



Reglas versus estándares: optimalidad de la tipificación de las disposiciones sancionadoras* **

Rules Versus Standards: Legal classification's optimality of sanctioning provisions

Eduardo Melgar*** ****

*Organismo Supervisor de Inversión Privada en Telecomunicaciones
Autoridad de Transporte Urbano para Lima y Callao*

Resumen:

Conforme al canon tradicional del Derecho Administrativo, las reglas específicas suelen ser preferidas sobre los estándares generales al momento de tipificar una conducta infractora. Razones de libertad y seguridad jurídica son esgrimidas por los académicos para exigir una mayor taxatividad en dicha tipificación. El propósito del presente artículo es establecer criterios para determinar –desde una perspectiva diferente al canon tradicional– cuándo resulta preferible recurrir a una regla o un estándar para la redacción de una disposición sancionadora. Empleando herramientas del Análisis Económico del Derecho, se ofrece una vía para optimizar tal elección, que enfatiza en los costos de especificación, cumplimiento y adjudicación. Se concluye que el grado de precisión tipificante no es absoluto, pues la opción elegida –regla o estándar– será aquella que conlleve a la mayor minimización de sus costos sociales.

Abstract:

In accordance with the Administrative Law traditional canon, specific rules are usually preferred rather than general standards when an infringing behavior is legally classified. Reasons related to freedom and legal certainty are put forward by scholars to require an increased principle of legality in such legal classification. This paper is aiming to lay down criteria to determine –from a perspective different than the traditional canon– when is preferable to select a rule or standard to draft a sanctioning provision.

By using tools from the economic analysis of law, this paper provides an avenue to optimize the selection emphasizing the costs of specification, compliance, and imputation. It is found that the legal classification accuracy degree is not absolute since the selected option – rule or standard – will be the one entailing the higher social costs minimization.

Palabras clave:

Principio de tipicidad – Derecho administrativo sancionador – Análisis Económico del Derecho

Keywords:

Principle of Legal Classification – Sanctioning Administrative Law – Economic Analysis of Law

* A mi madre, en el cielo.

** Versión corregida y aumentada de la ponencia presentada en el VIII Congreso Nacional de Derecho Administrativo efectuado del 9-11 agosto de 2018 en la Universidad de Piura.

*** Agradezco los comentarios de César Guzmán, Eduardo Quintana, César Higa, Juan Rivas, Mario Huapaya, Ricardo Machuca, Miguel Tolentino y Viviana Muñoz a una versión preliminar de este artículo. No obstante, el presente texto refleja enteramente la opinión del autor y no compromete a las instituciones u organismos donde labora

**** Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Master of Laws (LLM) por las universidades Erasmus de Rotterdam y Hamburgo. Máster en Análisis Económico del Derecho por la Universidad Complutense de Madrid. Profesor de Análisis Económico del Derecho, Economía Política y Teoría de la Regulación. Ex Director del Círculo de Derecho Administrativo (CDA). Presidente del Tribunal de Solución de Controversias del Organismo Supervisor de Inversión Privada en Telecomunicaciones - OSIPTEL y Director de Fiscalización y Sanción de la Autoridad de Transporte Urbano para Lima y Callao - ATU. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-2196-4453>. Contacto: eduardo.melgar@emle.eu

Sumario:

1. Introducción – 2. El diseño de disposiciones sancionadoras: ¿empleo de reglas específicas o utilización de criterios generales? – 3. El empleo de reglas o estándares para la configuración de una disposición sancionadora: ¿puede el Análisis Económico del Derecho decirnos algo? – 4. La optimalidad de la elección entre una regla o un estándar, tomando en cuenta los costos de especificación y adjudicación – 5. La optimalidad de la elección entre una regla o un estándar, tomando en cuenta los costos de cumplimiento – 6. ¿Reglas versus estándares?: el grado de desarrollo económico importa – 7. Conclusiones – 8. Bibliografía

“To justify or criticize legal rules in purely legal terms is always to argue in a vicious circle.”

Félix Cohen

1. Introducción

Imagine que tiene el encargo de diseñar un régimen normativo sancionador para una entidad pública: ¿utilizaría reglas específicas o emplearía criterios generales?

Usted revisa el Texto Único Ordenado de la Ley del Procedimiento Administrativo General² (“TUO de la LPAG”), relee –una y otra vez– el denominado principio de tipicidad³ y se reúne con el equipo de la entidad pública a la cual asesora, impartándole instrucciones sobre el grado de precisión que se espera de la tipificación.

Poco después de iniciada la tarea, surge el primer problema: por un lado, los abogados de la entidad pública exigen taxatividad y máxima precisión en la determinación de las disposiciones sancionadoras; por otro, el equipo técnico de la referida entidad encuentra difícil salir airoso de dicha tarea debido a las imprecisiones del lenguaje, las cuales no permiten especificar todos los escenarios.

Usted intenta alcanzar un consenso entre ambos equipos, explicándoles la importancia del principio de tipicidad, pero su esfuerzo se estrella contra un muro: los abogados exigen taxatividad, pero los ingenieros consideran que algunos escenarios no encuentran cobertura en las disposiciones sancionadoras planteadas. Contar con un mayor grado de especificación elevará los costos del proyecto normativo y podría generar, en el futuro, comportamientos oportunistas de los administrados debido a las limitaciones del lenguaje para dar cobertura a todos los escenarios posibles. Por otro lado, un menor grado de taxatividad podría incrementar la aversión al riesgo de los destinatarios de las disposiciones sancionadoras, quienes deberán hacer frente a la inseguridad jurídica derivada de la imprecisión, elevando sus costos de precaución por encima del nivel socialmente óptimo.

De pronto, uno de los miembros del equipo técnico lo aborda: ¿no podríamos emplear criterios generales, en lugar de términos específicos, al momento de diseñar el régimen administrativo sancionador?

Usted recuerda sus clases de Derecho administrativo⁴ e intenta explicarle al ingeniero que la exigencia de tipicidad se sustenta en dos principios: libertad y seguridad jurídica. Según la primera, cualquier limitación a ésta debe encontrarse perfectamente delimitada e ir acompañada de las máximas garantías; conforme

1 “Justificar o criticar normas jurídicas en términos puramente jurídicos es, siempre, razonar en un círculo vicioso” [mi traducción].

2 Aprobado mediante Decreto Supremo N° 006-2017-JUS, publicado en el diario oficial El Peruano el 20 de marzo de 2017.

3 TUO de la LPAG

“Artículo 246.- Principios de la potestad sancionadora administrativa

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

(...)

4. Tipicidad. - Solo constituyen conductas sancionables administrativamente las infracciones previstas expresamente en normas con rango de ley mediante su tipificación como tales, sin admitir interpretación extensiva o analogía. Las disposiciones reglamentarias de desarrollo pueden especificar o graduar aquellas dirigidas a identificar las conductas o determinar sanciones, sin constituir nuevas conductas sancionables a las previstas legalmente, salvo los casos en que la ley o Decreto Legislativo permita tipificar infracciones por norma reglamentaria.

A través de la tipificación de infracciones no se puede imponer a los administrados el cumplimiento de obligaciones que no estén previstas previamente en una norma legal o reglamentaria, según corresponda.

En la configuración de los regímenes sancionadores se evita la tipificación de infracciones con idéntico supuesto de hecho e idéntico fundamento respecto de aquellos delitos o faltas ya establecidos en las leyes penales o respecto de aquellas infracciones ya tipificadas en otras normas administrativas sancionadoras.”

4 Véase Ignacio Salvo Tambo, *La Potestad Sancionadora y el Principio de Legalidad, Comentarios a la Reforma de Procedimiento Administrativo (Análisis de la Ley 4/1999)* (Valencia, Tirant lo blanch, 1999), 561; Juan Alfonso Santamaría Pastor, *Principios de Derecho Administrativo General II*, 1ª ed. (Madrid, IUSTEL, 2004), 398; Eduardo García de Enterría y Tomás-Ramón Fernández, *Curso de Derecho Administrativo II*, 9ta ed. (Navarra: Civitas Ediciones S.L., 2005), 174; y, Alejandro Nieto García, *Derecho Administrativo Sancionador*, 4ta ed. (Madrid, Editorial Tecnos, 2005), 202-297.

a la segunda, las infracciones y sanciones deben encontrarse precisadas de manera previa y taxativa, a fin de descartar el ejercicio de facultades discrecionales en el operador jurídico que puedan significar el arrogamiento de prerrogativas creativas, analógicas o desviadoras del texto de la norma.

