

¿UN ERROR LO COMETE CUALQUIERA? IMPLICANCIAS DE LOS ERRORES DE CONDENA SOBRE EL NIVEL DE DISUASIÓN EN LOS PROCEDIMIENTOS ADMINISTRATIVOS SANCIONADORES^(*)(**)

EDUARDO MELGAR CÓRDOVA¹

Resumen

Conforme al modelo de la aplicación de la observancia obligatoria de la ley (Public Enforcement of Law), la comisión de actividades ilegales puede explicarse como el resultado de un proceso de maximización de utilidad donde, bajo condiciones de incertidumbre, individuos racionales deciden infringir o no la ley. El referido modelo parte de la asunción que las agencias públicas, que tienen a su cargo la detección y condena de ilícitos, no cometen errores. Extensiones posteriores incorporan la probabilidad de cometer un error en la referida detección o condena, sea condenando inocentes o absolviendo culpables.

El autor efectúa un estudio empírico del sector de servicios públicos sujetos al régimen de concesión administrativa. Centrándose en los procedimientos sancionadores incoados en un periodo de 10 años, se analizan los efectos de los errores de condena respecto de las actitudes de los potenciales infractores frente al riesgo, así como del nivel de disuasión.

Los principales resultados sugieren la existencia de una correlación positiva entre el incremento de los errores de condena cometidos y el grado de aversión al riesgo que enfrentan los agentes económicos, tanto culpables como inocentes, lo que produce sobre-disuasión y/o sobre-defensa.

Se concluye que la agencia pública que enfrenta una alta probabilidad de cometer errores, deberá enfocarse en disminuir la incertidumbre derivada del error, mejorando su capacidad de detección y el análisis previo a la condena: empleando criterios de eficiencia para la selección de los casos a supervisar, elevando el estándar de prueba exigido, mejorando las competencias técnicas y propiciando una mayor exposición de los resultados obtenidos.

^(*) Las opiniones vertidas en este artículo representan la visión exclusiva del autor sobre las diferentes materias abordadas y no comprometen en modo alguno la posición de los órganos resolutivos y otras áreas del Indecopi.

^(**) Este artículo se basa en una versión preliminar presentada en la XVIII Conferencia Anual del Latin American and Iberian Law and Economics Association (ALACDE), donde recibió el primer premio Edgardo Buscaglia Award for Empirical Research in Law and Economics 2014.

¹ Abogado de la PUCP. Máster en Análisis Económico del Derecho por la Universidad Complutense de Madrid L.L.M. European Master in Law and Economics Erasmus University Rotterdam / Hamburg University. Cualquier comentario sírvase alcanzarlo al correo electrónico eduardo.melgar@emle.eu. El autor agradece los comentarios que Alejandro Moscol, Alfredo Bullard, Carlos Monteza, Karina Montes, María Arellano, Miguel Tolentino, Nuno Garoupa, Oscar Sumar y Viviana Muñoz hicieron a una versión preliminar de este trabajo. No obstante, el presente artículo refleja estrictamente la opinión del autor; no comprometiéndolo además al organismo donde labora.

Todo ello, si bien incrementará los costos de la aplicación de la observancia obligatoria de la ley, se compensará con el trasladado de dichos costos al infractor como parte la multa, lo que generará disuasión óptima.

Palabras clave: derecho administrativo e industrias reguladas, conducta ilegal y aplicación de la Ley, condenas erróneas.

I. INTRODUCCIÓN

Imagine usted un mundo donde puede equivocarse las veces que quiera, libremente, sin consecuencias. Podría usted, por ejemplo, decidir efectuar esa inversión arriesgada, contraer matrimonio al poco tiempo de iniciada una relación o manejar su vehículo a excesiva velocidad sin temor de tener que asumir las consecuencias.

Ahora imagine que los demás gozan de una prerrogativa similar y que usted deberá asumir el resultado de las equivocaciones de aquéllos. Probablemente ya no le parezca tan atractiva la idea.

En condiciones normales, cometer una equivocación debería implicar la asunción de algún tipo de costo. Dependiendo de quién debe asumir el costo —el propio individuo o un tercero—, los individuos decidirán si invierten o no en medidas para minimizar la probabilidad de su ocurrencia.

Cuando es el propio individuo quien debe asumir las consecuencias de sus equivocaciones, éste cuenta con incentivos naturales para evitar cometerlos. Se conoce como maximización de utilidad, y no es otra cosa que incrementar los beneficios a la par que minimizar los costos.

Al igual que cualquier individuo, los agentes públicos maximizan su utilidad. No obstante, debido a que las consecuencias de sus equivocaciones son asumidas por los terceros, su enfoque está centrado en maximizar sus beneficios sin hacer mucho caso de sus costos.

El problema se agrava cuando estos agentes deben decidir sobre cuestiones que involucran importantes aspectos de la vida de los individuos. Uno de estos aspectos es el denominado *Public Enforcement of Law*, término anglosajón que refiere, precisamente, al empleo de dichos agentes para detectar y sancionar violaciones a las reglas legales².

² Polinsky y Shavell (2005).

En el mundo legal, la posibilidad que estos agentes cometan errores, ha originado la instauración de una serie de reglas y garantías legales a fin de dotar de herramientas a los administrados para cuestionar los pronunciamientos de la Administración.

No obstante, ello no asegura que una vez agotadas las referidas reglas y garantías los individuos se enfrenten a un pronunciamiento que termine resultando erróneo.

En el caso de los procedimientos que pretenden disuadir la producción de ilícitos a través de la imposición de sanciones, el efecto de los pronunciamientos erróneos, adquiere una connotación aún mayor, pues ello puede determinar el castigo a un inocente o la absolución de un culpable.

La receta tradicional de las agencias públicas para combatir la producción de ilícitos es conseguir la tolerancia cero, para lo cual incrementan el nivel de persecución o aumentan la cuantía de sus sanciones.

Conforme al modelo planteado por Niskanen (1971)³, no resulta novedoso que, de tiempo en tiempo, veamos a los representantes de estas agencias desfilando ante el Congreso o apareciendo en programas televisivos solicitando el aumento de recursos o promoviendo modificaciones legislativas que involucren sanciones más drásticas.

Ninguna de dichas medidas, no obstante, tiene en cuenta que el incremento de la capacidad de *enforcement* de la agencia, incrementa a su vez la probabilidad de que se cometan un mayor número de errores. Aunado a ello, tampoco se tiene en consideración que, dada la existencia de pronunciamientos erróneos, el aumento de las sanciones tendrá un efecto sobre el nivel de disuasión.

El presente artículo no pretende ofrecer una herramienta para evitar que los agentes públicos cometan errores. Contrariamente a ello, se parte de una premisa fáctica: que tales errores ocurren, de modo que la agencia debería estar capacitada para minimizar los costos sociales derivados de dichos errores, a fin de no afectar la disuasión.

La perspectiva adoptada, no es exclusiva de ningún sector específico, de modo que el tratamiento que se ofrecerá, debería, con ajustes mínimos, ser fácilmente aplicable en cualquier agencia que tenga encomendada la inspección y sanción de una actividad productiva en particular.

³ En la concepción del modelo de Niskanen (1971), el burócrata que ostenta el poder efectivo dentro de la agencia, maximiza su propia función de utilidad como cualquier otro individuo. Debido a que sus oportunidades de obtener mejoras monetarias son mínimas, los burócratas tienden a enfocarse en aspectos como los privilegios de su cargo, su reputación pública y el ejercicio del poder e influencia. Considerando que existe una relación positiva entre el poder, el tamaño de la unidad que dirige y la dimensión del presupuesto que se administra, el objetivo de los burócratas será incrementar su presupuesto.

El desarrollo del presente artículo iniciará con un necesario recuento del objetivo de la política de *enforcement*, su grado óptimo, sus implicancias teniendo en cuenta las actitudes de los individuos frente al riesgo, para finalizar analizando el efecto de los errores sobre el nivel óptimo de disuasión, ofreciendo una solución práctica para el caso de los errores de condena.

II. TEORÍA DEL PUBLIC ENFORCEMENT OF LAW

2.1 Preliminares

En su trabajo *Crime and Punishment: An Economic Approach*, Gary Becker (1968) señaló que el objetivo principal de su ensayo era responder a la siguiente pregunta: ¿Cuántos recursos y cuánto castigo deberían ser utilizados para conseguir el cumplimiento de los diferentes tipos de legislación? O en otros términos: ¿Cuántos ilícitos deben ser permitidos y cuántos infractores deberían quedar sin castigo? Como respuesta a estas cuestiones delineó un modelo según el cual:

- a) El costo neto o daño social (D) es el resultado de la diferencia entre el daño sufrido por la sociedad derivado del ilícito (H) y el valor social de la ganancia que los infractores obtienen como consecuencia de sus ilícitos (G). Ambos, D y G son funciones crecientes respecto al nivel de actividad del infractor (O), lo cual quiere decir que ambos incrementan en la medida que aumenta el número de infracciones. Lo señalado, se representa de la siguiente manera:

$$D(O) = H(O) - G(O)$$

De ello también se desprende que no todos los ilícitos deberían ser reprimidos, pues al maximizar el bienestar social, solo deberían reprimirse aquellos que no sean socialmente rentables, es decir donde $H > G$.

- b) La detección y condena de las infracciones es costosa, lo cual se simboliza de la siguiente manera: $C = C(A)$, siendo C la representación del gasto de *enforcement* (supervisores, abogados del Estado, servidores públicos, equipos para la detección de ilícitos, jueces, etc.); en tanto que A representa la actividad de *enforcement*, donde $A = f(m, r, c)$, que no quiere decir otra cosa que la actividad de *enforcement* que desarrolla una agencia, está en función de los materiales, recursos humanos y capital con que se dota a la misma.

El incremento de A es una función creciente respecto de C , lo cual quiere decir que, unidades adicionales de *enforcement*, requieren de un mayor gasto de insumos por parte de la sociedad. Una aproximación empírica de A es el número

de condenas respecto de todos los ilícitos producidos, lo cual puede estimarse a partir de O y la probabilidad que éstos sean detectados obteniendo una condena (p), de modo que:

$$A \equiv pO$$

Un acrecentamiento de cualquiera de los dos, tanto p como O , incrementa C , de modo que:

$$C \equiv C(p, O)$$

- c) Un infractor cometerá un ilícito si su G esperado, es superior a la que podría obtener si empleara su tiempo y recursos en otras actividades ilegales o legítimas (costo de oportunidad de cometer un ilícito). Existe una función que relaciona la cantidad de O con la probabilidad de que sea detectado y sancionado (p), la sanción impuesta (f) y otras influencias exógenas (u), como el ingreso obtenido de una actividad alternativa y la frecuencia de arrestos entre otros. La función bajo comentario se representa de la siguiente manera:

$$O = O(p, f, u)$$

Un aumento de p o f reducirá O , lo cual a su vez traerá como consecuencia una reducción de G , dado que $G(O)$. Lo mismo pasaría con u , si se incrementaran las ganancias derivadas de actividades legales, que de pronto se volverían más «atractivas» para los infractores. No obstante, debido a que la variable u es exógena a la agencia, no se considerará en el presente estudio.

- d) El castigo también tiene un costo. En el caso de las sanciones monetarias el costo del castigo se mide en función del monto de la multa. De tratarse de sanciones no monetarias (como el encarcelamiento, la libertad condicional, a la libertad bajo palabra entre otras), se produce un costo para el infractor (flujo descontado de los ingresos perdidos, sumado al valor asignado a las restricciones de consumo o de libertad del individuo sometido a esta pena) y otro para la sociedad (gasto de cárceles, guardias, mantenimiento, alimentos, etc.).

Es posible establecer una función que relacione el costo social del castigo y el costo que dicho castigo representa para el infractor, de la manera que se expresa a continuación:

$$f' \equiv bf$$

El término f' representa el costo social del castigo, f la sanción impuesta por la infracción a la que se ha hecho referencia antes, en tanto que b es un coeficiente que transforma f en f' , cuyo tamaño varía según se trate de sanciones monetarias del tipo multa (donde $b \equiv 0$, que expresa la asunción de que el proceso de

imposición de sanciones monetarias no involucra un costo social, pues se trata de una mera redistribución de renta que pasa del infractor al Estado, asunción que como se mostrará luego, dista de ser completamente cierta⁴); o, de sanciones de tipo no monetarias, como el encarcelamiento, la libertad condicional, o la libertad bajo palabra entre otras (donde $b > 1$, lo cual significa que en estos casos el castigo si tiene un costo social).

- e) Conforme a lo indicado, el objetivo de la política de *enforcement* no puede ser la «disuasión», ni que el «castigo sea proporcional al delito». El verdadero objetivo de la política de *enforcement* debe ser la minimización de la pérdida social de las infracciones (L), lo que incluye la minimización de D ocasionado, del gasto en C y de la pérdida social derivada del propio castigo ($bpfo$)⁵, como se muestra en la siguiente notación, que representa la función de pérdida social de los ilícitos:

$$L = D(O) + C(p, O) + bpfo$$

Con cargo a desarrollar a continuación, se puede anticipar en este apartado que las variables que pueden ser controladas por la agencia pública para hacer frente a los infractores son: (i) el monto que decida gastar para la persecución de las infracciones, que como se ha visto repercute en la probabilidad de detección y condena; (ii) el castigo que decida imponer a los infractores, y (iii) la forma que asuma dicho castigo, es decir de tipo monetario o no monetario y que por lo general viene dada por la legislación.

En resumen las variables a controlar por la agencia son C (mediante la cual se incrementa p), f y la variable b (que por lo general se toma como dada), de modo que quedan como variables disponibles p y f , la minimización de L dependerá de ambas.

2.2. Objetivo del Public Enforcement of Law⁶

De acuerdo con Polinsky y Shavell (2007) el problema central de la agencia encargada del *enforcement* puede ser visto como la maximización del bienestar social, que es el resultado de los beneficios obtenidos del comportamiento de los individuos, menos los costos incurridos para evitar causar daño, el daño que causan, el costo de capturar a los infractores y el costo de imponerles las correspondientes sanciones (incluyendo los costos asociados a la aversión al riesgo). En ese sentido, se entenderá como bienestar

⁴ Es el caso de los gastos administrativos derivados del procedimiento y/o proceso judicial.

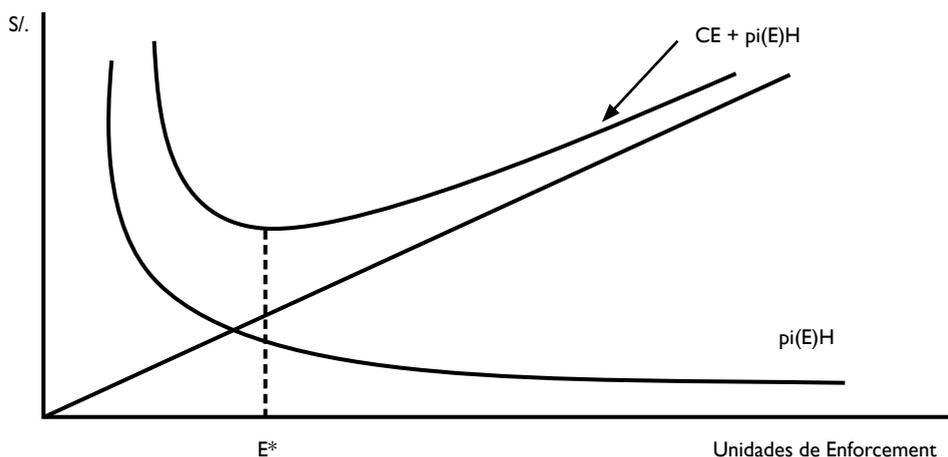
⁵ Conforme a Becker (1968) el término $bpfo$ representa la pérdida social total del castigo, siendo bf la pérdida o costo del castigo y po el número de infracciones castigadas.

⁶ Para simplificar, salvo que se indique expresamente lo contrario, se asumirá en el presente trabajo que nos encontramos frente a casos de responsabilidad estricta basada en el daño (*harm-based sanctions*), de modo que, siempre que exista H como consecuencia de O , el infractor deberá ser sancionado por las consecuencias dañinas de sus acciones.

social a la suma de los beneficios por cometer la infracción, menos el valor neto de los daños cometidos a la sociedad y los costos que se incurren para ejercer el cumplimiento de las normas, incluyendo los costos derivados de la asunción al riesgo cuando existe aversión al riesgo⁷.

De acuerdo con ello, el objetivo de la agencia encargada de *enforcement* no puede ser únicamente la «disuasión», es decir la reducción del número de ilícitos, pues un incremento de p , aumenta a su vez C , que como se ha indicado, representa el costo del *enforcement*. En otras palabras, una mayor persecución de los ilícitos genera más gasto social, el cual solo se encuentra justificado en tanto el costo marginal de estos gastos sea menor que el beneficio marginal de los mismos, es decir, hasta el punto en que una unidad adicional de *enforcement*, logre conseguir alguna cantidad de disuasión adicional. Lo señalado se muestra en la Figura N.º I.

FIGURA N.º I
COSTO MARGINAL Y BENEFICIO MARGINAL DEL GASTO EN PERSECUCIÓN DE COMPORTAMIENTO ILÍCITOS



Considerando que:

E = unidad de *enforcement*

C = costo de *enforcement*

pi = probabilidad de que se consume una infracción

H = daño derivado de la comisión de infracciones

Elaboración propia

⁷ La determinación de qué se entiende por aversión al riesgo, sus consecuencias y tratamiento, se analizará al detalle en los siguientes apartados.

Adviértase que en la medida que la agencia decida añadir unidades adicionales de *enforcement* (por ejemplo, abrir más expedientes, supervisar una mayor cantidad de temas, inspeccionar a más administrados, etc.) el costo que produce esta actividad, representado por C , se incrementa. Sin embargo, el incremento de la curva CE está justificado hasta un cierto nivel, pues las primeras unidades de *enforcement* producen importantes reducciones respecto de la probabilidad de que ocurra una infracción y por ende de que se produzca un resultado dañoso, representado por la curva $\pi(E)H$.

No obstante, si la oferta de ilícitos es altamente elástica respecto de la sanción, pero solo hasta un determinado nivel de ésta, de modo que por debajo de dicho nivel se cometen muchas infracciones y por encima del mismo tienen lugar en menor cantidad; existe un punto en que los beneficios derivados de continuar añadiendo unidades adicionales de *enforcement*, deja de tener un efecto óptimo en términos marginales de reducción de $\pi(E)H$, produciendo únicamente un continuo acrecentamiento de CE . En otras palabras, lo anterior implica que la agencia está destinando recursos a la persecución de un tramo de ilícitos donde la disuasión no se producirá, lo cual resulta innecesariamente costoso habida cuenta que las infracciones continuarán ocurriendo.

Como se aprecia de la figura, el costo social de las infracciones (CS) se puede representar como la sumatoria de ambas curvas, $CE + \pi(E)H$, siendo que el nivel óptimo de inversión en E está representado por el término E^* , que es el punto de la suma de ambas curvas donde $CE + \pi(E)H$ se vuelve mínima. La inversión en unidades adicionales de *enforcement* a la derecha de E^* representa una decisión inadecuada, en términos de eficiencia, pues sus beneficios, si existen, son superados por sus costos.

Por otro lado, el objetivo de la agencia encargada de *enforcement* tampoco puede ser conseguir que el «castigo sea proporcional al ilícito» pues un aumento de f incrementa su costo representado por C^8 . Aun cuando la agencia se enfrente a un ilícito que produce H , debe considerarse que la ejecución del castigo involucra también un incremento de C , que en la mayoría de los casos es soslayado por las agencias públicas. Por ejemplo, en el caso de las sanciones monetarias se suele obviar, además del costo de su imposición, el de su cuestionamiento administrativo y judicial, así como el de la ejecución forzosa para hacer efectivo su cobro, lo cual puede conllevar muchos años que a su vez implica recursos, minimizando sus efectos disuasivos.

Teniendo en cuenta que el *enforcement* busca obtener el grado de acatamiento a la regla de comportamiento establecida por una agencia administrativa, se puede concluir que el objetivo de la política pública de *enforcement* debe ser la minimización de los costos o pérdidas sociales de los ilícitos, representado por L^9 . Así, al adoptar una estrategia

⁸ Incluso en el caso de las sanciones monetarias, la transferencia no se produce sin costo para la sociedad.

