

## **El rol protagónico del principio de proporcionalidad para un ejercicio legítimo del *ius puniendi* y la necesaria coordinación entre las teorías económicas y el principio de culpabilidad.**

Elizabeth Pomasoncco Villegas<sup>1</sup>  
Brian Gerson Cuba Campos<sup>2</sup>

Es indudable lo hondo que han calado las teorías económicas en la configuración de los tipos infractores en el ámbito del Derecho administrativo sancionador, así como en la aplicación de sanciones, y si bien su desarrollo, relativamente independiente de otras ramas jurídicas, le valió la reputación que actualmente goza, ello también trajo consigo determinadas cargas que, con el nivel de madurez alcanzado, hoy en día ya puede intentar superar, tal es el caso de su necesaria coordinación con el principio de proporcionalidad y culpabilidad.

Para conocer cuándo la sociedad se encuentra más próxima a la optimalidad, debemos saber qué es lo que el Derecho busca garantizar, aparte de la eficiencia económica, claro está. Una vez descubierto lo anterior, corresponde determinar cuál es el rol que se le debe asignar a las infracciones y sanciones. Dado que, plantear estas cuestiones, coadyuvará a conocer si la eficiencia económica basta para maximizar el bienestar social o es necesario recurrir al olvidado valor justicia y/o los principios del derecho.

Uno de estos principios es el de culpabilidad<sup>3</sup>, que constituye una limitación y garantía frente al poder punitivo del Estado, y el cual, en ocasiones, se distancia de los resultados ofrecidos por las teorías económicas, por lo que resulta necesario conciliarlos. En ese propósito, el principio de proporcionalidad, en tanto estructura argumentativa que brinda un método para la ponderación en casos difíciles, tiene un rol protagónico.

### **1. *Del principio de proporcionalidad y su incidencia en la potestad sancionadora de la administración***

El principio de proporcionalidad tiene larga data, y amplia acogida en el Derecho administrativo sancionador, no obstante, su delimitación es necesaria, puesto que la doctrina le ha atribuido diversos contenidos.

Así, siguiendo a Pulido, aquel puede definirse como una estructura argumentativa que sirve para brindar una solución al caso particular, en

---

<sup>1</sup> Magister en Derecho de los Sectores Regulados por la Universidad Carlos III de Madrid. Abogada por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Asociada a Linares Consultores S.A.C.

<sup>2</sup> Bachiller por la Universidad Nacional Mayor San Marcos. Especialista legal en la Comisión de Protección al Consumidor N° 1 del INDECOPI.

<sup>3</sup> La pronta entrada en vigencia del Decreto Legislativo N° 1272, no ha colaborado en dilucidar el camino a optar por las entidades del Estado, pues por una parte, se ha dado valor a las teorías económicas con inclusión de la probabilidad de detección como criterio graduador de la sanción, y por otro, se adicionó a la culpabilidad en el catálogo de principios que guían al Derecho administrativo sancionador, esto último provocó que actualmente una gran cantidad de sectores de la administración buscaran que sus leyes afirmen la aplicación de la responsabilidad objetiva.

supuestos de tensión entre disposiciones normativas u otros argumentos interpretativos materiales de los derechos que entran en contraposición.<sup>4</sup>

En palabras de Nieto<sup>5</sup>, dicho principio orienta todas las etapas del ejercicio de la potestad sancionadora del Estado:

*“El principio [de proporcionalidad] opera en dos planos: en el normativo, de tal manera que las disposiciones generales han de cuidarse de que las sanciones que asignen a las infracciones sean proporcionales a éstas; y en el de aplicación, de tal manera que las sanciones singulares que se impongan sean igualmente proporcionales a las infracciones concretas imputadas. Siendo aquí de subrayar la omnipresencia, por así decirlo, de este principio puesto que actúa en todas las fases o eslabones de la cadena sancionadora. Primero aparece en la ley, y sirve como criterio para que el Tribunal Constitucional controle si las sanciones previstas por el legislador son efectivamente proporcionadas a las infracciones a que se atribuyen. Luego vuelve a aparecer en el Reglamento y con la misma función. En tercer lugar, ya en la fase aplicativa, la Administración tiene que ponderar la proporcionalidad de la sanción concreta que escoge dentro del repertorio que le ofrece la normativa tipificante”.*

En efecto, siguiendo a Izquierdo, puede afirmarse que la determinación de la sanción por la comisión de una infracción administrativa requiere de un procedimiento, el cual consta, básicamente, de dos fases, comenzando desde la determinación normativa y finalizando con la resolución del órgano competente. Si bien, en todo este procedimiento se debe aspirar a lograr el respeto de los principios que orientan la potestad sancionadora del Estado, siendo uno de ellos el principio de proporcionalidad, para efectos del presente artículo, solo nos referiremos a la primera de las fases indicadas, esto es, la determinación normativa de la sanción<sup>6</sup>.

