución 018-2017-OEFA/CD, establece que, si el administrado acredita la subsanación voluntaria del incumplimiento antes del inicio del procedimiento administrativo sancionador, se dispondrá el archivo del expediente de supervisión, reiterando así lo establecido en el literal f) del artículo 255 del T.U.O. de la LPAG.

En lo que respecta al requisito de voluntariedad, el referido reglamento precisa que dicha condición se pierde en caso medie un requerimiento efectuado por la autoridad de supervisión o por el supervisor, en el que se disponga que el administrado realice una actuación vinculada al incumplimiento de la obligación.

Al respecto, Morón Urbina señala que la conducta se entenderá subsanada de manera voluntaria cuando no provenga de un mandato de la autoridad, es decir, no sería voluntaria si ya existiera un requerimiento o medida correctiva de la autoridad y otro documento similar mediante el cual se le solicite al administrado subsanar el acto y omisión que pueda ser calificado como infracción (2017, p. 513). La lectura de lo dicho por el autor nos lleva a considerar que la regulación establecida por el OEFA corresponde a su interpretación, en lo que se refiere a la forma en la que se afecta el requisito de voluntariedad.

Como puede apreciarse, el Organismo de Evaluación y Supervisión Ambiental (en adelante, “OEFA” se ha sometido a la regulación general sobre eximentes de responsabilidad (punición) contenida en la LPAG.

A manera de ejemplo, mediante Resolución Directoral 077-2019-OEFA/DFAI<sup>7</sup>, se archiva el procedimiento sancionador iniciado a una empresa del sector energía, por haberse verificado la subsanación del hecho imputado referido a haber incumplido con la obligación de almacenar productos químicos en un área debidamente impermeabilizada que le permita evitar el riesgo de contaminación de los componentes ambientales, de manera voluntaria y antes del inicio del procedimiento sancionador.

Es importante destacar que el OEFA, en concordancia con el principio de razonabilidad y ante supuestos de corrección de conductas infractoras que no puedan beneficiarse por el eximente de punición (por no ser voluntarios, o por tratarse de infracciones instantáneas), pondera el riesgo y el daño generado y en función a ello, libera de responsabilidad y de castigo a los administrados o –en su caso– lo atenúa.

Para tales efectos, el OEFA ha aprobado una metodología de estimación del riesgo<sup>8</sup>, en donde es posible, a través de criterios objetivos, medir el nivel de riesgo ambiental; si este es leve, la subsanación permite ser eximente de responsabilidad; sin embargo, si el riesgo es trascendente, procede el procedimiento administrativo sancionador, en caso se halla dado una subsanación de la infracción, esto puede atenuar la sanción que corresponda.

#### VI. ¿QUÉ BUSCABA LA ADMINISTRACIÓN CON EL EXIMIENTE DE PUNICIÓN POR SUBSANACIÓN?

Huapaya, Sánchez y Alejos han desarrollado interesantes hipótesis sobre lo que buscaba la administración al regular la subsanación voluntaria como eximente de punición.

En primer lugar, los autores hacen referencia a lo que denominan una lectura finalista de la subsanación voluntaria como causal que excluye la punibilidad. Según tal argumento, podríamos estar ante una conducta típica, antijurídica y culpable que por razones extralegales no necesitaría ser

<sup>7</sup> Para información adicional visitar <https://www.oefa.gob.pe/direccion-de-fiscalizacion/resoluciones-emitidas-por-dfsai>

<sup>8</sup> Para mayor información revisar la Resolución 005-2017-OEFA/CD, modificado por Resolución 018-2017-OEFA/CD. <https://www.oefa.gob.pe/metodologia-para-la-estimacion-del-riesgo-ambiental>.

sancionada; ello obedecería a razones político-legislativas (2018, p. 597).

Concordamos que tales razones son válidas en tanto ello se justifique (un ejemplo son las exoneraciones a las sanciones por el no pago de tributos que suelen implementar los gobiernos locales). No obstante, la norma bajo análisis no solo no cuenta con dicho sustento sino que, tal como está formulada es de aplicación general, sin distinguir la naturaleza del bien jurídico protegido ni el daño o riesgo producido, lo que podría generar que la actuación de la administración resulte ineficaz en su función de garante.