El ingeniero y su equipo técnico lo miran con recelo. Su explicación no parece convencerlos y se quejan en voz alta de que los abogados les exigen especificar supuestos de hecho que, incluso estadísticamente, resultan improbables, por lo que sería preferible emplear criterios generales para tales casos. Usted relee su TUO de la LPAG e insiste: lo dice la Ley, lo reafirma la doctrina. No hay salida, se debe buscar la mayor especificación posible al momento de tipificar una disposición sancionadora.

Algunos años atrás, Nieto⁵ en su libro *Derecho Administrativo Sancionador* ensayó una ejemplificación, algo burlesca, sobre los riesgos de la utilización de reglas específicas o el empleo de criterios generales. La denominó “Parábola del perro y el lobo”, y es como sigue:

En las cercanías de una línea de ferrocarril, un campesino se enfrentó en una “disputa jurídica” con un revisor de la línea, el cual pretendió hacer prevalecer frente al primero una disposición legal según la cual “Se encontraba prohibido transportar perros”.

Frente a dicha disposición, el campesino ingresó al tren en una multiplicidad de ocasiones acompañado siempre de un animal distinto, negándose a pagar la multa una vez descubierto por el revisor, alegando en cada caso, frente al Juez, que su ocasional acompañante no se encontraba definido dentro del supuesto literal de la norma (la cual era modificada cada vez que era burlada por el campesino, pretendiendo abarcar con ello futuras evasiones).

Así, frente a la prohibición de “ingresar con perros”, el campesino se presentó ante el revisor acompañado de una perra, lo cual ocasionó una ampliación de la prohibición a “perros y perras”. Lo señalado trajo como consecuencia que el campesino se presentara con un lobo, a lo que siguió una modificación normativa mediante la cual se prohibió los “cánidos de ambos sexos”.

Como respuesta a ello, el campesino se presentó con un oso, que trajo como consecuencia se prohibieran los “animales que supusiesen peligros o molestias a los usuarios o pudieran infundir un temor razonable”.

Finalmente, el campesino se apareció con una pareja de hurones con el argumento que no originaban un temor razonable ni suponían peligros o molestias para los ocupantes del tren.”

Por supuesto, la parábola transcrita no pasa de ser solo una fábula. ¿Cierto?

Según el estado actual del Derecho administrativo, las reglas específicas suelen ser preferidas sobre los criterios generales al momento de tipificar y aplicar las disposiciones sancionadoras por parte de los legisladores y los operadores jurídicos. No obstante, fuera de las razones jurídico-dogmáticas tradicionales, no existen criterios adicionales para identificar los factores que permitan optimizar la tipificación de las disposiciones sancionadoras, que se puedan elaborar sea mediante el empleo de una regla específica o a través de la utilización de un criterio general.

El objetivo del presente texto será efectuar una breve revisión de tales criterios desde una perspectiva diferente al canon tradicional del Derecho administrativo. Haciendo uso de herramientas del Análisis Económico del Derecho, se propone una vía para optimizar la elección entre una regla y un estándar, poniendo énfasis en los costos de especificación, cumplimiento y adjudicación en la tipificación de las conductas infractoras. Se concluye que el grado de precisión tipificante de una disposición sancionadora no admite respuestas categóricas en el sentido que una mayor taxatividad es siempre preferible. La opción elegida –regla o estándar– estará en función de aquella alternativa que conlleve a la mayor minimización de sus costos sociales.

2. El diseño de disposiciones sancionadoras: ¿empleo de reglas específicas o utilización de criterios generales?

Si tuviera que redactar una disposición sancionadora⁶ para una entidad pública, ¿escogería la especificidad de una *regla* o la plantearía en términos generales y no especificados a modo de *estándar*?

⁵ Nieto, *Derecho Administrativo Sancionador*, 307-308.

⁶ Para efectos del presente trabajo se entenderá por “disposición sancionadora” no solo a las normas tipificadoras, sino también a las normas sustantivas (obligaciones establecidas previamente en una norma legal o reglamentaria) que dotan a las primeras de un contenido material. Asimismo, formarán parte de dicho término todas aquellas disposiciones legales vinculadas a un régimen sancionador específico (normas que regulan supuestos como los eximentes o atenuantes de responsabilidad, prescripción, caducidad, etc.).

Según Schäfer⁷, las reglas son órdenes legales que diferencian un comportamiento legal o ilegal de un modo simple y claro; mientras que los estándares son criterios legales generales, indeterminados y ambiguos que requieren una complicada toma de decisión de la autoridad. “Exceder la velocidad de 100 km/h conlleva una multa de 100” es un ejemplo de regla, mientras que “se sancionará el manejo a excesiva velocidad” constituye un estándar.

Kaplow⁸ complementa lo manifestado en el párrafo anterior afirmando que el énfasis de la distinción entre una regla y un estándar se encuentra en el grado de esfuerzo ex ante, o ex post, que debe realizar el legislador o el operador jurídico para darle contenido a la norma. Conforme a ello, nos encontraremos frente a una regla cuando el esfuerzo para darle contenido a la norma se efectúa antes del acaecimiento de los actos de los individuos, mientras que se tratará de un estándar cuando el esfuerzo se produzca en un momento ulterior.

Desde un enfoque dogmático-jurídico, para salvaguardar los principios de libertad y seguridad jurídica, cualquier limitación a la libertad debe estar perfectamente delimitada, sin ninguna indeterminación, de modo que las disposiciones sancionadoras no solo deben estar previstas con anterioridad al momento de producirse la conducta materia de reproche, sino que, además, dicha previsión debe ser taxativa, lo que, conforme al Tribunal Constitucional, se cumple cuando “(...) las prohibiciones que definen sanciones, sean éstas penales o administrativas, est[á]n redactadas con un nivel de precisión suficiente que permita a cualquier ciudadano comprender sin dificultad lo que se está proscribiendo bajo amenaza de sanción en una determinada disposición legal”⁹.

Siguiendo este enfoque, para el TUO de la LPAG, una disposición sancionadora que adopte la forma de regla será preferible a un estándar, por encontrarse más próxima a la idea tradicional de tipicidad; mientras que, de adoptarse la forma de un estándar podrá, en el supuesto más conservador, cumplir igualmente el principio de tipicidad cuando se considere a ésta como un concepto jurídico indeterminado¹⁰. En ese mismo sentido, de acuerdo con la dogmática administrativa, una disposición sancionadora que adopte la forma de un estándar podrá ser considerada contraria al principio de tipicidad cuando se considere que su redacción es indeterminada, o no permita al ciudadano común comprender cuál es el contenido y el alcance de la conducta infractora que es materia de prohibición.

¿Cómo debe redactarse una disposición sancionadora? Si conceptualizamos a la disposición sancionadora como parte de la regulación (entendido el término “regulación” –en un sentido lato– como toda forma de intervención en la vida económica y social de los ciudadanos¹¹), la forma que adopte la referida disposición sancionadora –regla o estándar– dependerá de la perspectiva de regulación que se adopte.

Así, desde las denominadas teorías de la regulación como búsqueda del *interés público*, se asume que la regulación tiene siempre como orientación la promoción del interés público mediante la corrección de situaciones ineficientes o inequitativas¹², y que los reguladores –y sus funcionarios públicos encargados del diseño de la regulación– buscan, de buena fe, la satisfacción del mencionado interés público, de lo que se deduce una visión optimista sobre el rol del derecho público y de su capacidad para promover el bienestar colectivo¹³. Desde esta perspectiva, mediante la elección de disposiciones sancionadoras que adoptan la forma de reglas, los funcionarios públicos se imponen a sí mismos límites en el ejercicio de sus facultades discrecionales, lo que constituye un comportamiento altruista que garantiza la satisfacción del interés público.

Desde una óptica diferente, las denominadas teorías de la regulación basadas en el *interés privado* han criticado a las anteriores, acusándolas de falta de realismo y de una visión idealista de la regulación¹⁴, preguntándose por qué, actores privados egoístas y pecuniariamente interesados (incluidos los

7 Hans-Bernd Schäfer, “Legal Rules and Standards”, *German Working Papers in Law and Economics* 2 (2002): 2.

8 Louis Kaplow, “Rules versus Standards: An Economic Analysis”, *Duke Law Journal* 42 (1992): 560.

9 Véase al respecto el Fund.5 de la Sentencia del Tribunal Constitucional del 24 de agosto de 2010 (Expediente N° 2192-2004-AA/TC).

