
¿Cómo calcular el monto de las multas?

Criterios de la Sala de Propiedad Intelectual del Tribunal del INDECOPI

Víctor Revilla(*)

Economista. Vicepresidente de la Sala de Propiedad Intelectual del INDECOPI

1 El problema.

Desde el inicio de sus actividades en 1996 los vocales de la Sala de Propiedad Intelectual (SPI) tuvieron que resolver el problema de establecer el monto de las multas por infracción a los derechos de propiedad intelectual, sobre todo infracciones de marcas comerciales y de piratería de *software*, video cassettes y libros. Las cuestiones a resolver eran del tipo: ¿Qué multa imponer al que vende *software* ilegal en la Avenida Wilson, al que vende libros en un semáforo, a la empresa que utiliza programas de cómputo copiados sin autorización? ¿Cien soles, mil... o un millón de dólares, como se solicitó alguna vez con toda seriedad?

Dejar la respuesta a la intuición tiene el riesgo de que en diferentes ocasiones, para infracciones similares, se apliquen multas muy diferentes. Es preciso reducir el margen de subjetividad porque el análisis casuístico, sin un marco de referencia de aplicación sistemática, puede llevar a decidir bajo la influencia de criterios que circunstancialmente han adquirido relevancia o, incluso, de los estados de ánimo, lo que lleva a decisiones contradictorias, injustas e ineficaces.

Para resolver el problema planteado, es decir, para encontrar un método que permita decidir de acuerdo a

ley y con justicia, vamos a revisar los criterios de la ley peruana, los de la tradición del pensamiento occidental y los que nos pueda aportar la lógica económica.

2 Los criterios de la legislación peruana.

La Ley de Derechos de Autor, Decreto Legislativo No.822, es más específica que la Ley de Propiedad Industrial, Decreto Legislativo No.823, en cuanto a los criterios para la aplicación de sanciones en general (no sólo de multas) por infracciones a los derechos de propiedad intelectual. Por ello veremos sólo la primera norma citada, pues es muy probable que las conclusiones sean aplicables también a las infracciones a los derechos de propiedad industrial.

Los criterios que se mencionan en el capítulo VI del Decreto Legislativo No.822 son:

- 1) Gravedad de la falta.
- 2) Conducta del infractor a lo largo del procedimiento.
- 3) Perjuicio económico que hubiese causado la infracción.
- 4) Provecho ilícito obtenido por el infractor.
- 5) Otros criterios que dependiendo de cada caso particular, considere adecuado adoptar la oficina.

Se puede estar más o menos de acuerdo con estos

(*) Si bien lo escrito aquí compromete al autor y no al INDECOPI, he contado con la colaboración de varias personas de la institución y el método para calcular las multas fue elaborado por los vocales de la Sala de Propiedad Intelectual.

criterios, pero no cabe duda que, en un caso concreto, diferentes jueces pueden aplicarlos con toda seriedad y llegar a montos de multa muy diferentes. La distancia que media entre ellos y el resultado cuantitativo al que se tiene que llegar es todavía muy grande, por lo que se requiere complementarlos con criterios operativos que permitan alcanzar el objetivo de reducir el margen de subjetividad en la aplicación de multas.

2.1 Los criterios tradicionales.

Entre los pensadores occidentales que han estudiado el tema hay quienes consideran que la pena se justifica por sí misma, como Hegel, para quien “la pena es una función lógica”, “un momento necesario” o los defensores de la teoría contractual, según la cual existiría una especie de contrato entre el sujeto y la sociedad, en cumplimiento del cual ésta sanciona a quien incumple las normas sociales. En estas teorías, denominadas absolutas, se encuentra siempre como denominador común un elemento vindicativo.

Otros consideran que la pena no se justifica por sí misma sino por algo exterior a ella, como es el fin que se persigue con su aplicación, y han elaborado diversas teorías, llamadas relativas por contraste con las anteriores:

- Las **teorías de mejoramiento** ven al infractor como un enfermo o como alguien que nació con una orientación negativa. Es el caso del criminal nato de Lombroso. De hecho, se constata que la mayoría de los delincuentes tuvieron una infancia irregular, lo cual va en concordancia con este enfoque y, por otra parte, deja sin sustento la aplicación de cualquier criterio vindicativo.

