

*Necesidad del análisis económico del derecho en
el Derecho Administrativo Sancionador*

*Need for Economic Analysis of the Law in
Administrative Sanctioning Law*

Carlos Ponce Rivera* <https://orcid.org/0000-0002-2878-6303>
<http://dx.doi.org/10.21503/lex.v22i34.2790>

* Abogado. Magister en Derecho Constitucional y especialista en Derecho Administrativo. Docente Universitario y Gestor Público en instituciones gubernamentales. Investigador independiente. Perú
Correo electrónico: carlosponcerivera@gmail.com

Lex



© Los autores. Artículo publicado por la Revista Lex de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Alas Peruanas. Este es un artículo de acceso abierto, distribuido bajo los términos de la Licencia Creative Commons Atribución- No Comercial-Compartir Igual 4.0 Internacional (<http://creativecommons.org/licenses/by-nc-sa/4.0/>), que permite el uso no comercial, distribución y reproducción en cualquier medio, siempre que la obra original sea debidamente citada.



Dulzura de mujer, óleo sobre lienzo 60 x 50 cm.
Juan Carlos Ñañake Torres, pintor peruano (Lambayeque, Chiclayo, 1971)
Correo electrónico: nanakejc@hotmail.com / [Instagram.com/juancarlosnanake/](https://www.instagram.com/juancarlosnanake/)
Blogs: <http://nanaketorres.blogspot.com> / [facebook.com/nanakejc](https://www.facebook.com/nanakejc)

RESUMEN

La legislación punitiva del Estado, cuando no es diseñada técnicamente, tiende a deslegitimar al sistema democrático por lo que es necesario que esta, en un marco de legalidad y protección a los derechos de las personas sea diseñada de forma adecuada buscando crear las condiciones para que cumpla con su finalidad. En ese sentido, el Análisis Económico del Derecho brinda las herramientas que permiten al legislador cumplir con esa finalidad, garantizando que contribuyan a solucionar los problemas públicos encontrados sin perjudicar a la sociedad en general encontrando el justo y adecuado equilibrio entre la necesidad de castigar y la protección de los intereses sociales superiores, que van desde la protección a los derechos fundamentales hasta la defensa del mercado. El presente artículo presenta una crítica al denominado “populismo legislativo” que establece como medida para cualquier problema el incremento de las sanciones o la penalización de las conductas problemáticas y plantea algunas consideraciones que deberían tomarse en cuenta al momento de regular conductas infractoras penales y administrativas.

Palabras clave: *análisis económico del derecho, efectividad, equidad, sanción.*

ABSTRACT

The State's punitive legislation, when not technically designed, tends to delegitimize the democratic system. Therefore, it is necessary that such legislation, within a framework of legality and protection of people's rights, be properly crafted, seeking to create conditions for it to fulfill its purpose. In this regard, the Economic Analysis of Law provides tools that allow legislators to achieve this objective, ensuring that the measures contribute to solving public issues without harming society as a whole, by finding a fair and appropriate balance between the need to punish and the protection of higher social interests, ranging from the protection of fundamental rights to the defense of the market. This article presents a critique of so-called “legislative populism,” which proposes as a solution to any problem the increase of sanctions or the criminalization of problematic behaviors, and suggests some considerations that should be taken into account when regulating penal and administrative infractions.

Keywords: *economic analysis of law, effectiveness, equity, sanction.*

I. INTRODUCCIÓN

El Derecho Administrativo Sancionador. - Concepto y finalidad

La potestad sancionadora de la Administración es una expresión de la potestad del Estado para reprimir, que coexiste de forma paralela a la represión penal y que está sujeta al control del Poder Judicial como parte del sistema de pesos y contrapesos que es la base que sostiene al sistema democrático y republicano moderno. El carácter de ser una expresión de la misma potestad estatal hace que los principios inspiradores del Derecho Penal le sean de aplicación con matices propios de sus singulares características, pero finalmente cumplan en mismo rol garantista frente a las posibles arbitrariedades de la Administración.

No es necesario explicar que a través de su *Ius puniendi* el Estado tiene en sus manos a todas las personas sujetas a su poder; esta realidad motiva que el poder político sea perseguido inclusive por quienes cuentan con un gran poder económico o influencia social. El control del Estado y las posibilidades que éste ofrece a través de la Administración no sólo para protegerse sino para deshacerse de los enemigos es notorio e innegable; en efecto, el poder punitivo del Estado puede usarse, al amparo de la ley, para eliminar o humillar a cualquier persona, en ese sentido como señala Nieto “*el Derecho Administrativo Sancionador se ha convertido en una coartada para justificar las conductas más miserables de los poderes públicos, que sancionan, expolían y humillan protegidos por la ley y a pretexto de estar ejecutándola con toda clase de garantías. Este es, en verdad, el escalón más infame a que puede descender el Derecho*”¹.

1 A. Nieto. *Derecho Administrativo Sancionador*. (Madrid. Ed Tecnos 2005) 29.

El Derecho Penal como el Derecho Administrativo Sancionador son parte de la misma prerrogativa estatal; sin embargo, no tienen las mismas funciones por cuanto el Derecho Penal y la pena más propiamente dicha no buscan sólo castigar sino prevenir y resocializar; en cambio la sanción administrativa busca ser un complemento para el cumplimiento de las funciones estatales vinculadas a la administración pública, siendo por tanto diferente en su aplicación y finalidad.

El derecho administrativo del Estado social y democrático de derecho es un derecho del poder público para la libertad solidaria de las personas, la ordenación racional de los asuntos de interés general según la justicia, un ordenamiento jurídico en el que las categorías e instituciones públicas han de estar orientadas al servicio objetivo del interés general... El derecho administrativo moderno parte de la consideración central de la persona y de una concepción abierta y complementaria del interés general, entendida desde la concreción, la motivación, la vinculación a la dignidad humana y a la participación ciudadana².

II. LA SANCIÓN ADMINISTRATIVA: CONCEPTO Y FINALIDAD

Una infracción administrativa puede ser definida como una acción típica antijurídica y culpable o también como *“toda conducta considerada ilícita por el ordenamiento jurídico y que la autoridad administrativa se encuentra encargada de sancionar”*³.

A su vez, de forma general la sanción puede definirse como un castigo o mal que impone la administración pública ante el incumplimiento de una. En esa línea, *“para poder considerar a una actuación como sanción es necesario que cumpla con los siguientes requisitos: que el castigo consista en una restricción de derechos que el infractor tenía previamente antes de ser sancionado, que sea adecuada al mal causado, que tenga por finalidad ser disuasoria de futuros incumplimientos, y muy especialmente, que se imponga en retribución del incumplimiento”*⁴.

Así una sanción será considerada como tal en la medida que reúna dichos requisitos y no en función a la nomenclatura que pueda tener en la norma.

Las sanciones administrativas pueden ser de dos tipos diferenciados en razón al bien jurídico afectado por la medida: personales cuando las medidas afectan los derechos y situaciones subjetivas del infractor y comprenden medidas restrictivas de derechos, como la inhabilitación, la

2 J. Rodríguez Arana. Prólogo En: *Presunción de inocencia e imparcialidad objetiva en el procedimiento administrativo sancionador*. Pierino López Raygada. (Lima. Ed Palestra, 2024) 9-10.

3 C. Guzmán. *Procedimiento Administrativo Sancionador* (Instituto Pacífico. Lima 2019) 19.

4 Abogacía General del Estado Ministerio de Justicia del Reyno de España. *Manual de Derecho Administrativo Sancionador* (Aranzadi. Madrid 2005) 113.

suspensión de un derecho o las amonestaciones; y reales cuando las medidas afectan el patrimonio de las personas tales como las multas pecuniarias, el decomiso de dinero o los recargos⁵.

Entonces, la sanción administrativa debe buscar siempre la tutela de bienes jurídicos, porque sin esta condición será considerada como arbitraria y debe implicar además la imposición de un castigo, un detrimento para el infractor que debe ser proporcional al daño cometido no debiendo ser imperceptible de modo que pierda su carácter disuasivo y se convierta en un incentivo para incumplir la norma, lo cual lleva a considerar que debe existir, en palabras del maestro Morón Urbina una necesaria relación entre la naturaleza y gravedad de la infracción los hechos del caso y el objetivo de la sanción⁶.