10 Véase al respecto el Fund.10 de la Sentencia del Tribunal Constitucional del 11 de octubre de 2004 (Expediente N° 0197-2010-PA/TC): “La doctrina acepta la existencia de conceptos con contenido y extensión variable; esto es, reconoce la presencia jurídica de conceptos determinables por medio del razonamiento jurídico que, empero, varían de contenido y extensión según el contexto en que se encuentren o vayan a ser utilizados”.

11 Regulación en sentido lato, no se limita a la denominada regulación económica, a la creación de reglamentos o a la intervención del Estado empleando las herramientas del Derecho Público; sino más bien se refiere a toda forma de intervención en la vida económica y social de los ciudadanos. Véase al respecto, Carlos Alza Barco, “¿Qué se entiende por Regulación? Enfoques y equivocidad” *Revista de Derecho Administrativo* 10, no. 2 (2011): 317-318; Anthony Ogus, *Regulation: Legal Form and Economic Theory* (Oxford: Hart Publishing, 2004), 1-3.

12 Miguel Solanes, “Servicios públicos y regulación. Consecuencias legales de las fallas de mercado”, *CEPAL* 2, (1999): 21.

13 Bronwen Morgan y Karen Yeung, *An Introduction to Law and Regulation*, (New York: Cambridge University Press, 2007), 41.

14 George Stigler, “The Theory of Economic Regulation”, *The Bell Journal of Economics and Management Science* 2, no. 1, (1971): 18.

funcionarios públicos encargados del diseño de la regulación), serían capaces –y estarían interesados– en actuar todo el tiempo de una manera altruista¹⁵. Para estas teorías, existe un “mercado por la regulación”, donde la regulación puede ser predicha como la respuesta de los políticos a las demandas de los grupos de interés (corporaciones privadas como principales actores “captoreadores” de la regulación¹⁶), quienes se verán beneficiados por el tipo de regulación buscada por ellos¹⁷, de lo que se deduce una visión escéptica acerca de la capacidad del regulador¹⁸ y del rol del derecho público en general¹⁹. Desde esta visión, la elección de una disposición sancionadora bajo la forma de una regla o un estándar se basa en razones diferentes a la satisfacción de interés público por parte del funcionario: su elección estará determinada en función de cuál de éstas satisface mejor las demandas de los grupos de interés a los que sirve la regulación.

Ocupan un lugar especial, las teorías que hacen referencia al “poder de las ideas”, según las cuales, la regulación puede ser determinada por la influencia de profesionales e intelectuales representantes de una ideología, del clima social-político, o del “capricho” o “moda” que dominan las ideas regulatorias²⁰. En una vertiente extrema, el “poder de las ideas” encuentra conexión con las teorías de la regulación basadas en el interés privado²¹. Desde esta perspectiva, la conceptualización de la doctrina²² como una creación aséptica y neutral llevada a cabo por juristas al servicio del interés público, en lugar de representantes de firmas de abogados al servicio de intereses privados, constituye también una versión naif de las instituciones jurídicas: el derecho administrativo (y, por ende, la forma que adopte una disposición sancionadora) deja de ser considerado como un instrumento al servicio de los ciudadanos “de a pie”, para convertirse en una herramienta empleada para beneficiar a los grandes grupos de interés²³.

Por otro lado, la regulación puede ser vista también desde su *uso estratégico*, es decir, como una derivación de la interacción («estrategias») empleada por sus diversos «jugadores»: empresas, reguladores, consumidores y grupos de interés, todos con diferentes capacidades regulatorias interactuando en un espacio regulatorio común²⁴. La regulación es entendida, así, como una “calle de dos vías”, donde a la par de la industria –que tiene como estrategia la manipulación e influencia desmedida sobre el regulador–, las entidades públicas

15 Christopher Hood, *Explaining Economic Policy Reversals* (Philadelphia: Open University Press, 1994), 21.

16 “Para entender este tipo [de “captura” de la regulación], es necesario un enfoque que, yendo más allá de la corrupción, identifique varios mecanismos de influencia (financiación de campañas, lobby en la sombra y “puerta giratoria”) con el fin de explicar su impacto en las iniciativas legales, pero no limitándose a ellas, en tanto también se toma en cuenta la implementación de políticas. (...) En los casos de poder corporativo en democracias, se entiende que la ventaja material de los actores privados y su capacidad relacional hacen que en determinadas ocasiones ejerzan una influencia desmedida. La conformación de estructuras de poder económico y político concentradas, y la debilidad de la sociedad civil terminan configurando un sistema de captura política a pesar de la existencia de instituciones y reglas democráticas.” Francisco Durand, *Cuando el poder extractivo captura al Estado. Lobbies, puertas giratorias y paquetazo ambiental en el Perú* (Lima: Oxfam, 2016), 16.

17 Ogus, *Regulation*, 21.

18 “Van dos abogados de los reguladores a un banco a discutir sobre una situación financiera. Cuando se acercan al banco ven diecinueve camionetas afuera del banco. Entrás al banco y tienes a diecinueve abogados sentados frente a ti, muy bien preparados listos para destruir cada argumento que hagas. Luego, si les impresionas, te ofrecen un empleo. Un tercio de los reguladores financieros islandeses, fueron empleados por los bancos.” (Charles Ferguson, *Inside Job*, 2010).

19 Morgan y Yeung, *An Introduction*, 43.

20 Eric Windholz, *Governing Through Regulation: Public Policy, Regulation and the Law* (Great Britain: Routledge Taylor & Francis, 2018), 35-69.

21 Un ejemplo de ello fue la focalización académica sobre las denominadas “fallas de gobierno” en lugar de las llamadas “fallas de mercado” en la segunda mitad del siglo veinte, lo que conllevó a extender la idea que “menos” era siempre mejor cuando se trataba de regulación gubernamental (algunos prominentes profesores de las principales de las universidades de Estados Unidos de Norteamérica, luego de formar parte del directorio de empresas reguladas, realizaron estudios sobre las bondades de la desregulación por encargo de estas, convirtiéndose luego en voceros oficiales de la desregulación). Ello, si bien ayudó a eliminar regulación innecesaria, a la vez dificultó la aparición de una nueva regulación trascendental, que pudo haber evitado la crisis financiera de 2008. Ver David Moss, “Reversing the Null: Regulation, Deregulation, and the Power of Ideas”. *Harvard Business School*, (Cambridge, Working Paper 10-080, 2010): 5-10.

22 “La doctrina es el conjunto de escritos aportados al Derecho a lo largo de toda su historia, por autores dedicados a describir, explicar, sistematizar, criticar y aportar soluciones dentro del mundo jurídico. (...) En el trabajo doctrinal (...) el agente del Derecho debe ejercitarse con honestidad intelectual y con la comprehensividad que ello involucra.” Ver Marcial Rubio, *El Sistema Jurídico* (Lima: Fondo Editorial PUCP, 2009), 196-201.

23 “El ‘poder de las ideas’ expresa aquí una forma de captura del regulador por parte de los grupos de interés, en su mayoría corporaciones privadas (principales actores ‘captoreadores’ de la regulación), quienes a través de las grandes firmas de abogados que los patrocinan, influyen en el entendimiento del derecho administrativo mediante la generación de textos académicos que se convierten en doctrina.

Surge entonces una paradoja, porque a diferencia de lo que ocurre en otras latitudes (como España, que suele ser el referente) donde la construcción de la doctrina se realiza a partir de pronunciamientos del Tribunal Supremo y Tribunal Constitucional; en el Perú dicha construcción se efectúa a partir de textos de académicos, en su mayoría, producidos por profesionales dedicados a la defensa de intereses privados. Lo paradójico es que estos mismos textos suelen ser empleados por funcionarios públicos para justificar el sentido de sus pronunciamientos, sin efectuar ningún cuestionamiento al contexto de su producción o a su origen.” Ver Eduardo Melgar, “Lo bueno, lo malo y lo feo: el rol de la doctrina en el derecho administrativo”, *Prometheo Portal Jurídico* (11 abril, 2019 [citado el 22 de abril de 2020] Círculo de Derecho Administrativo): disponible en: <http://prometheo.pe/lo-bueno-lo-malo-y-lo-feo-el-rol-de-la-doctrina-en-el-derecho-administrativo/>

24 Eduardo Quintana, “Los reguladores de electricidad, saneamiento y telecomunicaciones en su espacio: ¿captura o administración de recursos dispersos?”, *Themis Revista de Derecho* 52, (2006): 96-97.

también pueden utilizar estratégicamente las herramientas formales e informales disponibles²⁵, siendo el diseño legal una herramienta formal que permite al regulador equilibrar el “terreno de juego”. Desde esta perspectiva, el empleo de disposiciones sancionadoras que adopten la forma de un estándar podría generar la impresión que la entidad pública posee un gran poder regulatorio, otorgándole una mayor capacidad negociadora que le permite hallar soluciones cooperativas que no hubieran sido posibles a través del uso de reglas.