Conforme se aprecia, la exposición de motivos de la referida modificación no da mayores luces al respecto (Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2016):

I.11.3.4.4 La inclusión de eximentes y atenuantes de responsabilidad por infracciones administrativas (Artículo 236-A)

Hasta antes de la entrada en vigencia de la LPAG, salvo que se estuviese frente a una legislación especial, se hacía simplemente una aplicación mecánica de los supuestos de responsabilidad administrativa, sin apreciar las particularidades de cada situación en particular, que hubiesen podido atenuar e incluso eximir de responsabilidad a quien inicialmente parecería haber incurrido en ella.

La redacción antes prevista en la LPAG avanza en ese sentido, estableciendo supuestos que pueden ser considerados como atenuantes. Sin embargo, no consideraba diversos escenarios que, en la práctica, se producía. Así, el nuevo texto del artículo 236 de la LPAG establece constituyen condiciones eximentes de responsabilidad los siguientes supuestos. [...].

Una razón adicional que nos hace considerar que lo señalado en el artículo en cuestión no es una decisión de política pública es lo establecido posteriormente al Decreto Legislativo 1272, en los Decretos Legislativos 1349 y 1390, que modificaron respectivamente el tratamiento que brindan la SBS e Indecopi a la subsanación voluntaria. Estos tienen permitido establecer excepciones para tal eximente, al punto de que, por ejemplo, a la fecha, la afectación a la salud derivada del consumo de un producto que incumpla con una norma

vinculada a su etiquetado deviene en un procedimiento sancionador aun cuando el responsable subsane su conducta, mientras que la conducta infractora vinculada a la falta de implementación de alguna medida de seguridad, y que por ello contamina un cuerpo de agua, se libera de castigo aun cuando haya causado un daño adicional a la salud de las personas.

En segundo lugar, los autores señalan que el artículo 255, numeral 1, inciso f) del T.U.O. de la LPAG, responde a un enfoque de regulación responsiva (p. 599). Efectivamente, concordamos en que la respuesta de la Administración a la contravención normativa no debe ser exclusivamente la sanción. Sin embargo, no es posible pretender que por ello se establezca que en todos los casos y de manera indefinida se considere un eximente de punición la corrección de la conducta. En efecto, como veremos más adelante la denominada regulación responsiva propone un tratamiento diferenciado que promueva el cumplimiento con estrategias progresivas que están a cargo de la administración; sin embargo, la norma bajo análisis lo que hace es impedir que la administración desarrolle alguna acción respecto del infractor, porque como ya hemos señalado, el administrado puede realizar la conducta una y otra vez dejando a la autoridad inerte en caso subsane.

Para sustentar su posición, Huapaya, Sánchez y Alejos hacen mención a lo que señala Braithwaite en cuanto a que “[...] 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 de que es mejor empezar con el diálogo en la base de la pirámide”<sup>9</sup> (2018, p. 483). Al respecto, es necesario afirmar que la Administración no tendrá que responder frente al incumplimiento **siempre** desde el nivel más leve de intervención (el diálogo), que se encuentra en la base de la pirámide, dado que la regulación responsiva debe tomar en cuenta cuáles son las alternativas de actuación frente a una determinada conducta infractora. En ciertos casos que han generado daño o presentan un riesgo de tal intolerabilidad para el ordenamiento, la Administración debe actuar de una forma necesariamente punitiva. La interpretación adecuada del texto citado por los autores es aquella que de manera sistémica incluya lo que señala Braithwaite algunas páginas más adelante:

<sup>9</sup> Traducción de: “[...] Even with the most serious matters – flouting legal obligations for operating a nuclear plant that risks thousands of lives, for example – we stick with the presumption that it is better to start with dialogue at the base of the pyramid”.

Responder al contexto significa no tomar ninguna teoría demasiado en serio, incluyendo la teoría de la pirámide. La pirámide es una heurística útil. Es una buena disciplina el requerir que se consideren todos los niveles inferiores de la pirámide antes de contemplar un avance a los niveles altos como la nacionalización o privatización de una organización problemática. Pero la teoría simplemente crea una presunción de que remedios menos intervencionistas en la base de las pirámides son normalmente los mejores lugares donde empezar. **Respuestas al contexto normativamente justificadas sí requieren en ciertos casos ir directamente a la cúspide de la pirámide.** La ejecución de un delincuente criminal sin un juicio está justificada en el contexto de que el delincuente es un dinamitero suicida a punto de detonarse en un mercado lleno de gente – si es que el francotirador tiene un disparo claro (2011, pp. 492-493) [El énfasis es nuestro].