- Para la **teoría de la propia defensa** la sociedad, como el individuo, tiene derecho a castigar cuando actúa en defensa propia.

- En la **teoría de la intimidación** la sociedad se defiende asustando a otros posibles infractores.

- La **teoría de la restauración de la justicia** parte del supuesto que ésta ha sido dañada por el delito y se requiere una sanción como compensación.

- Según la **teoría de la necesidad** si no se castiga el delito la vida social sería imposible.

La opinión generalizada entre los estudiosos del tema es, ciertamente, que la pena no tiene justificación

en sí pero, por otra parte, se reconoce que ninguna de las teorías relativas, considerada aisladamente, permite explicar cabalmente el problema. Por ejemplo, la teoría de la intimidación es criticada porque el infractor, una persona humana, es utilizada como un medio y no como lo que es, un fin en sí mismo; y tampoco la experiencia muestra que la intimidación tenga éxito, sobre todo en el caso de delitos mayores y de delincuentes contumaces. La teoría de restauración de la justicia lleva a imponer penas proporcionales a los delitos, pero la lógica del “ojo por ojo” no siempre es convincente.

Un ejemplo dramático, usado para ilustrar este punto, es el de la madre que increpa al jurado por querer condenar a muerte al hijo que mató a su hermano: “perdí un hijo, y ahora ustedes me quieren quitar al otro”. La teoría de la necesidad de la supervivencia de la vida social normal es lógicamente válida, pero la experiencia enseña que la fuerza disuasiva de la justicia no depende tanto de la gravedad de las penas como de la seriedad con que se aplican. La delincuencia disminuye cuando la policía es eficaz, los jueces son incorruptibles y actúan con independencia, y las sentencias se pueden predecir normalmente.

2.2 Un criterio económico.

La aplicación del análisis costo-beneficio le ha servido a los economistas para invadir áreas reservadas tradicionalmente a otros profesionales, y el área del Derecho no es la excepción.

Aquí se propone partir de la hipótesis de que el infractor actúa con racionalidad económica y tomar como objetivo de la aplicación de multas el llegar al “óptimo social”, es decir, una situación en que los individuos alcanzan el máximo bienestar posible sin afectar el bienestar de los demás.

En el caso de las infracciones a los derechos de propiedad intelectual, la hipótesis de la racionalidad económica de los agentes aparece como particularmente adecuada, dado que por lo general es el ánimo de lucro el que las motiva. Es evidente que en otros casos sería más discutible suponer que el agente se guía por la racionalidad económica (el caso de los crímenes pasionales o de los comandos suicidas, por ejemplo) porque los motivos que llevan al hombre

a actuar son muy variados y no pueden ser representados exclusivamente por el incentivo económico.

Suponemos, en consecuencia, que el incentivo para infringir la legislación de propiedad intelectual es el provecho, el beneficio o la utilidad, que espera alcanzar el infractor por medio de su actividad ilícita.



Al evaluar la posibilidad de delinquir, el infractor potencial tiene como incentivo el provecho ilícito y tiene como desincentivo la eventualidad de tener que pagar una multa por lo que, aparentemente, bastaría con imponer multas que superen el valor del provecho ilícito, obtenido o por obtener, para disuadirlo de cometer la infracción.

Formalmente, si “M” es el monto de la multa y “B” el beneficio o provecho ilícito, la condición que debería cumplirse es:

$$M > B$$

Sin embargo, debe tenerse presente que quien delinque sabe que, con suerte, no será sancionado y

podrá obtener el íntegro del provecho económico de su actividad ilícita y que, sin suerte para él, será sancionado con una multa. Por ejemplo, si estima que cada infracción le reportará una ganancia de S/.100.00 y que será detectado y sancionado sólo una de cada cuatro veces, entonces una multa de S/.100.00 (igual al provecho ilícito) no será suficiente para disuadirlo. La infracción seguirá siendo considerada como rentable porque su beneficio esperado será de S/.300.00. En este ejemplo la multa disuasiva, la que hace que la infracción no sea una actividad rentable, es de S/.400.00, que es el resultado de dividir el provecho ilícito por la probabilidad que asigna el infractor al evento de ser sancionado (igual a S/.100.00 dividido por 1/4).