En ese sentido, se verifica que la finalidad de la imposición del castigo en vía administrativa debe estar enfocada hacia la prevención sin que ello implique que tenga una función resocializadora; al respecto Gómez Tomillo y Sanz Rubiales señalan que

las sanciones administrativas no podrían ir orientadas a la prevención especial, fin este último irrenunciable desde la perspectiva penal. Si las sanciones administrativas tuvieran un carácter resocializador, o reeducador, llegaríamos a la absurda conclusión de que el Estado tiene que prácticamente reeducar a todo sujeto y casi de forma continuada comete ilícitos administrativos.... Ni en el Derecho Penal la finalidad resocializadora puede entenderse como una finalidad ineludible asociada a toda pena, ni en el Derecho Administrativo sancionador se renuncia a ella. En cuanto a lo primero, se ha destacado que sólo la pena de prisión y no el resto de las penas guardan relación con la finalidad resocializadora. Lo expuesto es particularmente claro en relación con las penas de multa, pero también con la pena de inhabilitación absoluta (cuyo contenido es próximo a ciertas sanciones administrativas), la cual por su carácter definitivo es incompatible con fines preventivo especiales. En cuanto a lo segundo, tampoco se puede decir que ninguna sanción administrativa carezca de finalidad reeducadora⁷.

En ese sentido, luego de señalar que esta función no tendría sentido cuando se habla de personas jurídicas los mismos autores señalan que la función de la sanción administrativa sería una de prevención general lo cual lleva a considerar que dado que comparte esta finalidad con la sanción penal, es que es posible la aplicación de los principios y garantías del proceso penal en el proceso administrativo sancionador en la medida que estos sean compatibles con el cumplimiento de la función a que están destinados.

5 J. Morón Urbina. *Las multas administrativas* (Lima. Ed Praxis. 2024) 39.

6 J. Morón Urbina, op. cit. 35.

7 M. Gómez Tomillo e I. Sanz. *Derecho Administrativo Sancionador. Parte General* (Madrid:Thomson Reuters. 2010 2da Ed.) 102.

III. EL DERECHO PENAL NO SIEMPRE ES LA *ÚLTIMA RATIO*

Frecuentemente se considera que el Derecho Penal es la última vía a través de la cual el Estado impone su voluntad y protege bienes jurídicos. El argumento es que no hay sanción posible de imponer más intensa que la que priva de la libertad individual a una persona. Ese argumento sin embargo pierde validez cuando se verifica por un lado que no toda inconducta puede ser sancionada a través de un proceso penal y por otro que no toda sanción penal es más intensa que la que pueda ser impuesta a través de una sanción administrativa.

En efecto, con relación a la posibilidad de que cualquier inconducta pueda ser considerada como delito, es necesario considerar que sólo debe ser incorporado en el Código Penal aquella inconducta considerada como muy gravosa para los intereses generales o bienes jurídicos protegidos lo cual, siguiendo la línea de Ferrajoli, hace que aquellas conductas cuya prohibición no considere la protección de un bien jurídico no sean consideradas como delitos sino como faltas administrativas excluyendo también a aquellas que consideran como sanción la multa⁸. Por otro lado, con referencia a que la sanción penal siempre es más intensa que la administrativa, esto no siempre es cierto desde la perspectiva del infractor y la afectación a sus intereses, por cuanto, si al infractor se le prohíbe ejercer su profesión o actividad por ejemplo extinguiendo su título habilitante, prácticamente se le está condenando a volverse un paria económico, empujándolo hacia la informalidad, una posible pobreza económica y la exclusión social.

En esa línea de pensamiento, Gómez Tomillo y Sanz Rubiales señalan que

desde nuestra perspectiva, en determinadas circunstancias cabe la posibilidad de que otras sanciones incidan mucho más gravemente en la esfera de los derechos individuales que la pena de prisión, por lo que merecen desde el punto de vista político criminal un nivel de garantías y controles en su imposición próximo al de la pena de prisión. Puede ser significativo considerar sanciones hoy en manos de la Administración como, por ejemplo dentro del Derecho disciplinario, la separación del cargo en el caso de los funcionarios públicos, la cual posee un carácter definitivo; asimismo, puede pensarse en el traslado con cambio de residencia o la inhabilitación o suspensión para el ejercicio de una profesión, oficio empleo o cargo. En una sociedad donde el trabajo representa un bien muy escaso, la pérdida del derecho a trabajar puede ser tan grave como la pérdida del derecho a la libertad ambulatoria No cabe duda de que un cierto porcentaje de los potenciales sujetos pasivos de la pena preferiría una restricción de su libertad ambulatoria por un tiempo reducido que la pérdida definitiva de los medios de los que dispone para garantizarse su sustento, sean éstos su puesto de trabajo, su habilitación para el desarrollo de una profesión u oficio, de sus posibilidades de contratación con las administraciones públicas. Incluso, si bien de forma mucho más excepcional, habría siempre quien, de tener la posibilidad, optaría por una pena privativa de libertad no excesivamente amplia, antes que hacer frente a una considerable reducción de su patrimonio como consecuencia de una fuerte sanción pecuniaria⁹.

8 L. Ferrajoli. "Derecho y Razón", 479 En: *Derecho Administrativo Sancionador Parte General*. M. Gómez Tomillo y I Sanz, op. cit. 46-47.

9 M. Gómez Tomillo e I Sanz. op cit 62.

En efecto, en la práctica, por ejemplo, para un pescador que ha realizado esa actividad desde niño es difícil considerar que una sanción que implique la imposibilidad de hacer lo único que sabe hacer que es pescar sea insignificante o de poca trascendencia para su vida; lo mismo para un profesional que durante toda su vida adulta sólo ha sabido ejercer su profesión. Entonces, no es que en todos los casos la pena privativa de libertad sea la sanción más gravosa, sino que en muchas situaciones la sanción administrativa puede ser más intensa como sucede por ejemplo cuando ésta incluye el cierre definitivo de un establecimiento comercial lo que conlleva en la práctica la pena de muerte para la persona jurídica. Lo que sucede es que una sanción que incorpora una sanción que incapacite para realizar la actividad económica que el infractor realiza de forma permanente, es tan intensa que resulta teniendo los mismos efectos que la pena privativa de libertad, lo cual no quiere decir que estar preso sea igual a estar libre, pero sí que en ambos casos le va a impedir trabajar, lo va a aislar económica y socialmente y finalmente lo va a llevar a redibujar su vida de forma definitiva.

IV. EL PRINCIPIO DE LA MÍNIMA INTERVENCIÓN DEL ESTADO Y LA NECESARIA PROPORCIONALIDAD ENTRE LA FALTA Y LA SANCIÓN A IMPONER

Para la aplicación de una sanción, siguiendo a Cobo, es necesario establecer la adecuada correlación entre la gravedad del hecho constitutivo de la infracción y la sanción aplicada; asimismo, la discrecionalidad de la que goza la administración debe ser ejercida ponderando en todo los casos las circunstancias concurrentes al objeto de alcanzar la necesaria y debida proporcionalidad entre los hechos imputados y la responsabilidad exigida¹⁰ lo cual implica determinar el alcance de la antijuridicidad de la conducta y el reproche social que merece¹¹.

El principio de proporcionalidad supone una correspondencia entre la infracción y la sanción, con interdicción de medidas innecesarias o excesivas¹². Dicha obligación encontraría sustento constitucional como extensión del principio de legalidad, lo cual implica que para la imposición de una sanción primero debe definirse la conducta infractora, establecerse su sanción y luego individualizar el conducta valorando sus particularidades, ejercicio este que implica realizar un proceso de adecuación de esa conducta a la norma con la finalidad de establecer si es que aquella presenta los elementos establecidos por el legislador para determinar si esta es típica ósea si es que encaja o no con la descripción dada por el legislador para considerarla

10 Tribunal Supremo Colombia STS de 28-02-2000, en: *El Procedimiento Administrativo Sancionador Tipo*, Tomas Cobo Olvera (Barcelona: Ed Bosch 2008) 60.