Al respecto, si bien de la exposición de motivos de la LPAG y del análisis realizado por dichos autores se desprendería que el Estado pretendió a través de esta regulación específica, privilegiar el restablecimiento del derecho antes que la sanción, podemos argumentar que dicho análisis es limitante, dado que la sanción también cumple con dicha finalidad en un enfoque responsivo.

A fin de privilegiar el respeto a la ley, nuestro marco regulatorio, en vez de promover la impunidad en supuestos que no corresponden (por ejemplo: cuando se ha generado un riesgo significativo o daño), debería estar enfocado en dar facultades a los organismos fiscalizadores expresamente en funciones promotoras y difusoras del cumplimiento de la Ley, promoviendo el enfoque responsivo a través de mecanismos alternativos.

## VII. MECANISMOS ALTERNATIVOS PARA IMPULSAR EL CUMPLIMIENTO DE LA LEY

Es importante dejar expresamente establecido que somos de la opinión de que el respeto a la ley debe promoverse con diversas estrategias de persuasión y coerción, las mismas que deben ir juntas para que sean efectivas. Así, las estrategias de cumplimiento típicas (y que generalmente se entienden como contrapuestas) son las de *deterrence* (disuasión a través de la sanción) – mediante la utilización de normas de comando y control<sup>10</sup> – y las de *compliance* (cumplimiento que enfatiza la voluntariedad) (Tapia, 2015, p. 19). La primera es

trategia se aplicará con mayor énfasis en los administrados que se encuentren más reacios a cumplir con los mandatos normativos, mientras que la segunda es más apropiada para el administrado que sí está dispuesto a cumplir. La evidencia –como ya se ha señalado– muestra que el administrador dispuesto a cumplir, y que ha interiorizado tal cultura de cumplimiento, debe notar que al mismo tiempo la Administración actúa de manera drástica con quien no cumple.

Al mismo tiempo, existe un vínculo entre la sanción impuesta y el comportamiento posterior del administrado sancionado –en este último se puede evidenciar un incremento en el nivel de cumplimiento (Simpson, 2002, p. 92). Sin embargo, en cuanto a los administrados cuya conducta generalmente esté adecuada a derecho, la sanción que se les impone sin tomar en cuenta tal conducta puede generar una resistencia a la autoridad (Bardach y Kagan, 1983, p. 754).

La pirámide de cumplimiento, según Ayres y Braithwaite, resulta orientadora sobre los diferentes mecanismos que debe aplicar la administración que, si bien se presentan de manera escalonada –partiendo de una actuación promotora, hasta alcanzar medidas tan drásticas como el enjuiciamiento penal o la pérdida de la autorización o licencia–, dichas medidas deben ser aplicadas según corresponda al caso concreto (1992, p. 35). En efecto, no cabría buscar motivar o adiestrar paulatinamente a una actividad especializada y regulada como el sector financiero aún frente a una regla nueva, como sí correspondería adiestrar o motivar a quienes realizan actividades industriales de pequeña escala respecto de sus obligaciones ambientales (1992, pp. 128-129).

También es conveniente tener en cuenta estrategias alternativas como la denominada *Smart Regulation* (Gunningham y Sinclair, 2017) o la **meta regulación** o **meta gestión de riesgos** (Parker, 2007). La regulación inteligente está vinculada a la autorregulación, y releva la importancia de las organizaciones no gubernamentales, organismos internacionales y mercados financieros que respecto de determinadas actividades, fijan estándares que brindan especial protección ambiental. La protección del bien jurídico, como consecuencia, ya no estaría exclusivamente en manos del Estado, sino que tal responsabilidad se traslada a terceros. En tal supuesto, el éxito del mecanismo dependerá de cómo influye en la demanda de los consumidores.