Formalmente, si “p” es la probabilidad que el infractor asigna al evento de ser sancionado:

$$M > \frac{B}{P}$$

Fórmula que la SPI utiliza para calcular el monto de las multas que impone⁽¹⁾. La base del cálculo es, por consiguiente, el valor del provecho ilícito obtenido por el infractor; valor que debe ser aumentado dependiendo de la probabilidad que el infractor asigne a la eventualidad de ser sancionado si reincide.

3 Determinación del provecho ilícito.

Se trata de un problema práctico cuya solución depende, en primer lugar, de la disponibilidad de información.

Por lo general, la SPI está obligada a utilizar exclusivamente los datos obtenidos en la diligencia de inspección porque es difícil o imposible obtener información adicional confiable. Es el caso de la piratería de *software*, por ejemplo, donde no se puede volver a verificar las características de los programas de ordenador materia de la denuncia porque ya fueron borrados. Se depende, en buena cuenta, de la labor

(1) En anexo se presenta dos variaciones de esta fórmula que incorporan otras variables o condiciones (que el infractor tenga la posibilidad de desarrollar una actividad lícita rentable, el riesgo de error de la autoridad y el costo de la actividad formal). Las fórmulas permiten aclarar el impacto de dichas variables en el comportamiento de los agentes y en el bienestar de la sociedad, por lo que son útiles para fijar la estrategia y políticas de INDECOPI, pero no son operacionales para la determinación de sanciones.

realizada por los inspectores de INDECOPI, la cual no es fácil por la resistencia de los denunciados y porque muchas veces se trata de empresas informales que no llevan contabilidad.

Ante la insuficiencia de la información disponible para obtener un estimado plenamente justificado del provecho ilícito, en cada caso particular la SPI debe realizar cálculos basados en la lógica económica, utilizando criterios similares a los que se aplican en la valorización o tasación de los activos de propiedad intelectual, en la medida de lo posible. Por ejemplo, en los casos de venta ilegal de *software*, el volumen de ventas diario estimado se multiplica por el precio del *software* en el mercado informal, y el resultado se multiplica por el tiempo que duró la actividad ilícita. Cuando se trata del usuario final se considera que el provecho ilícito es por lo menos igual a lo que ahorró el infractor con la copia ilegal, es decir, igual al precio del *software* formal, que es lo que evitó pagar con su acción ilícita.

4 La probabilidad de ser sancionado.

Aunque no haya oído hablar jamás de probabilidades, el infractor potencial estima de alguna manera el riesgo a que se expone. Por convención se considera que esa percepción, que se encuentra en la mente del infractor⁽²⁾, es un valor entre cero (es imposible que el evento ocurra) y uno (es imposible que el evento no ocurra). Tratándose de un valor subjetivo que, además, corresponde a la subjetividad del infractor, la SPI debe partir de un valor razonable, que se considere llevará a una multa disuasiva para el infractor promedio, y luego variar dicho valor atendiendo a las particulares circunstancias (atenuantes o agravantes) del caso.

Para determinar el monto de la multa la SPI multiplica por dos, por lo menos, el monto del provecho ilícito estimado, lo que equivale a suponer que el valor mínimo que el infractor atribuye a la probabilidad de ser sancionado es de 0.5. Sólo en circunstancias excepcionales la SPI ha optado por valores mayores,

cuando los hechos demuestran que el infractor ha sido disuadido al punto de crear certeza de que no volverá a cometer la infracción.

El método que utiliza la SPI para determinar el monto de las multas por infracciones a los derechos de propiedad intelectual (...) tiene la ventaja de partir de un concepto cuantificable, como es el provecho ilícito

La conducta del infractor a lo largo del procedimiento es considerada como un indicio de lo difícil que puede resultar disuadirlo de repetir su falta. En consecuencia, la renuencia a colaborar con la autoridad en la investigación y otras actitudes negativas llevan a la SPI a aumentar la multa en un monto adicional igual al provecho ilícito, lo que equivale a suponer que el valor de la probabilidad disminuye a un tercio.

En cuanto a la gravedad de la falta, el Decreto Legislativo No.822 precisa que, para calificar de grave una falta se requiere que concurra alguna de las siguientes circunstancias:

- 1) Vulneración de los derechos morales.
- 2) Obrar con ánimo de lucro o con fines de comercialización, sean estos directos o indirectos.
- 3) Presentación de declaraciones falsas o la adulteración de datos.
- 4) Realización de actividades de una entidad de gestión sin contar con autorización.
- 5) La difusión que haya tenido la infracción cometida.
- 6) La reiterancia o reincidencia en la realización de las conductas prohibidas.