Ahora bien, el mencionado principio en su sentido amplio contiene tres subprincipios *subargumentativos*, siendo estos los de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto.

*“Según el subprincipio de idoneidad, toda medida de intervención, limitación o restricción de un derecho debe ser adecuada para obtener un fin constitucional o legalmente legítimo. De acuerdo con el subprincipio de*

---

<sup>4</sup> Pulido, B. (2003). El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. p. 509 y ss.

<sup>5</sup> Nieto, A. (2012). *Derecho administrativo sancionador*. Madrid: Editorial Tecnos. p. 515. En ese mismo sentido se ha pronunciado Tirado, J. (2011). Principio de proporcionalidad y sanciones administrativas en la jurisprudencia constitucional. En: Revista de la Facultad de Derecho. N° 67. Lima: PUCP. p. 458. Ramírez-Torrado, M. (2010). Reflexiones acerca del principio de proporcionalidad en el ámbito del derecho administrativo sancionador colombiano. En: Revista Estudios Socio Jurídicos. N° 12. Bogotá. p. 160.

<sup>6</sup> Izquierdo, M. (2001). *La determinación de la sanción administrativa*. En: Justicia Administrativa. Número Extraordinario 1. España: Lex Nova. p. 208. Este mismo autor resalta que “[e]n el ámbito administrativo, la calificación del grado de gravedad de la infracción no se hace depender de la sanción que lleva pareja, sino del caprichoso y voluntarista criterio del legislador, aunque este este se acompañe de criterios tales como el daño ocasionado, la existencia del dolo, etc. (...) El único elemento que puede calificar externamente la gravedad de la infracción es su penalidad (...)”. (Izquierdo, M. (2001). *Ob.cit.* p. 222)

*necesidad, tal medida de intervención debe ser la más benigna con el derecho intervenido, entre todos los demás medios igualmente idóneos para alcanzar el objetivo propuesto. Finalmente, según el subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto, o mandato de ponderación, se ha de considerar si las ventajas obtenidas mediante la intervención en el contenido del derecho compensan de alguna forma los sacrificios que la misma supone para el titular. La relación medio-fin constituye, en síntesis, la base epistemológica del principio de proporcionalidad<sup>7</sup>*

Respecto de los dos primeros principios no existe mayor controversia, no siendo este el caso del principio de proporcionalidad en sentido estricto del cual la doctrina aún discute las exigencias que se derivan de aquel. En efecto, existen hasta tres enfoques del principio de proporcionalidad; el primero lo identifica con la proporcionalidad entre la infracción y su sanción (culpabilidad), el segundo como un balance global entre costos y beneficios<sup>8</sup> (teorías económicas), y, el último enfoque, que es el que le otorga el presente trabajo, como un balance global entre todas las variables relevantes, lo que incluye los dos enfoques antes señalados.

Ahora bien, dada la controversia surgida para la correcta aplicación de este último subprincipio, en la doctrina alemana, Alexy<sup>9</sup> elaboró una fórmula<sup>10</sup> que pretende facilitar la labor de ponderación que efectúan el legislador y los operadores jurídicos.

Esta, en modo sucinto, sería la asignación de un peso abstracto a la importancia de los fines que sustentan las posturas en contraposición, un peso concreto a las circunstancias del caso en particular, un valor a la certeza de las premisas empíricas y normativas, cuyos resultados se confrontan a fin de determinar la opción que debe seguir el aplicador de dicha fórmula.

Sin perjuicio de lo mencionado, debe advertirse que la aplicación de este principio posee limitaciones, las cuales de no ser observados podrían conllevar a la arbitrariedad.