¿Cuál es el rol de la doctrina en la determinación de la forma que puede adoptar una disposición sancionadora? El Cuadro 1 se enfoca en los diversos roles que puede adoptar la doctrina, los que dependerán de la concepción de regulación que se tenga.

Cuadro 1
El rol de la doctrina en la determinación de la forma que puede adoptar una disposición sancionadora

Concepción de la regulación	Finalidad de la regulación	Visión sobre rol del derecho público	Papel de la doctrina
Interés público (Solanes, 1999)	Satisfacción del interés público	Idealista	Finalístico
Interés privado (Stigler, 1971)	“Satisfacer” demandas de grupos de interés	Pesimista	Manipulación
“Poder de las Ideas” (Windholz, 2018)	“Justificar” demandas de grupos de interés	Pesimista	Manipulación
Uso Estratégico (Veljanovski, 2013)	Equilibrar el “terreno de juego”	Estratégico	Indeterminado

Elaboración propia
Fuente: recopilación de los autores

De acuerdo con lo expuesto, desde una concepción de la regulación como orientada a la satisfacción del *interés público*, la visión sobre el rol del derecho público es optimista, y el papel de la doctrina, preponderante y orientada a dicho fin. No obstante, desde una visión más realista, la regulación está orientada hacia la satisfacción del *interés privado* y se deriva de la influencia del “*poder de las ideas*”, de modo que la visión sobre el rol del derecho público se torna más bien pesimista y el papel de la doctrina se reduce a la manipulación del sistema legal con el propósito de satisfacer las demandas de los grupos de interés a quienes representa. Finalmente, desde una *concepción estratégica*, la visión del derecho público es vital, pues la regulación es una herramienta que permite equiparar el “terreno de juego” de ambos actores –regulador y regulado– dentro del espacio regulatorio y, de este modo, el papel de la doctrina es nulo, porque responde únicamente a una visión dogmática y no estratégica del Derecho.

Partiendo de lo señalado en el párrafo anterior, se requiere, en consecuencia, una perspectiva diferente al tradicional punto de vista dogmático-jurídico de la doctrina, para dilucidar si una disposición sancionadora debe adoptar, en todos los casos, la forma de una regla o, si existen situaciones en las que resultará más apropiado que adopte la forma de un estándar. Para tal finalidad, se requiere un alejamiento de la doctrina y acudir al empleo de herramientas extrajurídicas que nos provean un marco de referencia sobre las ventajas y desventajas del camino a seguir.

3. El empleo de reglas o estándares para la configuración de una disposición sancionadora: ¿puede el Análisis Económico del Derecho decirnos algo?

Para el Análisis Económico del Derecho, ninguno –regla o estándar *per se*– es mejor. A fin de optimizar la estructura legal, su elección debe orientarse siguiendo un criterio de bienestar social²⁶, que es el de la maximización de la diferencia entre los beneficios para la sociedad y la suma de sus costos sociales. El incremento del referido bienestar se obtendrá sea maximizando la ganancia neta de los individuos –es decir, los beneficios para la sociedad– o minimizando sus costos.

25 Cento Veljanovski, “Strategic Use of Regulation” en *The Oxford Handbook of Regulation*, eds. Robert Baldwin, Martin Cave y Martin Lodge (United Kingdom, Oxford University Press, 2013), 91.

26 Steven Shavell, *Foundations of Economic Analysis of Law* (Cambridge: Harvard University Press, 2004), 575.

Siguiendo el criterio anterior, Kaplow²⁷ afirma que el objetivo social de la referida optimización es la maximización de los beneficios, netos de los costos, precisando que los beneficios son la ganancia neta que los individuos obtienen de sus actos y que los costos incluyen tanto el daño causado por los actos de los individuos y los costos legales asumidos por la sociedad (costos de promulgación de la norma, costos de asesoría legal empleada por los individuos y los costos de los procedimientos de enforcement²⁸).

De acuerdo con lo previamente expresado, –y siguiendo a Schäfer²⁹– el criterio definidor entre una disposición sancionadora que adopte la forma de una regla o un estándar, debe ser el tamaño relativo de los diferentes costos sociales asociados con la formulación y el enforcement de las normas jurídicas sancionadoras, los cuales, en términos generales, son los siguientes:

- (i) Costos de Especificación: son los costos sociales que se generan cuando la autoridad administrativa elabora la disposición sancionadora y debe determinar qué actos se subsumen dentro del supuesto de hecho de ésta. Pueden acaecer ex ante o ex post a la realización de los actos e incluyen los estudios técnicos, las consultorías y otros más que sustentan la elaboración de la regla o permiten determinar el contenido del estándar.
- (ii) Costos de Cumplimiento: son aquellos costos sociales que se producen cuando los individuos inquieren si un acto específico constituye o no una infracción administrativa, entre los que se encuentran los costos de las asesorías legales, financieras y contables para asegurarse de no incumplir con las disposiciones sancionadoras. Pueden incurrirse ex ante o ex post a la realización del acto; en el primer caso, para determinar si tal acto se considera un ilícito y, en el segundo, para decidir si continúa ejecutando el acto en cuestión.
- (iii) Costos de Adjudicación: involucran a la autoridad administrativa y son costos sociales ocasionados por la determinación de si una conducta es ilícita, apareciendo ex post al acto, exclusivamente en el momento en que dicho comportamiento acaece. Ejemplos de estos son los costos de contratar peritos o expertos técnicos para establecer si un individuo ha trasgredido la disposición sancionadora.

Como es posible observar, se puede incurrir en los costos sociales antes mencionados en distintos momentos:

- (i) Costos de Especificación: al momento de la promulgación de la disposición sancionadora por parte de la autoridad administrativa.
- (ii) Costos de Cumplimiento: cuando los individuos realizan sus elecciones con relación a cumplir o no con la disposición sancionadora promulgada,
- (iii) Costos de Adjudicación: en el desarrollo del enforcement de la disposición sancionadora por parte de la autoridad administrativa.

En términos generales, con cargo a una mayor precisión posterior, podría establecerse la siguiente relación³⁰:

- (i) Los estándares suelen ser menos costosos que las reglas al momento de la *promulgación* de la disposición sancionadora.
- (ii) Generalmente, las reglas tienen un costo social más bajo que los estándares en el período en que los individuos realizan sus elecciones relacionadas con el *cumplimiento* o no la disposición sancionadora promulgada.
- (iii) Las reglas son habitualmente menos costosas que los estándares en el momento en el cual la autoridad administrativa realiza el *enforcement* de la disposición sancionadora promulgada.

El Cuadro 2 muestra un resumen de lo expuesto previamente, y exhibe una relación inicial entre los tipos de costos sociales, el momento en que estos se manifiestan, si ocurren de manera previa o posterior al

27 Kaplow, "Rules versus Standards", 1572.

28 Se entenderá como enforcement la utilización de la fuerza pública para conseguir el acatamiento de la ley; lo que comprende el empleo de los agentes gubernamentales (reguladores, supervisores, fiscalizadores, auditores, policías, fiscales) para detectar y sancionar a los trasgresores de las normas legales. Ver Mitchell Polinsky y Steven Shavell, "The Theory of Public Enforcement of Law" en *Handbook of Law and Economics*, 1, ed. Mitchell Polinsky y Steven Shavell (Elsevier, 2007, 405).

29 Schäfer, "Legal Rules and Standards", 2.

30 Kaplow, "Rules versus Standards", 568-570.

momento antes indicado, quién los asume y cuál es la opción –regla o estándar– que minimiza los costos sociales en cuestión.