Es difícil aplicar literalmente estos criterios, por las siguientes razones, entre otras:

- Dado que el ánimo de lucro implica gravedad, todas las faltas de las empresas son graves porque toda empresa tiene como objetivo reportar utilidades. Por

(2) Se discute sobre la conveniencia de considerar más bien los valores que se encuentran en la mente de otros infractores potenciales, para tomar en cuenta el efecto disuasivo que la multa aplicada a uno pueda tener sobre los demás. Frente a esta opción del "experimentar en cabeza ajena" la SPI ha optado por la opción del "trabajo a la medida".

algo el ánimo de lucro es considerado tradicionalmente como el motor de la empresa capitalista.

- De acuerdo al texto, para que una falta sea considerada grave basta con que se dé una de las circunstancias citadas, lo que llevaría a la conclusión que una falta puede ser grave o no serlo, pero que no existen faltas más graves que otras. Más razonable parece considerar que cuanto más circunstancias agravantes existan más grave será la falta.

- Algunas de las circunstancias agravantes citadas duplican criterios ya especificados. Así, por lo general, si hay provecho ilícito es porque hubo ánimo de lucro; y si la falta se comete con fines de comercialización el provecho ilícito obtenido será mayor; y, por último, las declaraciones falsas y la adulteración de datos tienen una sanción especificada ya en el artículo 5 del Decreto Legislativo No.807.

- Por último, el perjuicio económico que hubiese causado la infracción, que aparece como un criterio independiente para la determinación de las sanciones, debería ser considerado como una de las circunstancias a considerar para determinar la gravedad de la falta.

- En la práctica la circunstancia agravante que se presenta con mayor frecuencia es el comercio de la propiedad intelectual de otro, en contraste con la utilización de dicha propiedad en provecho propio. Dado el caso, la SPI incrementa nuevamente la multa en un monto igual al provecho ilícito estimado, lo que equivale a reducir la probabilidad a un cuarto (0.25).

Por último, en los casos en que la infracción tenga un impacto muy grave, como podría ser si se pone en riesgo la salud o la vida de las personas, la SPI considera que debería aumentarse aún más la multa, pero no porque estime que la probabilidad de que el infractor reincida haya aumentado sino porque, siendo conscientes de que se trata de una estimación, es preciso asegurar que el efecto disuasivo se va a lograr⁽³⁾.

En consecuencia, la aplicación del método descrito llevará a la imposición de multas que oscilarán, por lo general, entre dos y cuatro veces el monto del provecho ilícito estimado.

5 Conclusión.

El método que utiliza la SPI para determinar el monto de las multas por infracciones a los derechos de propiedad intelectual está de acuerdo con lo que establece la legislación sobre la materia, y tiene la ventaja de partir de un concepto cuantificable, como es el provecho ilícito. Es cierto que aún queda un margen para la subjetividad y que en algunos casos es difícil determinar el monto del provecho ilícito, pero la experiencia ha mostrado que el método es una buena guía conceptual. Prueba de ello es que se han verificado algunas coincidencias notables en las estimaciones de la SPI y las Oficinas, desde que éstas decidieron adoptarlo.

El método se sitúa entre las teorías del pensamiento occidental denominadas relativas, pues en él la pena no se justifica en sí misma sino en algo exterior a ella, el bienestar de la sociedad, siendo el objetivo disuadir al infractor de reincidir. Por otra parte, el método no entra en contradicción con las teorías relativas citadas, salvo con la de intimidación. Como se ha indicado, esta teoría de la intimidación es rechazada porque utiliza al ser humano como un medio. Además, fijar las multas por encima del monto suficiente para disuadir lleva al deterioro de la sociedad, pues la gente no ve la sanción como lo justamente merecido por una mala conducta sino como una forma de terrorismo avalado por el Estado⁽⁴⁾.

Por último, es de esperar que un método basado en la eliminación del incentivo económico de la infracción, será eficaz para disuadir efectivamente a la mayoría de la población, y ello al mínimo costo social, con aumento de la predictibilidad y la consiguiente reducción de los costos de transacción para los usuarios.

Anexo 1: Análisis considerando variables adicionales.