⁹ De acuerdo con Stigler (1970) la minimización de los costos o pérdidas sociales de los ilícitos (L) debe incluir la

de *enforcement*, de acuerdo con el modelo que se expone, la autoridad administrativa debería considerar los daños provocados por el infractor, los costos de detectar y condenarlos y, en general, el costo social derivado del ilícito en general, es decir, H , C y L , respectivamente. La minimización se obtiene teniendo en cuenta C y H .

Por lo señalado, conforme a lo indicado por Buchanan (2000), resultaría contrario al objetivo de una adecuada política pública de *enforcement* pretender el cumplimiento «absoluto» de las normas, también denominada «tolerancia cero» (recuérdese que añadir unidades adicionales de *enforcement* a la derecha de E^* es ineficiente), por lo que el nivel de cumplimiento tenderá a ser —y será eficiente que así sea— menor al grado «absoluto», conforme se puede apreciar en la Figura 1. Conforme a ello, para el referido autor, la orden dada al supervisor de una agencia no puede ser «haz cumplir estos derechos, sin importar el costo», porque el costo no lo asume el funcionario que imparte dicha orden, ni el supervisor que efectúa la inspección, sino la sociedad en su conjunto.

Cabe tener en cuenta que, si bien el «cumplimiento de la ley», que es logrado a través del *enforcement*, es un bien público, debe tenerse en cuenta que es un bien que no se produce sin costo para la sociedad. En consecuencia, según Becker (1968), la agencia pública que tiene a su cargo el *enforcement* debería dedicarse a prevenir todos los ilícitos no rentables y sólo los no rentables; ello es correcto únicamente si se hace sin costo. Siguiendo a Friedman (2000), resulta más eficiente prevenir cualquier ilícito, si y solo si, el costo neto es mayor que el costo de prevenirlo.

2.3 Grado óptimo de *enforcement*

De acuerdo con lo que se viene señalando, no todos los ilícitos traen como consecuencia pérdida social, de modo que la primera pregunta que debería efectuarse la política pública es qué tipo de ilícitos deberán prohibirse (actividad legislativa), y la segunda cuáles de ellos deberá perseguir (actividad de *enforcement*).

Si perseguir y condenar un ilícito incrementa los costos o pérdidas sociales del mismo, sería preferible no hacerlo y dedicar esos recursos a mejores usos alternativos (que puede comprender, incluso, la persecución de otro tipo de ilícitos «más rentables» para la sociedad).

suma de los daños, los costos de *enforcement* y los costos de defensa del trasgresor, en los casos en que el concepto de culpa sea inadecuado. Así, la minimización de L , según exista o no un concepto inadecuado de culpa: $(\Sigma H + E)$ o $(\Sigma H + \Sigma D + E)$.

Siendo, en la notación empleada por Stigler:

H = daño o mal social causado por el ilícito.

E = costos de *enforcement*.

D = costos de defensa del trasgresor, cuando el concepto de culpa sea inadecuado.

Asimismo, se ha indicado que algunos incumplimientos son eficientes. Siguiendo a Polinsky (1983), se trata de los casos en que los beneficios que se derivan de la actividad «ilícita» (cada vez que se realiza la conducta) exceden del costo total que se impone a todos los demás que se ven perjudicados por la misma. Sólo las trasgresiones que están por debajo de este último costo, representadas por $H > G$, son ineficientes y deberían ser perseguidas, debido a que no serían socialmente rentables.

No obstante, los límites de distinción entre qué ilícitos deben ser o no permitidos no están claros, pues la mayor parte de las actividades sociales generan externalidades negativas y positivas. Para prevenir aquellos ilícitos que no son socialmente rentables y permitir aquellos que sí lo son, debería establecerse una sanción o multa esperada (ME) —en caso se trate de una sanción monetaria— igual al daño esperado derivado de dicha actividad, representado por H , a fin que el infractor «internalice» la externalidad que causará su actividad ilícita¹⁰.

De esta manera, como lo señala Friedman (2000), la sanción funciona como una suerte de sistema probabilístico de precios. Cada sanción tiene un «precio» establecido —una probabilidad de una determinada sanción—, de tal forma que la multa o sanción esperada iguale al daño causado. Una persona que esté dispuesta a pagar ese «precio» cometerá el ilícito; y desde el punto de vista de la rentabilidad económica, debería hacerlo.

Es importante destacar que, el hecho que exista alguien dispuesto a pagar el «precio» de cometer el ilícito, no es un indicativo de que dichos ilícitos sean beneficiosos para la sociedad y que sea éste el motivo por el cual el Estado tolera que dichos ilícitos ocurran. De acuerdo con Friedman (2000), la razón por la que un Estado tolera un nivel de cumplimiento inferior al «absoluto» se fundamenta en que la detección y condena de ilícitos o actividad de *enforcement*, a la se ha denominado A , genera un costo C que es asumido por toda la sociedad, de modo que el Estado no puede «comprar» tanto control de los ilícitos como desearía.

Siendo más estrictos, como refiere Stigler (1970), es la sociedad la que a través del Estado, «decide» que ilícitos deben ser o no perseguidos, con independencia de su rentabilidad o que alguien esté dispuesto a pagar su «precio». Así, el control de qué ilícitos deben ser perseguidos, puede ser logrado mediante una infinidad de técnicas en las que la sociedad decide o influencia en su selección, por ejemplo eligiendo congresistas con un determinado enfoque ante determinados ilícitos, solicitando la reducción o mayor fiscalización del presupuesto asignado a una determinada agencia, a través de las decisiones de sus tribunales, entre otros.

¹⁰ Siguiendo a Shavell (2004), cuando $ME > H$, se disuadirán los actos deseables que estén en el intervalo (H y ME), siempre que se cumpla con $(H \text{ y } ME) < G$. Si por el contrario, $ME < H$, se cometerán actos indeseables que producen daño, comprendidos entre $(ME \text{ y } H)$, donde el rango $(ME \text{ y } H) > G$.

No obstante, como destaca Friedman (2000), la utilidad de este enfoque no radica en proporcionar una fórmula precisa que el Estado pueda introducir en una computadora para generar un presupuesto para la persecución de ilícitos y una lista de sanciones. Sirve más bien para entender qué deberíamos hacer si supiésemos lo suficiente para hacerlo, de forma que podamos utilizar ese conocimiento para acercarnos tanto como nos lo permita nuestro actual conocimiento a la creación de un sistema eficaz de *enforcement*. Recuérdese que la economía no parte de presunciones sobre lo correcto o lo incorrecto, sino tan solo de la idea de que los individuos tienen objetivos y escogen los medios para alcanzarlos.

En consecuencia, incluso bajo la presunción que la sociedad puede influenciar o decidir qué ilícitos serán perseguidos, es la agencia pública la que en último término recibe dicho encargo y debe hacerlo de modo eficaz y eficiente. Así, una vez recibido el encargo, la agencia debe decidir entre una combinación entre p y f , a fin que la ME iguale H , de modo que el infractor internalice las externalidades negativas derivadas de su actividad ilícita. Existen, no obstante, diversas combinaciones de p y f que arrojarán idéntica ME , siendo toda ellas equivalentes a H .

Es importante tener presente que minimizar cada una de estas $-p$ o $-f$ generará un costo para la sociedad, el cual debe ser tenido en cuenta por la agencia pública al momento de diseñar una óptima combinación de ambos. Así, siguiendo a Friedman (2000) es posible identificar los siguientes escenarios:

- a) Minimizar el costo de p , motivará a recurrir a f más altas, lo cual, en el extremo, conllevará a pasar de sanciones monetarias (como la multa), a sanciones no monetarias (como la cárcel), pues una vez que la multa sea equivalente al patrimonio del individuo infractor, el incremento de ésta deja de tener efectos disuasivos. Mantener un infractor en prisión, incrementa aún más el costo de f (recuérdese que $f' \equiv bf$ y que en este caso $b > 1$), debido al costo de mantenimiento del infractor en prisión, la pérdida de ingresos durante su encarcelamiento, el proceso de reinserción una vez liberado, etc.
- b) Minimizar el costo de f , implicará un acrecentamiento del costo asociado a p , lo cual también es costoso para la sociedad, pues conlleva a un mayor gasto en recursos para la persecución de los ilícitos, que se ha denotado como C –recuérdese que $C \equiv C(p, 0)$ –, lo cual se traduce en un aumento de inspectores, agentes públicos, abogados defensores, jueces, materiales e insumos de producción en general.

Considerando que el presupuesto de las agencias públicas es limitado, deben optimizar sus recursos escasos, teniendo en cuenta que toda elección conllevará el sacrificio de otra. Puede indicarse, en términos de Buchanan (2000), que todo mecanismo de *enforcement* tiene un costo, y un modelo más general debería permitir la determinación simultánea de la cantidad óptima de la ley y la cantidad de mecanismos para hacerlas cumplir.

En conclusión, un sistema eficaz de *enforcement* será aquel que conduzca a un nivel de disuasión que estará determinado por una adecuada combinación de p y f , de modo que entre todas las alternativas de combinación p y f que arrojen una *ME* equivalente a H , se elija aquella que minimice la suma de ambos tipos de costos¹¹.

2.4 Óptimo *Enforcement* teniendo en cuenta la actitud del infractor frente al riesgo

Como ha sido destacado por Becker (1968), una adecuada selección de p y f garantiza indirectamente que «el crimen no pague», esto es que un infractor no se sienta incentivado a cometer un ilícito. No obstante, son las *actitudes del infractor frente al riesgo* las que determinan de manera directa si «el ilícito paga» u ocurre lo contrario. Para ello será necesario explorar las actitudes del potencial infractor frente al riesgo de ser sancionado.

2.4.1 Caso del individuo neutral al riesgo

Siguiendo a Shavell (2004), asumir que un individuo es neutral al riesgo, es considerar que éste solo se preocupa de los efectos esperados. De ser este el caso, el bienestar social (*BS*) se asume igual a G menos H menos C , de modo que se cumpla la siguiente condición:

$$BS = G - H - C$$

En el caso de una sanción de tipo monetaria, el individuo neutral observa el valor esperado y no el valor absoluto de la misma, es decir presta atención a *ME*, que es el resultado de multiplicar p y f .

Asumiendo que la *ME* se encuentra bien fijada y sea equivalente a H , el individuo neutral al riesgo solo cometerá el ilícito en la medida que su G exceda la *ME*, de modo que se consigue el resultado óptimo.

Como se muestra en el ejemplo a continuación (Tabla N.º 1), asumiendo que se trata de una sanción monetaria y que esta actividad produce un H equivalente a 50, el individuo neutral al riesgo es indiferente ante las dos combinaciones de p y f que se observan, pues ambas tienen la misma *ME*. Dado que $ME = H$, cualquiera de las dos combinaciones será disuasiva para todos los casos en que $ME \geq G$.

¹¹ No se está considerando en este apartado la racionalidad económica de los agentes de *enforcement*, es decir, que tribunales y los inspectores también buscan maximizar su utilidad, sus intereses no se encuentran necesariamente alineados con los de una adecuada política de *enforcement*, de modo que sus decisiones no tienen en cuenta los costos de quienes declaran culpables y condenan o de la sociedad en general.

TABLA N.º I
COMBINACIONES DE PY F CON LA MISMA ME

P	F	ME
1	50	50
0,5	100	50

Elaboración propia

Debe tenerse en cuenta que, en el caso de las sanciones monetarias, f es inversamente proporcional a C ; es decir, mientras más alta es f , la agencia incurre en menores costos, pues se requiere invertir menos en incrementar p , obteniéndose ahorros de ejecución. No obstante, esta asunción no será del todo válida en aquellos escenarios donde la transferencia de recursos del infractor al Estado involucra un costo para la sociedad.

Como se ha indicado, la óptima combinación de f y p es aquella que represente el menor gasto posible, es decir produzca un ahorro de C .

Como lo refiere Polinsky (1983), si los individuos son neutrales al riesgo, el sistema eficiente de *enforcement* sería aquel en el que f sea la mayor posible, que equivale al patrimonio (incluidos los ingresos futuros) de los individuos cuyo comportamiento se quiere controlar (W). Esto facilita que p sea muy pequeña, a fin de ahorrar C .

Según Polinsky y Shavell (1979), este modelo será óptimo para controlar O , si C es suficientemente bajo y la probabilidad de obtener el beneficio ilícito derivado de la infracción, denotado como piG , es reducida. Cómo se detallará más adelante, cuando la piG es sustantivamente mayor que H , o la probabilidad de ocurrencia del daño (piH) es significativamente menor que piG , el enfoque admite una variación, como ocurre en el caso de las infracciones a la normativa que comprendan infracciones a la libre y leal competencia.

Como se advierte, acorde con este enfoque, dado que lo que se pretende ahorrar es C , la f deberá «acercarse» lo más posible a W , aun cuando H sea mínimo¹².

¹² Esta visión resulta difícil de asimilar por el Derecho tradicional influenciado por nociones de «equidad» o «proporcionalidad», según el cual, la f debería ser igual a H que se produce como consecuencia del ilícito, sin tomar en cuenta p . Cfr. Shavell (2004, pp. 483-484). Así por ejemplo en el Derecho peruano, la Ley N.º 27444 (LPAG), Ley del Procedimiento Administrativo General (Art. 230º), norma de aplicación general a los procedimientos sancionadores, señala que « (...) las sanciones a ser aplicadas deberán ser proporcionales al incumplimiento calificado como infracción» considerando entre los criterios para su determinación «el perjuicio económico causado» mas no así p . Como se explicará más adelante, esta lectura puede ser superada bajo una interpretación finalista de los alcances de dicha norma.

No obstante, siguiendo a Shavell (2004), si f es muy alta, al punto de ser equivalente (o superior) a W , el individuo que no cuente con suficiente W para pagar ésta, no actuará de manera óptima una vez detectada una primera infracción, pues a partir de la segunda infracción, de producirse una nueva detección, la f que se imponga no producirá disuasión marginal, pues el infractor sentirá que «nada tiene que perder», incrementándose la cantidad de «actos indeseables» en términos de BS, se trata de casos en que H es elevado, de modo que $H > G$.

Piénsese en situaciones muy cotidianas que ocurren en países como Perú, donde conductores de unidades de transporte público denominadas «combis», poseen en su haber más de 106 multas por infracciones de tránsito; no obstante lo cual, continúan circulando por las calles y ocasionando accidentes¹³. La posibilidad de que se le detecte y se le imponga la multa 107 no genera en este conductor ninguna disuasión, pues el monto que tendrían que afrontar superaría en exceso la totalidad de su patrimonio¹⁴.

Sobre este aspecto es importante destacar que existen importantes estudios empíricos, entre otros, Braithwaite y Makkai (1991), Parker y Lehmann (2011), y Parker y Platania-Phung (2012), los cuales señalan que muchos gerentes de negocios no efectúan un análisis costo-beneficio para la toma de sus decisiones sobre el cumplimiento o no de la regulación sectorial. Según tales estudios empíricos, el más importante factor que determina que los agentes económicos acaten la regulación es la percepción de los mismos sobre la probabilidad de detección y condena, la cual funciona en mayor medida y de manera más determinante que la probabilidad real de las mismas. En ese sentido, es tarea de la agencia de *enforcement* el modificar tal percepción si desean incrementar su capacidad de disuasión. De acuerdo a este enfoque existirá una percepción sobre la probabilidad de detección y condena p y de castigo efectivo, la cual resulta siendo más determinante que los valores reales de los mismos.

Por otro lado, cuando f es muy alta, la actitud del individuo frente al riesgo podría dejar de considerarse como neutral. Siguiendo a Polinsky (1983), aunque por lo general a los individuos les preocupa sólo la pérdida esperada o ME , cuando la peor pérdida posible es pequeña respecto de W ; ello no ocurre del mismo modo cuando la peor pérdida posible respecto de W es grande. En este último caso, es probable que les preocupe también la probabilidad real y la magnitud de la pérdida.

Dicho en otras palabras una f muy elevada, podría modificar la actitud del infractor frente al riesgo, haciendo que ponga más atención en la magnitud absoluta del riesgo, en lugar del valor esperado del mismo. En el caso de la segunda fila de la Tabla 1, donde

¹³ <http://www.elperuano.pe/Edicion/noticia-inei-da-cifras-accidentes-transito-todo-peru-8935.aspx#.U1itbKKZju0> (Visualizado el 24.04.2014).

¹⁴ <http://elcomercio.pe/lima/transporte/uno-choferes-mas-papeletas-aconseja-conductores-noticia-1723118> (Visualizado el 24.04.2014).

$f = 100$, si el patrimonio del infractor fuera $W = 80$ por ejemplo, éste último podría no tener una actitud neutral y prestar mayor atención a f en lugar que a ME , pues no obstante la $p = 0,5$, de ser detectado, la pérdida sería mayor a toda su riqueza.

Así, sin considerar C y asumiendo que $f = 0$, en términos de BS , resultaría deseable todo O donde se cumpla la condición $G > ME = H$ ($G = W - ME$, es decir $80 - 50 = 30$). No obstante, de darse el supuesto comentado en el párrafo anterior, el nivel de O en la segunda fila de la Tabla I estará condicionado –desde la perspectiva del infractor– por $G > f > H$ ($G = W - f$, de modo que $80 - 100 = -20$), produciéndose disuasión excesiva o sobre-disuasión y por ende un menor nivel del O «deseable», no obstante que en ambos casos el $H = 50$ no constituye un monto elevado y éste es internalizado plenamente por el infractor.

2.4.1 Caso del individuo adverso al riesgo

El individuo adverso al riesgo es aquél al que no sólo le preocupa el valor esperado de una situación de riesgo, sino también la magnitud absoluta del mismo. Ello ocurre porque para estas personas, la desutilidad de las sanciones incrementa más que de manera proporcional a su tamaño¹⁵.

En este supuesto, señala Shavell (2004) que el BS se asume igual G , menos H , menos C y menos la desutilidad o costo de asumir de soportar el riesgo (CSR), de modo que se cumpla la siguiente condición:

$$BS = G - H - C - CSR$$

El riesgo puede estar referido a un evento que alguien aceptaría voluntariamente o no, de modo que puede ser deseable o indeseable. En el primer caso, una persona con aversión al riesgo está dispuesta a conformarse con «menos» del valor esperado del riesgo (VE) por evitar el riesgo de no obtenerlo; en tanto que en el segundo, estaría dispuesta a pagar «más» del VE para evitar el riesgo de que ello ocurra.

El ejemplo a continuación (Tabla N.º 2) muestra un riesgo deseable, como puede ser el obtener el premio mayor de una lotería.

¹⁵ Siguiendo a Shavell (2004), en el ejemplo bajo estudio, cuando f se incrementa de 50 a 100, su desutilidad no crece de manera proporcional (es decir en 100%), sino que se incrementa más del doble.

TABLA N.º 2
UN RIESGO DESEABLE

p	monto	VE
0.5	50	25
1	20	20

Elaboración propia

El adverso al riesgo prefiere lo más seguro ($p = 1$) en vez de lo menos probable ($p = 0,5$), aun cuando esta última represente un VE mayor, en caso resultara «ganador». Así, al considerar que la probabilidad de obtener 25 es menor, en relación a la certeza de obtener 20, prefiere recibir esto último, aun cuando ello implique conformarse con «menos» VE.

Lo mismo puede mostrarse para el caso de un riesgo indeseable (Tabla N.º 3), como puede ser una sanción monetaria, representada como f .

TABLA N.º 3
UN RIESGO INDESEABLE

p	f	ME
0,5	50	25
1	30	30

Elaboración propia

En este caso, el adverso al riesgo prefiere también lo seguro ($p = 1$) a fin de eliminar el riesgo de que ocurra lo menos probable ($p = 0,5$), aunque ello implique tener que pagar «más», en términos de ME. Así, en la medida que desea evitar la probabilidad de pagar 50 con una p de 0,5, prefiere pagar una multa de 30 con certeza, aunque ello implique tener que pagar 5 más de lo que pagaría con relación al VE anterior.

Como se advierte del ejemplo, la atención del adverso al riesgo no solo se centra en ME sino también –y principalmente– en el monto de f .

Adviértase que en este caso, el individuo estaría dispuesto a pagar «más» del importe de la ME por evitarlo. Conforme lo refiere Polinsky (1983), esta cantidad adicional que el individuo estaría dispuesto a pagar, con seguridad ($p = 1$), por sobre el valor de ME (y por ende, de H , cuando se cumpla $ME = H$) se conoce como Equivalente de Certeza (EC) y cumple la siguiente condición:

Si lo óptimo sería $ME = H$ y $ME < EC$, entonces ahora $H < EC$

Acorde con esta condición, el individuo adverso al riesgo sólo cometerá el ilícito cuando G exceda la cantidad de dinero que estaría dispuesto a pagar con certeza, denominado EC , para eludir el riesgo de una f no deseada. Así, la disuasión se producirá en todos los casos en que $G \leq EC$, cometiéndose el ilícito cuando $EC < G$. No obstante $H < EC$, entonces:

$$H < EC < G$$

Como se ha indicado antes, cuando los costos de ejecución son mínimos, la eficiencia indicaba que eran óptimas aquellas situaciones en las que G es superior a H , de modo que se produce un determinado nivel de O , siendo que ME debía ser equivalente a H . Si, $H = ME$, entonces será óptimo incrementar O , en tanto la $ME < G$.