---

<sup>7</sup> Sobre la acepción tradicional véase Cassagne, J. (2010). *Derecho Administrativo*. Tomo II. Lima: Palestra. p. 576, Cobo, T. (2008). *El procedimiento administrativo sancionador tipo*. Tercera Edición. España: Bosch. p. 60.; y en su acepción más reciente, véase a Ramírez-Torrado, M. (2010). Ob. Cit. p. 162.

<sup>8</sup> Navarro, I. (2010). El principio de proporcionalidad en sentido estricto: ¿principio de proporcionalidad entre el delito y la pena o balance de costes y beneficios. En: *Revista para el análisis del derecho*. N° 2. Barcelona: InDret. p. 6-7

<sup>9</sup> Véase Alexy, R. (2014). Principios Formales. En: DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho. N° 37. pp. 15-29.

<sup>10</sup> La fórmula propuesta es la siguiente:

$$W_{i,j} = \frac{I_i \cdot W_i \cdot R_i^e \cdot R_i^n}{I_j \cdot W_j \cdot R_j^e \cdot R_j^n}$$

$W_{i,j}$  = representa el peso concreto del principio  $P_i$  en relación al principio en colisión  $P_j$ .

$I_i$  = fija la intensidad de la interferencia con  $P_i$ .

$I_j$  = fija la intensidad de la interferencia con  $P_j$ .

$W_i$  = fija el peso abstracto de  $P_i$ .

$W_j$  = fija el peso abstracto de  $P_j$ .

$R_i^e$  = fiabilidad empírica de  $P_i$ .

$R_j^e$  = fiabilidad empírica de  $P_j$ .

$R_i^n$  = fiabilidad normativa de  $P_i$ .

$R_j^n$  = fiabilidad normativa de  $P_j$ .

## 2. **La influencia de las teorías económicas en el Derecho administrativo sancionador**

Como se indicó en un inicio, las teorías económicas han calado hondo en el Derecho, no obstante, este no es el espacio idóneo para hacer un recuento de dicho desarrollo<sup>11</sup>. En esa medida, la investigación se limitará a efectuar un análisis de los aportes de dichas teorías en la implementación de una adecuada política legislativa de tipificación y determinación de sanciones.

El análisis económico del derecho, de acuerdo al sector mayoritario, está compuesto de tres aspectos<sup>12</sup>: (i) la maximización, es decir, el mejor aprovechamiento de los recursos escasos existentes, (ii) la racionalidad, entendida como el análisis y acción previo al problema, y, (iii) la eficiencia<sup>13</sup>.

Mediante funciones económicas, y en atención a los recursos señalados previamente, Becker formuló modelos que predecían las tendencias del comportamiento de los individuos, permitiendo al Estado elaborar estrategias para lograr que las sanciones disuadan la infracción de la ley.

La investigación del referido autor se puede dividir en dos extremos: i) el estudio de la decisión de delinquir y la pretendida suficiencia del análisis económico, y ii) la eficiencia en la asignación de los recursos en la prevención del delito<sup>14</sup>; teniendo relevancia para efectos del presente artículo, el primer extremo enunciado.

En ese sentido, Becker advierte que el número de infracciones que se cometen en la sociedad está en función de las probabilidades de detección de la infracción, la sanción que se impondrá al infractor y otras variables, que por su —aparente— menor incidencia, se entienden por dadas<sup>15</sup>.

---

<sup>11</sup> En el desarrollo del *Law and Economics* se distinguen tres etapas. La primera de ellas inició con la inclusión de economistas y contadores en el análisis de las normas *antitrust*, la segunda etapa, por su parte, se inició con el estudio realizado por Ronald Coase, respecto a la asignación de los derechos de propiedad, así como, con el análisis efectuado por Guido Calabresi en relación a los problemas de responsabilidad civil. Finalmente, la tercera etapa está marcada por la teoría del crimen y castigo de Gary Becker. (Bonifaz, J. y Montes, K. (2015). *Teoría del enforcement y el uso de instrumentos económicos para fomentar el cumplimiento de la ley*. En: XX Congreso Internacional del CLAD sobre la Reforma del Estado y de la Administración Pública. Lima. p. 5. Recuperado de: <http://www.gestionpublica.gob.pe/xx-congreso-clad/clad/pdfs/bonijo.pdf>

<sup>12</sup> Guerra, C. (2012). *Una Aproximación al Análisis Económico del Derecho*. Citado en: Tamayo, G. (2014). *Análisis de la compatibilidad del sistema de sanciones en el sector eléctrico con la Ley del Procedimiento Administrativo General. Un estudio de caso*. Magister. Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima. p. 28.