En la fórmula presentada en el texto:

$$M > \frac{B}{P} \quad M > \frac{C}{P}$$

(3) En el anexo 2 se explica por qué sólo en el caso de infracciones que causan un daño muy grave a la sociedad se debe elevar excepcionalmente el valor de las multas.

(4) Citando a Beccaria, HYLTON, Keith N. *Gain-Based Versus Harm-Based Penalties: Optimality and Implication for Law Enforcement*. Boston: Boston University School of Law, 1997.

Se aprecia que el provecho ilícito (en el numerador) no es la medida de la multa que puede disuadir de la infracción, sino que tiene que ser dividido por la probabilidad de ser detectado y sancionado (número menor a la unidad) por lo que el monto de la multa debe ser mayor al provecho ilícito para que tenga efecto disuasivo, es decir, para que el valor del beneficio económico esperado de la actividad ilícita sea negativo. Por ejemplo, si dicha probabilidad es de 0.5 el criterio utilizado lleva a una multa que duplique el provecho ilícito.

También se concluye de la fórmula anterior que la multa no es el único instrumento para disuadir al posible infractor. En efecto, si bien “p” es la probabilidad que el agente atribuye a la eventualidad de ser castigado por la autoridad y es, por lo tanto, un valor subjetivo, es razonable suponer que un agente económico suficientemente informado considerará un valor cercano a la probabilidad estadística, es decir, a la relación entre el número de infractores sancionados “S” con respecto al número total de infractores “N” lo que equivale a decir que:

$$P \approx \frac{S}{N}$$

En consecuencia, sin necesidad de aumentar las sanciones se puede disuadir a los agentes aumentando el número de infractores sancionados, lo cual se puede lograr, por ejemplo, con mayor eficacia en las acciones de detectar y encontrar pruebas fehacientes de las infracciones cometidas.

Hasta aquí se ha considerado como objetivo para disuadir el fijar la multa de modo que la actividad ilícita no sea rentable, es decir, que se ha impuesto la condición de que el beneficio esperado sea negativo. Implícitamente se ha considerado que el agente no tiene alternativa, o que la actividad lícita alternativa es de rentabilidad cero. Sin embargo, si el agente económico tiene la alternativa de desarrollar una actividad legítima que también sea rentable, la condición para determinar el valor de la multa disuasiva será que el valor esperado de la actividad ilícita sea inferior a la rentabilidad de la actividad legal y, en consecuencia, el valor de la multa disuasiva será menor. En el caso límite en que ambas actividades son igualmente rentables, cualquier monto de multa, por pequeño que sea, será disuasivo.

Normalmente la utilidad o beneficio de la actividad lícita “BL” será menor que el de la ilícita “BI” y formalmente la condición a cumplir para que la multa sea disuasiva será:

$$BL > (1 - p) * BI + p * (BI - M)$$

Expresión de la cual, despejando “M” se obtiene:

$$M > \frac{BI - BL}{P}$$

En consecuencia, para la autoridad y para los dueños de la propiedad intelectual, existe otra línea de acción alternativa a la de aplicar multas elevadas, que es la de velar porque los infractores tengan la posibilidad de acceder a la actividad legal y hacer más rentable esta actividad, lo cual se puede lograr facilitando el acceso al trabajo formal y reduciendo los costos de la legalidad.

Por último, conviene considerar la posibilidad de que un infractor sea investigado pero que no sea sancionado porque no existen pruebas fehacientes en su contra o, al contrario, que un inocente sea sancionado, caso este que lamentablemente no puede ser descartado en el Perú. Para ello se propone partir de la alternativa que se presenta al agente económico, quien al decidir sobre respetar o no los derechos de propiedad intelectual de otros, sabe que las consecuencias de cada acción son diferentes:

1) Si decide respetar los derechos intelectuales de los demás tendrá que incurrir en un costo para utilizar la propiedad intelectual de ellos, por ejemplo, pagar los derechos de autor, pagar por el diseño de una etiqueta en lugar de copiarla, etc. y cualquier otro costo a que se vea sometido por tener una actividad formal. Pero también sabe el agente que ello implicará que sea muy reducida la posibilidad de verse sometido a investigación por infracción y que, dado el caso, sea también muy reducida la probabilidad de ser sancionado.

2) Si, al contrario, decide infringir la ley, la posibilidad de verse sometido a investigación es mayor, y es mayor también la probabilidad de ser sancionado.