11 Tribunal Supremo Colombia STS 12-04-1999, en: Tomas Cobo Olvera, op. cit. 60.

12 E. García de Enterría y T. Ramón Fernández. En: Tomás Cobo Olvera, op. cit. 60.

como punible; y a la vez considerar las particularidades de la acción misma con la finalidad de permitir sancionarla de forma adecuada.

Entonces, la necesidad de establecer criterios de proporcionalidad para imponer una sanción implica la necesidad de considerar circunstancias que agraven o atenúen la sanción, los cuales pueden ser, entre otros, la existencia de intencionalidad, reiteración o reincidencia, así como la naturaleza de los perjuicios causados.

Sin embargo, además de estas consideraciones para establecer el tipo de sanción y su *quantum* es necesario que el operador jurídico considere su finalidad o sea el porqué de que el legislador haya considerado que la conducta sea sancionable administrativamente; esto es importante porque este conocimiento permite reconocer el bien jurídico protegido y a partir de ello determinar la existencia o no de un perjuicio que agrave la sanción, pero además también permite establecer de mejor forma la sanción a imponer ya que debería ser diferente cuando la finalidad de la norma sea simplemente castigar que cuando busque con su aplicación precedente para que constituya un ejemplo que disuada a otros de cometer el acto punible, tarea esta que parece corresponder al legislador que establece la sanción -porque la establecerá normativamente en función a dicha finalidad- pero también al operador que diseña el mecanismo para establecerla, esto debido a que cada vez es más frecuente que la normatividad establezca formulas generales para imponer sanciones dejando a la norma reglamentaria la responsabilidad de fijar el mecanismo para imponerla a través de la aplicación de fórmulas matemáticas que generalmente parten de la consideración del beneficio ilícito, la posibilidad de detección y el daño u otros elementos que atenúen o agraven la sanción.

La necesidad de establecer, partiendo de la aplicación del principio de legalidad, una sanción proporcional tiene por finalidad evitar el exceso de punición, la arbitrariedad o el efecto confiscatorio de la multa que se pueda imponer como sanción. Es decir *“la razonabilidad o proporcionalidad funcionan como un mecanismo de control o interdicción de la arbitrariedad en el uso de las facultades discrecionales, exigiendo que las decisiones que se tomen en ese contexto respondan a criterios de racionalidad y que no sean arbitrarias.”*¹³

En efecto, una sanción que no tenga relación directa con el daño producido, el beneficio ilícitamente obtenido con su comisión y la existencia de dolo o culpa, va a resultar siendo ilegítima inclusive cuando esta se encuentra preceptuada en la legislación (lo legal no siempre es legítimo) porque su imposición afecta derechos fundamentales de forma excesiva o innecesaria. Debe considerarse que la sanción para ser legítima no debe ser considerada como el fin del procedimiento administrativo sancionador sino como una consecuencia de este, lo que equivale a no considerarla como que su imposición es la finalidad del mismo sino

13 J. Morón Urbina, op. cit. 38.

que es el lógico resultado de éste lo que equivale a no considerarla como un fin en sí misma sino como una consecuencia del accionar ilegal del infractor; esto equivale a reconocer el carácter meramente instrumental de la sanción destinado no a lograr un mero perjuicio para el infractor o un beneficio económico para la autoridad estatal cuando el gravamen es una multa o el mero castigo.

Debe considerarse que la idea de que la sanción administrativa tiene como finalidad castigar no es aislada en la doctrina; así Santamaría Pastor afirma que *“sanción, en sentido técnico existe solamente cuando a la conducta ilícita se anuda la imposición de una privación de derechos con una finalidad represiva (de castigo) de la infracción y preventiva o disuasoria de conductas similares, sin que dicha privación deba guardar una relación cuantitativa exacta con el volumen del daño causado”*.¹⁴

Al respecto, es necesario considerar que la sanción administrativa no tiene o no debe tener carácter resarcitorio porque para ese fin está el proceso civil indemnizatorio ni tampoco correctivo porque para esta finalidad el ordenamiento considera la imposición de medidas correctivas que tienen una naturaleza distinta al de la sanción; en efecto dichas medidas tienen por objeto *“la eliminación de aquellos efectos que la acción u omisión hubiere producido sobre bienes o intereses públicos, en el patrimonio del Estado o daños a terceros”*¹⁵ y tienen como característica el que se pueden acumular a la sanción a imponer, por lo que el considerar este concepto como parte de la sanción implicaría una doble reprochabilidad; de otro lado, a diferencia de las sanciones las medidas correctivas tienen por finalidad restaurar el orden jurídico quebrantado por la acción del infractor¹⁶. En ese sentido, Rebollo señala que la potestad sancionadora de la Administración, no puede ya considerarse *“como un medio de realización abstracta de la justicia ni pueden predicarse de las sanciones las justificaciones de la pena, como la retribución del daño o la reeducación o reinserción social”*¹⁷.

En esa línea de pensamiento, la imposición de una sanción debe ser idónea para cumplir con su finalidad y estrictamente proporcional a la falta cometida lo que extirpa de plano cualquier arbitrariedad o discrecionalidad en su imposición, justificando de esa manera la necesidad de establecer criterios de agravamiento o progresividad para su establecimiento tal como por ejemplo se señala en el numeral 10 de la Ley del Procedimiento Administrativo General Ley N° 27444 cuando se consagra como derecho del administrado que las actuaciones de las entidades que le afecten sean llevadas en la forma menos gravosa posible.

14 J. Santamaría Pastor. *Principios de Derecho Administrativo* (Madrid: Centro de Estudios Ramón Areces. 2002) 380.

15 J. Morón Urbina, “Los actos-medidas (medidas correctivas, provisionales y de seguridad) y la potestad sancionadora de la Administración”, *Revista de Derecho Administrativo*, Círculo de Derecho Administrativo, (Lima 2010): 135..

16 Abogacía General del Estado Ministerio de Justicia del Reyno de España, op. cit. 11.5.

17 M. Rebollo “Potestad sancionadora, alimentación y salud pública” (Instituto Nacional de Administración Pública. Madrid 1989) 443-444 en: Alejandro Nieto, op. cit. 91.

En esa misma línea, la proscripción de la arbitrariedad para la imposición de una sanción obliga a considerar criterios como el de evitar que la sanción constituya un incentivo para seguir infringiendo la norma y esto se produce cuando el infractor al momento de realizar el análisis costo beneficio de su conducta evalúa no solo la probabilidad de que sea descubierto sino el posible beneficio económico que pueda obtener a través del costo evitado, postergado o retrasado o el ingreso adicional obtenido como consecuencia del acto infractorio. En ese sentido, la sanción debe buscar que ese beneficio sea igual a cero luego de la imposición de la sanción, motivo por el cual las fórmulas matemáticas diseñadas para imponer multas consideran como parte del elemento base para su determinación el beneficio económico obtenido, esto con la finalidad de evitar el efecto arriba señalado y que para el infractor le sea más rentable pagar una multa que cumplir con la legislación.

Ahora, la finalidad preventiva de la norma no se cumpliría si es que el costo final es sólo igual a cero, sino que debe incluir un elemento adicional que incorporado al cálculo genere finalmente un detrimento en el patrimonio del infractor el cual no debe ser excesivo sino que debe ser proporcional al daño y a la conducta lo cual no siempre es fácil determinar especialmente cuando se utilizan fórmulas matemáticas que por su generalidad excluyen muchas veces elementos individualizantes que permitirían poder establecer una sanción proporcional y que no sea o muy baja como para que el infractor no sienta la afectación y por tanto no la considere o muy alta como para ser considerada como confiscatoria, discriminatoria o excesiva al punto de hacer que, por ejemplo, el autor deje de realizar la actividad económica que motiva la intervención estatal y la posterior sanción.

Así, la sanción a imponer para cumplir su finalidad debe considerar un elemento de castigo, ósea de perjuicio real al infractor y otro que considere la eliminación del beneficio ilícito. *“En realidad, debe aspirarse no sólo a que resulte beneficiosa la comisión de infracciones sino a que resulte verdaderamente perjudicial; es decir, que lo ideal no es simplemente que el infractor pierda sólo los beneficios ilícitos obtenidos, sino bastante más pues de lo contrario todavía valdría la pena arriesgarse a ser sancionado”*¹⁸.