Sin embargo, en el caso del sujeto adverso al riesgo, el individuo no observa la ME sino enfoca su atención en EC , cuyo valor es superior al anterior. De modo que ahora solo incrementará O en la medida que G sea superior a EC : $EC < G$. No obstante, EC es superior a H , lo que a su vez, determina un estándar más alto y por ende un menor nivel de O .

En consecuencia, se produce una disuasión excesiva o sobre-disuasión, pues el individuo dejará de desarrollar la porción de O cuyo G es superior a H , pero inferior a EC .

En otras palabras, según Shavell (2004), en la medida que el individuo solo realizará la actividad que cumpla con la condición $EC < G$, se sobre-disuade el tramo de O comprendido entre H y EC , a pesar que en dicho tramo se cumple (H hasta EC) $< G$, es decir, se trata de actos en principio deseados.

Este problema puede resolverse mediante una disminución de ME , a fin de que no haya un exceso de disuasión. Disminuyendo el valor de ME , disminuirá el EC hasta un nivel en que éste coincida con el valor de H , que es lo deseado: $EC = H$.

Finalmente, en la medida que se cumple la condición $ME < EC$, hasta conseguir que $EC = H$, el individuo adverso continuará prestando atención a EC incrementando O en la medida que G se encuentre por encima de aquél, llegándose al resultado socialmente óptimo:

Si, $EC = H$, entonces será óptima la actividad que cumpla $EC < G$.

Volviendo al ejemplo numérico anterior, en el que el H es igual a 25, tenemos lo siguiente:

TABLA N.º 4**UN RIESGO INDESEABLE CON UN NIVEL DE ACTIVIDAD ÓPTIMO**

p	f	ME
0,5	50	25
1	30	30
0,5	40	20
1	25	25

Elaboración propia

Las dos primeras filas de la Tabla N.º 4, contienen los mismos valores empleados para el caso del individuo adverso al riesgo. Enfrentado a la opción de pagar 50, con $p = 0,5$ o de pagar 30 con $p = 1$, el individuo adverso al riesgo elige la segunda opción todo y representar r una mayor ME .

La razón de ello, es que en este caso el individuo está dispuesto a pagar hasta 30 con seguridad ($p = 1$), a fin de evitar la posibilidad de tener que pagar 50 (monto mayor, aunque con una $p = 0,5$, esto es, menor). Nótese que con esta elección, el individuo está pagando un $EC = 30$, representado en la segunda línea horizontal, el cual es mayor a ME de la primera fila ($ME = 25$). Considerando ambos valores, el costo que representa esta elección es: $EC - ME = 5$.

A fin de arribar a la situación óptima, en la celda 3:1 de la matriz de la Tabla N.º 4 ($p = 0,5$) se disminuye ME , mediante una reducción de f de 50 a 40. Como resultado de ello, el valor de EC es ahora 25, pues como se advierte en la cuarta fila, el individuo está dispuesto a pagar 25, con seguridad ($p = 1$) a fin de evitar la posibilidad de tener que afrontar una multa de 40 con una probabilidad de 0,5.

Nótese que aunque el costo que representa esta elección sigue siendo el mismo ($EC - ME = 5$), la disminución de ME a 20, hace que se consiga el resultado óptimo.

Así, en la medida que el individuo adverso está dispuesto a pagar «más» para evitar el riesgo de que ocurra un evento no deseado, éste descarta la tercera fila y escoge la combinación de p y f representado en la cuarta fila, con lo que se llega a la disuasión óptima: el EC es ahora 25, el cual es igual al valor de $H = 25$, de modo que se cumple el supuesto: $EC = H$, que es el resultado óptimo, de modo que será óptima la actividad que cumpla $EC < G$.

En conclusión, cuando los individuos tienen aversión al riesgo: tomando p como dada, es decir manteniéndola inalterable, siempre es posible disminuir el nivel de f , a fin que el nuevo ME , genere a su vez, un EC que equivalga a H , de modo que se cumpla $EC = H$.

De esta manera, como señala Polinsky (1983), el individuo solo realizará O , si G excede de H . La única diferencia respecto del supuesto de neutralidad al riesgo, es que, manteniendo constante p , la f óptima tendrá que ser inferior para un individuo con aversión al riesgo que para el que es neutral al mismo. De otro modo se «hiper-disuadiría» al individuo con aversión al riesgo.

En ese orden de ideas, en la medida que los individuos con aversión al riesgo están dispuestos a pagar «más» por ver reducido el riesgo de un evento no deseado, al igual que lo están por mercancías más tangibles, el beneficio de eliminar o reducir el riesgo que soportan tales individuos es razonable incluirlo en el cálculo de eficiencia. En la medida que el EC representa la magnitud del riesgo (qué tanto está dispuesto a «pagar», con certeza, el individuo evitar ese riesgo), su reducción tiene un impacto directo sobre O .

Mediante una disminución de ME se reduce la magnitud del riesgo que enfrenta el individuo adverso, de modo que se produce a su vez una disminución de EC . Reduciendo éste último hasta hacerlo equivalente con H genera un nivel óptimo de O , evitando la sobre-disuasión.

Siguiendo a Polinsky y Shavell (1979), si los factores de producción de A (m, r, c) fueran suficientemente bajos, a fin de reducir el riesgo que enfrentan los individuos, la óptima p debería ser igual a 1 y la óptima ME igual a G . No obstante, cuando los referidos factores de producción no son suficientemente bajos, un aumento de p , incrementará aún más C , dado que son directamente proporcionales.

Como es destacado por Polinsky (1983), existe un conflicto entre reducir al mínimo C y reducir al mínimo el «costo» de soportar el riesgo, denotado como CSR , siendo que éste último es la diferencia entre EC y el VE del riesgo, representado por ME . La p óptima es, en consecuencia, la que reduce al mínimo la suma de ambos costos¹⁶: $C + CSR$.

Esto quiere decir que, como refiere Shavell (2004), el óptimo nivel de *enforcement* estará caracterizado por una infra-disuasión, y quizá, por una sustancial infra-disuasión, considerando C y teniendo en cuenta los límites para elevar f en el caso de los individuos adversos al riesgo.

En el primer caso, (cuando C es significativo) la agencia deberá establecer una ME menor a H , pues aun cuando ello conlleve a un O que esté por debajo del nivel que se desearía, permitirá obtener un ahorro importante en C . Dicho en otras palabras, se considera que

¹⁶ En el ejemplo de la Tabla N.º 4, el costo de soportar el riesgo ($CSR = EC - ME$) es igual a 5 para cada caso (30 - 25 y 25 - 20).

el grado de infra-disuasión alcanzado estará justificado, si ello permite a su vez, generar un ahorro en C .

En el segundo (a fin de disminuir el CSR), la f deberá ser menor a la que sería en el caso de neutralidad al riesgo, con lo que p deberá ser a su vez más alta, sin llegar a ser demasiado alta, pues la eficacia de su incremento se diluye cuando, como consecuencia de ello, la f tiende a ser demasiado baja¹⁷.

III. EFECTO DE LOS ERRORES SOBRE EL NIVEL DE DISUASIÓN

3.1 Estado de la cuestión

Hasta este apartado se ha asumido que los agentes de *enforcement* no cometen errores durante el proceso de *enforcement*, es decir, se condena a los individuos que efectivamente trasgreden la ley y se exonera de responsabilidad a quienes no la trasgredieron. No obstante, en el mundo real este supuesto dista de ser así: en la medida que el cumplimiento de los estándares de conducta exigidos por la ley son difíciles de observar u evaluar por los reguladores y tribunales, se cometen con frecuencia errores.

Conforme a Polinsky y Shavell (2005), los errores que pueden ocurrir son principalmente de dos tipos:

- a) Error de Tipo I: un individuo que debería ser declarado responsable no termina considerándose como tal (absolución errónea).
- b) Error de Tipo II: un individuo que no debería ser encontrado responsable termina siéndolo (condena errónea).

Ambos tipos de errores imponen costos directos a los individuos, además de los costos que suponen para la agencia pública que tiene a su cargo el *enforcement*. Teniendo en consideración que el sistema legal existe para influenciar a los agentes económicos respecto del nivel óptimo de actividad y cuidado que éstos deben asumir, la presencia de errores incrementa C y afecta la disuasión óptima.

El primero en considerar los costos sociales de las condenas erróneas dentro del modelo desarrollado por Becker, fue Harris (1970), en su trabajo “*On the Economics*

¹⁷ Recuérdese que ante un incremento de f el individuo adverso al riesgo experimenta una desutilidad mayor a la proporcional. Del mismo modo, en caso de una disminución de la misma, la utilidad que ello genera al individuo es también superior a lo proporcional.

of *Law and Order*”. Para este autor, hay una pérdida para la sociedad si una persona inocente es erróneamente condenada. En la medida que exista la probabilidad de que una persona culpable no sea castigada (Error de Tipo I), aumenta la posibilidad que una persona inocente sea condenada (Error de Tipo II).

Bajo ese contexto, la minimización de C , tiene una incidencia directa sobre la aparición de errores; pues el reducir costos vinculados a factores de producción de A (m, r, c), afecta la calidad de las decisiones de la agencia. Cuanto más bajo sea C , mayor será la incidencia de la sanción injusta derivada del error.

De ello, colige el referido autor que, mientras más severo es f , mayor es la pérdida social cuando éste es impuesto erróneamente (así por ejemplo, los individuos que son llevados a juicio, a pesar de luego ser absueltos, continúan siendo castigados por la sociedad, en forma de discriminación laboral, además de los gastos de la defensa que han debido asumir para ser declarados inocentes).

Una importante conclusión es extraída a partir de lo señalado: si se incrementa la pérdida social derivada del aumento de condenas injustas, se requerirá mayores garantías legales y menores niveles de captura por parte de la agencia. No obstante, al mismo tiempo, el incremento de la pérdida social derivada de los ilícitos, demandará el acrecentamiento de la aprehensión y el castigo. Así como el relajamiento de las garantías legales, lo cual ocurrirá en menor proporción, de lo que sucedería en ausencia del costo social derivado del error.

Algunos años después, Png (1986), en su estudio “*Optimal Subsidies and Damages in the Presence of Judicial Error*” consideró también el supuesto de la existencia de errores judiciales, enfocándose en la manera en que éstos afectan la disuasión. Para este autor, dado que los individuos que no han violado la ley serán condenados, el costo de violar la ley, en relación con no hacerlo, disminuye para el trasgresor, debido a que la probabilidad de condena del criminal se reduce, puesto que serán «otros» quienes pagarán el «precio» de no cumplir la ley. En la medida que el costo esperado ha bajado, la disuasión también lo hace. El resultado de ello, será más infracciones de la ley.

Aunado a lo anterior, la probabilidad de que los no infractores pueden estar sujetos a la sanción, tendrá un efecto negativo sobre O , debido a la probabilidad de ser erróneamente condenado a una sanción. En consecuencia, tanto culpables como inocentes deberán pagar un «precio» mayor.

Siguiendo el ejemplo anterior, se representa en la Tabla N.º 5, lo señalado por Png:

TABLA N.º 5
CONSECUENCIAS DE ERRORES DE CONDENA

	p	f	ME	
	0,5	50	25	
Inocentes	0,1	50	5	(-)
Resultado	0,4	50	20	Σ

Elaboración propia

Los datos son los mismos a los que se ha hecho referencia anteriormente. H sigue siendo 25, de modo que para que la disuasión sea óptima se debe cumplir la condición: $ME = H$. La combinación de p y f de la primera fila consigue el resultado óptimo.

No obstante, cuando se considera la probabilidad de condenas erróneas los individuos «inocentes» también soportan el riesgo de ser sancionados (en el ejemplo, denotado como $p = 0,1$), afrontando una ME de 5, como se muestra en la segunda hilera.

Debido a que el sistema condenará a algunos «inocentes», el infractor considerará tal situación en el nuevo cálculo de p , el cual es ahora 0,4 ($0,5 - 0,1 = 0,4$), lo cual se observa en la tercera fila.

Así, en la medida que ME ha disminuido de 25 a 20, el «precio» de cometer ilícitos para el infractor es menor (no obstante que f continúa siendo igual a 50), de modo que para éste último la disuasión ha disminuido en 5. Un atractivo margen para cometer más ilícitos, lo cual afecta la disuasión óptima pues la nueva $ME < H$ ¹⁸.

En su trabajo denominado “Does Wrongful Conviction Lower Deterrence?”, Lando (2004), distingue las condenas erróneas (Error de Tipo II) en dos subtipos:

- a) Errores de actos: suceden cuando un individuo es condenado y castigado por un acto que no es un ilícito (*mistakes of act*).
- b) Errores de identidad: ocurren cuando un individuo es condenado y castigado por un ilícito cometido por otra persona (*mistakes of identity*).

Para Lando, en el caso de los «errores de identidad», las condenas erróneas no ponen en peligro la disuasión, pues en la medida que los infractores pueden ser condenados

¹⁸ Con el añadido que, considerando la probabilidad de ser condenados por error, los individuos inocentes tenderán a un menor nivel de O .

y castigados por los ilícitos de otros, los rendimientos esperados para no cometer el ilícito disminuyen igualmente para los individuos honestos y para el infractor.

Por lo tanto, los individuos no cambian su comportamiento como consecuencia de este tipo de error, no disminuyendo la disuasión. Lo señalado por Lando se muestra en la Tabla N.º 6.

TABLA N.º 6
CONSECUENCIAS DE ERRORES DE IDENTIDAD

	<i>p</i>	<i>f</i>	<i>VE</i>	
	0,5	50	25	
Honestos	0,1	50	5	(-)
Infractores	0,1	50	5	(+)
Resultado	0,5	50	25	Σ

Elaboración propia

Los datos son los mismos que se vienen manejando. La segunda fila muestra el efecto de las condenas erróneas sobre los individuos «honestos», quienes soportan el riesgo de ser condenados por «errores de identidad», afrontando una *ME* de 5. La tercera hilera representa a los «infractores» que, como consecuencia de un error, son condenados por los crímenes de otros. Se trata de infractores habituales que en esta ocasión son sancionados por un ilícito que no cometieron, de modo que son inocentes respecto a este ilícito en particular. Estos infractores deben afrontar también una posibilidad de ser condenados por un «error de identidad», de modo que afrontan también una *ME* de 5.

Como se advierte, el efecto del «error de identidad» tiene diferentes consecuencias sobre los individuos «honestos» y sobre los «infractores». Para los primeros, la disuasión disminuye (-5) al igual que el caso anterior, no obstante, para los segundos, ésta aumenta (+5), puesto que ahora se enfrentan también a la posibilidad de ser condenados.

De lo señalado se puede concluir que no habría variación respecto de la disuasión, puesto que el valor de la *ME*, al afectar por igual a ambos grupos, se mantiene inalterada en 25, como se muestra en la cuarta fila (denotada como una sumatoria por el símbolo Σ).

No obstante, un reciente estudio de Garoupa y Rizzolli (2012) denominado “*Wrongful Convictions Do Lower Deterrence*” demuestra que, incluso para los denominados «errores de identidad», las condenas erróneas bajan la disuasión.

Para los indicados autores, una consecuencia importante de la existencia de «errores de identidad» que no ha sido considerada de manera apropiada en el trabajo de Lando es que, por cada error, en que se condena a un individuo «honesto» o a un «infractor»¹⁹, debe existir una errónea absolución de aquel individuo objetivamente «culpable» en los hechos (absolución errónea o Error de Tipo I), puesto que el ilícito «si ocurrió»²⁰.

Dicho en otros términos, para los «errores de identidad», se deben igualar el número de errores con el número de delitos cometidos, con el fin de equilibrar la demanda y la oferta de errores.

Los autores reseñados, demuestran que, sin excepción, las condenas erróneas hacen bajar la disuasión. Incluso si las probabilidades de errores influyen en «honestos» e «infractores» por igual, la disuasión disminuye porque estas probabilidades de error de identidad también afecta a las absoluciones erróneas de los realmente «culpables», como se muestra en la Tabla N.º 7:

TABLA N.º 7
ERRORES EN GENERAL DISMINUYEN DISUASIÓN

	<i>p</i>	<i>f</i>	<i>ME</i>	
	0,5	50	25	
Honestos	0,1	50	5	(-)
Infractores	0,1	50	5	(+)
Culpables	0,1	50	5	(-)
Resultado	0,4	50	20	Σ

Elaboración propia

Las tres primeras filas, representan lo señalado hasta este punto. No obstante, considerando la existencia de una «absolución errónea» (Error de Tipo I) no considerada en el ejemplo propuesto en la Tabla 6, se incluye una cuarta fila, donde se considera el efecto del «error de identidad» respecto de los individuos realmente «culpables», esto es, aquellos que lo son de modo objetivo en los hechos.

¹⁹ Se hace referencia a «infractor» de manera genérica, sin que se deba confundir a éste, con el verdaderamente culpable, en una situación específica. Así, por ejemplo, podría tratarse de un evasor habitual de impuestos, que es procesado por una evasión en la cual él no participó. Si bien en términos generales es un evasor, respecto de esta situación particular por la que se le condena, es inocente, pues el verdaderamente infractor, en los hechos, es un tercero y es «absuelto».

²⁰ Como lo refieren Garoupa y Rizzolli (2012), los errores de identidad, son situaciones en las que una persona incorrecta es condenada por un ilícito determinado, y por el mismo ilícito, una persona culpable es injustamente absuelta. En este caso, las condenas y las absoluciones injustas de un ilícito determinado se vinculan, pues la condena de una persona inocente implica la absolución de la persona realmente responsable.

Al considerar este último caso, en el que para el individuo «culpable» hay una disminución de la disuasión en 5; se aprecia que la *ME*, representada en la quinta fila (denotada como una sumatoria por el símbolo Σ), se reduce en su valor original, pasando de 25 a 20. De modo que cobra vigencia el postulado original, según el cual los errores de condena o absolución disminuyen la disuasión.

3.2 Solución propuesta

3.2.1 Consideraciones básicas

Como se ha indicado, un primer efecto de los errores de condena o absolución es la disminución del nivel de disuasión. Ello ocurre en igual medida en el caso de «condenas erróneas» y de «absoluciones erróneas», incluyendo la variantes de «errores de acto» y «errores de identidad» propuestas por Lando. Su consecuencia, es el incremento de incentivos para que los infractores cometan más ilícitos, pues frente a la posibilidad de una absolución o condena errónea, será «otro» quien pague el «precio» del ilícito.

Un segundo efecto derivado de los errores de condena o absolución, es la reducción del nivel de actividad por debajo de lo que sería socialmente óptimo, puesto que muchos individuos «inocentes» se sentirán desalentados, debido a que pueden terminar resultando condenados –y multados– como consecuencia de una «condena errónea».

Para hacer frente al primer efecto, y a fin de asegurar que la elección entre violación y no trasgresión de la ley refleje el costo neto o daño social, denotado por *D*, es necesario que cuando se adjudique *f*, ésta sea más alta que *H*, a fin que se cubra la porción disminuida por la reducción de *p*. Para hacer frente al segundo, es necesario se otorgue una subvención (*S*) a todos los agentes económicos que desarrollen *O*, que a su vez produzca *H*.

El modelo de subvención óptima y sanción fue desarrollado por Png (1986), aplicándolo a un supuesto de responsabilidad extracontractual por accidentes automovilísticos. No obstante, este modelo puede ser replicado también para los casos de agentes económicos que desarrollan *O* capaz de producir *H*, como se mostrará a continuación. Así, considerando la notación usada por Png, se tiene que:

- a) El individuo desarrolla una actividad con cierta probabilidad de producir daño.
- b) La probabilidad de que se produzca daño dependerá de su grado de cuidado.
- c) El individuo se enfrenta a dos alternativas: desarrollar su actividad con el debido cuidado o no.
- d) Tomar cuidado tiene un costo para el individuo.