Aparte de las consideraciones morales o de otro tipo que puedan afectar la decisión, si el beneficio

esperado de la segunda acción es mayor que el de la primera, entonces el agente económico tendrá un incentivo para infringir la ley. Lo que se pretende aquí es determinar en qué condiciones cumplir la ley será más conveniente para los agentes.

En términos formales, si para simplificar se supone que el beneficio derivado de la actividad económica es igual a “B”, sea esta legal o ilegal, pero que es preciso asumir un costo “C” por actuar dentro de la formalidad, que “p₂” es la probabilidad de que la autoridad sancione a un inocente y “M” el monto de la multa, entonces el valor esperado de cumplir la ley es:

$$VL = (1 - p_2) * B + p_2 * (B - M) - C$$

Una primera conclusión que se deriva de la expresión anterior, es que el costo de la legalidad reduce el valor del beneficio esperado de la actividad formal (que es el incentivo económico a invertir en el área de que se trate) y, en consecuencia, deprime esta actividad e incentiva indirectamente al delito. Así, por ejemplo, si el precio de los programas de cómputo o de los videos es elevado, el incentivo al delito es también elevado porque dicho costo reduce directamente las utilidades de la actividad legal y porque los mayores precios de venta reducen el número de clientes.

También se puede concluir que, si la probabilidad de que se sancione inocentes “p₂” es superior a cero, elevar las multas tendrá los mismos efectos, es decir, que reducirá la rentabilidad y, por lo tanto, la oferta en la respectiva rama formal de la producción, porque los agentes económicos se alejarán de esta.

En cambio, para quien infringe la ley la probabilidad de ser sancionado “p₁” debe ser mayor que el valor “p₂” del caso anterior. El valor esperado de infringir la ley será entonces:

$$VL = (1 - p_1) * B + p_1 * (B - M)$$

Para que sea más beneficioso cumplir la ley que no cumplirla se debe tener:

$$VL > VI$$

Reemplazando valores y despejando “M” se obtiene:

$$M > \frac{C}{P_1 - P_2}$$

Es necesario notar que se ha supuesto que la utilidad o beneficio de la actividad, sea legal o ilegal, es la misma “B” en ambos casos, lo cual implica que cualquier costo derivado de actuar de acuerdo a ley está incluido en el valor de “C” y que este equivale, por lo tanto, al provecho ilícito, es decir, al total de lo que gana o ahorra el infractor por el hecho de incumplir la ley.

Se observa además que la autoridad dispone de tres instrumentos para lograr que el delinquir no resulte una actividad rentable:

- 1) Fijar el monto de las multas.
- 2) Desarrollar un trabajo eficiente para detectar a los infractores y demostrar su culpabilidad (aumentar la probabilidad de que los infractores sean sancionados y reducir el riesgo de sancionar inocentes).
- 3) Reducir los costos de la actividad legal por la vía de las cargas tributarias o de los requisitos burocráticos, por ejemplo.

En la aplicación de este último instrumento pueden contribuir también los propietarios de los derechos intelectuales, reduciendo el costo “C” de la legalidad, si cobran precios moderados por autorizar la utilización de sus derechos.

Una conclusión que se deriva de este resultado confirma lo indicado líneas arriba, en el sentido que la aplicación de sanciones elevadas puede no tener efecto disuasivo si no se discrimina cuidadosamente a los verdaderos infractores. En efecto, si la probabilidad de sancionar inocentes es elevada y las sanciones caen por igual sobre cumplidores de la ley e infractores, el denominador de la ecuación anterior se aproxima a cero y, en consecuencia, por grandes que sean las multas no se logrará ningún efecto disuasorio. En el límite, en caso de arbitrariedad completa (p₁ = p₂), el monto de la multa disuasoria tiende a infinito. Por último, cuando los verdaderos culpables nunca son sancionados la situación es peor aún que la arbitrariedad completa, porque entonces el denominador se hace negativo y se llega al resultado paradójico de que la multa se convierte en un incentivo a la delincuencia.

Otra conclusión que se deriva del resultado anterior es que, si no existe riesgo de que un inocente sea

sancionado ($p_2=0$) se cuenta con una garantía de que las situaciones negativas descritas en el párrafo anterior no se presentarán, lo que muestra la importancia que tiene el respeto escrupuloso de la legislación y el evitar actitudes prepotentes de la autoridad.