18 M. Rebollo Puig, *Infracciones, sanciones y procedimiento administrativo sancionador*. (Madrid: Lex Nova, 2002) 172.

V. EL ANÁLISIS ECONÓMICO DEL DERECHO COMO HERRAMIENTA PARA EL DISEÑO NORMATIVO

Para poder establecer si una norma es finalmente eficiente o no, en términos del análisis económico del Derecho, es necesario entender su finalidad, ósea la intención del legislador; así, una norma será eficiente si en su aplicación produce los efectos deseados al momento de aprobarla.

Con relación a la sanción administrativa, la finalidad concebida por el legislador en principio puede ser meramente disuasiva, lo cual se logra estableciendo exclusiones como la inhabilitación para contratar con el Estado, reparaciones como las indemnizaciones, o diferenciaciones como el figurar en un registro de sancionados que evita que aunque se haya cumplido la sanción el hecho sea olvidado, lo cual implica un detrimento para el infractor al generarle una mayor dificultad para realizar sus actividades económicas, lo que sucede por ejemplo con el registro de sancionados administrativamente o el registro deudores morosos.

Determinar que sanción corresponde a cada conducta implica dos evaluaciones a cargo del legislador: la determinación del porque la conducta a sancionar debe ser considerada como infractora, y la finalidad que se busca con dicha determinación. En la primera estamos ante una evaluación que puede ser moral, ética, incluso religiosa (en un Estado o sociedad que no es laica) o de carácter práctico que lleva a considerar la conducta como una que afecta a un interés social ósea un bien jurídico protegido lo que implica a su vez la necesidad de valorar esa afectación de modo que en función a ella se considerará que la infracción debe ser administrativa o penal, o que deba quedar fuera del alcance del ordenamiento punitivo. Esta valoración, por su naturaleza, varía con el tiempo, lo cual implica que una misma conducta pueda ser en un espacio tiempo histórico determinado punible penalmente, en otro sólo administrativamente y en otro ser considerada como atípica y esto es porque la valoración depende de la sociedad que la realiza y del legislador que ostenta dicho poder.

A su vez, una vez determinado el carácter punible de la conducta, queda establecer la finalidad de la sanción a imponer lo cual implica reconocer el efecto que se busca tener, para lo cual entre otros aspectos es necesario reconocer el tipo de sociedad en el que se va a aplicar. En ese sentido, Morón Urbina, siguiendo a Foucault, señala que:

a cada una de las mencionadas tácticas (excluir indemnizar marcar o encerrar) no corresponde un tipo exclusivo de penas, sino que, al contrario, las penas posibles de aplicar no corresponden a la misma táctica según la sociedad de que se trate o su estado de evolución. Por el contrario, una misma sanción puede responder a una u otra táctica según sea el perfil de la sociedad. Así, por ejemplo, la sanción de multa puede funcionar perfectamente en las diversas sociedades tanto bajo la táctica de marcación como en la táctica de indemnización. En la táctica de marcación, la función de la multa no es la de compensación a nadie, sino poseer exclusivamente un carácter simbólico de señalar, señalizar, sellar, etiquetar o estigmatizar públicamente al infractor, sin

disminuir necesariamente su estatus económico. En estas sociedades o ámbitos, la multa tiene más una función simbólica de designar al culpable, marcarlo, como tal, y sobre todo, imponerle una marca visible de la soberanía del poder. En el sistema de marcación pagar una multa es doblegarse ante un poder en virtud del cual alguien, una autoridad puede efectivamente obligarnos a dar una suma de dinero, aunque esta sea simbólica en comparación con la fortuna poseída¹⁹.

Este ejercicio obliga a conocer las características de la sociedad en donde se va aplicar la sanción, como también al sistema que la va a imponer. Por ejemplo, incrementar una pena privativa de libertad para casos de extorsión no es ni preventiva ni disuasiva cuando se verifica que quienes extorsionan ya están en la cárcel; entonces la medida idónea no parece ser esa sino aislar más a los presos. Asimismo, cuando se verifica una especial incidencia de extranjeros en la comisión de crímenes la solución parece ir por una restricción a su ingreso y mayores y mejores medidas administrativas para impedir su permanencia, no una penalización que considere su origen o el incremento de las penas ya existentes cuando se verifica que las vigentes ya son altas. Este mismo razonamiento se aplica para los delitos como para las infracciones en donde la mejor alternativa para el castigo a infracciones ambientales parece no ir solamente por la multa sino principalmente por la suspensión del título habilitante acompañada de la remediación que en algunos casos puede ser inclusive más costosa que el pago de una multa, cuando no una mejor prevención.

Reconociendo las características de la sociedad en la que se va a aplicar es posible determinar la finalidad de la sanción que puede ser, como se ha dicho, disuasiva o simplemente castigadora. Así, por ejemplo, en el caso de las multas estas buscan generalmente disuadir o desincentivar la comisión de la conducta infractora; este carácter preventivo se caracteriza por la representación de un castigo económico de tal magnitud que desincentive al infractor de cometer la infracción o de prevenir su recurrencia. En otros términos

bajo este supuesto, la severidad del apremio debe ser lo suficientemente alta para generar en los individuos un autocontrol que los lleve a abstenerse de ejecutar el comportamiento constituido en infracción por considerarlo muy alto de cara al beneficio esperado, o por lo menos no lo bastante atractivo para asumir el riesgo, pero sin exceder los límites razonables del patrimonio de los ciudadanos para que puedan pagar el mismo²⁰.

Así, la disuasión expresada en la tipificación previa de la conducta como sancionable, busca desalentar no solo a través de la sanción misma sino a través de la generación de la sensación que produce respecto de la actuación eficiente de la administración que se genera cuando se impone la sanción, lo cual implica la percepción en el ciudadano de una alta posibilidad de detección que va a determinar que se vea limitada su intención de infringir la norma. En ese

19 J. Morón Urbina. *Las multas administrativas* (Lima: Ed Praxis. 2024) 51-52.

20 M. Safar Díaz: A. Montaña Plata y J. Rincón Córdova. "El poder sancionador de la Administración Pública: discusión, expansión y construcción. XIX Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo". (Colombia: Universidad de Bogotá. 2018) 915. En J. Morón Urbina, op. cit. 53.

sentido, en una sociedad donde la percepción de ineficiencia del Estado es elevada el carácter disuasivo se difumina hasta ser casi imperceptible debido a que el ciudadano percibe que su conducta infractora no va a tener castigo porque la administración no la podrá identificar, evitando de esa forma que la norma cumpla con su finalidad, dejando paso a que el legislador entendiéndolo, considere como finalidad el castigo para que a través de este se pueda generar la sensación de que en caso el infractor sea detectado su aflicción será elevada y esa amenaza sea la que evite su comisión o reincidencia.

En esa línea Morón Urbina señala que

La multa puede ser empleada tanto bajo la perspectiva de enfoque punitivo, de confrontación o disuasivo (deterrence) como bajo el enfoque alternativo o de regulación responsiva. En el primer esquema, la gestión está centrada en detectar incumplimientos legales para penalizar a quien los comete, porque se presupone que los ciudadanos responden directamente a incentivos negativos, por lo que, si son sancionados gravemente, o si conocen que otros agentes del mercado en similares circunstancias son multados fuertemente, se sujetarán al mismo en adelante. Este enfoque plantea que mientras más alta sea la multa más efectiva será la disuasión en los agentes del mercado. Es el símil al “Populismo punitivo” que en la vía penal promueve el incremento incesante de las penas y hasta de las penas máximas para disuadir a los delincuentes de cometer sus crímenes. Este enfoque tiende no solo a conflictuar con el principio de proporcionalidad, sino a justificar diversos argumentos para imponer multas más onerosas, relativizar los derechos de los infractores y hasta desaparecer/modificar sucesivamente los topes máximos legalmente impuestos a las multas

En cambio, en el segundo esquema surgen los mecanismos de cooperación (conocidos en inglés como compliance approach) englobando distintas estrategias (incentivos, prácticas educativas o de planificación para promover el cumplimiento de los deberes legales)²¹.