- e) El Tribunal determina el nivel de culpa del individuo o su responsabilidad.
- f) La decisión del Tribunal está sujeta a error.
- g) αc = Probabilidad de daño si el individuo tiene el debido cuidado.
- h) αn = Probabilidad de daño si el individuo no tiene el debido cuidado
- i) Hc = Daño causado cuando el individuo ha tomado el debido cuidado.
- j) Hn = Daño causado cuando el individuo no ha tomado el debido cuidado
- k) Bc = Beneficio privado del individuo²¹ cuando toma el debido cuidado.
- l) Bn = Beneficio privado del individuo²² cuando no toma el debido cuidado.
- m) $p c$ = Probabilidad de que un individuo sea condenado y sea obligado a pagar multa a pesar de haber actuado con cuidado²³.
- n) $p n$ = Probabilidad de que un individuo no sea condenado y no sea obligado a pagar una multa a pesar de no haber actuado con cuidado²⁴.
- o) “D” = f ²⁵
- p) Considerando que: $\alpha c < \alpha n, Hc < Hn, Bc < Bn$.

Siguiendo al autor reseñado, las decisiones de un agente económico respecto a su nivel de actividad y si la desarrolla con el debido cuidado o no, serán socialmente eficientes, si y solo si, en aquellos casos donde H cumpla con:

- a) Otorgar S al agente económico que, a pesar de actuar con cuidado, desarrolla una O que ocasiona Hc . Esta S es equivalente a:

$$S = p c D - H c$$

La S es la diferencia entre $ME - H$ a pagar por un «error de condena», denotado como $p c D - H c$ en la notación de Png; esto es, la multa esperada que se aplica al individuo cuya actividad produjo un daño no obstante tomó el cuidado debido. Su finalidad es aminorar el efecto disuasorio del «error de condena» respecto de O del individuo que si toma cuidado.

²¹ Anteriormente denotada como G .

²² Ver nota anterior.

²³ Error de Condena o Error de Tipo II.

²⁴ Error de Absolución o Error de Tipo I.

²⁵ Png emplea la denominación “D” para hacer referencia a los *damages* o indemnización extracontractual derivada de los accidentes automovilísticos. Para efectos de este trabajo, “D” será equivalente a f que se aplica como respuesta a una trasgresión a la ley que produce H .

Dependiendo de los valores de los parámetros, S podría ser o bien un impuesto o una subvención propiamente dicha. Por ejemplo, si los tribunales tienen una probabilidad cero de requerir el pago de “ D ” a los individuos que han tomado debido cuidado, es decir, si $p_c = 0$, entonces $S = -Hc$, de modo que el sujeto que actuó con cuidado solo estará obligado a pagar (internalizar) Hc .

b) Obligar a pagar f al agente económico que no actuó con cuidado, de modo que:

$$D = \frac{Hn - Hc}{1 - p_c - p_n}$$

La magnitud del H derivado de la O de un individuo que no toma cuidado, es superior a los que se enfrenta el individuo que si asume dicho cuidado ($Hc < Hn$). La p debe considerar la disminución que produce p_c como de p_n . La f (o “ D ” en la notación de Png) debe ser más alta que ante un escenario sin errores, para contrarrestar su efecto.

Un ejemplo numérico permitirá graficar lo señalado (Tabla N.º 8). Los datos son los mismos de antes. Para simplificar, se asume que $H = 25$ y es constante para cualquier nivel de cuidado. Se asume también que la agencia no puede incrementar p y que el individuo es neutral al riesgo. La primera fila muestra que la agencia realiza el *enforcement* con una p igual a 0,5. En combinación con una f de 50, se llega al resultado óptimo de $ME = H$.

TABLA N.º 8

SOLUCIÓN PROPUESTA CUANDO INFRACTOR ES NEUTRAL AL RIESGO

	p	f	ME	
	0,5	50	25	
Cond. erróneas	0,1	50	5	(-)
Absol. erróneas	0,1	50	5	(-)
Resultado	0,3	50	15	Σ
Ajuste en f	0,3	83,3	25	

Elaboración propia

La segunda y tercera fila consideran una ME de 5 cada uno, ante la probabilidad de errores de condena. La ME de la consideración de ambos tipos de error, «condenas erróneas» y «absoluciones erróneas», es igual a 10. Como consecuencia de tales errores p disminuye de 0,5 a 0,3 ($0,5 - 0,1 - 0,1$), con lo que la disuasión se reduce de 25 a 15 (denotada como una sumatoria por el símbolo Σ), de modo que el resultado obtenido es infra-disuasivo respecto de H , debido a que $ME < H$.

Para contrarrestar este efecto, f debe ser superior que ante un escenario de ausencia de errores. A fin que se cumpla la condición $ME = H$, se incrementa el valor de f de 50 a 83,3, con la finalidad de conseguir que la ME sea otra vez 25, es decir el resultado óptimo.

Como se advierte del ejemplo, a fin de evitar que la trasgresión de la ley resulte infra-disuadida con respecto al nivel de eficiencia debido a la existencia de errores, se requiere incrementar el valor de f para compensar la disminución producida en p en un valor superior al que correspondería en un escenario de ausencia de errores. Una vez aumentada f hasta un valor que se cumpla $ME = H$, se consigue nuevamente el nivel de disuasión óptimo.

3.2.2 Solución propuesta cuando es posible incrementar p

Se ha asumido hasta este punto que p es fija y que la agencia pública no puede incrementarla. No obstante, ello dista de ser necesariamente así en todos los casos de neutralidad al riesgo. Podría ocurrir que la agencia cuente con la posibilidad de incrementar tanto el valor de f como p . Por ejemplo, es el caso de una agencia pública que obtiene una partida presupuestal adicional del Estado, recibe financiamiento internacional, cuenta con recursos propios o tiene la capacidad de incrementar el presupuesto asignado a la división de *enforcement* mediante una transferencia interna de recursos.

No obstante, como mencionan Polinsky y Shavell (2005), incluso si ambos, p y f son instrumentos de política pública, la solución óptima seguiría siendo incrementar f hasta su valor más alto a pesar de los errores. La explicación es la misma señalada líneas arriba: si f fuera menor en vez de máxima, entonces la solución eficiente consistiría en elevar ésta y rebajar p , a fin de mantener constante la disuasión, pero ahorrando C .

3.2.3 Solución propuesta para el caso del individuo adverso al riesgo

Un supuesto no considerado en el recuento efectuado hasta este punto, es el del caso del individuo adverso al riesgo. Como se destacó anteriormente, en el caso del individuo adverso al riesgo, la f deberá ser generalmente menor que la que correspondería en caso de neutralidad al riesgo. La explicación de ello, es que en el caso del adverso al riesgo, la reducción de f disminuye el riesgo al que se enfrenta este individuo, denotado como EC , así como el «costo» de soportar el riesgo, denominado CSR , llegándose al resulta óptimo.

Cuando está presente la posibilidad de que la agencia que tiene a su cargo el *enforcement* cometa errores, los individuos que no trasgreden la ley están sujetos al riesgo de tener que pagar f , de modo que puede resultar conveniente reducir aún más ésta última, a fin de disminuir este nuevo «costo», denominado *costo de soportar el riesgo derivado de los errores* ($CSRE$) y evitar la sobre-disuasión.

Conforme a Polinsky y Shavell (2005), debido a que el número de individuos que no violan la ley a menudo exceden al número de los que lo hacen, el deseo de evitar la imposición de riesgo en el primer grupo puede llevar a una reducción sustancial de la f óptima. No obstante una reducción sustancial de f , requiere ser compensada con un aumento de p , lo cual incrementará C . El resultado óptimo de la combinación de p y f , como no podía ser de otra manera, será la que reduzca al mínimo la suma de todos los costos antes referidos: $C + CSR + CSRE$.

Habida cuenta que, ante la posibilidad de error, el $CSRE$ será asumido por los individuos inocentes y culpables, Polinsky (1983) sugiere que la agencia deberá implementar un sistema de *enforcement* que considere una mayor p y una menor f , con objeto de reducir estos costos.

Para graficar el caso del individuo adverso al riesgo (Tabla N.º 9), considérese el mismo ejemplo propuesto para el caso del neutral, en el que se llegaba a la solución óptima a través de un incremento de f , manteniendo constante p .

El resultado que se muestra ahora es diferente: en la medida que se trata de un individuo adverso, se reduce f de 50 a 41,7 con la finalidad de disminuir el $CSRE$ y se incrementa p de 0,5 a 0,8 (séxta fila), a fin que, como se aprecia en la séptima fila, resulte una nueva $p = 0,6$ (considerando el descuento por «condenas erróneas» y «absoluciones erróneas»: $0,8 - 0,1 - 0,1 = 0,6$) a fin que la ME refleje H , de modo que se cumpla: $ME = H$, el resultado óptimo, de modo que será disuasivo para todo O donde $ME \geq G$.

TABLA N.º 9

SOLUCIÓN PROPUESTA CUANDO EL INFRACTOR ES ADVERSO AL RIESGO

	P	f	ME
	0,5	50	25
Cond. erróneas (1)	0,1	50	5
Absol. erróneas (2)	0,1	50	5
Resultado	0,3	50	15
Ajuste en f (neutral)	0,3	83,3	25
Ajuste en f y p (adverso)	0,8	41,7	33,3
Descontando (1) y (2)	0,6	41,7	25

Elaboración propia

Se ha trabajado bajo el supuesto que el aumento de recursos asociados a la p no tiene ningún impacto sobre los errores. Tal razonamiento no considera que, en ocasiones, el aumento de C , incrementará la probabilidad del surgimiento errores, en sus versiones de «condenas erróneas» y «absoluciones erróneas».

A fin de minimizar el efecto de los errores, la agencia pública podría adoptar un estándar de calidad más riguroso o incrementar las garantías legales de los administrados, a efectos de disminuir la posibilidad de cometer errores. No obstante, se debe ser muy riguroso al implementar este tipo de medidas: lo óptimo es que cada unidad monetaria invertida en incrementar el estándar de calidad de los pronunciamientos, proporcione una cantidad igual de incremento de predictibilidad²⁶ (o lo que es lo mismo, de disminución de pronunciamientos erróneos), medido en términos marginales.

En el ejemplo propuesto, asumiendo que la adopción de un estándar de calidad más riguroso, hasta un punto óptimo, posee la virtualidad de disminuir la probabilidad de errores. La solución eficiente será la elevación de p hasta 0,8, cuyo ajuste final quedará en 0,6, que representa una menor C .

Como se advierte, si bien en el caso del individuo adverso al riesgo, el acrecentamiento de p incrementa a su vez C , ello puede ser deseable en la medida que el aumento de la disuasión general se produzca, lo cual es socialmente beneficioso.

IV. ANÁLISIS EMPÍRICO: ESTUDIO DE UN CASO

4.1 Descripción de un Organismo Regulador

El Perú cuenta con agencias especializadas para la vigilancia de diversos mercados. Destaca entre otros, el mercado de servicios públicos domiciliarios (telecomunicaciones, electricidad, saneamiento, gas) y de las concesiones de obras públicas de infraestructura de transporte (puertos, aeropuertos, carreteras, vías ferroviarias) adscritos al régimen de la Ley Marco de organismos reguladores de la inversión privada en servicios públicos²⁷.

La referida normativa, se origina en el marco de una serie de reformas acaecidas en los años noventa, que en el que se suscita un cambio de concepción del rol del estado peruano en la economía. Forma parte de dicho proceso, la liberalización de determinados sectores productivos, así como la transferencia al sector privado de la propiedad de las empresas estatales, el otorgamiento de concesiones de servicios públicos y de obras públicas de infraestructura y la creación de Organismos Reguladores, a quienes se encarga la regulación y supervisión de dichos mercados.

²⁶ Véase Principio de Predictibilidad contenido en el numeral 1.15 del Artículo IV de la LPAG.

²⁷ Ley N.º 27332, publicada el 29 de julio de 2000 en el Diario Oficial El Peruano.

Así, mediante la referida Ley, se dota a los organismos reguladores (Osiptel²⁸, Osinergrmin²⁹, Sunass³⁰ y Ositran³¹) de normas básicas comunes para su organización y funcionamiento. Asimismo, se otorga a los referidos Organismos Reguladores de una serie de funciones comunes para el ejercicio de las tareas que les han sido encomendadas, sin perjuicio de la aprobación de leyes posteriores que potencian las facultades de supervisión y sanción del Osiptel y Osinergrmin. Dichas funciones pueden ser resumidas de la siguiente manera³²:

- a) Función supervisora: comprende la facultad de verificar el cumplimiento de las obligaciones legales, contractuales o técnicas por parte de las entidades o actividades supervisadas, así como la facultad de verificar el cumplimiento de cualquier mandato o resolución emitida por el Organismo Regulador o de cualquier otra obligación que se encuentre a cargo de la entidad o actividad supervisadas.
- b) Función reguladora: comprende la facultad de fijar las tarifas de los servicios bajo su ámbito.
- c) Función normativa: comprende la facultad de dictar en el ámbito y en materia de sus respectivas competencias, los reglamentos, normas que regulen los procedimientos a su cargo, otras de carácter general y mandatos u otras normas de carácter particular referidas a intereses, obligaciones o derechos de las entidades o actividades supervisadas o de sus usuarios.

Comprende, a su vez, la facultad de tipificar las infracciones por incumplimiento de obligaciones establecidas por normas legales, normas técnicas y aquellas derivadas de los contratos de concesión, bajo su ámbito, así como por el incumplimiento de las disposiciones reguladoras y normativas dictadas por ellos mismos.
- d) Función fiscalizadora y sancionadora: comprende la facultad de imponer sanciones dentro de su ámbito de competencia por el incumplimiento de obligaciones derivadas de normas legales o técnicas, así como las obligaciones contraídas por los concesionarios en los respectivos contratos de concesión.
- e) Función de solución de controversias: comprende la facultad de conciliar intereses contrapuestos entre entidades o empresas bajo su ámbito de competencia, entre éstas y sus usuarios o de resolver los conflictos suscitados entre los mismos, reconociendo o desestimando los derechos invocados.
- f) Función de solución de los reclamos de los usuarios de los servicios que regulan.

²⁸ Organismo Supervisor de la Inversión Privada en Telecomunicaciones.

²⁹ Organismo Supervisor de la Inversión en Energía y Minería.

³⁰ Superintendencia Nacional de Servicios de Saneamiento.

³¹ Organismo Supervisor de la Inversión en Infraestructura de Transporte de Uso Público.

³² Véase artículo 3° de Ley N.° 27332.

Para el cumplimiento de las funciones a su cargo, los Organismos Reguladores cuentan con diversas Gerencias, Sub-Gerencias, Tribunales y otros. La máxima autoridad en cada Organismo Regulador es el Consejo Directivo, cada cual compuesto por cinco miembros, uno de los cuales detenta el cargo de Presidente del Consejo Directivo.

Dentro de la estructura organizacional de cada Organismo Regulador, el *enforcement* de las normas cuya supervisión, fiscalización y sanción le han sido encomendadas recae principalmente en Gerencias de Supervisión o Fiscalización (GFS)³³ y en menor medida de sus Tribunales, para supuestos específicos.

Si bien las GFS tienen a su cargo el inicio de la investigación, no son las únicas áreas del Organismo Regulador que participan de la decisión de condenar o no a un agente económico por la violación a algún aspecto regulatorio. En el proceso de *enforcement* de las normas regulatorias, que ocupa el presente estudio, participan no sólo las GFS, como órgano de línea, sino también órganos resolutivos, como son la Gerencia General y el Consejo Directivo o Tribunal del Organismo Regulador que haga sus veces.

Así, el proceso de *enforcement* de las normas regulatorias se puede dividir en dos grandes etapas, una primera que se sigue en la vía administrativa, ante el Organismo Regulador; y, otra segunda, en el Poder Judicial en el cual se revisa la legalidad de la decisión emitida en la etapa previa. La etapa administrativa se subdivide a su vez en: supervisión, fiscalización y sanción. La etapa judicial cuenta con dos instancias y una tercera etapa de carácter extraordinario denominada «casación». El detalle de cada etapa se muestra a continuación:

a) Etapa administrativa

a.1) Supervisión

Corresponde a la etapa de investigación preliminar y la apertura de un expediente de supervisión por parte de las GFS, en el que se evalúa el cumplimiento de las normas regulatorias por parte de los agentes económicos. Culmina, por lo general, con la emisión de un informe técnico, que contiene el resultado de la evaluación antes mencionada. De detectarse un incumplimiento a la regulación se recomienda «condenar»³⁴ a la empresa

³³ Osiptel: Gerencia de Fiscalización y Supervisión; Osinergmin: Gerencia de Fiscalización Eléctrica, Gerencia de Fiscalización de Gas Natural, Gerencia de Fiscalización de Hidrocarburos Líquidos y Gerencia de Fiscalización Minera; Sunass: Gerencia de Supervisión y Fiscalización; y, Ositran: Gerencia de Supervisión y Fiscalización.

³⁴ Si bien formalmente, en términos legales, al término de la **supervisión** solo se concluye que hay «indicios» de la comisión de una infracción y se recomienda el inicio de un procedimiento sancionador en el cual se determinará si «efectivamente» se cometió una infracción. Una vez que dicha decisión es comunicada al administrado si tiene un efecto sobre éste, pues se enfrenta a la posibilidad de ser sancionado. A mayor probabilidad que la agencia incurra en errores, el solo inicio de la investigación preliminar genera incertidumbre en el administrado, incrementándose,

supervisada, iniciándose un procedimiento sancionador. Caso contrario se recomienda «archivar». Para efectos prácticos se denominará a esta etapa **supervisión**.

a.2) Fiscalización

Se inicia con la notificación del pliego de cargos a la empresa supervisada, a través del cual se comunica a ésta los motivos que sustentan el inicio del procedimiento sancionador, dándole un periodo de tiempo para emitir sus descargos. Recibidos los descargos, se elabora un informe en el que efectúa un análisis sobre la responsabilidad de la empresa recomendando: «condenar», de ser hallada culpable; o «archivar», en caso no se pudiera verificar su culpabilidad. Se denominará a esta etapa **instrucción**. Por razones prácticas, el presente no se enfocará en otro tipo de procedimientos ni medidas que pueden ser aplicadas por el Organismo Regulador.

a.3) Sanción

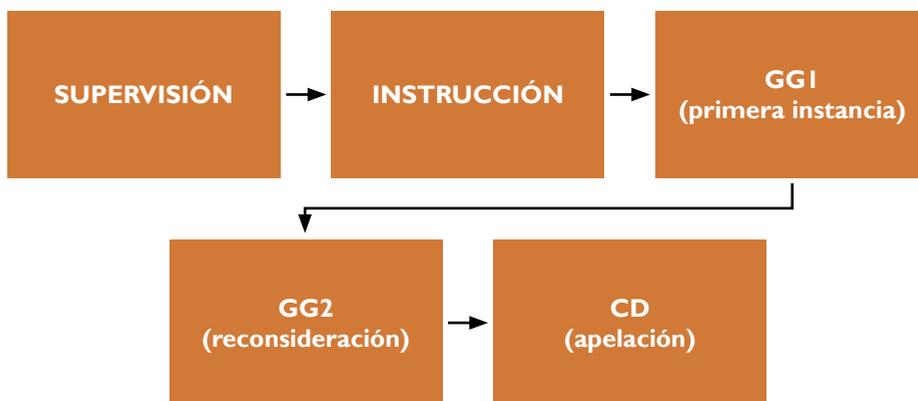
Es una etapa propiamente resolutoria a cargo de la Gerencia General del Organismo Regulador, quien evaluando el informe de la etapa previa, determina si confirma o no su recomendación. El resultado puede ser, al igual que la anterior, «condenar» o «archivar» la imputación efectuada. Se denominará a esta etapa GG.

En caso se decidiera «condenar» a la empresa supervisada, se cuenta con dos tipos de recursos impugnativos: la reconsideración y la apelación. La primera se efectúa ante el mismo órgano que decidió «condenar» a fin que revalúe su decisión. La segunda ante el Consejo Directivo o Tribunal del Organismo Regulador que actúa como una instancia superior. Se puede interponer directamente un recurso de apelación sin necesidad de que exista un recurso de reconsideración previo.

En cada una de las instancias mencionadas se puede revisar la declaración emitida en la instancia previa, de modo que se puede confirmar la decisión de «condenar»; o, se opta por «archivar», en el caso de tratarse de una acusación incorrecta. Se denominará a cada recurso impugnativo –reconsideración y apelación– como GG2 y CD, respectivamente. Lo reseñado se muestra en la Figura N.º 2.

desde su perspectiva, el riesgo de ser sancionado en la medida que van desarrollándose cada una de las etapas denominadas **supervisión, instrucción, GG y GG2/PD**. Téngase en cuenta que cada etapa concluye con la emisión de un Informe o Acto Administrativo en el que no solo se hace un recuento de los hechos probados, sino además se realiza una calificación jurídica respecto a la norma que habría sido incumplida.