Anexo 2: El daño causado

En teoría, basta con aplicar multas de monto igual al provecho ilícito dividido por la probabilidad de que se aplique la sanción para disuadir a los agentes de incumplir la ley. Pero los valores de las probabilidades son subjetivos, dependen de cada individuo y son, por lo tanto, desconocidos para la autoridad⁽⁵⁾.

Siempre se encontrarán individuos que no serán disuadidos por las multas aplicadas, sea porque consideran que la probabilidad de volver a ser sancionados es mínima o porque tienen una particular preferencia por asumir riesgos⁽⁶⁾. Por lo tanto, el valor de la probabilidad a escoger para fijar las multas no tiene que ser el del promedio, la mediana, ni ningún valor de tendencia central, sino que debe fijarse en cada caso por el criterio de la relación costo - beneficio social. En particular, si el daño causado a la sociedad por la infracción es realmente grave, la autoridad debe elevar la multa de modo de asegurarse que no habrá reincidencia.

Por ejemplo, si para simplificar se considera que un infractor sólo puede tener cinco diferentes percepciones del riesgo que afronta de ser sancionado, siendo las probabilidades respectivas de 0, 0.25, 0.5, 0.75 y 1, en el primer caso siempre delinquirá pues no habrá multa que pueda disuadirlo, mientras que en el último será disuadido con cualquier multa que supere el provecho ilícito. Si la infracción causa un daño realmente grave a la sociedad, la autoridad debe imponer una multa que asegure que no se repetirá, en la medida de lo posible. Si el valor de éste es de S/. 100 una multa de millones de dólares lo disuadirá en cuatro de las posibilidades consideradas, pero el mismo efecto se puede lograr con una multa de S/.400.

Por otra parte, si la falta no es particularmente grave, el valor máximo de S/.400 no será el más conveniente y la autoridad deberá decidir qué valor de multa fijará

entre S/.100 y S/.400 y, en consecuencia, la probabilidad de que el agente sea disuadido: Si se fija en S/.134 en dos de las posibilidades consideradas el agente dejará la actividad ilegal, con S/.200 será en tres y en cuatro con S/.400. Como es lógico, los titulares de los derechos de propiedad intelectual insistirán en que la autoridad aplique el valor más elevado, pero ello implicará que en tres de los casos el agente se vea sancionado con una multa innecesariamente elevada, y esto no se hace sin costo social. Si bien la multa es una transferencia de dinero del infractor al gobierno en que, en principio, no necesariamente hay pérdida de bienestar para la sociedad, porque uno pierde pero ganan otros, hay razones que inducen a pensar que sí hay pérdida social cuando se imponen multas innecesariamente elevadas:

1) Aunque sea baja, la probabilidad de error del juez existe, y es posible que se sancione a inocentes, en cuyo caso el mayor monto de las multas hace que el error tenga consecuencias más graves.

2) El ideal es que el infractor se incorpore a la actividad económica legal, en beneficio de todos, pero la posibilidad de que esto ocurra está en relación inversa con el monto de las multas. En realidad, los más interesados en que el pirata no quiebre ni pase a la clandestinidad sino que se convierta en su cliente formal comercializando sus productos o servicios, deberían ser precisamente los propietarios de los derechos o quienes en su representación proveen dichos productos o servicios.

3) El costo administrativo de cobrar las multas aumenta con el valor de estas, porque los afectados opondrán mayor resistencia, será mayor el número de los que apelarán el resultado o se ocultarán para evitar el pago.

En teoría, el punto óptimo será aquél en que esta pérdida social marginal por aumentar la multa sea igual al beneficio marginal social por aumentar la probabilidad de disuadir al infractor con el incremento de la multa. En consecuencia, si la actividad ilícita que se quiere evitar es particularmente dañina para la sociedad el monto de la multa se fijará de modo de disuadir a la gran mayoría de los agentes. ^{AB}

(5) El valor de la probabilidad no es, en consecuencia, un dato cierto, sino que tiene que ser considerado como una variable aleatoria con su propia función de probabilidad, con su forma particular y medidas de tendencia central y de dispersión.

(6) Al utilizar el valor del beneficio esperado en lugar de una función de utilidad se supone implícitamente que los agentes son neutrales en cuanto al riesgo.