<sup>10</sup> Para mayor información sobre la aplicación de sanciones en Perú se sugiere revisar Montes, Mori, Torres y Yui (2015a) y Montes, Mori, Torres y Yui (2015b).

La meta regulación o meta gestión de riesgos, por otra parte, se enfoca en que la Administración impulse a los administrados a desarrollar sus propios sistemas y mecanismos de control de riesgos que luego serían auditados por la autoridad, exigiendo que desarrollen sus actividades bajo un enfoque de procesos.

Ahora bien, el éxito de las estrategias mencionadas exige un conocimiento profundo no sólo de las actividades que desarrollan los administrados sino de las empresas y de quienes las dirigen y operan. Efectivamente, la eficacia de la estrategia a aplicar dependerá de la idoneidad del mismo para motivar el cumplimiento: en ciertos casos el mecanismo adecuado será el castigo, mientras que en otros será la promoción del cumplimiento, la cooperación, o la auto-regulación. Lo que corresponde, por ende, es que la Administración desarrolle estrategias combinadas y que sea la autoridad que tiene a su cargo la promoción de cumplimiento la que deba –justamente por contar con mayor información para ello– elegir qué y respecto de cuál sector o administrado utilizar determinada estrategia.

De manera adicional a estas alternativas, existe un espacio de investigación aplicada desde el estudio de la neurociencia, la psicología y la economía del comportamiento, que a través de evidencia empírica ha desvirtuado los supuestos basados en los modelos de agente racional para la toma de decisiones (Kahneman, 2003). Estas disciplinas demuestran la importancia de tener en cuenta factores cognitivos y emocionales que influyen en las decisiones de personas o grupos (Esguerra, 2016), lo que nos brindara sin duda una aproximación distinta –y quizás más realista– de cuáles son las estrategias idóneas para promover el cumplimiento normativo.

### VIII. REFLEXIÓN FINAL

- Si bien la sanción está basada en el carácter retributivo de la medida de gravamen impositiva, su finalidad no se agota en su dimensión represiva, pues cumple una función fundamental en la prevención general: disuadir a quien podría realizar la conducta típica.
- Para que proceda la subsanación voluntaria como eximente de punición –según como ha sido regulada con el Decreto Legislativo 1272, publicado en el Diario Oficial El Peruano el 21 de diciembre del 2016– el administrado debe cumplir con lo que legamente se le obliga o dejar de hacer lo que se le prohíbe, de manera voluntaria y antes del inicio del procedimiento sancionador.

- La subsanación voluntaria genera una serie de riesgos a la función que tienen las entidades públicas en su rol de promoción del cumplimiento dado que: a) no permite que la sanción cumpla su finalidad preventiva general; b) aplica sólo a las infracciones permanentes; c) no pondera el riesgo o daño generado por la conducta y d) no establece un límite a la posibilidad de subsanación.
- Ante esta situación, diversos organismos de la Administración Pública peruana han regulado la forma de aplicar la subsanación voluntaria en sus procedimientos administrativos especiales, considerando por ejemplo que ciertas conductas graves no merecen el beneficio de eximirse de la sanción, tampoco cuando se trate de reincidentes, o cuando se afecte la vida o la salud de las personas, para así lograr un eficaz ejercicio de la función protectora de bienes jurídicos esenciales que les ha sido atribuida.
- De acuerdo a lo que nos muestra la evidencia, el respeto a la ley debe promoverse aplicando en simultáneo estrategias de persuasión y coerción; así, el *compliance* para el administrado que sí está dispuesto a cumplir con los mandatos normativos y el *deterrence* para aquel que se encuentre más reacio a cumplir. Está demostrado que el administrado dispuesto a cumplir, y que ha interiorizado la cultura de cumplimiento, debe notar que la Administración actúa de manera drástica con quien no cumple y condescendiente con quien usualmente cumple.
- Si bien se desprendería que el Estado pretendió con esta regulación privilegiar el restablecimiento del derecho antes que la sanción, podemos argumentar que dicho análisis es limitado, dado que no consideró los riesgos discutidos en el presente artículo.
- Consideramos que –de manera complementaria a la sanción– deben explorarse mecanismos alternativos de cumplimiento que permitan compartir la responsabilidad de protección que incluyen desde estrategias de cooperación, auto regulación, hasta herramientas basadas en la neurociencia y economía del comportamiento y que tales facultades deben estar atribuidas a la autoridad fiscalizadora, dado el conocimiento que tiene del funcionamiento del mercado y sus agente, lo que le permitirá establecer cuál es la mejor estrategia de cumplimiento a aplicar. 📌