Si bien es cierto en ambos casos lo que se busca es siempre el cumplimiento de la norma, en el enfoque punitivo, la sanción expresada en una multa económica es prácticamente la única alternativa mientras que en la segunda opción será la última ratio a aplicarse luego de ver otras opciones, como la amonestación o el cumplimiento de otras actividades.

Entonces, el establecimiento de la sanción en la norma deberá depender de la evaluación técnica y sensata de parte del legislador sobre la finalidad que se busca con su establecimiento lo cual parte del reconocimiento de la sociedad en donde se va aplicar de modo que se evite imponer una sanción que no será disuasiva ahí donde la sociedad es reactiva a los incumplimientos o, de forma contraria, se imponga una que no cumplirá la función de disuadir ahí donde la sociedad tenga una percepción de ineficiencia de la autoridad o sea reactiva al cumplimiento voluntario de la norma. En ese esquema debe entenderse que la tipificación de una conducta como

21 J. Morón Urbina, op. cit. 55.

punible no debería ser la única opción del legislador, sino que esta prerrogativa sólo debería reservarse para las conductas más gravosas es decir que generen una mayor afectación y no para aquellas que por su carácter no tienen esos efectos, debido además a la imposibilidad de hacerla cumplir lo que finalmente incrementa la sensación de impunidad y deslegitima más al sistema.

Además, debe considerarse que una sanción excesivamente severa, no solo representará un desincentivo para la comisión de las infracciones que pretende castigar sino que además desalentará las conductas que están vinculadas a la conducta misma con el efecto de afectar el mercado encareciendo los costos de transacción o la actividad estatal como sucede cuando la legislación abre la posibilidad para que cualquier omisión o error o inclusive actuación proactiva tendiente al cumplimiento de la función pública termine siendo sancionada. El resultado, es que al final el operador eliminará de su comportamiento cualquier iniciativa para solucionar los problemas que la gestión le presenta limitándose al cumplimiento literal de lo establecido en la norma o simplemente a alejarse de la función pública²².

En palabras de Nieto

...(cuando por ejemplo se procesa a una heladería) por el simple hecho de instruir se un expediente sancionador, el daño ya está producido y con frecuencia es irremediable, aunque luego termine en absolución administrativa o judicial. Independientemente de los gastos, la heladería expedientada por una denuncia contra la higiene perderá sus clientes como perderá su tranquilidad el ciudadano acusado gratuitamente de defraudación. De esta manera puede la Administración arruinar económica y moralmente a cualquier ciudadano al margen de que haya existido o no el ilícito imputado y de que sea absuelto con posteridad²³.

En ese sentido cuando los defensores del populismo legislativo afirman que quien hace las cosas de forma correcta no tiene porque tener miedo a la sanción, olvidan que, como lo señala Morón Urbina *“no se trata de la apreciación personal sobre la corrección de la actividad del propio agente, sino de la inseguridad que representa anticipar lo que pueda llegar a pensar o concluir la autoridad administrativa”*²⁴.

El mismo efecto tiene el establecimiento de reglas de responsabilidad contractual o extracontractual que afecten el ejercicio del acto médico o la aplicación desproporcional de reglas en perjuicio del médico tratante al pretender responsabilizarlo por cualquier efecto adverso o consecuencia negativa producida por el tratamiento establecido un paciente, desconociendo la singularidad del cuerpo humano así como también la imposibilidad de prever todos los efectos que un tratamiento pueda tener en una persona. Cuando esto sucede se

22 E. Conterno: “El sistema de control debe cambiar” *Diario Gestión*, 8 de setiembre de 2024.

23 A. Nieto, op. cit. 29.

24 J. Morón Urbina, op. cit. 58.

generaliza la práctica de la llamada “medicina defensiva” (definida como aquella práctica clínica adoptada atendiendo más al riesgo de ser objeto de una reclamación del paciente, o de sus familiares, que a la evidencia científica²⁵) en donde el médico tratante antes de tomar cualquier decisión dispone la realización de infinidad de análisis y exámenes auxiliares para disminuir la posibilidad de error dejando de lado la práctica clínica y encareciendo el acceso a los servicios de salud, perjudicando no a los que tienen recursos sino principalmente a los más pobres que son quienes, al no poder pagar los análisis dispuestos, se ven privados de un diagnóstico y consecuente tratamiento. El costo social en este caso parece ser superior al beneficio que la regulación y la jurisprudencia pretenden otorgar porque la práctica de la medicina defensiva incrementa los costos de atención en el sector privado y, en el sector público además de ello evita, debido a las restricciones presupuestales existentes, que los médicos lleguen a diagnósticos definitivos en menos tiempo, incrementando el riesgo y el gasto de bolsillo para el paciente, así como los costos de atención y tratamiento que son financiados con presupuesto público.

Es que en la práctica punitiva del Estado es necesario tener la capacidad de poder predecir las consecuencias del efecto de la regulación en las personas para evitar generar efectos contrarios a los que se pretende tender. Un ejemplo de esta necesidad se encuentra en la penalización del aborto ordenada por Nicolai Ceaușescu en 1966 que produjo ciertamente un incremento exponencial de la población en Rumania pero que determinó el desarrollo de una generación que finalmente terminaría derrocándolo en 1989 para luego juzgarlo y fusilarlo sumariamente junto a su esposa.

En el Perú, la historia está repleta de ejemplos en donde el legislador ha tenido que dejar sin efecto sus propias normas bajo la presión de la población por cuanto, normas con rango de ley y otras de tipo reglamentario son frecuentemente sujetas al escrutinio popular para luego ser dejadas sin efecto o modificadas de tal forma que terminan siendo inejecutables para no lidiar con la presión popular. Un ejemplo de ello fue la llamada “Ley de la selva” una norma destinada a regular el sistema de explotación de recursos forestales en la Amazonía y modificaba el estatus quo existente especialmente en la explotación de madera y que pretendía romper con los círculos mafiosos que existen alrededor de dicha actividad pero que luego más de 30 muertos, la mayoría policías terminó siendo derogada por el Congreso. Otro ejemplo es la ley que pretendió regular la comercialización de combustible en la región de Madre de Dios, -punto focal de la explotación ilegal de oro en afluentes de ríos en la Amazonía- pero que tuvo que ser derogada después de más un mes de movilizaciones. En general, la falta de conocimiento de la realidad local llevó en ambos casos al Estado a retroceder en su intento

25 JJ. Mira e I. Carillo “Medicina defensiva: significado vs medición” *Anales Sis San Navarra* vol.42 no.1 Pamplona ene./abr. 2019. pub 21-Oct-2019.
https://scielo.isciii.es/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1137-66272019000100018. Acceso 8 de setiembre de 2024

de regular actividades con alto impacto ambiental, debido a su falta de conocimiento de la realidad y, como no decirlo, a imposibilidad de hacer cumplir sus propios mandatos.

Por tanto, regular implica conocer la realidad; pero además tener un justificante legítimo que justifique la regulación; para ello no es suficiente decir, como algunos señalan que el Estado es libre de regular lo que considere necesario. El principio de mínima intervención del Estado en la vida de las personas exige considerar no solo la prerrogativa normativa sino justificar su uso en la finalidad que se persigue. De ahí que es necesario volver a la finalidad de la sanción. Como se tiene dicho anteriormente, el legislador al tipificar como infracción una conducta debe buscar no solo castigarla sino principalmente a evitar que esa conducta se materialice, es decir debe buscar que la norma tenga un fin disuasivo. Los discursos populistas que reclaman de la sanción una finalidad meramente punitiva o castigadora pierden de vista la finalidad del Derecho en general que no es castigar y perseguir sino en principio proteger a las personas, mantener el orden social y eso se logra haciendo que las personas no infrinjan las normas es decir previniendo antes que sancionando.