<sup>13</sup> Sobre este concepto, Ortiz precisa que "(...) se considera que se actúa eficientemente cuando (a) con los medios de los que se dispone se satisface la máxima cantidad de fines (...) (b) se obtiene un o unos fines con el menor costo posible (...) la economía del bienestar ha aportado otros criterios de eficiencia. Aquí nos interesan dos de ellos: - Eficiencia paretiana: Según el criterio conocido como «óptimo de Pareto» una sociedad ha alcanzado una situación óptima cuando ya no se puede mejorar uno de sus miembros sin empeorar otro (...) - Eficiencia «Kaldor - Hicks» y «maximización de la riqueza»: según los autores referidos, una situación debe considerarse superior a otro cuando quienes mejoran lo hacen de tal forma que podrán compensar a los que empeoran y aun así acabar en mejor situación de la que estaban." Ortiz, I. (2004). Análisis económico del derecho y política criminal. En: Revista de Derecho penal y Criminología número extraordinario 2. Madrid: UNED. p. 44 - 46.

<sup>14</sup> Ortiz, I. (2004). Ob. Cit. p. 51 y 52.

<sup>15</sup> La referida función se representa:

$$O_j = O_j(p_j; f_j; u_j)$$

Atendiendo a ello, el referido autor<sup>16</sup> concluye que para lograr un nivel óptimo de sanción<sup>17</sup>, esta debe ser disuasiva, imponiendo multas en función al daño ocasionado y la probabilidad de detección de la infracción. Dicho análisis fue complementado por Polinsky y Shavell<sup>18</sup>, al incluir en aquel, el costo incurrido por el Estado en la imposición de sanciones.

Ahora bien, se advierte que los referidos autores formulan sus modelos bajo la premisa que la sanción tiene una finalidad disuasiva, lo que es cierto, aunque solo en parte, conforme se verá más adelante.

En ese sentido, para disuadir a los potenciales infractores, debe buscarse que la realización de la conducta prohibida no sea atractiva para aquellos, es decir, que los costes de efectuar dicha actividad sean mayores a los beneficios que podrían obtener. Este propósito, en principio, debe conseguirse con la aplicación de multas, debiendo recurrirse a las sanciones no pecuniarias en defecto de estas, logrando que la diferencia entre los beneficios y costes de esta actividad sean nulos.

Dicha óptica dista de ser integral, pues asume que el objetivo del Estado se logra únicamente con la maximización de beneficios en la sociedad, a través de la disuasión de conductas, inclusive a costa de sacrificar algunos principios del Derecho, como los de proporcionalidad, culpabilidad y justicia<sup>19</sup>. Ahora bien, corresponde efectuar un análisis de la incidencia del principio de culpabilidad en la determinación legislativa de la sanción.

### **3. El principio de culpabilidad en el Derecho administrativo sancionador**

---

$O$  = número de infracciones cometidas en un periodo,  
 $p$  = probabilidad de detección,  
 $f$  = castigo por la infracción; y,  
 $u$  = otras variables.

<sup>16</sup> La fórmula diseñada es la siguiente:

$$f = \frac{h}{p}$$

$f$  = sanción,  
 $h$  = daño ocasionado por el infractor; y,  
 $p$  = probabilidad de detección.

<sup>17</sup> Las sanciones pecuniarias y no pecuniarias implicarán diferentes costos al Estado, los que deberán ser considerados en el momento de efectuar un balance entre los costos y beneficios globales. Véase: Dávila, S. (2012). ¿Cómo establecer sanciones óptimas para la disuasión de infracciones? En: Revista de Economía y Derecho. Vol. 9. N° 35. Lima: UPC. p. 93 y ss.

<sup>18</sup> La fórmula diseñada es la siguiente:

$$f = \frac{h}{p} + k$$

$f$  = sanción,  
 $h$  = daño ocasionado por el infractor,  
 $p$  = probabilidad de detección; y,  
 $k$  = costo de imponer una sanción.