## REFERENCIAS

- Ayres, I., y Braithwaite, J. (1992). *Responsive Regulation: Transcending the Deregulation Debate*. Nueva York, Oxford University Press.
- Baca, Oneto V. (2010). ¿Es objetiva la responsabilidad patrimonial de la Administración pública en el Derecho peruano? Razones para una respuesta negativa. En: *Círculo de Derecho Administrativo 9*.
- Baldwin, R. (2004). The New Punitive Regulation. En: *The Modern Law Review* 67, pp. 351-383.
- Bardach, E., y Kagan, R. (1983). *Going by the Book: The Problem of Regulatory Unreasonableness*. Nueva Jersey, Transaction Publishers.
- Braithwaite, J. (2011). The Essence of Responsive Regulation. En: *U.B.C. Law Review*, pp. 476-520.
- Cano Campos, T. (2009). La actividad sancionadora. *Lecciones y materiales para el estudio del Derecho Administrativo*. Madrid, Iustel, pp. 87-109.
- De Palma Del Teso, Á. (1996). *El principio de culpabilidad en el Derecho Administrativo Sancionador*. Madrid, Tecnos.
- Esguerra, G. A. (2016). Economía conductual, principios generales e implicaciones. En: *Cuadernos Hispanoamericanos de Psicología* 15 (1), pp. 67-71.
- García de Enterría, E. y T. R. Fernández Rodríguez (2004). *Curso de Derecho Administrativo 2* Lima, Palestra TEMIS.
- Gunningham, N. (2010). Enforcement and Compliance Strategies. *The Oxford Handbook of Regulation*. Oxford: Oxford University Press, pp. 752-779.
- Gunningham, N. y Sinclair, D. (2017). Smart Regulation. *Regulatory Theory: Foundations and Applications*. Canberra, The Australian National University Press, pp. 133-148.
- Horstein, D. T. (1992). Reclaiming Environmental Law: A Normative Critique of Comparative Risk Analysis. En: *Columbia Law Review* 92, pp. 562-633.
- Huapaya, Tapia R.; Sánchez, L.; y Alejos, Guzmán Ó. (2018). El eximente de responsabilidad por subsanación voluntaria en la Ley del Procedimiento Administrativo General. *El Derecho Administrativo como instrumento al servicio del ciudadano. Memorias del VIII Congreso de Derecho Administrativo*. Lima, Universidad de Piura - Palestra. pp. 581-604.
- Huergo Lora, A. (2007). *Las sanciones administrativas*. Madrid, Iustel.
- Kahneman, D. (2003). Mapas de Racionalidad Limitada: Psicología para una Economía Conductual. En: *Revista Australiana de Economía* 28, pp. 181-225.
- Lara Chagoyán, R. (2000). El concepto de sanción en la teoría contemporánea del derecho. *Tesis doctoral*. Alicante, Fontamara.
- Montes, K.; Mori, J., Torres, T.; y M. Yui (2015a). *Eliminación de Barreras Burocráticas*. Lima, Perú: Indecopi.
- Montes, K.; Mori, J., Torres, T.; y M. Yui (2015). *Libro de reclamaciones*. Lima. Indecopi.
- Morón Urbina, J. C. (2017). *Comentarios a la Ley de Procedimiento Administrativo General: texto único ordenado de la Ley 27444 - 2*. Lima: Gaceta Jurídica.
- Muñoz Machado, S. (2005). *Diccionario de derecho administrativo*. Volumen 2. Madrid, Iustel.
- Nieto, García A. (2011). *Derecho Administrativo Sancionador*. Madrid: Tecnos.
- Organización de Cooperación y Desarrollo Económicos. OECD (2011). *Regulatory policy and governance: supporting economic growth and serving the public interest*. París: OECD Publishing.
- Organización de Cooperación y Desarrollo Económicos. OECD. (2018). *OECD Regulatory Enforcement and Inspections Toolkit*. París: OECD Publishing.
- Osorio Sierra, Á. (2013). El papel del Estado en el manejo y control de los riesgos ambientales. *Derecho Sancionatorio Ambiental*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, pp. 145- 180.
- Parker, C. (2007). Meta-Regulation: Legal Accountability for Corporate Social Responsibility. *The New Corporate Accountability: Corporate Social Responsibility and the Law*. Nueva York: Cambridge University Press, pp. 207-237.
- Pedreschi Garcés, W. (2003). Análisis sobre la potestad sancionadora de la Administración