FIGURA N.º 2
ETAPA ADMINISTRATIVA



Elaboración propia

Las medidas que adoptan el Organismo Regulador frente a las violaciones de la regulación son de diversos tipos³⁵, no obstante, el presente estudio se enfocará únicamente en las sanciones de multa³⁶. Las multas que pueden ser aplicadas por cada Organismo Regulador son variadas y se expresan en UIT que es la abreviatura de la unidad impositiva tributaria vigente en el Perú. A la fecha 1 UIT = 3 800 Nuevos Soles = 999,58 Dólares Americanos³⁷. En este trabajo se empleará la nomenclatura UIT siempre que se haga referencia al monto de la multa.

En comparativo de las multas que pueden ser impuestas por cada Organismo Regulador se muestra en la Tabla N.º 10.

³⁵ Otras medidas diferentes a las multas por las que puede optar el Organismo Regulador son las medidas correctivas, medidas cautelares, medidas provisionales, medidas de seguridad y multas coercitivas. Estas medidas se diferencian de las multas en el sentido que no detentan carácter represivo.

³⁶ Se consideran también sanciones a las Amonestaciones, que se diferencian de las multas en cuanto no llevan un monto dinerario asociado que el trasgresor de la regulación deba «pagar», constituyendo una suerte de «llamada de atención». Una vez impuestas, dependiendo de la normativa específica de cada sector en particular, las multas pueden ser «condonadas» o perdonadas por el Organismo Regulador.

³⁷ http://es.coinmill.com/PEN_USD.html#PEN=2800 (Revisado 01.05.2014).

TABLA N.º 10
COMPARACIÓN DE SANCIONES DE MULTA

Organismo Regulador	Multas Tope	Multa no mayor
SUNASS Leve Grave Muy Grave	Hasta 10 UIT Hasta 250 UIT Más de 500 UIT	Al 5% de Ingreso Operativo Promedio Mensual) Al 10% de Ingreso Operativo Promedio Mensual) Al 20% de Ingreso Operativo Promedio Mensual)
OSITRAN Leve Ingreso ≤ 20 000 UIT 20 000 UIT ≤ Ingreso ≤ 50 000 UIT Ingreso > 50 000 UIT Grave Ingreso ≤ 20 000 UIT 20 000 UIT ≤ Ingreso ≤ 50 000 UIT Ingreso > 50 000 UIT Muy Grave Ingreso ≤ 20 000 UIT 20 000 UIT ≤ Ingreso ≤ 50 000 UIT Ingreso > 50 000 UIT	Hasta 25 UIT Hasta 75 UIT Más de 180 UIT Hasta 60 UIT Hasta 180 UIT Más de 450 UIT Hasta 140 UIT Hasta 420 UIT Más de 480 UIT	Al 3% de los Ingresos Operativos (Anuales)
OSINERGMIN Hidrocarburos Electricidad Empresa Tipo 1 Empresa Tipo 2 Empresa Tipo 3 Empresa Tipo 4 COES Medio Ambiente	Hasta 44 000 UIT Hasta 260 UIT Hasta 390 UIT Hasta 650 UIT Hasta 1 400 UIT Hasta 1 000 UIT Hasta 1 000 UIT	
OSIPTEL Leve Grave Muy Grave	De 0,5 a 50 UIT De 51 a 150 UIT De 151 a 350 UIT	Al 10% de Ingresos Brutos (Anuales)

Elaboración propia
Fuente: Congreso de la República

b) Etapa judicial:

Una vez impuestas las multas y confirmadas por el CD o Tribunal, de presentarse impugnaciones, la empresa supervisada tiene el derecho de cuestionar su validez ante el Poder Judicial, mediante el inicio de un Proceso Contencioso Administrativo. Este proceso cuenta con dos instancias y una de revisión extraordinaria denominada *Casación*. Confirmada la multa por el Poder Judicial, se inicia el proceso de cobro. Cabe resaltar que la etapa ante el Poder Judicial es opcional. La empresa supervisada podría decidir pagar la multa una vez culminada la etapa administrativa y no iniciarla o continuar con la etapa judicial, mediante el pago de la multa.

4.2 Modelo de *enforcement* a ser aplicado en el Organismo Regulador

Hasta la fecha del presente estudio, a excepción del Osinergmin, los Organismos Reguladores no cuentan con una metodología para el cálculo de sanciones que se sustente en una lógica económica.

El modelo sugerido en el presente trabajo, se sustenta en la idea que la decisión de infringir las normas parte de un análisis costo-beneficio que realizan los individuos por sus acciones, tal como ha sido señalado de manera teórica por Becker (1968) y Stigler (1970) y continuada posteriormente por Polinsky y Shavell (1979, 1993, 1994, 2000, 2007), entre otros.

De acuerdo con este enfoque, un agente económico cometerá un acto, sólo si éste es deseable, es decir, si su beneficio esperado supera el costo esperado, cuando éste último, se encuentra en función de p y f . Cuando el beneficio esperado se encuentre por debajo del costo esperado, el individuo será disuadido de cometer la infracción; de ocurrir lo contrario, sería socialmente óptimo que no ocurra así.

Asumiendo que la agencia no incurre en C ; y, que la determinación del infractor se produce con certeza y sin errores, la sanción esperada a la que se enfrentará cualquier individuo será igual al daño esperado, denotado como PiH .

Así, en un contexto de sanciones monetarias, considerando que el individuo es neutral al riesgo³⁸, la f óptima debería ser igual a PiH o al H efectivamente acaecido³⁹ dividido entre p . Cabe señalar que acorde con este enfoque, la multa óptima está asociada a un contexto en el que aún se pueden seguir cometiendo infracciones, pues existen

³⁸ Las partes cometerán un acto sólo si el beneficio esperado por hacerlo, supera la sanción esperada.

³⁹ Se puede distinguir entre sanciones *ex ante* y *ex post*. En las sanciones *ex ante*, el numerador deberá contener PiH , mientras que en las sanciones *ex post*, debería incluirse H . En el presente análisis se asume que el daño se ha producido, de modo que se trata de un daño cierto y no esperado.

conductas que, desde el enfoque de maximización de bienestar social, debería seguir cometiéndose, dado que no sería socialmente óptimo disuadir todos los ilícitos.

No obstante, para disuadir actos considerados socialmente indeseables, en lugar de considerar H^{40} , bastaría hacer que la infracción no sea privadamente rentable para el infractor, considerando G obtenida por éste último.

Dos trabajos son particularmente relevantes sobre esta materia. El primero, de Polinsky y Shavell (1994) y el segundo de Garoupa y Obidzinsky (2007). La idea central del primero, es que la responsabilidad basada en el daño es superior a la responsabilidad basada en el beneficio cuando en ambos, daño y beneficio, existen errores en su determinación y tales errores pueden ser anticipados. Ante la posibilidad de infraestimación del daño o beneficio, es mejor infra-estimar el daño (siempre que éste último exceda al beneficio). El segundo trabajo, contiene una tipología para escoger entre sanciones basadas en el acto o el daño, concluyendo que las sanciones basadas en el daño serán más eficientes en aquellos casos en que:

- (i) Es deseable que los potenciales infractores adquieran información sobre el daño que podrían generar (si se trata de actividades donde el daño es altamente probable y el potencial infractor sabe que se considerará aquél en caso su actuación lo produzca, se preocupará en calcular el posible daño de las actividades que realice e internalizará el costo de su minimización, aun cuando adquirir esa información sea costoso).
- (ii) Es deseable que los potenciales infractores incurran en actividades para evitar cometer infracción que sea potencialmente generadora de daños (*avoidance activities*).
- (iii) La insolvencia del infractor (*judgment proof problem*) no sea problema significativo, es decir, no exista riesgo de infractores que no tengan con qué pagar multas altas.
- (iv) La imposición de la sanción sea excesivamente costoso para la agencia de *enforcement*.
- (v) Los cambios normativos sean costosos o complicados de negociar.
- (vi) En promedio, los potenciales infractores cuenten con mejor información que la agencia para efectuar una evaluación del daño.

⁴⁰ Existen escenarios donde H no es directamente observable, ya sea porque es difícil para la agencia determinar si éste se ha producido o porque su determinación requiere de información con la que no se cuenta en el momento de imponer f , debiendo recurrirse al PiH . La falta de información puede ocasionar que se sobredimensione PiH ; ocasionando que f sea excesivamente disuasiva y en ocasiones confiscatoria. Esto también puede presentarse en los casos en que H es directamente observable, pero de una proporción significativamente superior a G .

Los trabajos antes referidos, deben no obstante, ser leídos con particular cautela. Así, en el caso del primero, este se refiere en específico al sistema de responsabilidad civil extracontractual; en tanto que el segundo, al establecimiento de políticas de responsabilidad sancionadora basadas en el acto (*act-based policy*) o en el daño (*harm-based policy*) –dicho en términos legales, si para considerar algo como incumplimiento basta la producción del hecho o se requiere que este hecho haya causado daño–; no enfocándose, en sentido estricto, en el empleo del beneficio ilícito G o daño H para el cálculo de la multa. No obstante, algunos de sus planteamientos pueden ser aplicados a la presente discusión.

Para conseguir la disuasión, debería bastar con quitar el beneficio ilícito G al potencial infractor, cuando la agencia está en capacidad de calcular correctamente H o G , y siempre y cuando en el resultado de ese cálculo no se infra-estime G . El empleo de cualquiera de éstos, conseguiría el objetivo de disuadir actos socialmente indeseables.

Caso contrario, ante la recurrencia de errores que permitan a la agencia anticipar una alta probabilidad en la infra-evaluación de H o G , se sugiere el empleo del primero, siempre y cuando se cumpla la condición $H \geq G$, pues cualquier infra-determinación de G no disuadirá al individuo de cometer un acto socialmente indeseable, sin importar que tan grande pueda ser el resultado de H . El razonamiento detrás de ello es simple: cuando los agentes económicos racionales cometen actos ilícitos, buscan obtener un beneficio o provecho ilícito G como resultado de su incumplimiento, sin tomar necesariamente en cuenta la externalidad negativa o daño H que su actuación genere.

Sin embargo, la situación difiere cuando la agencia se enfrenta a escenarios en los que G puede ser manifiestamente superior a H (como ocurre con una porción importante de las infracciones que son evaluadas por los Organismo Reguladores) y en los que la imposición de f involucra un costo para la sociedad (como efectivamente lo tiene en términos de imposición de la sanción y ejecución de la misma).

En estos escenarios, aun considerando una alta posibilidad de que la agencia infra-evalúe G (que, en principio, debería ser mayor que el daño generado H); ello podría compensarse con la adición de los costos de *enforcement* C como un componente que se añade al cálculo de la multa, siempre que todo ello genere un nivel suficiente de multa esperada que permita asegurar que la disuasión tenga lugar.

De acuerdo con lo señalado, en el presente estudio, con la salvedad antes expuesta, se tomará en cuenta G^{41} en lugar de H , pues para ser disuasivo, bastaría, en principio, conseguir que situación de «segundo mejor», donde si bien no se resarce íntegramente por la externalidad, se consigue que –desde una perspectiva *ex ante*– la infracción no

⁴¹ El beneficio esperado del infractor se puede entender de dos maneras: la ganancia «directa» que obtiene el infractor o el costo evitado o inversiones postergadas.

sea privadamente rentable para el infractor. Así, el agente económico cometerá un acto sólo cuando el beneficio esperado por la comisión del mismo supere el beneficio que obtendría en caso de no trasgredir la ley. Bajo este escenario, las herramientas con que cuenta la agencia que impone la sanción son f y p ⁴² a lo que debe añadirse C .

Hasta este punto se ha asumido que la agencia no incurre en gastos para ejercer el cumplimiento de las normas ($C = \text{cero}$), lo cual dista de ser así, ya que p depende, entre otros factores, de los recursos con que cuenta la agencia para la detección de la infracción y la demostración de la responsabilidad del infractor en el procedimiento/proceso que se instaure a partir de ello.

Un mayor o menor nivel de gasto de dichos recursos dependerá de muchos factores, entre ellos, el grado de acatamiento de las decisiones de la agencia, el nivel de especialización de los infractores, su nivel de riqueza, su percepción sobre p y f , y las estrategias de supervisión empleadas por la agencia entre otros.

Como se advierte, existen una serie de factores vinculados al infractor que incrementan C . Así, considerando que p es una función creciente de la frecuencia de la comisión de infracciones, pues p aumenta con cada detección que efectúe la agencia (que va familiarizándose con el *modus operandi* del infractor), el infractor tiene un fuerte incentivo para evitar incumplimientos explícitos, prefiriendo «acatamientos creativos»⁴³ o cometiendo infracciones poco frecuentes (pero de cuantioso G y/o considerable H), todo lo cual incrementa C .

De lo señalado se advierte que la no consideración de C se alejaría del objetivo de la minimización de la pérdida social de las infracciones, antes referido. Cabe agregar que, de no ser considerados, estos costos no serían debidamente internalizados por los infractores, siendo entonces asumidos por la sociedad. A ello debe añadirse lo antes expresado, en el sentido que la inclusión de C tiene la virtualidad de compensar una eventual infra evaluación que efectúe la agencia respecto de G ⁴⁴, operando como una suerte de factor que permite aproximarse al efecto disuasivo de la sanción.

⁴² En el corto plazo se asume que la probabilidad de detección está fija.

⁴³ Conforme a (Baldwin, Cave y Lodge: 2012), se denominan «acatamientos creativos» al mecanismo y/o proceso mediante el cual los regulados evitan tener que violar las normas, y lo hacen esquivando sus alcances, pero violando su espíritu. Supongamos que, para proteger a las tiendas pequeñas, un gobierno legisla la prohibición que señala que las tiendas que posean un terreno superior a los 10 000 metros cuadrados no pueden abrir los domingos por la tarde. Una empresa minorista podría cumplir creativamente tal norma dividiendo las operaciones que realiza en 12 000 metros cuadrados en dos operaciones enlazadas de 6 000 metros cuadrados. De esta manera cumple con la ley, pero evita el objetivo de la legislación.

⁴⁴ Debe considerarse que la evaluación de la ganancia obtenida por el infractor depende en gran parte de información histórica, con la que no se cuenta en el momento de la aplicación de la sanción, encontrándose una natural resistencia del infractor para proporcionarla, pues su conocimiento se utilizará para el cálculo de la sanción que se le impondrá.

De acuerdo con lo expuesto, la multa deberá ser igual al beneficio privado del individuo dividido entre la probabilidad de detección y condena, a lo cual se deberán añadir los costos de *enforcement*. No obstante, como ha sido señalado por Ruiz (2011), en los casos en los que exista una alta probabilidad de que los daños derivados de las infracciones sean superiores al beneficio privado esperado del infractor (como ocurre en el caso de las infracciones a la libre y leal competencia donde las externalidades resultantes de las conductas anticompetitivas es mucho mayor que el beneficio alcanzado por el infractor), es recomendable el empleo de *H* en lugar de *G*.

Un punto que no puede ser soslayado, es que conforme a la legislación peruana, existen factores agravantes y atenuantes para la determinación de la sanción que son de obligatorio cumplimiento. Aplicados de modo incorrecto, los criterios agravantes y atenuantes pueden distorsionar más que significativamente *f*, de modo que ésta podría terminar resultando infra o sobre disuasiva, por lo que es recomendable asignar a éstos un porcentaje máximo para su disminución o incremento, a fin que no generen un desvío excesivo sobre la *f* óptima.

De otro lado, resulta importante determinar si el cálculo de *f* deberá efectuarse *ex ante* o *ex post*. Si se tratara de incumplimientos en los que el daño potencial es de tipo catastrófico o significativamente superior al beneficio potencial (como ocurre con los daños de tipo ambiental), podría implementarse el esquema *ex ante*. No obstante, pareciera no ser éste el caso de la mayoría de infracciones administrativas que son de competencia de los Organismos Reguladores.

En atención a las consideraciones expresadas y bajo el supuesto que la multa a imponerse se calcula *ex post*, la fórmula de la multa de la agencia en evaluación será igual a:

$$f = \left[\frac{G}{p} (1 + \text{Agrav/Aten}) \right] + C$$

Donde:

- f*: Multa.
- G*: Beneficio privado ilícito.
- p*: Probabilidad de detección y condena.
- Agrav/Aten*: Agravantes y Atenuantes
- C*: Costo de *enforcement*.

4.3 Justificación legal del modelo de *enforcement* propuesto

En el caso de la Legislación Peruana, la Ley del Procedimiento Administrativo General (LPAG), aprobada mediante Ley N.º 27444 y modificatorias, constituye el régimen

general al que se sujetan las actuaciones de la función administrativa del Estado y el procedimiento administrativo común desarrollados en las entidades⁴⁵, salvo los procedimientos especiales creados y regulados como tales por ley expresa, atendiendo a la singularidad de la materia, para los cuales rige supletoriamente la LPAG⁴⁶.

A partir del Decreto Legislativo N.º 1029 (Artículo 229.2)⁴⁷ que modificó la LPAG, los procedimientos establecidos en leyes especiales (como es el caso del procedimiento que rige la potestad sancionadora en los Organismos Reguladores) deben observar necesariamente los principios de la potestad sancionadora administrativa a que se refiere el artículo 230º de la LPAG, así como la estructura y garantías previstas para el procedimiento administrativo sancionador. Asimismo, se estableció que los procedimientos especiales no deben imponer condiciones menos favorables a los administrados, que las previstas en la LPAG para el procedimiento sancionador.

Precisamente uno de los aspectos objeto de modificación por el mencionado Decreto Legislativo fue el denominado Principio de Razonabilidad, el mismo que quedó redactado de la siguiente manera:

Artículo 230º.- Principios de la potestad sancionadora administrativa

La potestad sancionadora de todas las entidades está regida adicionalmente por los siguientes principios especiales:

(...)

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 deberán ser proporcionales al incumplimiento calificado como infracción, debiendo observar los siguientes criterios que en orden de prelación se señalan a efectos de su graduación:

- a) La gravedad del daño al interés público y/o bien jurídico protegido;
- b) El perjuicio económico causado;
- c) La repetición y/o continuidad en la comisión de la infracción;
- d) Las circunstancias de la comisión de la infracción;
- e) El beneficio ilegalmente obtenido; y
- f) La existencia o no de intencionalidad en la conducta del infractor.

⁴⁵ Artículo I LPAG.

⁴⁶ Artículo II LPAG.

⁴⁷ Publicado en el Diario Oficial El Peruano el 24 de junio de 2008.

Asimismo, mediante el referido Decreto Legislativo N.° 1029, se incluyeron en la LPAG dos circunstancias adicionales de atenuación de responsabilidad, conforme se muestra a continuación:

Artículo 236-A.- Atenuantes de Responsabilidad por Infracciones

Constituyen condiciones atenuantes de la responsabilidad por la comisión de la infracción administrativa, las siguientes:

- 1.- 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 235.
- 2.- Error inducido por la administración por un acto o disposición administrativa, confusa o ilegal.

Del análisis de los artículos transcritos, se advierte que el Principio de Razonabilidad comprende a su vez dos sub principios o mandatos de optimización⁴⁸ a los que debe orientarse toda sanción administrativa, los cuales, como se ha indicado antes, deben ser entendidos en el marco del objetivo de minimización de la pérdida social derivada de las infracciones:

(i) Ser disuasiva

Conforme a Morón (2009), este principio busca evitar la infrapunición, de modo que infringir no sea más beneficioso para el infractor que dar cumplimiento a la norma infringida; por lo que, de ocurrir un incumplimiento, la sanción a ser aplicada debe ser superior a la ventaja obtenida por el infractor.

Debido a que un individuo cometerá un acto sólo si su beneficio esperado supera el beneficio que obtendría en caso de decidir no hacerlo, para conseguir la disuasión, la infracción no debe ser privadamente rentable para el infractor. Esto se consigue considerando G , p y C .

(ii) Ser proporcional

Siguiendo al autor antes citado, conforme a este principio, las sanciones a ser impuestas, deben ser razonables y equitativas, evitando el exceso de punición.