<sup>19</sup> Siguiendo a Coleman, puede precisarse que "No se trata que la justicia sea constituyente del bienestar o que el bienestar sea un constituyente de justicia. Más bien, ambos son diferentes e importantes reflexiones acerca de la dignidad e importancia de las personas. Cualquier teoría que nos dirigiera a evaluar nuestras prácticas considerando sea únicamente la justicia o únicamente el bienestar, lo haría al costo de empobrecer la idea de persona. Al hacerlo, se acusaría a sí misma más de lo que podría hacerlo cualquier otra crítica, simpatía o divergencia." Coleman, J. (2003). *The Grounds of Welfare* (Montt, S., Medel, C., Tupper, M., Traductor.). En: *The Yale Law Journal*. Vol. 112. p. 30.

La teoría general de la infracción administrativa precisa que un peldaño necesario para afirmar la responsabilidad administrativa de un individuo es que su acción típica y antijurídica, además, deba ser culpable<sup>20</sup> y punible<sup>21</sup>. Sin embargo, respecto a la culpabilidad, existe renuencia a su aplicación por parte del Derecho administrativo sancionador, situación que se genera con la identificación del referido principio únicamente con una de sus manifestaciones, esta es, la exigencia del dolo y la culpa. A causa de ello, es oportuno precisar cuál es el contenido que se le otorga a este principio.

En ese sentido, siguiendo a Baca, puede afirmarse que el principio de culpabilidad posee cuatro diversas manifestaciones: (i) la personalidad de las penas, (ii) la responsabilidad por el hecho, (iii) el dolo y la culpa, y (iv) la culpabilidad en sentido estricto<sup>22</sup>. En lo sucesivo, la investigación solo hará referencia a este último.

Este principio, posee dos versiones, no unánimes, de aplicación a los sujetos bajo evaluación, pues será distinta la culpabilidad de las personas individuales y el de las colectivas.

La culpabilidad, individualmente considerada<sup>23</sup>, será atribuida a un infractor cuando se garantice que este puede comunicar, libremente, su individualidad a la sociedad defraudando la identidad normativa de esta última, razón por la cual se debe recurrir a un elemento que la reestablezca, esto es, la sanción administrativa. No obstante, dicho análisis solo se logra de modo negativo, es decir, enumerando un catálogo de causas de ausencia de libertad, responsabilidad, error de prohibición o inexigibilidad de otra conducta<sup>24</sup>.

Ahora bien, el método de atribución o imputación jurídico administrativa a la persona colectiva sería la consideración de esta como un ente autorreferencial susceptible de organizarse a sí misma de un modo correcto, y cuyo defecto organizativo, será el elemento atributivo de culpabilidad a la misma.<sup>25</sup>

---

<sup>20</sup> GÓMEZ, M. y SANZ, I. (2010). *Derecho administrativo sancionador. Parte General. Teoría General y Práctica del derecho penal administrativo*. Segunda Edición. Navarra: Thomson Reuters. p. 284 y ss.

<sup>21</sup> *Ibidem*. p. 539 y ss.

<sup>22</sup> Al respecto, el principio de personalidad de las penas proscribiera hacer responsable a un sujeto por hechos ajenos a este; el de responsabilidad por el hecho indica que no puede estimarse que un daño sea relevante si no se produce como consecuencia de una acción; el dolo y la culpa, por el cual no basta que objetivamente alguien realice un hecho sino que además debe haberlo querido o pudo proveerlo; y, por último, la culpabilidad en sentido estricto por el cual el infractor debe haber actuado motivado por una elección racional. (Baca, V. (2010). *¿Responsabilidad subjetiva u objetiva en materia sancionadora? Una propuesta de respuesta a partir del ordenamiento peruano*. En: IV Congreso Internacional de Derecho administrativo: Mendoza Argentina. p. 8)

<sup>23</sup> El término "individualmente" considerada no hace referencia exclusiva a una persona física, sino más bien, a una entidad autorreflexiva (autopoietica) a nivel psíquico que bien podría ser considerada, además de las personas físicas, una E.I.R.L. o micro empresa que no ha adquirido aún una autorreflexividad a nivel sistemático (entidades colectivas que construyen su propia identidad sobre base de operaciones autorreferenciales), como bien se señala en: Gómez-Jara, C. (2006). *Modelos de autorresponsabilidad penal empresarial*. Navarra: Editorial Aranzadi. p. 121 y ss.

<sup>24</sup> Esta conceptualización la brinda García Caverio en el ámbito del Derecho penal Económico, no obstante, consideramos pertinente su aplicación al Derecho administrativo sancionador. García, P. (2007). *Derecho Penal Económico*. Segunda Edición. Lima: Grijley. p. 619 y ss.