Cuadro 2
Las disposiciones sancionadoras vistas desde la minimización de sus costos sociales

Tipos de Costos Sociales	Cuando se manifiestan	Cuando se incurren	Quién debe asumirlos	Opción que minimiza costo
Costos de Especificación	Promulgación	ExAnte/ExPost	Autoridad	Estándares
Costos de Cumplimiento	Acatamiento	ExAnte/ExPost	Ciudadano	Reglas
Costos de Adjudicación	Enforcement	ExPost ³¹	Autoridad	Reglas

Elaboración propia
Fuente: recopilación de los autores

Una selección correcta del grado de precisión de las disposiciones sancionadoras ya sea, mediante el empleo de una regla o un estándar, dependerá de la apropiada minimización de los costos sociales –de especificación, cumplimiento y adjudicación– previamente expuestos.

Por ejemplo, una disposición sancionadora que pretenda contar con un alto grado de precisión desde el momento de su promulgación, como la prohibición de destinar mercancías prohibidas³² empleada por las normas aduaneras, adoptará la forma de una regla y tendrá altos costos iniciales de especificación cuando deba determinar qué mercancías se encuentran prohibidas de ingresar o salir del territorio nacional³³. Sin embargo, traerá consigo un ahorro significativo de costos para su destinatario cuando deba decidir si cumple con tal disposición, así como para la autoridad administrativa, cuando evalúe su eventual trasgresión.

Contrariamente, una disposición sancionadora que adopte la forma de un estándar, como es el caso de la “prohibición relativa”³⁴ de las normas de competencia, acarreará bajos costos iniciales de especificación para la autoridad administrativa, pero sí le generará costos al ciudadano –cuando deba decidir si cumple con la disposición– como consecuencia de sus gastos en asesorías legales, inversión de tiempo para adquirir conocimiento acerca del alcance de normativa, entre otros, así como a la autoridad administrativa cuando, a su vez, le corresponda evaluar su eventual violación, dado que no sólo deberá verificar el acaecimiento de la conducta prohibida sino, además, que ésta tiene efectos negativos para la competencia y el bienestar de los consumidores.

31 Debido a que los Costos de Adjudicación se manifiestan durante el enforcement regulatorio, estos se incurren únicamente cuando acaece esta actividad, es decir de modo Ex post a la actividad en cuestión.

32 Decreto Legislativo N° 1053 que aprueba la Ley General de Aduanas
“Artículo 188º.- Principio de Legalidad
Para que un hecho sea calificado como infracción aduanera, debe estar previsto en la forma que establecen las leyes, previamente a su realización. No procede aplicar sanciones por interpretación extensiva de la norma.”

“Artículo 192.- Infracciones sancionables con multa
Cometen infracciones sancionables con multa:
(...)
b) Los despachadores de aduana, cuando:
(...)
9.- Destinen mercancías prohibidas;”

33 Lista de mercancías prohibidas de importación:
<http://www.sunat.gob.pe/orientacionaduanera/mercanciasrestringidas/listas/listaMercanciaProhibida-Importa.pdf>
Lista de mercancías prohibidas de exportación:
<http://www.sunat.gob.pe/orientacionaduanera/mercanciasrestringidas/listas/listaMercanciaProhibida-Exporta.pdf>

34 Decreto Legislativo N° 1034 que aprueba la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas
“Artículo 9.- Prohibición relativa.- En los casos de prohibición relativa, para verificar la existencia de la infracción administrativa, la autoridad de competencia deberá probar la existencia de la conducta y que ésta tiene, o podría tener, efectos negativos para la competencia y el bienestar de los consumidores.”

4. La optimalidad de la elección entre una regla o un estándar tomando en cuenta los costos de especificación y adjudicación

Se ha señalado que una ventaja de las reglas con relación a los estándares es que las primeras permiten un ahorro de los costos de agencia que van a ser asumidos por la autoridad administrativa cuando deba determinar si una conducta es ilícita o no, debido a que la especificación de la conducta prohibida ocurre en un momento inicial y único; mientras que los segundos encarecen los referidos costos de agencia, porque estos deben ser asumidos en cada oportunidad en que se deba evaluar la ilicitud de la conducta en cuestión³⁵. No obstante, debe tenerse en cuenta que existen reglas simples y complejas, así como estándares simples y complejos³⁶, lo que podría variar la afirmación anterior.

Por otro lado, no existen disposiciones sancionadoras puras. Lo más apropiado es mencionar que existen cuerpos normativos sancionadores con una marcada tendencia ya sea hacia los estándares o a las reglas. Incluso, dentro de un mismo organismo, es posible identificar disposiciones sancionadoras que recurren, a la vez, al empleo de reglas o de estándares, como ocurre en el Osiptel, donde los incumplimientos en materia de interconexión son tipificados de manera general bajo la forma de reglas³⁷ y, en ocasiones, mediante estándares³⁸ cuyos alcances deben ser especificados de modo posterior al acto, o constituyen verdaderos “cajones de sastre”³⁹, con la intención de ampliar su ámbito de aplicación.

En ocasiones, la pretensión de dotar a una regla de un alto grado de precisión podría tornarla muy compleja, facilitando de este modo su elusión en lugar de un mayor acatamiento, o incrementando los escenarios de “acatamiento creativo”⁴⁰, en los cuales el regulado parece cumplir con la regulación, no obstante que burla su objetivo. Asimismo, a fin de evitar rigidez ante un contexto social cambiante (por ejemplo, en sectores de contenidos heterogéneos o sometidos a un alto grado de innovación tecnológica), es usual establecer reglas que contengan excepciones⁴¹, a fin de facilitar la labor de adjudicación. Sin embargo, cuando estas últimas dominan y dejan de ser excepcionales, podría ser preferible el empleo de disposiciones sancionadoras que adquieran la forma de estándares en lugar de reglas.

Efectivamente, pese a que ha adoptado la forma de una regla, una disposición sancionadora podría contener múltiples e imprecisas excepciones que aumentarían los costos de cumplimiento y adjudicación de los individuos y la autoridad administrativa, respectivamente, como es el caso de las excepciones establecidas en la regulación de la eximente de responsabilidad por subsanación empleada por el Osinermin⁴². Como

35 Richard Posner, *El Análisis Económico del Derecho* (Lima, Fondo de Cultura Económica, 1998): 510

36 Kaplow, *Rules versus Standards*, 566.

37 Un ejemplo de tipificación bajo la forma de “regla” puede encontrarse en el numeral 28, del Anexo 5 del Régimen de Infracciones y Sanciones contenido en la Resolución de Consejo Directivo N° 134-2012-CD-OSIPTTEL y modificatorias que aprueba el Texto Único Ordenado de las Normas de Interconexión:

“La empresa operadora que incumpla la obligación de comunicar a OSIPTTEL los nuevos formatos a utilizarse en los reportes de tráfico, en un plazo de cinco (5) días calendario siguientes al acuerdo respectivo, incurrirá en infracción leve.”

Nótese que la estructura del texto en cuestión es simple, el acaecimiento de la consecuencia lleva aparejado la simple verificación del transcurso de un plazo, luego de lo cual no requiere ningún esfuerzo adicional de especificación.

38 Un ejemplo de tipificación bajo la forma de “estándar” puede encontrarse en el numeral 47, del Anexo 5 del Régimen de Infracciones y Sanciones contenido en la Resolución de Consejo Directivo N° 134-2012-CD-OSIPTTEL y modificatorias que aprueba el Texto Único Ordenado de las Normas de Interconexión:

“La empresa operadora de servicios públicos de telecomunicaciones que interrumpa, suspenda o corte, por causa imputable a ella, un enlace de interconexión que una su red con la red de otra empresa operadora, incurrirá en infracción grave.”

Obsérvese que en este caso, no solo debe acreditarse el acaecimiento del acto prohibido, sino además que este fue motivado por una causa que puede ser atribuida a esta mediante un título de imputación (“por causa imputable a ella”), lo que requiere de una valoración de las circunstancias concomitantes al acto en cuestión y por ende, la determinación de un estándar que sirva de referencia.

39 Un ejemplo de “cajón de sastre” puede encontrarse en el numeral 51, del Anexo 5 del Régimen de Infracciones y Sanciones contenido en la Resolución de Consejo Directivo N° 134-2012-CD-OSIPTTEL y modificatorias que aprueba el Texto Único Ordenado de las Normas de Interconexión:

“La empresa operadora que incumpla con las disposiciones relativas a la tasación, rangos horarios, escenarios de aplicación y cualquier otra regulación sobre los cargos de interconexión, incurrirá en infracción muy grave.”

El término “cualquier otra regulación sobre los cargos de interconexión” funciona como un “cajón de sastre” que permite al regulador no tener en incurrir en nuevo costo de especificación.