⁴⁸ Conforme a Alexy (1998), los principios son normas que ordenan que se realice algo en la mayor medida posible, en relación con las posibilidades jurídicas y fácticas. Los principios son, por consiguiente, mandatos de optimización que se caracterizan porque pueden ser cumplidos en diversos grados y porque la medida ordenada de su cumplimiento no sólo depende de las posibilidades fácticas, sino también de las posibilidades jurídicas. En cambio las reglas son normas que exigen un cumplimiento pleno y, en esta medida, pueden ser sólo cumplidas o incumplidas. Si una regla es válida, entonces es obligatorio hacer precisamente lo que ordena, ni más, ni menos.

Para tales efectos, conjuntamente con los criterios antes indicados, la autoridad administrativa debe valorar las circunstancias atenuantes y agravantes que rodean la comisión de cada infracción en particular. Así como, de manera complementaria, las circunstancias causales de atenuación de responsabilidad.

Como se puede advertir, la consagración del Principio de Razonabilidad, en su aspecto disuasivo, justificaría legalmente que, dentro de la metodología que se propone, se incluya p. Bajo una lógica de racionalidad económica, las empresas supervisadas realizan un análisis costo-beneficio de ser detectadas y sancionadas antes de incumplir una norma.

Mención especial merece el componente C. En el caso particular de los Organismos Reguladores, éstos perciben el denominado «aporte por regulación o supervisión», a cargo de todas las empresas operadoras y entidades bajo el ámbito de su competencia, el cual no excede del 1% del valor de la facturación anual de las mismas, deducido el Impuesto General a las Ventas y el Impuesto de Promoción Municipal, conforme lo dispuesto en la Ley Marco de organismos reguladores de la inversión privada en servicios públicos⁴⁹.

Al respecto, si bien legalmente es ampliamente reconocido el carácter de tributo de este aporte⁵⁰, es importante dejar claramente establecido que, en atención a que el cobro del denominado «aporte por regulación o supervisión» no surge como consecuencia de una actuación estatal directa (como podría pretenderse entender que ocurre en el caso de la supervisión efectuada por los Organismo Reguladores); sino por el beneficio real o potencial que pueda obtenerse a partir de la actividad reguladora que brinda el Estado,

⁴⁹ Artículo 10.- Aporte por regulación

Los Organismos Reguladores recaudarán de las empresas y entidades bajo su ámbito, un aporte por regulación, el cual no podrá exceder del 1% (uno por ciento) del valor de la facturación anual, deducido el Impuesto General a las Ventas y el Impuesto de Promoción Municipal, de las empresas bajo su ámbito. Este aporte será fijado, en cada caso, mediante decreto supremo aprobado por el Consejo de Ministros, refrendado por el Presidente del Consejo de Ministros y el Ministro de Economía y Finanzas.

⁵⁰ Sentencia N.º 3303-2003-AA/TC, fundamentos 3 y 5:

§ Naturaleza de los denominados «aporte por regulación»

3. A estos efectos, es menester definir la naturaleza de este tipo de cobros. A juicio de este Tribunal es indiscutible que tienen naturaleza tributaria y, en virtud de ello, están sometidos a la observancia de los principios constitucionales consagrados por el artículo 74º de la Constitución, que regulan el régimen tributario, como son el de legalidad, de igualdad, de no confiscatoriedad, de capacidad contributiva y los derechos fundamentales. Estos principios de la tributación constituyen límites de observancia obligatoria para quienes ejercen el poder tributario de acuerdo con la Constitución. (...)

5. (...) En efecto, los denominados «aporte por regulación», recaudados a favor de los Organismos Reguladores -adscritos a la Presidencia del Consejo de Ministros- para el mejor cumplimiento de sus fines, son obligaciones de pago nacidas en virtud de la ley, las cuales tienen naturaleza coactiva pues no media para su establecimiento la voluntad de las empresas obligadas al pago. Debe enfatizarse que la falta de pago oportuno de este aporte se encuentra sujeta a la aplicación de sanciones e intereses previstos en el Código Tributario, conforme se establece en el Decreto Supremo N.º 004-2002-PCM, que deroga el Decreto Supremo N.º 114-2001-PCM.

el referido «aporte por regulación o supervisión» no tiene la naturaleza de tasa⁵¹, sino de contribución⁵².

En tal sentido, el componente C, no se encuentra retribuido, ni se vincula con el «aporte por regulación o supervisión», en la medida que la finalidad de ambos difiere; toda vez que el primero se enmarca en el ámbito de la minimización de la pérdida social derivada de las infracciones, en tanto el segundo busca retribuir el beneficio diferencial generado por el ahorro de costos de transacción que provoca la intermediación de la actuación estatal, siendo que las actuaciones estatales que justifican su establecimiento o cobro, son sobre todo actividades de control, regulación, supervisión, supervigilancia⁵³. En consecuencia, no existe ningún impedimento legal para incluir a C en el cálculo de la multa.

Por lo señalado, es posible concluir que la consideración de G, p y C encuentra plena justificación legal en el Principio de Razonabilidad contenido en la LPAG. Adicionalmente, debe destacarse que a la fecha, diversos Organismos del Perú han implementado metodologías similares (Osinergmin, OEFA, OSINFOR e Indecopi). En el caso particular del Indecopi, dicha agencia ha hecho explícito la metodología propuesta⁵⁴, a fin de recibir los comentarios de los agentes involucrados. Ocurrió del mismo modo con la OEFA⁵⁵ y el OSINFOR⁵⁶

⁵¹ Tributo que se paga como consecuencia de la prestación efectiva de un servicio público, individualizado en el contribuyente, por parte del Estado. Por ejemplo los derechos arancelarios de los Registros Públicos.

Fuente: http://www.sunat.gob.pe/institucional/quienessomos/sistematributario_entiende.html (Visualizado el 23.07.2013).

⁵² Tributo que tiene como hecho generador los beneficios derivados de la realización de obras públicas o de actividades estatales, como lo es el caso de la Contribución al SENCICO.

Fuente: http://www.sunat.gob.pe/institucional/quienessomos/sistematributario_entiende.html (Visualizado el 23.07.2013).

⁵³ Resolución del Tribunal Fiscal N.º 416-I-2009, del 15 de enero de 2009.

(...) la contribución es un tributo vinculado porque se asocia en su generación a una actividad estatal (actuación u obra pública), que además de producir beneficios generales a toda la colectividad, genera beneficios diferenciales a cierto número de sujetos dentro de dicha colectividad. En ese sentido, Sotelo Castañeda afirma que: 'El beneficio es diferencial porque la obra pública o la actuación pública provoca un beneficio general primero, a toda la colectividad, pero, a la vez, es posible identificar dentro de esa colectividad, un subgrupo 'diferencialmente' beneficiado, con relación a dicha colectividad. (...)'

En el caso de la contribución por gasto, los deudores tributarios son agentes regulados o supervisados, debido al beneficio diferencial generado en el ahorro de costos de transacción que provoca la intermediación de la actuación estatal, siendo que las actuaciones estatales que justifican su establecimiento o cobro, son sobre todo actividades de control, regulación, supervisión, supervigilancia.

(...) el desarrollo de las funciones de los organismos normativos y reguladores (actividades de control, regulación, supervisión y supervigilancia), trae consigo beneficios al mercado en general y a los contribuyentes del citado aporte en especial, pues en la medida que se cumpla con aquellas, estos se verán beneficiados con el ahorro de costos de transacción que se derivan de su actuación en el mercado, esto es, se genera un beneficio diferenciado a favor de los contribuyentes del tributo.

⁵⁴ Documento de trabajo N.º 01-2012/GEE, «Propuesta metodológica para la determinación de multas en el Indecopi», publicado en la página web de dicha institución.

⁵⁵ Resolución N.º 011-2013-OEFA/PCD, publicada en el diario oficial el Peruano con fecha 18 de enero de 2013.

⁵⁶ Resolución Presidencial N.º 008-2013-OSINFOR, publicada en el diario oficial el Peruano con fecha 05 de febrero de 2013.

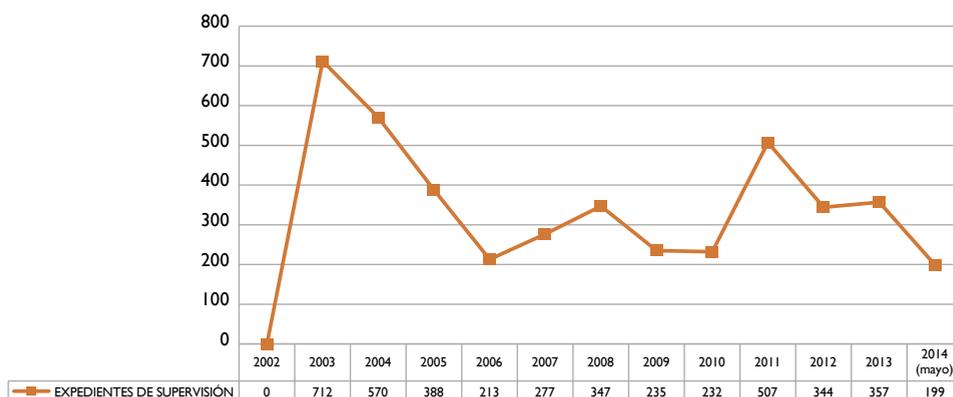
4.4 Metodología empleada

Sobre la base del modelo de *enforcement* desarrollado, se busca evaluar la actuación de un Organismo Regulador específico. Se precisa que los datos empleados son reales⁵⁷ y que a dicho Organismo Regulador se denominará en adelante como OR. El análisis se centrará en los denominados «errores de condena», sus consecuencias, variables involucradas y efectos respecto del nivel de disuasión.

Como ya se ha indicado antes, la decisión de «condenar» o «archivar», se materializa en las sucesivas etapas que comparten el *enforcement* en el OR evaluado, es decir la **supervisión, instrucción, GG1, GG2 o CD.**

Desde el año 2002 a la fecha, el OR ha iniciado 4 381 expedientes de **supervisión**, como se muestra en la Figura N.º 3 a continuación. A fin de obtener un resultado representativo, se ha elegido el periodo 2002-2012, en el cual se iniciaron 3 825 expedientes de **supervisión**.

FIGURA N.º 3
EXPEDIENTES DE SUPERVISIÓN



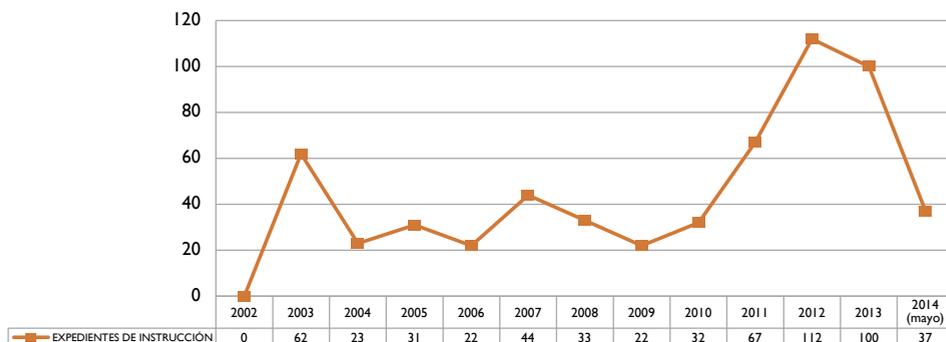
Fuente: OR
Elaboración propia

Derivados del análisis de la verificación del cumplimiento del marco normativo contenido en los expedientes de **supervisión**, durante el periodo que va del año 2002 a la fecha,

⁵⁷ La información con la que ha trabajado el presente artículo se ha obtenido de la página web del OR o de información obtenida en virtud del principio de transparencia que rige a todas las entidades de la Administración Pública.

se han iniciado 585 expedientes de **instrucción** de procedimientos sancionadores a diferentes empresas supervisadas, como se muestra en la Figura N.º 4. Durante el periodo 2002-2012 se iniciaron 448 expedientes de **instrucción**.

FIGURA N.º 4
EXPEDIENTES DE INSTRUCCIÓN



Fuente: OR
Elaboración propia.

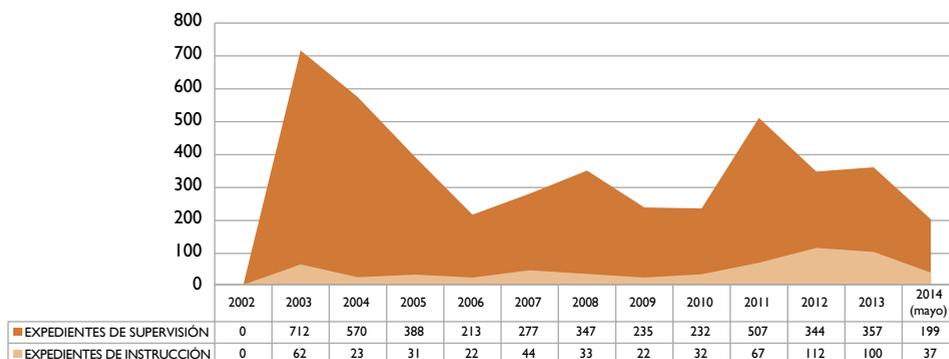
Es importante tener en cuenta que no se están considerando los expedientes de **supervisión** que no están vinculados a un expediente de **instrucción**, por corresponder a una vía procedimental diferente⁵⁸.

Descontando estos casos, debe destacarse que no todos los expedientes de **supervisión** dan paso a las subsiguientes etapas. Sea porque al final de la investigación se advierte que la empresa supervisada cumple el marco normativo, porque no existen pruebas suficientes para incriminarla, porque la conducta no está debidamente tipificada como infracción administrativa, entre otros motivos, es posible que la **supervisión** no culmine con el inicio de un procedimiento sancionador; que es el punto de partida de las etapas denominadas **instrucción**, GG1, GG2 y CD.

La Figura N.º 5, muestra la proporción de los expedientes de **instrucción** respecto a los de **supervisión**.

⁵⁸ Por ejemplo, procedimientos de imposición de medidas correctivas y procedimientos de determinación de aportes de las empresas supervisadas al OR.

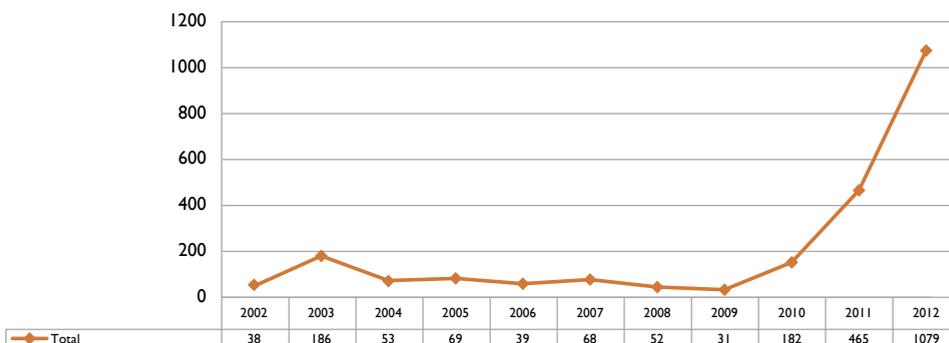
FIGURA N.º 5
EXPEDIENTES DE SUPERVISIÓN E INSTRUCCIÓN



Fuente: OR
Elaboración propia.

Asimismo, se debe destacar que cada expediente de **instrucción** puede estar referido a más de una infracción administrativa, que implicará un análisis individualizado por parte del OR. Que puede a su vez ser impugnado de modo separado por el infractor. Teniendo esto en cuenta, será adecuado considerar como unidad de medida la cantidad de infracciones administrativas que son imputadas (**infracciones administrativas**) contenidas en cada expediente de **instrucción** en lugar de la cantidad de expedientes físicos, como se muestra en la Figura N.º 6.

FIGURA N.º 6
INFRACCIONES ADMINISTRATIVAS
(CONTENIDAS EN EXPEDIENTES DE INSTRUCCIÓN)



Fuente: OR
Elaboración propia

Considerando como unidad de medida la cantidad de infracciones contenidas en cada expediente administrativo de **instrucción**, se han evaluado para efectos del presente trabajo, un total de 2 262 **infracciones administrativas** entre los años 2002 al 2012.

Los supuestos que se emplearán para el análisis se exponen a continuación:

- i. Entiéndase como etapas del procedimiento sancionador las siguientes: **supervisión, instrucción, GGY GG2/CD.**
- ii. Cada etapa del procedimiento sancionador puede concluir mediante una «confirmación» de la recomendación/decisión de condena de la etapa previa; o, su «archivo», en los casos en que se advierta una «condena errónea».
- iii. Se entenderá como «condena errónea» a la recomendación/decisión de castigar a una empresa supervisada, a pesar que no debería corresponder la aplicación del castigo. Su medición se efectuará a través de los pronunciamientos de la etapa superior en la que se decida «archivar» la decisión de la previa. Para efectos metodológicos, se asumirá que la etapa anterior no comete errores al momento de «archivar» la recomendación/decisión previa.
- iv. Serán evaluados sólo los procedimientos sancionadores en su Etapa Administrativa, sea porque éste alcanzó la última instancia (CD); o, porque en algún estado del mismo, la empresa supervisada desistió de continuar impugnando a pesar de tener habilitado su derecho de hacerlo.
- v. El presente estudio se centra en la decisión de «condenar» o «archivar», es decir, la determinación de si una empresa es o no responsable respecto de la infracción que se le atribuye.
- vi. Se asume que la decisión de «condenar» que no es impugnada por la empresa supervisada o que siéndolo es confirmada por el CD, en su calidad de última instancia administrativa del OR, que la empresa era efectivamente responsable del ilícito que se le atribuyó.
- vii. Se asume también que la decisión de «archivar», en cualquiera de las etapas administrativas, implica la absolución de una empresa supervisada a la que no resulta posible atribuir responsabilidad por la infracción administrativa y presupone, por ende, un «error». Error en el que se ha incurrido en etapas anteriores cuya decisión fue «condenar», todo y que no correspondía la atribución de responsabilidad.
- viii. Para la determinación de los «errores de condena» no se toma en consideración el monto de la multa o su reducción (incluso su «perdón» a través de la condonación) como consecuencia del ejercicio del derecho a impugnación. Se asumirá que los casos antes indicados, no están referidos a un «error de condena»,

sino que corresponden a una confirmación de la decisión de «condenar» de la etapa previa, aunque en una cuantía menor.

- ix. No se toma en consideración, el cambio de una medida administrativa a otra (por ejemplo una decisión de «condenar» mediante la imposición de una multa a una medida correctiva o a una amonestación). Tales cambios se efectúan por razones legales y de oportunidad, previa confirmación de la responsabilidad de la empresa, de modo que, en estricto, se trata de una confirmación de la decisión de «condenar» en la etapa previa.
- x. No se considera la etapa correspondiente al Poder Judicial, debido a que, a la fecha del presente estudio, la mayoría de impugnaciones a las decisiones del OR, interpuestas por las empresas en la vía judicial está pendientes de ser resueltas.
- xi. Las multas impuestas en Nuevos Soles se expresa en UIT.
- xii. La tabulación efectuada a los 2 262 casos de **infracciones administrativas** ha tomado los criterios antes referidos y se muestra en la Tabla N.º II.

TABLA N.º II

CRITERIOS EMPLEADOS PARA EVALUACIÓN DE LOS ERRORES DE CONDENA

Decisión recomendada	Decisión adoptada	Resultado
Multa	Condonación	No error
Multa	Amonestación	No error
Multa	Medida Correctiva	No error
Multa	Medida Preventiva	No error
Multa	Archivo por subsanación	No error
Multa	Archivo por concurso	No error
Multa	Archivo por razonabilidad	No error
Multa	Archivo sobre el fondo	Error de Condena
Multa	Archivo por falta de predictibilidad (*)	Error de Condena
Multa	Archivo por falta de imparcialidad (**)	Error de Condena
Multa	Archivo por descripción (***)	Error de Condena

(*)(**) Situaciones donde el mismo administrado o un tercero no fue considerado responsable ante hechos similares, no correspondiendo la recomendación/decisión de condena de la etapa previa.

(***) El transcurso del periodo prescriptorio es imputable a la etapa previa, de modo que su recomendación/decisión de condena se considera como errónea. Téngase en cuenta, además, que una vez aceptada la prescripción no cabe la emisión de pronunciamiento sobre el fondo.

Elaboración propia

4.5 Resultados obtenidos

4.5.1 Errores de condena

Una primera observación que salta a la vista, es que la cantidad de infracciones administrativas objeto de análisis ha incrementado año a año. Desde el año 2009, este aumento es sostenido. Una explicación comúnmente empleada por las agencias públicas es que el incremento de las empresas que participan del sector, requiere de un mayor esfuerzo de *enforcement*.