<sup>25</sup> Gómez, M. (2011). Imputación objetiva y culpabilidad en el derecho penal de las personas jurídicas. Especial referencia al sistema español. En: *Revista Jurídica de Castilla y León*. p. 71. Al respecto, véase también Gómez-Jara, C. (2006). *Ob. Cit.* p. 121 y ss.

En efecto, demostrar la adopción de medidas idóneas para evitar los defectos organizativos se ha convertido en una herramienta para descartar la culpabilidad atribuible a las personas colectivas, adquiriendo especial relevancia los programas de cumplimiento (*Compliance*).

Para concluir este apartado, corresponde precisar que la culpabilidad de personas individuales y colectivas son susceptibles de graduación, en la medida que, por lo menos subjetivamente, se pueden distinguir distintos niveles de responsabilidad, libertad y eficacia de los programas de cumplimiento, desprendiéndose que estos son factibles de ser elementos graduadores de la sanción, no considerados hasta ahora por las teorías económicas.

Ahora bien, el principio de culpabilidad constituye un límite al ejercicio punitivo del Estado, y esto debe ser considerado al momento de efectuar una adecuada política legislativa; puesto que, actualmente, sólo de modo oculto y sin mayor eco, los organismos resolutivos, ante casos difíciles, ignoran el llamado disuasivo de las teorías económicas y aplican dicho principio como límite a las sanciones que imponen, dada la sensación de falta de proporcionalidad que se percibe<sup>26</sup>. Ante dicha situación, será menester del legislador guiar la actuación de dichos organismos, a la conciliación de las teorías económicas y el principio de culpabilidad a través de la aplicación del principio de proporcionalidad, lo cual será objeto de análisis en el siguiente apartado.

#### **4. *Objetividad de las teorías económicas y Subjetividad de la culpabilidad ¿irreconciliables?: Un análisis a partir de la proporcionalidad global de las sanciones.***

El Derecho administrativo sancionador, más que otra rama del derecho, es un lugar propicio para sustentar lo siguiente: el derecho punitivo del Estado no tiene un único fin, sino múltiples. Entre dichas finalidades se pueden ubicar las finalidades disuasivas (teorías económicas), retributivas (culpabilidad), resocializadoras (prevención especial), consistencia, justicia, etc.

La conclusión arribada en el párrafo precedente es una consecuencia lógica de la existencia de diferentes preferencias por cada individuo para alcanzar el quimérico “bienestar social”, así, por ejemplo, mientras algunos prefieren fijar parámetros mínimos y máximos sustentados en una concepción retribucionista de la culpabilidad de una conducta lesiva aplicando una “proporcionalidad” entre esta y su sanción; otros, valoran más la objetividad que brindan las teorías económicas, pues estas pueden traducirse matemáticamente en la maximización de beneficios y la erradicación de conductas costosas, incluso a costa de sacrificar algunos principios en casos difíciles.

---

<sup>26</sup> En ese sentido, Calviño indica que: “I realized that there are two main principles that may clash: effectiveness and deterrence versus justice and proportionality. I also noticed that the idea of deterrence is very attractive to economic and enforcement agencies, whereas, perhaps not surprisingly so, the idea of proportionality is more often heard from lawyers and firms.” (Ehlermann, C. y Atanasiu, I (eds.) (2007). *European Competition Law Annual 2006: Enforcement of Prohibition of Cartels*. Estados Unidos: Hart Publishing, 2006 p.225

Sin perjuicio de lo anterior, siendo conscientes de la dificultad de sistematizar cada finalidad del Estado, y encontrar la medida precisa en que cada una incide en la tipificación de una sanción y su correspondiente graduación, es que, solo se pueden recoger las variables con mayor incidencia al sector que se desea regular<sup>27</sup>.

Para este cometido, debe afirmarse que el principio de culpabilidad, sustentado en la dignidad humana, atraviesa transversalmente todo el derecho punitivo; siendo que, en su trasfondo, se oculta el rol retributivo de la sanción que exige que nadie puede ser castigado *“(...) por comportamientos ajenos, por meras características físicas o psíquicas, o por comportamientos propios no dominables por su agente, o en función de consecuencias de los mismos imprevisibles para su autor, o de ilicitud incognoscible para el mismo, o decididos en una situación psicológica o circunstancial de tal modo excepcional que impedía una normal formación de la voluntad”*<sup>28</sup>.