40 Se denominan «acatamientos creativos» a los mecanismos o procesos mediante los cuales los regulados evitan tener que violar las normas, y lo hacen esquivando sus alcances, pero violando su espíritu. Supongamos que, para proteger a las tiendas pequeñas, un gobierno legisla la prohibición que ordena a las tiendas que posean un terreno superior a los 10,000 metros cuadrados que no pueden abrir los domingos por la tarde. Una empresa minorista podría cumplir creativamente tal norma dividiendo las operaciones que realiza en 12,000 metros cuadrados en dos operaciones enlazadas de 6,000 metros cuadrados. De esta manera cumple con la ley, pero evita el objetivo de la legislación. Ver Robert Baldwin, Martin Cave y Martin Lodge, *Understanding Regulation*, 2nd ed. (New York: Oxford University Press, 2012), 232.

41 Posner, *El Análisis Económico del Derecho*; 511.

42 Resolución de Consejo Directivo N° 040-2017-OS-CD del 9 de marzo de 2017 que aprueba el nuevo Reglamento de Supervisión, Fiscalización y Sanción de las Actividades Energéticas y Mineras a cargo de Osinermin, adecuado a las disposiciones de la Ley 27444 modificado por el Decreto Legislativo N° 1272

“Artículo 15.- Subsanación voluntaria de la infracción

se ha indicado anteriormente, en estos casos, el empleo de un estándar podría resultar preferible a la utilización de una regla, como ocurre en la versión original del eximente por subsanación regulado en el TUO de la LPAG⁴³.

La frecuencia de la especificación de la conducta regulada y la adjudicación de la disposición sancionadora es también un criterio importante para determinar el uso de una regla o un estándar⁴⁴. Por ejemplo, resulta deseable que las disposiciones sancionadoras por incumplir los límites máximos de velocidad de tránsito automovilístico, debido a la mayor frecuencia de su aplicación, asuman el costo de especificación inicial y adopten la forma de reglas⁴⁵; a diferencia de aquellas que gobiernan la responsabilidad por accidentes de tráfico aéreo⁴⁶, cuya especificación está sujeta a una probabilidad de ocurrencia que puede ser infinitesimal y, por tanto, resulta preferible que tengan la forma de estándares⁴⁷ que se especifiquen ex post en el fuero

15.1 La subsanación voluntaria de la infracción solo constituye un eximente de responsabilidad cuando se verifique que los incumplimientos detectados fueron subsanados antes del inicio del procedimiento sancionador.

15.2 La subsanación voluntaria de la infracción con posterioridad al inicio del procedimiento administrativo sancionador no exime al Agente Supervisado de responsabilidad ni sustrae la materia sancionable, sin perjuicio que pueda ser considerado como un criterio atenuante para efectos de la graduación de sanción.

15.3 No son pasibles de subsanación:

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

No obstante se pretende establecer una regla, que disminuya los costos de especificación inicial, el empleo indiscriminado de las excepciones en este artículo genera incertidumbre sobre los escenarios de aplicación de la regla, incrementando los costos de cumplimiento para los ciudadanos y de adjudicación para la autoridad administrativa.

43 TUO de la LPAG

"Artículo 255.- Eximentes y atenuantes de responsabilidad por infracciones

1.- Constituyen condiciones eximentes de la responsabilidad por infracciones las siguientes:

(...)

f) La subsanación voluntaria por parte del posible sancionado del acto u omisión imputado como constitutivo de infracción administrativa, con anterioridad a la notificación de la imputación de cargos a que se refiere el inciso 3) del artículo 253."

A fin de ahorrar costos de especificación inicial, el legislador ha preferido no definir de manera previa qué deberá entenderse por subsanación (¿retrotraer efectos? ¿reparar o remediar? ¿adecuar la conducta?), dejando a cargo de los particulares y de la autoridad administrativa especificar sus alcances, quienes deberán hacerse cargo de los costos de cumplimiento y adjudicación que ello involucra.

44 Véase Kaplov, "Rules versus Standards", 573; Schäfer, "Legal Rules and Standards", 3.

45 Decreto Supremo N° 016-2009-MTC que aprueba el Texto Único Ordenado del Reglamento Nacional de Tránsito

"Artículo 162.- Límites máximos de velocidad. Cuando no existan los riesgos o circunstancias señaladas en los artículos anteriores, los límites máximos de velocidad son los siguientes: a) En zona urbana: 1. En Calles y Jirones: 40 Km/h. 2. En Avenidas: 60 Km/h. 3. En Vías Expresas: 80 Km/h. 4. Zona escolar: 30 Km/h. 5. Zona de hospital: 30 Km/h. b) En Carreteras: 1. Para, automóviles, camionetas y motocicletas: 100 Km/h. 2. Para vehículos del servicio público de transporte de pasajeros: 90 Km/h. 3. Para casas rodantes motorizadas: 90 Km/h. 4. Para vehículos de carga: 80 Km/h. 5. Para automotores con casa rodante acoplada: 80 Km/h. 6. Para vehículos de transporte de mercancías peligrosas: 70 Km/h. 7. Para vehículos de transporte público o privado de escolares: 70 Km/h. c) En caminos rurales: 60 Km/h."

46 Durante el año 2017 ocurrieron diez accidentes aéreos en todo el mundo que implicaron a aviones civiles de más de 14 pasajeros, presentándose 44 muertos. (Aviation Safety Network, 2017, Airliner Accident Statistics 2017. Recuperado de <https://aviation-safety.net/>).

47 Resolución Ministerial N° 361-2011-MTC-02 que aprueba el "Reglamento de Infracciones y Sanciones Aeronáuticas

"Artículo 16.- Tramitación de Acciones Legales Pertinentes

La responsabilidad por las infracciones tipificadas en este Reglamento es de naturaleza administrativa y no excluye las responsabilidades de otros fueros a que hubiera lugar. Por ello, sin perjuicio del procedimiento administrativo sancionador iniciado por la Junta de Infracciones, y de ser el caso, la DGAC tramitará de oficio ante el Procurador Público a cargo de los asuntos judiciales del MTC, las acciones legales que estime pertinentes."

El régimen aeronáutico no determina ex ante una regla sobre todas las posibles causas de los accidentes aéreos que permita reducir los costos de especificación inicial, dejando que ello ocurra en un momento posterior, lo que ocurrirá durante el fuero civil que se instaure, donde la evaluación de si se actuó o no con la dirigencia debida adoptará la forma de un estándar.

civil, con independencia de las demás infracciones, distintas a la determinación de responsabilidad por el accidente.

El carácter homogéneo o heterogéneo de las conductas infractoras que son objeto de la tipificación es también un criterio relevante para seleccionar el empleo de una regla o un estándar⁴⁸. Para Hirsch⁴⁹, cuando exista una gran heterogeneidad de casos pasibles de encontrarse bajo el ámbito de una disposición, el empleo de un lenguaje general –propio de los estándares– podría emparejar la incertidumbre en relación con el ámbito de aplicación de tal disposición y facilitar el cumplimiento. Sin embargo, la utilización de un lenguaje específico para cada uno de los casos concebibles (propio de las reglas), involucrará una mayor complejidad y pequeñas economías de escala pues, debido a su heterogeneidad, la especificación normativa solo podrá emplearse con respecto a un pequeño porcentaje de casos.

Bajo las condiciones antes señaladas, podría ser óptimo el empleo de disposiciones sancionadoras que adopten la forma de estándares, cuando éstas provean a los ciudadanos ciertas reglas básicas que les permitan un ahorro de costos de especificación inicial para la determinación de las conductas que se encontrarían comprendidas bajo el ámbito de la disposición sancionadora. El objetivo es encontrar un equilibrio adecuado entre el beneficio marginal de la reducción de la incertidumbre y el costo marginal de la especificación normativa. Un ejemplo de ello son las normas que regulan la protección al consumidor, las cuales, bajo el supuesto mencionado, han establecido el principio de primacía de la realidad⁵⁰, cuyo diseño normativo posee la forma de un estándar.

El Cuadro 3 muestra diversas combinaciones de escenarios de minimización de Costos de Especificación y Adjudicación según el tipo de disposición sancionadora que se emplee –regla o estándar–. Son aspectos importantes para dicha evaluación la alta o baja innovación del sector regulado, la heterogeneidad u homogeneidad de las conductas objeto de las disposiciones sancionadoras y la alta o baja frecuencia de estas, entre otros.