En efecto, la finalidad de la sanción debe ser fundamentalmente preventiva y no castigadora, y ello implica la necesidad de establecer el mecanismo legal que determine que la norma sea eficiente al cumplir esa finalidad sin que ello implique la vulneración de los derechos del administrado lo cual obliga a que los legisladores manejen correctamente la técnica legislativa manteniendo todo el tiempo el carácter afflictivo de la misma evitando incorporar elementos que la distorsionen elevando o reduciendo desproporcionalmente su quantum y que desincentiven la comisión del hecho infractorio sin afectar ni al mercado ni la prestación de servicios, o las relaciones productivas. Este ejercicio obviamente es complejo y no es propio de profanos o personas ajenas al análisis de calidad regulatoria.

Para lograr los objetivos antes señalados, consideramos importante la necesidad de establecer en los procedimientos de determinación de la sanción la situación económica del administrado, e incorporarla en la fórmula de cálculo especialmente cuando de multas económicas se trata, lo cual además resulta imponiendo una ventaja adicional que es la generación de la apariencia de que la sanción impuesta es objetiva porque ésta en teoría es impersonal, disminuyendo el cuestionamiento dirigido a la arbitrariedad de la medida impuesta.

El problema de este criterio es que su aplicación genera disparidades haciendo que la medida pierda su finalidad. En efecto, la aplicación de un criterio general que no considera la peculiaridad de la condición del administrado, hace que para el mismo hecho se considere la misma sanción, lo cual en principio podría parecer correcto, eso desde el punto de vista de la aplicación de la medida pero no desde la finalidad de su imposición, porque por ejemplo, imponer 1000 dólares de multa a alguien que tiene por ingreso 100 dólares mensuales, no

tiene el mismo efecto que para alguien que tiene 1000 o 10 mil dólares de renta, porque en este último caso el monto equivale al 10 por ciento de su ingreso, y en el primer caso representa su ingreso multiplicado por 10 haciendo impagable la multa, obligando al infractor a evaluar si es que realmente puede pagarla o, si vale la pena hacerlo. Entonces estamos ante una misma sanción con diferentes efectos, lo cual lleva a considerar si es que realmente su imposición cumple con el principio de no confiscatoriedad pero también si es que es justa o no.

En defensa del modelo que ahora es muy difundido se dirá que el mismo hecho debe tener la misma respuesta del Estado independientemente de la condición del agente, lo cual es correcto, pero dicho argumento se diluye cuando se verifica que al tener la imposición de la misma sanción diferentes efectos, su finalidad no se cumple y obviamente termina afectando al que menos tiene en todos los casos, lo cual la vuelve ilegítima. Además, al afectar de diferente forma al infractor dependiendo de sus condiciones particulares, tampoco cumplirá con la finalidad preventiva porque representará un estímulo para el infractor que más tiene mientras que para el que menos tiene no solo será disuasiva sino que desalentará la continuidad de la actividad que realiza.

El Análisis Económico del Derecho permite solucionar esa problemática porque precisamente aporta herramientas para que el legislador pueda establecer las consecuencias de su regulación evitando que se generen efectos perversos como los antes mencionados.

Existe un sector de la doctrina que considera al Análisis Económico del Derecho como un instrumento que aleja al abogado del Derecho al incorporar en la evaluación de las normas fórmulas matemáticas que contienen generalizaciones simplistas y ajenas a la realidad; además los críticos consideran que la base axiológica que lo sostiene vale decir aquella que considera que la norma debe ser eficiente desde una perspectiva de mercado ósea de asignación de recursos, es inaplicable al mundo del Derecho porque en principio el objeto del sistema jurídico debe ser aplicar la ley de modo que se logre justicia.

Estas afirmaciones son parcialmente ciertas en la medida de que efectivamente, el mundo real contiene variaciones en tal proporción que ninguna fórmula matemática las puede considerar en su totalidad y cualquier esfuerzo que se haga puede terminar o en hacer que la fórmula o enunciado sea de difícil o imposible aplicación o que al contrario, sea de tan simple operativización que considere solo elementos muy generales y dejen de lado las particularidades que, a veces son más importantes que la generalidad para llegar a la verdad material. De otro lado, a pesar que el concepto de equidad debe siempre estar vinculado a la elaboración, interpretación y aplicación de la ley, también es necesario reconocer que, como se tiene dicho, determinar su contenido es difícil y va a depender generalmente del concepto individual que tenga el operador sobre que es lo que le corresponde a cada uno.

Se debe considerar que la economía y el Derecho estudian la conducta de las personas, como dice el profesor Alfredo Bullard finalmente estudian lo mismo ósea a las personas y sus reacciones frente a estímulos o incentivos de diferente naturaleza.

El uso de instrumentos económicos es común en el mundo del Derecho. Sin embargo, el legislador muchas veces no los usa de forma adecuada lo cual se refleja por ejemplo en el contenido de los proyectos de ley presentados al Congreso de la República. En efecto, el Reglamento que regula el procedimiento parlamentario establece que es necesario incorporar un análisis costo beneficio para sustentar la idoneidad de la medida propuesta, pero en la práctica muchas veces este sustento se reduce a señalar que su implementación no generará costo económico para el Estado. En ese sentido, el cumplimiento del requisito exigido se reduce a la verificación de que se considere el título sin analizar su contenido. El resultado es la aprobación de normas declarativas, contradictorias y que se oponen el bien común.

El no realizar un análisis adecuado de una medida normativa genera una diversidad de efectos negativos que parten por la creación de una sobre carga procesal en las comisiones especializadas del Parlamento lo cual genera que no se evalúen los proyectos realmente importantes y obliga a los equipos técnicos dictaminadores a realizar una evaluación desde cero retrasando su trabajo, distrae a los congresistas y evita que la agenda nacional realmente trascendente sea discutida.

De otro lado, la excesiva carga procesal en las comisiones hace que los proyectos normativos no sean discutidos con profundidad y eso se refleja en los dictámenes aprobados, que muchas veces no tienen mayor contenido rescatable respecto de la evaluación de la idoneidad de la medida, y se limitan a realizar evaluaciones de carácter general que impiden establecer con certeza las razones que motivan la aprobación de las propuestas. La ausencia de debate técnico hace que los problemas abordados que se pretenden solucionar no sean ni establecidos de forma clara ni suficiente, lo cual produce que su análisis no se realice de forma adecuada teniendo como resultado el que la norma aprobada no cumpla con la finalidad que debería tener que es solucionar un problema y hacer más fácil la vida a los ciudadanos; la consecuencia es que la norma una vez vigente no es eficiente, ni contribuye a lograr equidad; es decir no es buena ni desde la perspectiva económica ni desde el Derecho y muchas veces inclusive logra un efecto contrario al que se busca obligando al mismo legislador que la aprobó a modificarla parcialmente o inclusive a derogarla.

El costo económico, social y político de tener normas que no responden a la realidad para un sistema democrático es su debilitamiento lo que genera el caldo de cultivo que las autocracias necesitan para implantarse. Ahora, es necesario reconocer que la principal carga generada por la aplicación de una norma ineficiente e inequitativa la tiene quien es más pobre

porque este tiene menos elementos para sobrevivir y para sortear las barreras que el sistema crea artificialmente, esto hace que el sistema sea además de ineficiente, inequitativo e injusto, y por tanto sea ilegítimo. Siguiendo los preceptos de los pensadores de la ilustración, un régimen que no busca la solución a los problemas de su pueblo, no tiene el elemento de legitimidad que justifica el ejercicio del poder; legalidad no es sinónimo de legitimidad, la primera se mantiene en tanto persistan condiciones legales de la elección, mantener la segunda es un esfuerzo permanente y se pierde cuando el que ostenta el mandato o no puede o no quiere hacer las cosas de forma correcta.

Sin embargo, este ejercicio es altamente complejo por lo que demanda también altas cualidades técnicas para enfrentarlo; el problema está en que cuando se deja de regular se estimula el desorden especialmente en sociedades donde existe poco respeto entre las personas lo cual lleva a que, cuando se presenta un problema, sean las mismas personas que antes reclamaban por la excesiva regulación reclamen ahora por la inacción del Estado, su negligencia o excesiva tolerancia para no controlar a los causantes del problema. Entonces, se trata de encontrar un punto de equilibrio que no sobre proteja ni tampoco sobre regule, por eso la importancia de responder a la pregunta de hasta donde es necesario regular.