Al respecto, las teorías económicas, sin desmerecer los logros obtenidos, se encuentran limitadas<sup>29</sup> a la hora de evaluar principios con alto contenido de subjetividad, como son los valores señalados anteriormente.

No obstante, dichas teorías previeron la posibilidad de un margen de error en sus formulaciones denominándolas “variable exógena”<sup>30</sup>, las que por su menor incidencia son excluidas de los modelos propuestos. Dentro de dicha variable, se encuentran un sinnúmero de objetivos, pudiéndose incluir, por tanto, el principio de culpabilidad.

En este análisis, quien posee la competencia de hacer valer el referido principio, en vista de la renuencia de su aplicación expresa por los órganos resolutivos, es el legislador, quien debe disponer que la presencia de la culpabilidad no pueda ser excluida al momento de tipificar sanciones y su

---

<sup>27</sup> De acuerdo con Dávila, *“el principio de proporcionalidad recogido en la LPAG, en realidad encierra dos principios, Por un lado, está el principio de disuasión que sugiere que la sanción debe ser tal que no resulte más beneficioso para el infractor pagar la multa y cometer la infracción que no cometer la infracción en primer lugar. Por otro lado, se encuentra el principio de proporcionalidad, que sugiere realizar un análisis holístico de la infracción a fin de determinar la sanción”*. (Dávila, S. (2012). Ob. Cit. p. 100).

<sup>28</sup> Lascuraín, J. (1998). *La proporcionalidad de la norma penal*. En: Cuadernos de Derecho Público. N°5. p. 185.

<sup>29</sup> A mayor abundamiento, y sin afán de ser exhaustivos, considerando que existen un número “X” de acciones potencialmente infractoras que requieren ser restringidas de modo previo, no es correcto asumir que todas estas acciones se logran impedir mediante el efecto disuasivo de las sanciones, pues el Estado cuenta con infinidad de medidas para la consecución de dicho objetivo, entre estas, se puede considerar la aplicación de incentivos, nudges, economía conductual, o estrategias responsivas, dejando la sanción como última medida.

<sup>30</sup> Sobre ello Ortiz señala que *“(...) la anterior observación no es en realidad una crítica al modelo presentado por Becker y utilizado por la mayoría de los analistas económicos del derecho, sino una profundización en el mismo, que incluye una variable genérica, “u”, con la que se alude a las medidas preventivas distintas de la gravedad de la pena y su probabilidad de detección. El olvido de “u”, además no está justificado si atendemos a la segunda pretensión del análisis económico del delito: determinar cuál es el modo eficiente de emplear los distintos recursos al alcance de la política criminal”*. (Ortiz, I. (2004). Ob. Cit. p. 55).



correspondiente graduación, siendo preciso la aplicación de la proporcionalidad, entendido en un sentido amplio<sup>31</sup>.

El legislador no puede limitarse a la búsqueda de la disuasión de la sanción<sup>32</sup>, sino que debe garantizar la vigencia del principio de culpabilidad, el cual funge de límite en situaciones en las que se pretende instrumentalizar a un individuo buscando lo mejor para la sociedad.

Para lograr este objetivo, el legislador, en aplicación del principio democrático, se verá en la necesidad de aplicar el principio de proporcionalidad en sentido estricto, el cual, en primer término, puede ser utilizado para determinar si, por las características que presenta, un determinado sector requiere la exigencia del principio de culpabilidad.

Es así, que, la fórmula del peso<sup>33</sup>, a la que se ha hecho referencia anteriormente, puede orientar al legislador para descubrir en cada sector regulado cual es la incidencia que debe poseer las teorías económicas y la culpabilidad, a fin de generar una correcta tipificación de sanciones, en la medida que siendo el principio de proporcionalidad un principio estructural es capaz de armonizar los conceptos señalados<sup>34</sup>.

El legislador deberá asignar un valor abstracto a la importancia de las teorías económicas y el principio de culpabilidad en modo general, posteriormente, en el sector regulado específico, un peso concreto a los mismos, para luego, dependiendo de las certezas de las anteriores premisas, asignar pesos adecuados a estas de modo “empírico y normativo”.