Cuadro 3
El empleo de una Regla o Estándar que minimiza los Costos de Especificación y de Adjudicación

Tipo de disposición sancionadora	Regula Alta Innovación		Regula Conductas Heterogéneas		Frecuencia de Conducta es Alta	
	SI	NO	SI	NO	SI	NO
Reglas		✓		✓	✓	
Reglas y excepciones	✓		✓			
Estándares	✓		✓			✓

Elaboración propia

5. La optimalidad de la elección entre una regla o un estándar tomando en cuenta los costos de cumplimiento

Se ha indicado que las reglas suelen ser comparativamente menos costosas que los estándares en el momento en que los individuos realizan sus elecciones con relación a cumplir o no con la disposición sancionadora promulgada. Como refiere Kaplow⁵¹, a diferencia de las reglas, los estándares les exigen a los individuos que realicen una predicción de cómo la autoridad administrativa decidirá en lo que atañe a si una conducta se encontrará o no dentro de los alcances de la disposición sancionadora, lo cual incrementa los costos de cumplimiento de los individuos. No obstante, se debe tener en cuenta factores adicionales cuando se decida entre el empleo de un estándar o una regla.

48 Véase Kaplow, "Rules versus Standards", 582-583; Schäfer, "Legal Rules and Standards", 3

49 Werner Z. Hirsch, "Reducing Law's Uncertainty and Complexity", *UCLA Law Review* 21 (1973-1974), 1240.

50 Código de Proyección y Defensa del Consumidor, Ley 29571

"Artículo V.- Principios El presente Código se sujeta a los siguientes principios:
(...)

8. Principio de Primacía de la Realidad. - En la determinación de la verdadera naturaleza de las conductas, se consideran las situaciones y relaciones económicas que efectivamente se realicen, persigan o establezcan. La forma de los actos jurídicos utilizados en la relación de consumo no enerva el análisis que la autoridad efectúe sobre los verdaderos propósitos de la conducta que subyacen al acto jurídico que la expresa."

51 Kaplow, "Rules versus Standards", 569.

La cantidad de información que los individuos requieran obtener para determinar el ámbito de aplicación de una regla o de un estándar afecta los costos de cumplimiento y, asimismo, constituye un criterio relevante para determinar una elección óptima⁵². Cuando la complejidad de la conducta exige la obtención de información costosa para determinar si ésta debe prohibirse o no, el amplio alcance –propio de los estándares– originaría que los individuos demanden un mayor volumen de información para tales efectos, incrementando sus costos. En tales casos será preferible la utilización de una regla, pues permite ahorrar costos de cumplimiento, como aconteció al tipificarse la tolerancia máxima del grado de contaminación, denominado límite máximo permisible (LMP), incluida en la regulación ambiental⁵³, la cual ha adoptado la forma de una regla.

La simplicidad del contenido de una regla o un estándar también reduce los costos de cumplimiento y, consecuentemente, es un requisito adicional para su elección óptima⁵⁴. Así, debido a que, en ocasiones, el estándar suele emplear un lenguaje más sencillo para el ciudadano común, esto podría favorecer su cumplimiento porque la observancia se convertiría en una actividad más intuitiva y, por ende, sería menos costosa la determinación de las conductas que están bajo el ámbito de una disposición sancionadora. Contrariamente, en el caso de una regla –incluso cuando se cumpliera el supuesto de la voluntad de acatamiento–, su cumplimiento podría ser más complicado cuando el ciudadano carezca del conocimiento especializado necesario. Una muestra de ello es la incorporación del principio de buena fe en las normas de protección al consumidor del Indecopi⁵⁵, que adopta la forma de un estándar.

No obstante lo señalado en el párrafo anterior, existen estándares complejos como la “prohibición relativa” de las normas de competencia, cuyo entendimiento es más bien complicado, pues la determinación de los alcances para identificar el perjuicio a la competencia y al bienestar del consumidor, requiere de un alto grado de especialización que no posee el ciudadano común. La elección de las disposiciones sancionadoras que, en estos casos, adopte la forma de estándares, se justifica cuando la magnitud del ahorro de los costos iniciales de especificación para la autoridad administrativa es superior al costo de cumplimiento en que incurrirán los ciudadanos no especializados.

El grado de aversión al riesgo de los ciudadanos sometidos a la aplicación de una disposición sancionadora que adopte la forma de una regla o un estándar puede determinar los costos de cumplimiento. Consecuentemente, es una variable importante que se debe tomar en cuenta en la elección óptima entre la regla y el estándar⁵⁶. Dada la precisión propia del lenguaje utilizado en el diseño normativo de las reglas, éstas tienden a reducir la incertidumbre a la que se enfrentan los individuos adversos al riesgo, algo que podría ocurrir en menor medida con los estándares.

Un ejemplo de lo anterior es la tipificación de la ausencia de un manual para la prevención y gestión de los riesgos del lavado de activos y financiamiento terrorista como infracción administrativa, dispuesta por la Superintendencia de Banca y Seguros⁵⁷, la cual, al adoptar la forma de regla, permite minimizar el efecto de la aversión al riesgo de los administrados bajo el ámbito de esta regulación. Como los individuos carecen generalmente de suficiente información acerca de las conductas que se encuentran bajo el ámbito de aplicación de un estándar (lo que aumenta su incertidumbre), esto favorece el uso de reglas.

El Cuadro 4 muestra diversas combinaciones de escenarios de minimización de Costos de Cumplimiento según el tipo de disposición sancionadora que se emplee –regla o estándar–. Son aspectos importantes en esta evaluación la alta o baja cantidad de excepciones a las reglas empleadas, la abundante o escasa información que requiere el ciudadano para comprender el contenido de la regulación y obedecerla, la sencillez o complejidad del contenido de esta y la precisión o imprecisión del lenguaje empleado por la disposición sancionadora, entre otros.

52 Posner, *El Análisis Económico del Derecho*, 511.

53 Véase la Resolución de Consejo Directivo N° 045-2013-OEFA/CD: Aprueban Tipificación de Infracciones y Escala de Sanciones relacionadas al incumplimiento de los Límites Máximos Permisibles (LMP) previstos para actividades económicas bajo el ámbito de competencia del OEFA.

54 Posner, *El Análisis Económico del Derecho*, 511.

55 Código de Proyección y Defensa del Consumidor, Ley 29571
“Artículo V.- Principios El presente Código se sujeta a los siguientes principios:
(...)”

5. Principio de Buena Fe. - En la actuación en el mercado y en el ámbito de vigencia del presente Código, los consumidores, los proveedores, las asociaciones de consumidores, y sus representantes, deben guiar su conducta acorde con el principio de la buena fe de confianza y lealtad entre las partes. Al evaluar la conducta del consumidor se analizan las circunstancias relevantes del caso, como la información brindada, las características de la contratación y otros elementos sobre el particular.”

56 Kaplov, “*Rules versus Standards*”, 605.

57 Resolución S.B.S N° 5167-2016

“No contar con un manual para la prevención y gestión de los riesgos del LA/FT debidamente aprobado por el órgano correspondiente” constituye infracción administrativa pasible de ser multada con 4 UIT.

Cuadro 4
El empleo de una Regla o Estándar que minimiza los Costos de Cumplimiento

Tipo de disposición sancionadora	Contiene muchas excepciones		Requiere mucha información		Tiene contenido complejo		Emplea lenguaje impreciso	
	SI	NO	SI	NO	SI	NO	SI	NO
Reglas		✓	✓		✓		✓	
Estándares	✓			✓		✓		✓

Elaboración propia

6. ¿Reglas versus estándares?: el grado de desarrollo económico importa

Es imprescindible agregar que la elección entre una disposición sancionadora que adopte la forma de una regla o un estándar podría variar en concordancia con el grado de riqueza del país o sector económico en el cual se aplicará. Siguiendo a Schäfer⁵⁸, en tal determinación debe tenerse en cuenta (i) el índice de dilación de las decisiones (ii) el nivel de corrupción, y (iii) el grado de concentración del capital humano.

Manteniendo todo lo demás constante, como se muestra en el Cuadro 5, las disposiciones sancionadoras que adopten la forma de reglas podrían resultar, en términos generales, más atractivas que los estándares en los países o sectores económicos en desarrollo –los cuales están caracterizados por tener altos índices de dilación en la toma de sus decisiones– porque su simplicidad permite la generación de economías de escala; en aquellos con elevados niveles de corrupción, pues reducen el espacio para las decisiones discrecionales; y donde existe escaso capital humano adecuadamente formado, debido a que los operadores jurídicos toman decisiones similares y rutinarias. Como señala Posner⁵⁹, en los países pobres la balanza parecería inclinarse en favor de las reglas debido a que son más fáciles de administrar.