- Pública y el procedimiento administrativo sancionador en el marco de la Ley 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General. *Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General - Ley N° 27444*. Lima, ARA Editores, pp. 525-545.
- Rebollo Puig, M.; Izquierdo Carrasco, M.; Alarcón Sotomayor, L.; y Bueno Armijo, A. M. (2010). *Derecho administrativo sancionador*. Vallaloid: Lex Nova.
- Rebollo Puig, M. (2013). Derecho sancionatorio ambiental. *Derecho sancionatorio ambiental*. Santa Fé de Bogotá: Universidad Externado de Colombia, pp. 107-141.
- Restrepo Puentes, M. T. (2013). El principio de precaución en la responsabilidad administrativa ambiental. *Derecho sancionatorio ambiental*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, pp. 183-210.
- Rojas, C. (2013). Sanciones ambientales en el derecho suizo. *Derecho sancionatorio ambiental*. Santa Fé de Bogotá: Universidad Externado de Colombia, pp. 17-46.
- Simpson, S. (2002). *Corporate Crime, Law, and Social Control*. New York: Cambridge University Press.
- Tapia, Canales J. (2015). El modelo óptimo de enforcement: una mirada regulatoria. *Mejores prácticas y lecciones en el ejercicio de la supervisión, fiscalización y sanción*. Lima: Indecopi, pp. 13-49.
- Torres, Sánchez T. (2017). Principios de la Fiscalización efectiva y su aplicación por el Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental – OEFA. En: *ADVOCATUS* 35.
- LEGISLACIÓN, JURISPRUDENCIA Y OTROS DOCUMENTOS LEGALES**
- Decreto Legislativo 1272. Decreto Legislativo que modificó al Texto Único Ordenado de la Ley 27444. En: *Diario El Peruano*, 20 de diciembre de 2016.
- Decreto Legislativo 1349. Decreto Legislativo que modificó el primer párrafo de la Octava Disposición Complementaria Final del Decreto Legislativo 1275. En: *Diario El Peruano*, 6 de enero de 2017.
- Decreto Legislativo 1390. Decreto Legislativo que modificó a la Ley 29571. En: *Diario El Peruano*, 4 de setiembre de 2018.
- Decreto Supremo 016-2017-TR. Decreto Supremo que modificó al Decreto Supremo 019-2006-TR. En: *Diario El Peruano*, 4 de agosto de 2017.
- Ley 28611. Ley General del Ambiente. En: *Diario El Peruano*, 3 de octubre de 2005.
- Norma UNE 150008:2008. Análisis y evaluación del riesgo ambiental. En: *Asociación Española de Normalización y Certificación*, 12 de marzo de 2008.
- Resolución de Consejo Directivo de 056-2017-CD-OSIPTEL. Resolución que modificó al Reglamento de Fiscalización, Infracción y Sanciones de Osiptel. En: *Diario El Peruano*, 11 de abril de 2017.
- Resolución de Consejo Directivo 040-2017-OS-CD-OSINERGMIN. Resolución que aprueba el Nuevo Reglamento de Supervisión, Fiscalización y Sanción de las Actividades Energéticas y Mineras a cargo de Osinergmin. En: *Diario El Peruano*, 9 de marzo de 2017.
- Resolución 018-2017-OEFA/CD. Resolución que modificó el Reglamento de Supervisión aprobado por Resolución 005-2017-OEFA/CD. En: *Diario El Peruano*, 9 de julio de 2017.
- Texto Único Ordenado de la Ley 27444. Ley de Procedimiento Administrativo General. En: *Diario El Peruano*, 17 de marzo de 2017.