En ese sentido, se debe considerar que una sobre regulación afecta también a la misma administración porque al final esta va a terminar siendo víctima de su propia acción por cuanto generalmente no va a tener la posibilidad de hacer cumplir todo lo que exige. Como señala Nieto:

Si las administraciones públicas quisieran aplicar puntualmente las normas sancionadoras y obligar a los ciudadanos a cumplirlas tendrían que dedicar todos sus funcionarios a la tarea y, aun así, no darían abasto. Además, el sistema normativo represivo es tan defectuoso (piénsese en los medios de prueba lícitos y, toda la prescripción y en las dificultades de ejecución o cobro de multas) que la mayor parte de los expedientes están condenados de antemano a no llegar a buen fin. Con la consecuencia de que de ordinario la Administración ha de contemplar impotente cómo se cometen infracciones ante sus mismos ojos. Aunque eso sí, el que es sancionado, paga por todos.

(...)

En cuanto a los ciudadanos, sus actitudes frente a la potestad sancionadora de la Administración son muy fáciles de categorizar. La inmensa mayoría son, pura y simplemente, víctimas que soportan resignadamente el peso de una ley que solo oscuramente conocen. El ciudadano sabe perfectamente que está en falta y que su castigo depende exclusivamente del azar y del capricho de la Administración. ... El ciudadano medido no puede defenderse: en parte porque se sabe infractor y en parte porque los gastos de la defensa son de ordinario más elevados que la multa. Por ello únicamente se defienden los acosados, los desesperados y los pleitistas vocacionales. Con su sacrificio -y a costa y paciencia de los Tribunales- ha ido prosperando paso a paso el

Derecho Administrativo Sancionador, pero en nada mejora la práctica administrativa, puesto que la Administración -último y más sangrante sarcasmo del sistema. Deja escapar ciertamente a los beneficiarios de una sentencia, pero no por ello deja de sancionar a los que se encuentran en las mismas circunstancias y no han recurrido...”²⁶.

Esta ácida crítica realizada por uno de los más importantes referentes del Derecho Administrativo a nivel hispano refleja que la reflexión realizada tiene un sustento técnico y normativo. En realidad, la norma sancionadora debe servir para proteger a las personas y garantizar el ejercicio de sus derechos y no para satisfacer intereses personales o políticos del legislador. La verificación de que la práctica legislativa persigue intereses personalísimos antes que generales, obliga a que los requisitos para legislar -no para ser legislador- se hagan más exigentes que los actualmente existentes con la finalidad de obligar al proponente a realizar una adecuada exposición de motivos y un análisis técnicamente válido respecto del problema que plantea solucionar a través de una ley. La evidencia en ese sentido muestra que, colocar en el reglamento procesal la exigencia de realizar un análisis costo beneficio sin establecer en que consiste este y que elementos debe tener para ser considerado como técnicamente válido, es totalmente insuficiente y no cumple la finalidad buscada en el sentido de que el legislador ordinario, para cumplir con el requisito formal generalmente coloca el título y, como se ha señalado anteriormente, un estribillo referido al costo económico de la propuesta para el Estado sin realizar ningún examen respecto al costo económico que representará su implementación para los obligados para evitar incurrir en la infracción propuesta, o el costo social que ello implicará.

Cuando el mismo Nieto reflexiona acerca de la necesidad de encontrar un límite al ejercicio de regular todo, recurre al ejemplo del mercado señalando que cuando este es regulado por el Estado termina llenándose de expedientes referidos a las faltas contra la regulación impuesta; sin embargo en un sistema de libre mercado debido a la menor regulación no solo disminuye el número de expedientes sino que al final son los mismos actores del mercado quienes sancionan a quienes infringen las reglas de la oferta y la demanda castigando a los vendedores con una menor compra o a los compradores con una menor demanda, en donde intervienen factores como la calidad y el precio que hacen tolerable finalmente el juego impuesto el mismo que precede al Derecho y haciendo que el Estado deba intervenir regulando no al juego mismo sino a otros factores tales como salubridad o seguridad.

De ahí que el mismo autor proponga que las leyes sancionadoras *“deben tener por objetivo la reducción de los riesgos, y por supuesto de los daños, y no el proporcionar una cobertura a la irresponsabilidad del Estado garante, al tiempo de exigir del ciudadano un mayor rol en las exigencias al Estado para que cumpla sus funciones y garantice que se cumpla con la ley, por cuanto considera que no suficiente con que la ley esté publicada, sino que es necesario garantizar que esta se cumpla”*.

26 A. Nieto, op. cit. 29-30.

En efecto, la línea de lo señalado anteriormente parte de que el diseño de una sanción es establecer el factor de detección de modo que mientras mayor elevada sea la posibilidad de que el infractor sea detectado menor será la sanción. Entonces, uno de los retos es garantizar que el Estado sea eficiente no en regular sino en implementar su regulación por cuanto como señala el mismo Nieto: *“el objetivo de una buena política represiva no es sancionar sino cabalmente lo contrario, no sancionar, porque con la simple amenaza se logra el cumplimiento efectivo de las órdenes y prohibiciones cuando el aparato represivo oficial es activo y honesto”*²⁷.

En ese sentido, el autor realiza las siguientes proposiciones:

1. Las medidas de intervención y su corolario de infracciones y sanciones tienen un límite: la posibilidad real de ser cumplidas por los destinatarios. Lo cual significa que no deben ser impuestas cuando se sabe de antemano que no pueden ser cumplidas ya que el mercado o la situación económica o el nivel tecnológico o cultural no las consiente.
2. Las infracciones no pueden llegar más allá de adonde alcancen las fuerzas del aparato inspector y represivo del Estado. Regular y conminar con sanciones actividades que pueden ser incumplidas, pero no controladas, es una arbitrariedad y convierte al Derecho en una lotería.
3. Una norma cuyo incumplimiento es sistemáticamente tolerado no puede luego, sin advertencia previa, ser exigida a los particulares ni generar una sanción.
4. La eficacia de una norma sancionadora no debe limitarse a su publicación sino que es necesaria su difusión, más o menos larga y detallada según sea el grado de especialización de sus destinatarios.
5. El principio represivo fundamental (o sea, el de que el objetivo real de la potestad sancionadora es no tener que sancionar) se traduce inevitablemente en otro no menos conocido: la sanción es la “última ratio” del Estado, quien no sólo debe acudir a ella cuando no se puedan utilizar otros medios más convincentes para lograr que los particulares cumplan las órdenes y las prohibiciones.
6. La sanción tiene que insertarse en una lista de opciones enderezadas común: el asegurar el respeto a la legalidad y castigar el incumplimiento de las obligaciones y prohibiciones legalmente impuestas. El infractor tiene que asumir las consecuencias de su incumplimiento que, por lo demás, no suelen limitarse a una sanción. Los efectos de la revocación de una licencia suelen ser de ordinario mucho más dolorosos que los de una multa y de lo que se trata es de articular eficazmente estas medidas complementarias, no subsidiarias y muchos menos excluyentes.

27 A. Nieto, op cit. 34.

7. El objeto del Derecho Administrativo Sancionador no es la protección del autor de la infracción sino el castigo de éste con respeto de sus garantías legales. En otras palabras, las garantías procedimentales y materiales son de un modo, una limitación de la actuación administrativa represora que en ningún caso puede paralizarla o hacerla inoperante.
8. No debe calificarse como infracción las conductas de contenido antijurídico mínimo, puesto que el costo administrativo del aparato represivo de control y sanción, así como el costo social de la irradiación producida por su uso (o el desprestigio producido por su tolerancia) son mayores que los beneficios esperados por su establecimiento.²⁸

En general, el incremento de la criminalización de las conductas a nivel penal o administrativo no constituye una solución a los problemas de una sociedad. No existe evidencia fáctica que permita demostrar que la reducción de la comisión de infracciones va de la mano con el incremento de sanciones; el caso del Perú es una muestra de ello porque de forma progresiva muchas conductas sancionables penalmente y administrativamente han visto incrementadas sus sanciones a lo largo de las últimas dos décadas pero eso no ha significado que las penas se reduzcan sino al contrario estas han aumentado en su número e intensidad, lo cual se produce por varias razones entre las que destaca la baja capacidad del Estado para identificarlas, la modificación de los patrones culturales debido a la inmigración y la desestructuración del sistema procesal.