Tabla 5
Grado de Desarrollo Económico y Empleo de una Regla o un Estándar

Tipo de Disposición Sancionadora	Alta dilación de decisiones		Alto nivel de corrupción		Bajo grado concentración capital humano	
	SI	NO	SI	NO	SI	NO
Reglas	✓		✓		✓	
Estándares		✓		✓		✓

Elaboración propia

Lo expresado no debe llevar a la fácil conclusión que las disposiciones sancionadoras basadas en reglas son automáticamente preferibles a los estándares cuando se trata de países en desarrollo. Existen en estos, organismos públicos que han formado un buen capital humano que no tienen antecedentes de corrupción y cuyo tiempo para la toma de sus decisiones ha ido disminuyendo. En algunos países emergentes se han profundizado estas virtudes y, en el caso peruano en particular, destacan las normas de competencia, en las cuales resulta óptimo que el empleo de estándares domine gran parte del diseño legal de sus disposiciones sancionadoras.

Un factor que entorpece el proceso del uso creciente de los estándares en Perú es la alta rotación de personal que se registra en algunos sectores, la cual impide formar cuadros adecuados. Otro elemento perjudicial es el escaso personal especializado que se encuentra disponible para resolver la gran cantidad de casos, lo que no permite analizarlos minuciosamente. Esto origina que, dada su aplicación sencilla y rutinaria, resulte todavía conveniente en tales sectores la utilización de disposiciones sancionadoras que, de modo predominante, adopten la forma de reglas, como se aprecia en las normas de protección de los

58 Hans-Bernd Schäfer, "Rule-Based Legal Systems as a Substitute for Human Capital. Should Poor Countries Have a More Rule Based Legal System?", *German Working Papers in Law and Economics* 20 (2001): 5-8.

59 Richard Posner, "Creating a Legal Framework for Economic Development", *The World Bank Research Observer*, vol. 13, no. 1 (1998): 5.

derechos del consumidor del Indecopi o de reclamos de los usuarios de servicios públicos de los organismos reguladores.

Si se desea emplear estándares que le otorguen flexibilidad a la autoridad administrativa de un país en vías de desarrollo para que se adapte a los cambios sociales, económicos, tecnológicos, etc., es necesario asegurar, previamente, la formación de un adecuado capital humano, disponer de directrices claras para evitar que se cometan actos de corrupción, así como contar con recursos suficientes para contratar al personal idóneo para la resolución celeré de los casos complejos.

7. Conclusiones

No resulta sencillo determinar *prima facie* si una disposición sancionadora debe adoptar la forma de una regla o de un estándar. Como se ha mostrado en el presente texto, la decisión que se tome, más que recurrir a la doctrina y fundamentarse en una categoría estrictamente jurídico-dogmática del Derecho Administrativo, debe basarse en la comparación de los costos y beneficios marginales de cada elección normativa.

En ese sentido, no hay una respuesta única sobre el grado de precisión tipificante que debe poseer una disposición sancionadora. La elección óptima del empleo de una regla o de un estándar será aquella que minimice todos los costos sociales –de especificación, cumplimiento y adjudicación– derivados de tal determinación. En algunos casos, será preferible el empleo de una regla; y en otros, corresponderá optar por un estándar.

Por lo tanto, en un escenario donde se evalúen todas las características desarrolladas, será tarea del legislador o del operador jurídico optimizar la tipificación de las disposiciones sancionadoras a través de la minimización de sus costos sociales, lo que se conseguirá mediante el empleo de una regla o el uso de un estándar.

8. Bibliografía

Alza, Carlos. “¿Qué se entiende por Regulación? Enfoques y equivocidad”, *Revista de Derecho Administrativo* N° 10, tomo 2 (2011).

Baldwin, Robert, Martin Cave, y Martin Lodge. *Understanding Regulation* 2nd ed. New York: Oxford University Press, 2012.

Braithwaite, John, y Valerie Braithwaite. “The Politics of Legalism: Rules Versus Standards in Nursing-Home Regulation”, *Social & Legal Studies* 4 (1995).

Durand, Francisco. *Cuando el poder extractivo captura al Estado. Lobbies, puertas giratorias y paquetazo ambiental en el Perú*. Lima: Oxfam, 2016.

García de Enterría, Eduardo, y Tomás-Ramón Fernández. *Curso de Derecho Administrativo II*, 9ª ed. Navarra: Civitas Ediciones, S.L., 2005.

Hirsch, Werner Z. “Reducing Law’s Uncertainty and Complexity”, *UCLA Law Review* 21 (1973-1974).

Hood, Christopher. *Explaining Economic Policy Reversals*. Philadelphia: Open University Press, 1994.

Kaplow, Louis. “Rules versus Standards: An Economic Analysis”, *Duke Law Journal* 42,1992.

Melgar Córdova, Eduardo. “Lo bueno, lo malo y lo feo: el rol de la doctrina en el derecho administrativo”, *Prometheo Portal Jurídico* (11 abril, 2019 [citado el 22 de abril de 2020] Círculo de Derecho Administrativo): disponible en: <http://prometheo.pe/lo-bueno-lo-malo-y-lo-feo-el-rol-de-la-doctrina-en-el-derecho-administrativo/>

Morgan, Bronwen, y Karen Yeung. *An Introduction to Law and Regulation*. New York: Cambridge University Press, 2007.

Moss, David. “Reversing the Null: Regulation, Deregulation, and the Power of Ideas”, *Harvard Business School*, Working Paper 10-080 (2010).

Nieto García, Alejandro. *Derecho Administrativo Sancionador* 4ª ed. Madrid: Editorial Tecnos, 2005.

Ogus, Anthony. *Regulation: Legal Form and Economic Theory*. Oxford: Hart Publishing, 2004.

- Polinsky, Mitchell, y Steven Shavell. "The Theory of Public Enforcement of Law" en *Handbook of Law and Economics*, 1, editado por Mitchell Polinsky y Steven Shavell. Elsevier, 2007.
- Posner, Richard. "Creating a Legal Framework for Economic Development", *The World Bank Research Observer*, vol. 13, no. 1 (1998).
- Posner, Richard. *El Análisis Económico del Derecho*. Lima: Fondo de Cultura Económica, 1998.
- Quintana, Eduardo. "Los reguladores de electricidad, saneamiento y telecomunicaciones en su espacio: ¿captura o administración de recursos dispersos?", *Themis Revista de Derecho* 52 (2006).
- Rubio, Marcial. *El Sistema Jurídico*. Lima: Fondo Editorial PUCP, 2009.
- Salvo Tambo, Ignacio. *La Potestad Sancionadora y el Principio de Legalidad, Comentarios a la Reforma de Procedimiento Administrativo (Análisis de la Ley 4/1999)*. Valencia: Tirant lo blanch, 1999.
- Santamaría Pastor, Juan Alfonso. *Principios de Derecho Administrativo General II*, 1ª ed. Madrid: IUSTEL, 2004.
- Schäfer, Hans-Bernd. "Legal Rules and Standards", *German Working Papers in Law and Economics* 2 (2002).
- Schäfer, Hans-Bernd. "Rule-Based Legal Systems as a Substitute for Human Capital. Should Poor Countries Have a More Rule Based Legal System?", *German Working Papers in Law and Economics* 20 (2001).
- Shavell, Steven. *Foundations of Economic Analysis of Law*. Cambridge: Harvard University Press, 2004.
- Solanes, Miguel. "Servicios públicos y regulación. Consecuencias legales de las fallas de mercado", *CEPAL* 2, (1999).
- Stigler, George. "The Theory of Economic Regulation", *The Bell Journal of Economics and Management Science* 2, no. 1, (1971).
- Sunstein, Cass R. "Problems with Rules", *California Law Review*, no. 83, (1995).
- Veljanovski, Cento. "Strategic Use of Regulation" en *The Oxford Handbook of Regulation*, editado por Robert Baldwin, Martin Cave y Martin Lodge. United Kingdom: Oxford University Press, 2013.
- Windholz, Eric. *Governing Through Regulation: Public Policy, Regulation and the Law*. Great Britain: Routledge Taylor & Francis, 2018.