Bajo esta perspectiva, el mayor número de concesiones otorgadas por el Estado Peruano para la provisión de servicios públicos incrementa el número de escenarios en los que el OR debe verificar el cumplimiento de la regulación que les resulta aplicable. Desde este punto de vista, su capacidad de *enforcement* estará en función del número de escenarios en los que deberá intervenir, considerando la disponibilidad presupuestal de la agencia.

Como se ha indicado antes, esta asunción no se condice con el objetivo de minimización de la pérdida social de las infracciones. Ni considera que el aumento de los procedimientos sancionadores incrementa no solo los costos de *enforcement*, sino a su vez la probabilidad de que se presenten «errores», en sus dos variantes «de condena» y «de absolución», lo cual tiene un impacto directo sobre el nivel de disuasión.

Una manera de evaluar los efectos del incremento de los procedimientos sancionadores es a través del aumento de los errores. Una aproximación a la cantidad de errores cometidos por el OR viene dado por el número de «archivos». Como se ha señalado antes, la decisión de «archivar» o «condenar» se materializa en las sucesivas etapas del procedimiento administrativo del OR, es decir la **supervisión, instrucción, GG I, GG2/CD**.

No se toma en cuenta para efectos del presente análisis, los expedientes de **supervisión** que se inician como parte de planes de supervisión ordinarios, en los que se verifica que la empresa ha cumplido con el marco normativo supervisado. El análisis se centra en los expedientes de **supervisión** en los que existan indicios, sospechas o denuncias que involucren una recomendación/decisión de condena.

Los archivos pueden estar referidos a aspectos de fondo o forma. En el primer caso se trata de un «error de condena». En el segundo, dado que no se produce una evaluación sobre el fondo respecto de la responsabilidad de la empresa supervisada en relación con una presunta conducta infractora, un porcentaje de los archivos por aspectos de forma podría involucrar un «efecto de absolución» respecto a una empresa que si era responsable de la comisión de la infracción que se le atribuía.

Considerando que, como se ha indicado antes, los errores (en cualquiera de sus dos modalidades) afectan la disuasión, el presente estudio se enfocará en los «errores de condena», para lo cual se asumirá que la agencia en evaluación no comete «errores de absolución» sino solo «errores de condena» cuando se trata de archivos referidos a aspectos de forma.

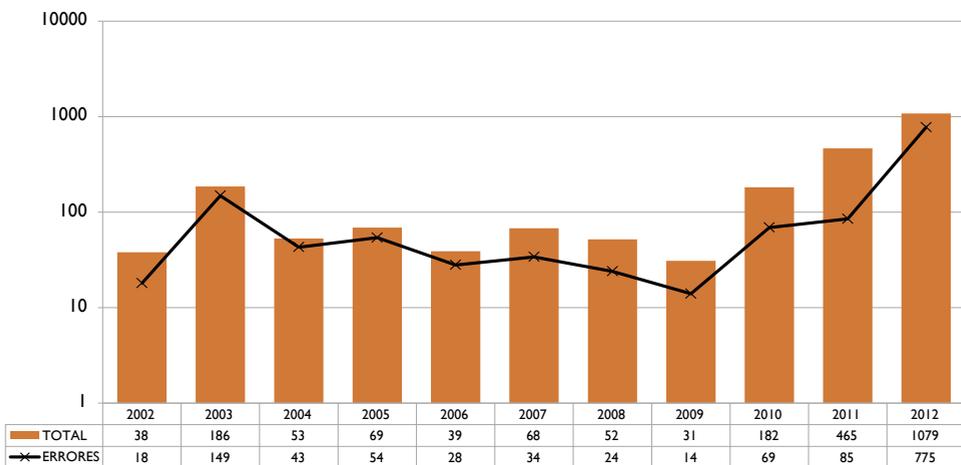
En el caso del OR en evaluación, esta última categoría deberá estimarse para cada etapa del procedimiento administrativo en la que se efectúe una recomendación/decisión de condena. La suma de los errores que se producen en cada etapa conforma el nivel del «error de condena» en que se incurre. En la medida que no se analiza la denominada Etapa Judicial, donde podría verse modificada la decisión del CD, la última etapa materia de evaluación será la denominada GG2, cuando corresponda:

$$\text{Errores de Condena del OR} = \Sigma \text{ errores de condena en SUPERVISIÓN + INSTRUCCIÓN + GG + GG2}$$

El cuadro que se muestra a continuación ha sido procesado a partir del análisis de los pronunciamientos del OR en los procedimientos sancionadores, durante los años 2002-2012 y comprende el estudio de 448 expedientes de **instrucción**, que refieren, a su vez, a un total de 2 262 infracciones administrativas. El resultado se muestra, en la Figura N.º 7, respecto de cada año.

FIGURA N.º 7

INFRACCIONES ADMINISTRATIVAS VERSUS ERRORES DE CONDENNA

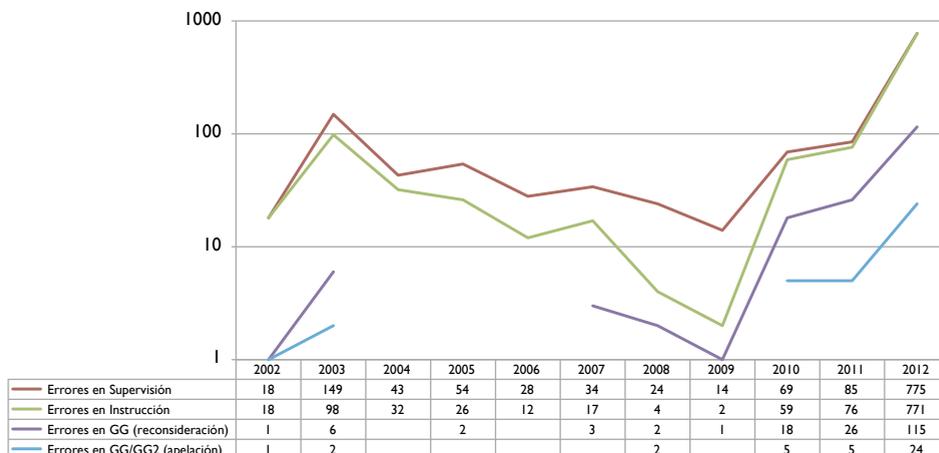


Fuente: OR
Elaboración propia

Del cuadro expuesto, se corrobora lo señalado líneas arriba, esto es, que el incremento de los procedimientos sancionadores y de la cantidad de infracciones contenidas en los mismos, ha erosionado la calidad de los pronunciamientos del OR, cuya consecuencia es un aumento de «errores de condena».

El resultado del análisis efectuado permite, a su vez, identificar el año 2009 como el punto de quiebre a partir del cual la calidad de los pronunciamientos empieza a erosionarse. Un análisis con mayor detalle de las etapas que participan del procedimiento sancionador llevado a cabo por el OR se muestra en la Figura N.º 8.

FIGURA N.º 8
ERRORES DE CONDENA POR ETAPA DE SUPERVISIÓN,
INSTRUCCIÓN, GGI Y GG2



Fuente: OR
 Elaboración propia

De cuadro consignado, se identifican con claridad las etapas que contribuyen en mayor proporción al incremento de los «errores de condena» en el OR, son las etapas denominadas **supervisión** e **instrucción**, seguidos de GG y GG2.

El cuadro permite a su vez extraer otro tipo de conclusiones, desde la más simple donde «más no es necesariamente mejor»; lo cual debería servir como oportunidad de mejora para el OR, quien en adelante, debería costear todas sus actividades a fin de que se añadan unidades adicionales de **supervisión** únicamente hasta el punto en que el beneficio marginal iguale al costo marginal.

Lo anterior deberá ir asociado al mayor empleo de procedimientos específicos de supervisión, que se encuentren predefinidos, sean de aplicación periódica y que involucren el manejo de información censal o muestral (no del total poblacional o de casos aislados sin ninguna relevancia estadística), a fin de conseguir que el beneficio obtenido de supervisar un determinado aspecto resulte superior a su costo, medidos ambos en términos marginales. Ello a su vez permitirá la apertura de una menor cantidad de expedientes de **instrucción**, y a la par, una disminución de la probabilidad de «condenas erróneas».

Asimismo, se deberá dotar a la agencia de adecuados sistemas de información que permitan hacer el seguimiento de la trazabilidad de los expedientes (y la calidad de su resultado, utilizando como *proxi*, los «archivos» y/o «revocaciones»), así como de los costos involucrados en las actividades de **supervisión, instrucción, GG y GG2**. De ser el caso, ello podría conllevar la creación de una base de datos *ad hoc*.

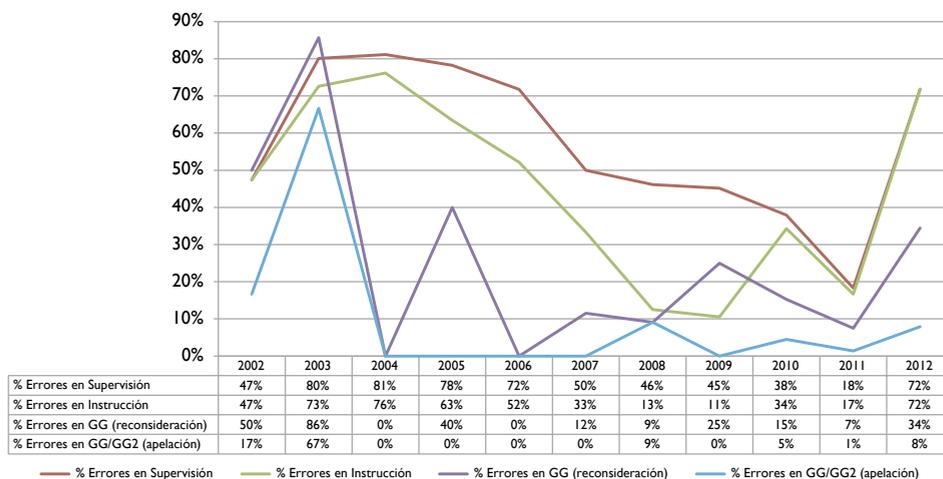
En adición a lo señalado, el cuadro bajo comentario muestra que un factor determinante para la minimización de los «errores de condena» es el fortalecimiento e independencia de la etapa denominada **instrucción**. Nótese que en la medida que la línea verde (**instrucción**) se encuentra por debajo de la roja (**supervisión**) la cantidad de «errores de condena» es menor, produciéndose una disminución progresiva de los mismos.

Se da una situación contraria, cuando el incremento de los procedimientos sancionadores ocasiona un detrimento en la calidad del análisis efectuado por la etapa **instrucción**. Se produce un aumento progresivo de los «errores de condena». Cuando ambas, **supervisión e instrucción** pierden independencia, o en otros términos, cuando la **instrucción** deja de ser el «filtro» de la primera, hasta el punto que las líneas que las representan se confunden (como se aprecia a partir del año 2011), la cantidad de «errores de condena» alcanza sus valores más altos.

Podría buscarse una explicación a lo antes señalado, indicando que el aumento de los «errores de condena» es una condición natural derivada del incremento de los procedimientos sancionadores y las infracciones asociadas a éstos. Para responder a esta afirmación, en la Figura N.º 9 se muestra el mismo cuadro anterior, expresado esta vez, en términos porcentuales.

FIGURA N.º 9

PORCENTAJE DE ERRORES DE CONDENA EN PROCEDIMIENTOS ADMINISTRATIVO SANCIONADORES CONCLUIDOS



Fuente: OR
Elaboración propia

La consideración del porcentaje de «errores de condena» aportado por cada etapa que participa en el procedimiento sancionador, permite validar la conclusión expresada, con relación a la necesidad de fortalecer la **instrucción**. Nótese que, cuando el porcentaje de errores cometidos por la **instrucción** desciende, da lugar a que el porcentaje de errores cometidos por la **supervisión** disminuya.

Una explicación de lo anterior es el hecho que, en la práctica, ambas actividades **supervisión** e **instrucción** se desarrollan en el interior de la misma gerencia del OR. Cuando la **instrucción** es certera en la selección de los casos sobre los que se iniciaron procedimientos sancionadores (lo cual presupone un alto estándar de prueba a ser exigido a la **supervisión**), ambas etapas se benefician, decreciendo el porcentaje de errores.

Contrariamente a ello, cuando la **instrucción** asume funciones de tipo seguidor-líder, respecto de la **supervisión**, el resultado es el incremento de los «errores de condena» del OR, como se aprecia con claridad a partir del año 2011. Se concluye de ello que se requiere un adecuado diseño institucional que considere, entre otros, la adopción de un estilo de **supervisión** donde la selección de casos se base en criterios de eficiencia⁵⁹, la

⁵⁹ El objetivo de minimización de los costos o pérdidas sociales de las violaciones regulatorias es un criterio que debe seguir la agencia al momento de efectuar la «selección» de los casos. Como refiere Stigler (1970), de este

elevación del estándar de prueba, mayores competencias técnicas de los profesionales durante esta etapa y una mayor *accountability* o exposición de los resultados obtenidos (y no solo de los expedientes iniciados).

4.5.2 Nivel de castigo y aversión al riesgo

Debido a que el grado de cumplimiento de la regulación sectorial (representado «condenas» confirmadas) es tomado en consideración por el OR a la hora de evaluar una solicitud de renovación de concesión de una empresa supervisada, la declaración de condena adquiere una relevancia preponderante por encima del monto de la multa que pudiera serle impuesta a ésta al final del procedimiento sancionador.

Así, en el caso de una empresa supervisada interesada en renovar su concesión, el interés en juego o «riesgo» se traslada de la sanción monetaria que podría imponer el OR, al máximo castigo equivalente al cierre de operaciones, que involucra la amenaza de ser forzada a salir del mercado o de ver acortado su plazo de permanencia en el mismo (que implicará una reducción de los ingresos esperados).

En ese contexto, cobra especial importancia el incremento del «costo» de soportar el riesgo derivado de los errores, denotado como CSRE, particularmente de los «errores de condena». Por tal motivo, este apartado se centrará en los denominados «errores de condena», asumiendo aversión al riesgo en general, con independencia del tamaño de la empresa, cuota de mercado, cantidad de abonados, ingresos o cualquier otra consideración⁶⁰.

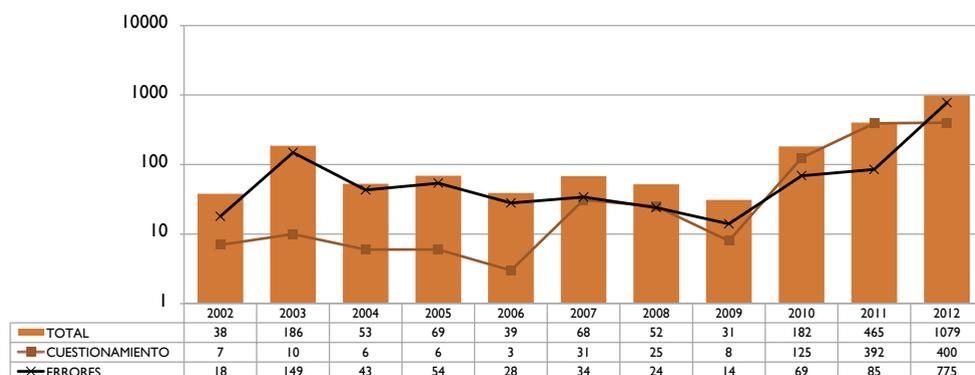
Como se ha señalado antes, el acrecentamiento del CSRE al ser asumido por todos los individuos en general, tanto culpables como inocentes, genera sobre-disuasión y sobre-defensa por encima del nivel óptimo. Se asume como *proxi*, que el efecto de los «errores de condena» sobre el CSRE, puede observarse a partir del análisis del grado de cuestionamiento de las decisiones del OR que se muestra en la Figura N.º 10.

modo el organismo no se ocupará (como ocurre a menudo en la actualidad) de un número elevado de casos fáciles para rellenar su informe, sino que perseguirá a los infractores reincidentes o a los que causen más daños.

⁶⁰ Distinto es considerar que algunas empresas serán más adversas que otras cuando sólo se tiene en cuenta la desutilidad o costo de asumir de soportar el riesgo (CSR).

FIGURA N.º 10

ERRORES DE CONDENA VERSUS GRADO DE CUESTIONAMIENTO



Fuente: OR
Elaboración propia

Como se aprecia en la gráfica, por lo menos hasta el año 2006, el grado de cuestionamiento de las decisiones del OR era considerablemente bajo. Implica un importante grado de acatamiento de sus decisiones, todo y que el nivel de sus errores era sustancialmente más elevado.

Esta situación varía radicalmente a partir del año 2007, año en que el Estado Peruano hace público que aprobará una metodología para la evaluación de la renovación de los contratos de concesión de las empresas que se encuentran bajo el ámbito de supervisión del OR, la cual considerará su desempeño respecto de cada obligación, para lo cual se tomará en consideración la **infracción administrativa** individualmente considerada.

Se excluyen del análisis a ser efectuado para la renovación antes aludida, toda **infracción administrativa** que se encuentre cuestionada en la Etapa Administrativa o Judicial en cada periodo en evaluación, con independencia del momento en que ésta se hubiere producido o sancionado. La metodología contempla además una fórmula para el cálculo del periodo máximo de penalización de la renovación del plazo de concesión incluyendo un mecanismo de ponderación de las obligaciones que son objeto de evaluación. La versión definitiva de la metodología es aprobada en el año 2010.

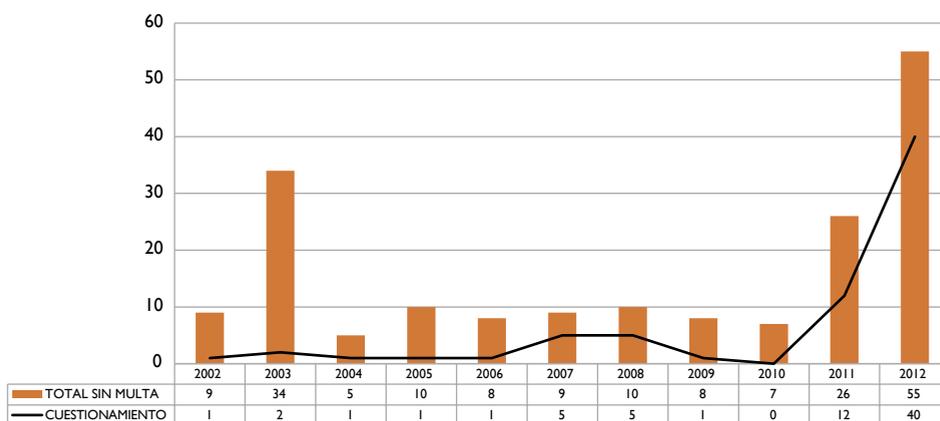
Así, se advierte una correlación entre el momento en que se hace de conocimiento general la intención de elaborar una metodología que considere el nivel de cumplimiento de las obligaciones a cargo de las empresas supervisadas y el incremento del grado de cuestionamiento de las decisiones del OR; adquiriendo notoria importancia los «errores de condena» cometidos en los procedimientos sancionadores, pues ello implicará que se incremente el riesgo de ver perjudicada la evaluación del desempeño de las referidas empresas al momento de solicitar la renovación de la concesión.

Conforme lo han destacado Quintana y Villarán (2011), la decisión de la agencia evaluadora en los procedimientos de renovación gradual de la concesión puede conducir a que el concesionario se vea en la incapacidad de continuar operaciones en el mercado y, en ese sentido, tiene carácter punitivo. Consecuentemente, es una medida que se encuentra dentro de la parte más elevada (es decir más drástica) de la pirámide de medidas de incumplimiento, superado únicamente por la facultad de declarar la caducidad de la concesión. Todos los demás mecanismos de enjuiciamiento y sanción se encuentran por debajo de la posibilidad de no continuar operaciones en el mercado.

En otras palabras, el incremento de los «errores de condena» genera un aumento del CSRE, que se traduce en un mayor nivel de cuestionamiento de las decisiones del OR por parte de las empresas supervisadas. Ello es apreciable desde el año 2007 hasta el 2012.

A fin de corroborar el acrecentamiento del CSRE, la Figura N.º 11 muestra la variación del grado de cuestionamiento de medidas aplicadas por el OR que no constituyen una sanción de tipo monetaria, como en el caso de las condonaciones, amonestaciones y las variaciones del procedimiento sancionador por la imposición de una medida correctiva. Se advierte que, como no implican una sanción de tipo monetaria, este tipo de medidas impuestas por el OR, no se venían cuestionando por las empresas supervisadas. Esta situación cambia a partir del año 2007 y se incrementa de manera notoria desde el año 2010 en adelante, años que coinciden con el anuncio de la implementación de una metodología para la renovación de concesiones que involucraría las **infracciones administrativas** y la aprobación definitiva de la misma, respectivamente.