---

<sup>31</sup> Esta importancia de la labor del legislador ha sido resaltada en la Sentencia del Tribunal Supremo de España, de fecha 29 de enero de 2015, en la que se precisa que: “Si, además de esta ecuación, el legislador considera oportuno incrementar el “efecto disuasorio” a cotas superiores, tiene capacidad normativa para hacerlo dentro del respeto a las exigencias constitucionales (...) ello dependerá ya del legislador, responsable último de fijar la aptitud intimidatoria de las sanciones, un sistema general de multas que pretenda establecer un nivel de disuasión adecuado quizás debería implicar no sólo la ausencia, en todo caso, de aquellos beneficios sino un plus que añada, a los términos de la ecuación “beneficio esperado” menor al “coste de la sanción”, añada, decimos, el factor de la probabilidad en la detección de las conductas infractoras. En todo caso, con o sin este último factor, corresponde a la ley -y no a quien la ejecuta o la interpreta- establecer las modalidades de sanciones y los límites cuantitativos, fijos o porcentuales, que el legislador considere oportuno para cumplir la finalidad disuasoria de las sanciones en esta área del ordenamiento jurídico”.

<sup>32</sup> En esa línea, véase: Bullard Falla Ezcurra (2013). Comentarios a la propuesta metodológica para la determinación de multas en el INDECOPI. p. 4. Recuperado de: [https://www.indecopi.gob.pe/documents/20182/196933/3\\_%20EstudioBullardFallaEzcurraAbogados.pdf](https://www.indecopi.gob.pe/documents/20182/196933/3_%20EstudioBullardFallaEzcurraAbogados.pdf)

<sup>33</sup> Dicho análisis no es posible de darse por las limitaciones del espacio concedido en el presente trabajo.

<sup>34</sup> Al respecto, se ha señalado que “(...) las posibles tensiones entre prevención y proporcionalidad no deben ser sobrestimadas. En primer lugar porque el principio de proporcionalidad no se agota en la teoría retributiva de la sanción, es posible que una sanción que incluya consideraciones preventivas sea, a la vez, proporcional. Adicionalmente, las infracciones dañan la percepción que existe el deber de fidelidad a las normas de libre competencia, y desde un punto de vista de justicia correctiva, resulta justificado que sus autores respondan por ese daño sistémico. Por último, aún las sanciones puramente correctivas juegan un importante rol disuasivo”. (Fiscalía Nacional Económica de Chile. (2014). Sanciones justas y óptimas para las infracciones a la libre competencia. p.4. Recuperado de [http://www.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2014/11/Resumen\\_ejecutivo.pdf](http://www.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2014/11/Resumen_ejecutivo.pdf))

En ese sentido, el Tribunal Supremo Español en su sentencia del 29 de enero de 2015, tuvo oportunidad de referirse a la cuestión aquí expuesta, al precisar que:

*“A lo largo de la controversia procesal se ha hecho referencia a la finalidad disuasoria de las multas en materia de defensa de la competencia, finalidad que ciertamente les corresponde y que, tratándose de infracciones de los artículos 101 y 102 del TFUE, es inexcusable para la efectividad de ambos, también cuando son aplicados por las autoridades nacionales de los estados miembros. Para tal carácter no es exclusivo de este sector del ordenamiento ni puede constituirse en un punto de referencia prevalente para el cálculo en un supuesto concreto desplazando al principio de proporcionalidad.*

*Las sanciones administrativas previstas para el ejercicio de actividades económicas -en el ámbito del derecho de la competencia que, pese a algunas posturas reduccionistas, no difiere en este punto de otros sectores del ordenamiento sancionador- han de fijarse en un nivel suficientemente disuasorio para que, al tomar sus propias decisiones, las empresas no aspiren a obtener unos beneficios económicos derivados de las infracciones que resulten ser superiores a los costes (las sanciones) inherentes a la represión de aquéllas. Si además de esta ecuación, el legislador considera oportuno incrementar el efecto disuasorio a cotas superiores, tiene capacidad normativa para hacerlo dentro del respeto de las exigencias constitucionales”.*

A modo de conclusión, siguiendo la pauta marcada por el Tribunal español, el principio de proporcionalidad garantizará que el rol disuasivo que se pretende atribuir a las sanciones administrativas, no se desborde perjudicando otras funciones que se le pueden asignar a estas, como son las exigencias que se deriven de la Constitución, siendo este el caso del principio de culpabilidad.