El populismo punitivo trata de solucionar cualquier problema a través del incremento de penas, por ejemplo, cuando se presentan casos de violación de tipo mediático siempre vuelve la discusión sobre la pena de muerte para los violadores, a pesar de que reiteradamente se ha señalado que no es posible su aplicación ni tampoco conveniente. Asimismo, cuando se incrementan las denuncias por la comisión de delitos contra la seguridad personal la respuesta siempre es incrementar la pena para estos ilícitos; sin embargo, la respuesta no parece ir por ese lado. Lo mismo sucede con las infracciones administrativas las cuales han ido penalizándose progresivamente al punto que actualmente es posible encontrar decenas de figuras penales que son igualmente sancionadas en la vía administrativa, sin que claramente se visibilice la existencia de bienes jurídicos protegidos diferentes, dando la apariencia de una sobre punición que es justificada en la existencia de una responsabilidad penal diferenciada de la administrativa.

Otro elemento a tomar en cuenta en el procedimiento regulatorio es el presupuesto destinado a hacer cumplir lo regulado. De común el legislador ordinario al momento de legislar olvida considerar el costo de implementación de la medida, lo que en términos administrativos significa dos cosas: mejor implementación a nivel técnico y humano para identificar la sanción y mayor capacidad operativa para tramitar los procedimientos administrativos

28 A. Nieto, op cit. 35-36.

iniciados producto de la labor de fiscalización. Por ejemplo; si se incrementan las conductas punibles en materia ambiental para combatir la minería ilegal entonces deben existir mayores elementos para determinar la existencia de esas infracciones lo cual implica mayor número de fiscalizadores, técnicos y personal policial de apoyo e inclusive capacidad tecnológica para verificar vía satelital la existencia de actividades ilegales. Pero nada de esto será útil si es que la intervención administrativa no termina en un PAS o en una sentencia penal. Entonces la norma necesita implementarse sobre la base de mayores recursos, para lo cual se necesita un previo cálculo del costo de implementación.

El problema es que cuando no se costea una norma el perjuicio es mayor porque al acto material de inobservancia se suma la incapacidad del Estado para cumplir sus propios mandatos incrementando la sensación de impunidad lo cual representa un incentivo para incumplir con la norma. Además, la mayor efectividad está vinculada a otros factores que pueden hacer que el mandato sea de difícil o incluso imposible implementación. Adicionalmente a ello se encuentra el factor relacionado al costo mismo del ejercicio de la función sancionadora; si el costo de sancionar es mayor al de la posible multa a imponer entonces la pregunta es para que se sanciona si es que la sociedad se va a perjudicar económicamente con el procedimiento.

Relacionado a esto último está por ejemplo la capacidad del Estado de hacer efectiva la sanción administrativa. Al no poder privar de la libertad individual al infractor la administración muchas veces se ve impedida de ejecutar su mandato especialmente cuando de multas se trata. Ejemplo claro de esto se encuentra en los vehículos de transporte público que tienen a cuevas multas por infracciones de tránsito en algunos casos de millones de soles y que circulan por la ciudad sin ningún tipo de restricción. Otro ejemplo son las sanciones de multa impuestas a quienes realizan actividades informales; el Estado puede requisar su mercadería, decomisar su maquinaria, cerrar el área donde la realizan, pero no puede cobrar la multa impuesta. Entonces en estos casos las medidas correctivas y preventivas impuestas son más útiles que las sanciones mismas porque cumplen con su finalidad por lo menos temporalmente. Sucede que establecer la misma medida para diferentes problemas no parece ser la mejor política porque no todos los problemas son iguales ni tienen la misma naturaleza. En algunos casos la prevención a través de la educación puede resultar mejor que el incremento de sanciones, como sucede por ejemplo con las prácticas más sencillas vinculadas a la limpieza de la ciudad, el cuidado del ornato o la protección animal.

Esta realidad obliga a reconfigurar la política criminal destinada a sancionar cualquier ilícito sin medir las consecuencias de dicha regulación. Es necesario considerar para el diseño de la respuesta punitiva los efectos de su aplicación; no se puede recurrir al facilismo de sancionar cualquier conducta cuando se está en una situación en la que no es posible combatir lo que ya existe, sino que se deben evaluar otras medidas que sean más efectivas, sin renunciar

al deber del Estado de combatir las amenazas a los bienes jurídicos más importantes. A nivel administrativo, la modernización de la administración es más importante que perseguir a los infractores, asimismo, es más importante verificar las consecuencias económicas y sociales de la persecución que esta misma la cual no debe ser vista como un fin en sí misma sino como un medio de control social; para ello la realización de un análisis costo beneficio que considere el real daño de la conducta a la sociedad, el costo de implementarla así como el beneficio real que ello producirá, resulta siendo una herramienta útil que debe ser implementada con mayor rigurosidad en el Poder Legislativo que es quien tiene el privilegio de regular conductas punitivas en mérito al principio de reserva legal de esta facultad.

REFERENCIAS

- Abogacía General del Estado Ministerio de Justicia del Reyno de España. *Manual de Cobo Olvera Tomás*. “El Procedimiento Administrativo Sancionador Tipo”. Barcelona: Ed Bosch 2008.
- Conterno Elena. “El sistema de control debe cambiar”, *Diario Gestión* 8 de setiembre de 2024.
- Conterno Elena. “No vuelvo al Estado es lo que escucho de excolegas que enfrentan juicios sin sustento”, *Diario Gestión* 29 de agosto de 2024.
<https://gestion.pe/opinion/elena-conterno-no-vuelvo-al-estado-poder-judicial-fiscalia-noticia/>
- Abogacía General del Estado Ministerio de Justicia del Reyno de España. *Manual de Derecho Administrativo Sancionador* (Aranzadi. Madrid 2005) 113.
- Gómez Tomillo Manuel e Sanz Iñigo. *Derecho Administrativo Sancionador. Parte General*. Madrid: Thomson Reuters, 2da. Ed. 2010.
- Guzmán Christian. *Procedimiento -Administrativo Sancionador*. Lima: Instituto Pacífico, 2019.
- Instituto Apoyo. “Informe sobre la situación del consumo de tabaco en menores de edad y programas de prevención de fumar en menores en el Perú. Lima, 2004”, p.11
https://bvs.minsa.gob.pe/local/MINSA/1053_GRAL739.pdf . Acceso 9 setiembre de 2024
- López Raygada Pierino. *Presunción de inocencia e imparcialidad objetiva en el procedimiento administrativo sancionador*. Lima: Ed Palestra, 2024.
- Nieto Alejandro. *Derecho Administrativo Sancionador*. Madrid: Ed Tecnos 2005.
- Morón Urbina Juan. *Las multas administrativas*. Lima: Ed Praxis. 2024.
- Morón Urbina Juan. “Los actos-medidas (medidas correctivas, provisionales y de seguridad) y la potestad sancionadora de la Administración”. En *Revista de Derecho Administrativo*. Círculo de Derecho Administrativo. Lima (2010).

- Mira J.J y Carillo I. “Medicina defensiva: significado vs medición” *Anales Sis. San Navarra vol.42 no.1 Pamplona* (ene./abr. 2019). pub 21-Oct-2019. https://scielo.isciii.es/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1137-66272019000100018. Acceso 8 de setiembre de 2024
- Rebollo Puig, M. *Infracciones, sanciones y procedimiento administrativo sancionador*. (Madrid: Lex Nova, 2002) 172.
- Seguro Social de Salud. Nota de prensa “EsSalud advierte que consumo de tabaco se incrementa en adolescentes” 29 de mayo de 2017. <https://www.essalud.gob.pe/essalud-advierde-que-consumo-de-tabaco-se-incrementa-en-adolescentes/> acceso. 9 de setiembre de 2024.
- Santamaría Pastor Juan. *Principios de Derecho Administrativo*. Madrid: Centro de Estudios Ramón Areces, 2002.

Recibido: 27/08/2024

Aprobado: 30/10/2024