FIGURA N.º 11
CUESTIONAMIENTO DE CONDONACIONES, AMONESTACIONES O VARIACIÓN DE MULTA A MEDIDA CORRECTIVA

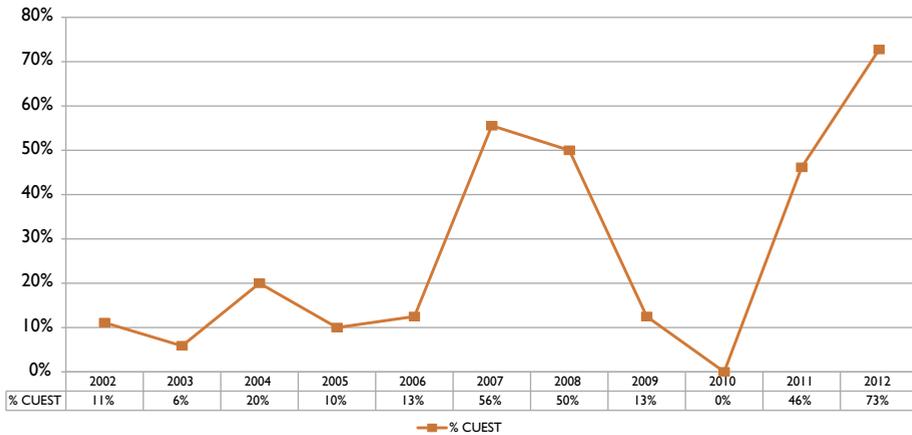


Fuente: OR
Elaboración propia

La Figura N.º 12, a continuación refleja la misma situación medida en términos porcentuales, con relación a la totalidad de medidas administrativas que no involucran una multa. Medido en términos porcentuales, se aprecia más claramente la variación del incremento de la aversión al riesgo de las empresas supervisadas, que incrementa del 13% al 56% entre los años 2006 y 2007; y, del 0% al 46% y luego al 73% entre los años 2010 al 2012.

FIGURA N.º 12

VARIACIÓN PORCENTUAL DE CUESTIONAMIENTO DE CONDONACIONES, AMONESTACIONES O VARIACIÓN DE MULTA A MEDIDA CORRECTIVA



Fuente: OR
Elaboración propia

Debido a que el anuncio y la aprobación de la metodología para la renovación de las concesiones, contempla que para tales efectos se analizará el grado de cumplimiento de las obligaciones de las empresas supervisadas respecto de sus contratos de concesión (muchas de las cuales se refieren a obligaciones regulatorias que son evaluadas en los expedientes de **instrucción** a cargo del OR); el riesgo de que el OR incurra en un «error de condena» respecto de cada **infracción administrativa** adquiere una relevancia notoria.

Así, en la medida que la empresa supervisada ve incrementado su CSRE, sin importar el tipo de medida que le haya sido impuesta por el OR -incluya o no una sanción de tipo pecuniario-, se producirá un aumento de las impugnaciones administrativas en todos los casos, incluyendo aquellos escenarios que en periodos anteriores no eran materia de cuestionamiento, debido a que el resultado de la evaluación de todas las **infracciones administrativas** serán tenidas en cuenta para la evaluación de las solicitudes de renovación de la concesión.

Acorde con el modelo expuesto anteriormente para el caso del adverso al riesgo, disminuyendo f (procurando que ello no signifique, a la par, un incremento sustancial de p que incremente C) sería posible llegar al resultado óptimo. No obstante, en este caso, dado que el monto de f no es considerado al momento de evaluar el grado de cumplimiento de las obligaciones de las empresas supervisadas para efectos de la renovación de sus contratos de concesión, su disminución no tendrá ningún efecto sobre el aumento del CSRE, así como del mayor cuestionamiento de las decisiones del OR.

Así, a fin de alcanzar un grado óptimo, el OR debería enfocarse en disminuir el riesgo que afrontan todas las empresas, sean sancionadas o no, lo cual se consigue mediante una elevación del estándar de prueba en los procedimientos sancionadores, que a su vez traiga como consecuencia una reducción permanente de la cantidad de «errores de condena» cometidos por el OR.

Lo señalado, representaría la justificación económica de alguno de los principios consagrados en la LPAG, tales como el Principio del Debido Procedimiento, el Principio de Impulso de Oficio, de Presunción de Veracidad, de Verdad Material; así como los contenidos en el capítulo referido al Procedimiento Sancionador, entre otros, el Principio de Debido Procedimiento, Principio de Causalidad y Principio de Presunción de Licitud.

Debe tenerse presente que, la elevación del estándar de prueba elevará los costos de *enforcement* que debe asumir el OR. No obstante, de acuerdo con el modelo de cálculo de multa propuesto en el numeral III.2 del presente estudio, estos costos estarán representados por el componente C , que forman parte del cálculo de la multa y que debería ser trasladado al infractor como parte del componente de la multa.

A fin de minimizar cualquier cuestionamiento al componente C , en el que se señale que se está efectuando un traslado de ineficiencias de la agencia pública a las operadoras —el costo de la elevación del estándar de prueba—, una condición *sine qua non* del enfoque propuesto, es el replanteamiento de la actividad de *enforcement* del OR (denominada supervisión, fiscalización y sanción), que deberá incorporar criterios de eficiencia económica para la selección de temas a supervisar y las metodologías a ser utilizadas para tales efectos.

Así, en adelante, la agencia seleccionará únicamente aquellos casos en los que G (o H , de ser el caso) sea superior en comparación con los derivados de las demás infracciones, añadiendo unidades adicionales de mayor estándar de prueba hasta el punto en que su beneficio marginal iguale al costo marginal, de modo que el nivel del estándar de prueba que se adopte cumpla con la condición: $CMg = BMg$.

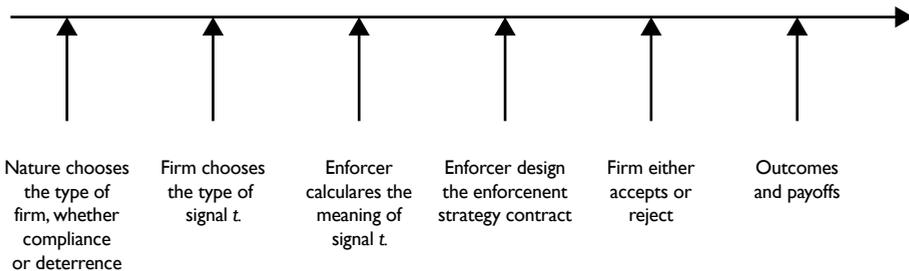
La ventaja de la propuesta efectuada es que mediante ésta se brinda una señalización adecuada a los operadores, incrementando la disuasión, pues una elevación del estándar de prueba contribuye a la reducción de los «errores de condena», lo que a su vez, disminuye el grado de incertidumbre sobre el resultado de la evaluación para la renovación de la concesión.

Asimismo, ello permitirá reducir el incentivo del infractor de incrementar los costos de *enforcement* asumidos por el OR, como son los cuestionamientos innecesarios, solicitudes de actuación de pruebas, audiencias o alegaciones carentes de objeto, requerimientos de ampliación de plazos, entre otros, pues todo ello deberá ser redituado por la empresa supervisada al ser considerado un componente del monto de la multa.

Finalmente, la reducción del CSRE genera incentivos a las empresas supervisadas para reducir el número de infracciones, lo cual traerá como consecuencia una reducción general de los costos relacionados con la implementación de procedimientos sancionadores, que beneficia al OR, así como a las empresas que cumplen el marco regulatorio (que ahorrarán como consecuencia de la reducción de su nivel de cuestionamiento) y las que no (que deberán pagar un monto menor de multa, dado el ahorro en C).

Como ha señalado, Estrada (2002), el modelo de *enforcement* adoptado por la agencia que tiene a su cargo el *enforcement*, puede dar lugar a un «juego dinámico de señalización». En dicho juego, la agencia escoge una estrategia de *enforcement* y da «señales» al infractor, el cual decide seguir o no las señales brindadas (acatando o no la regulación). Véase la Figura N.º 13.

FIGURA N.º 13
JUEGO DINÁMICO DE SEÑALIZACIÓN



Tomado de: Estrada (2002)

La importancia de esta «señalización», en el caso de las empresas supervisadas por el OR, adquiere mayor importancia cuando se tiene en cuenta que el grado de cumplimiento del marco regulatorio, será tomando en consideración para la decisión de renovar o no su concesión. Bajo este escenario, el estilo de *enforcement* a ser adoptado por el OR, se convierte en una suerte de «compromiso previo», que incrementa o reduce el riesgo de la empresa supervisada, con relación al hecho que su inversión se vuelva o no improductiva como consecuencia de la no renovación o la reducción del plazo de concesión.

V. CONSIDERACIONES FINALES

- El objetivo de la política de *enforcement* no puede ser solo la «disuasión», ni que el «castigo sea proporcional al ilícito», sino la minimización de la pérdida social de los ilícitos.
- Si bien el «cumplimiento de la ley», que es logrado a través del mecanismo de *enforcement*, es un bien público, debe tenerse en cuenta que es un bien que no se produce sin costo para la sociedad.
- Un sistema eficaz de *enforcement* será aquel que conduzca a un nivel de disuasión determinado por una adecuada combinación de probabilidad de condena y sanción que arrojen una sanción o multa esperada equivalente al beneficio ilícito o al daño, de ser el caso. De todas las opciones, deberá elegirse aquella que minimice la suma de ambos tipos de costos.
- Si los individuos son neutrales al riesgo, el sistema eficiente de *enforcement* sería aquel en el que la multa sea lo mayor posible, a fin de ahorrar costos de *enforcement*. No obstante, una multa muy elevada, podría modificar la actitud del infractor frente al riesgo, haciendo que ponga más atención en la magnitud absoluta de ésta, en lugar de su valor esperado, volviéndolo adverso.
- Cuando los individuos tienen aversión al riesgo siempre es posible disminuir el nivel de la multa, a fin que el nuevo valor esperado de la multa, genere un equivalente de certeza que equivalga al costo que causa a otros la actividad perjudicial de este individuo, de modo que se llega al resultado óptimo.
- Cuando los costos de detección y condena no son bajos, un aumento de la probabilidad de detección y condena, incrementará aún más los costos de *enforcement*. Existe un conflicto entre reducir al mínimo el costo de *enforcement* y reducir al mínimo el «costo» de soportar el riesgo. La probabilidad óptima de condena es la que reduce al mínimo la suma de ambos costos.

- La minimización de los costos de *enforcement*, tiene una incidencia directa sobre la aparición de errores, afectando la calidad de las decisiones de la agencia. Los errores pueden estar referidos a absoluciones erróneas o a condenas erróneas. Ambos imponen costos directos a los individuos, incrementan los costos de *enforcement* y disminuyen la disuasión.
- En el caso de individuos neutrales al riesgo, se requiere incrementar el valor de la multa para compensar la disminución producida en la probabilidad de condena en un valor superior al que correspondería en un escenario de ausencia de errores.
- En el caso de individuo adverso al riesgo, disminuir el valor de la multa, generará un aumento de la probabilidad de condena, que incrementará a su vez los costos de *enforcement*, lo cual puede ser deseable en la medida que el incremento de la disuasión se produzca.
- A excepción del Osinergmin, los Organismos Reguladores no cuentan con una metodología para el cálculo de sanciones que se sustente en una lógica económica. Razones de eficiencia y de las características del sector justifican que dicha metodología tome en cuenta el beneficio privado esperado del individuo, en lugar del daño provocado por éste, dividido entre la probabilidad de detección y condena, a lo cual se deberán añadir los costos de *enforcement*.
- El acrecentamiento de los procedimientos sancionadores y de la cantidad de infracciones contenidas en los mismos, ha erosionado la calidad de los pronunciamientos del OR, trayendo como consecuencia un incremento de «errores de condena», particularmente respecto de las etapas denominadas **supervisión e instrucción**.
- En general, los OR deberían añadir unidades adicionales de **supervisión** únicamente hasta el punto en que el beneficio marginal iguale al costo marginal. Asimismo, deberá propiciarse el incremento de procedimientos específicos, que sean de aplicación periódica y que involucren el manejo de información censal o muestral.
- Un factor determinante para la minimización de los «errores de condena» es el fortalecimiento e independencia de la etapa denominada **instrucción**. Se observa una correlación entre el porcentaje de errores cometidos por la **instrucción** y el porcentaje de errores de la **supervisión**: cuando el primero descende, el segundo tiende a seguir una tendencia similar en los periodos subsecuentes, generándose una disminución general de los «errores de condena».
- En el caso de las empresas bajo la supervisión de los OR, la declaración de condena adquiere una relevancia preponderante por encima del monto de la multa, debido a que el grado de cumplimiento de la regulación sectorial es tenido en consideración para decidir si se renueva o no la concesión.

- En ese contexto los «errores de condena» juegan un papel preponderante que determina un acrecentamiento de la aversión al riesgo de las empresas supervisadas, ante la posibilidad de salir del mercado o de ver acortado su plazo de permanencia en el mismo.
- El aumento del «costo» de soportar el riesgo derivado de los «errores de condena», es asumido por todos los agentes económicos en general, cometan o no infracciones, produciendo sobre-disuasión y sobre-defensa por encima del nivel óptimo.
- En el caso del OR analizado, se ha producido un aumento de los niveles de sobre-defensa a partir del año 2007, que coincide con la fecha en que el Estado Peruano hace pública su decisión de considerar el desempeño de las empresas supervisadas respecto al cumplimiento de la regulación, para efectos de la renovación de la concesión.
- A fin de alcanzar un grado óptimo, los OR deberán enfocarse en disminuir el riesgo que afrontan tanto las empresas que cometen infracciones como las que no, mediante una elevación del estándar de prueba en los procedimientos sancionadores, que disminuya los «errores de condena».
- Si bien la elevación del estándar de prueba elevará los costos de *enforcement*, de acuerdo con el modelo propuesto, éstos estarán representados por el componente C, que forman parte del cálculo de la multa y debería ser trasladada al infractor como parte de la multa óptima.
- A fin de evitar que se produzca un traslado de ineficiencias de la agencia pública a las empresas supervisadas, los OR deben incorporar criterios de eficiencia económica para la selección de temas a supervisar, seleccionando los casos en los que el beneficio privado ilícito sea superior e incrementando el estándar de prueba hasta el punto en que su beneficio marginal iguale su costo marginal.
- La utilidad de la propuesta radica en que permite una señalización adecuada a los empresas que son objeto de supervisión de los OR, consiguiéndose incrementar la disuasión. La elevación del estándar de prueba contribuye a la disminución de los «errores de condena», lo cual reduce el grado de incertidumbre sobre la renovación de la concesión, incrementando así la disuasión, consiguiéndose un resultado óptimo.

BIBLIOGRAFÍA

ALEXY, R. (1988). “Sistema jurídico, principios y razón práctica” In *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*. N.º 5, pp 143-144.

BALDWIN, R., M. CAVE y M. LODGE. (2012). *Understanding Regulation: Theory, Strategy, and Practice*. Oxford University Press Inc.

BECKER, G. (1968). "Crime and Punishment: An Economic Approach" In *Journal of Political Economy*, Vol. 76, pp 169-217.

BRAITHWAITE, J. y T. MAKKAI (1991). "Testing an Expected Utility Model of Corporate Compliance" In *Law & Society Review*, Vol. 25, N.º 1, pp 7-40.

ESTRADA, J. (2002) "Optimal enforcement, finding the right balance". *Archivos de Economía*. Departamento Nacional de Planeación Dirección de Estudios Económicos. Documento 2026.

FRIEDMAN, D. (2000). "Delincentes racionales y policía maximizadora de beneficios. El análisis económico de las leyes y de su cumplimiento" In *Economía y sociedad*. Cambridge University Press. 57-71.

GAROUPA, N y M. OBIDZINSKI (2010). "The Scope of Punishment: An Economic Theory" In *European Journal of Law and Economics*, Vol. 31, N.º 3, pp 327-247.

GAROUPA, N. y M. RIZZOLLI (2012). "Wrongful Convictions Do Lower Deterrence" In *Journal of Institutional and Theoretical Economics JITE*. Vol. 168, pp 224-231.

HARRIS, J. R. (1979). "On the Economics of Law and Order" In *Journal of Political Economy*. Vol. 78, pp 165-174.

INDECOPI (2012). Documento de trabajo N.º 01-2012/GEE, "Propuesta metodológica para la determinación de multas en el Indecopi".

Parker, C. y V. Lehmann (2011). "Deterrence and the Impact of Calculative Thinking on Business Compliance with Competition and Consumer Regulation" In *The Antitrust Bulletin*, Vol. 56, N.º 2, pp 377-426.

PARKER, C. y C. PLATANIA-PHUNG (2012). The Deterrent Impact of Cartel Criminalization: Supplementary Report on a Survey of Australian Public Opinion Regarding Business People's Views on Anti-Cartel Laws and Enforcement. The University of Melbourne Cartel Project, Melbourne Law School; Monash University Faculty of Law Legal Studies Research Paper N.º 2012/73.

LANDO, H. (2004). "Does Wrongful Convictions Lower Deterrence?" SSRN: <http://ssrn.com/abstract=603962>

NISKANEN, W. A. (1971). "Bureaucracy and representative government" Chicago: Aldine-Atherton.

MORÓN, J. C. (2009). Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General. Gaceta Jurídica S.A.

OSINERGMIN (2009). “*Estudio de Multas del Sector Energía: Análisis Económicos de las Sanciones*” Volumen N.º 1.

PNG, I.P.L. (1986). “Optimal Subsidies and Damages in the presence of Judicial Error” In *International Review of Law and Economics*, Vol. 6, pp 101-105.

POLINSKY, M. y S. SHAVELL (1979). “The optimal trade of between probability and magnitude of fines” In *The American Economic Review*, Vol. 19, pp 880-891.

POLINSKY, M. (1985). “*Introducción al análisis económico del Derecho*” Ariel Derecho: Derecho Privado y Economía.

SHAVELL, S (1993). “The Optimal Structure of Law Enforcement” In *Journal of Law and Economics*, Vol. 36, N.º 1, Parte 2: pp 255-287.

POLINSKY, M. y S. SHAVELL (1994). “Should Liability be based on the Harm to the Victim or the Gain to the Injurer?” In *Journal of Law, Economics and Organization*. Vol. 10, N.º 2, pp 427-437.

POLINSKY, M. y S. SHAVELL (2000). “The Economic Theory of Public Enforcement of Law” In *Journal of Economic Literature*. Vol. 38, pp 45-76.

POLINSKY, M. y S. SHAVELL (2005). “*The Theory of Public Enforcement of Law*” NBER Working Paper N.º 11780.

POLINSKY, M. y S. SHAVELL (2007). *Handbook of Law and Economics*, Volume 1.

QUINTANA, E. y L.VILLARÁN (2011). “El procedimiento de renovación de concesiones de telecomunicaciones desde la perspectiva del balance entre persuasión y castigo” In *Revista de Derecho Administrativo* N.º 10, Tomo II, pp 329-349.

VÁSQUEZ, A. y J. GALLARDO (2006). “*Sistemas de Supervisión y Esquemas de Sanciones para el Sector Hidrocarburos*” Documento de Trabajo N.º 10. Oficina de Estudios Económicos-OSINERG.

RUIZ DÍAZ, G (2011). “Aspectos conceptuales sobre la determinación de multas en los casos de Libre Competencia” In *Revista de Derecho Administrativo*, Derecho de la Competencia, Tomo I, pp 117-128.

SHAVELL, S. (2004) *Foundations of Economic Analysis of Law*. Harvard University Press.

STIGLER, G. “The Optimum Enforcement of Laws” In *The Journal of Political Economy*, Vol. 78 pp 526-536.

VÁSQUEZ, A. (2006). “*Sistemas de Sanciones por Daños Ambientales para la Fiscalización de la Industria de Hidrocarburos en el Perú*” Documento de Trabajo N.º 20. Oficina de Estudios Económicos-OSINERG.

Páginas web consultadas

Congreso de la República: www.congreso.gob.pe

Indecopi: www.indecopi.gob.pe

OEFA: www.oefa.gob.pe

OSINERGMIN: www.osinerg.gob.pe

OSIPTEL: www.osiptel.gob.pe

OSITRAN: www.ositran.gob.pe

SUNASS: www.sunass.gob.pe