

Parámetros para medir la eficiencia de la sanción administrativa. Una aproximación a la luz del Análisis Económico del Derecho (AED).

Autor: Jean Carlo Abarca Maldonado, Doctorando en Derecho, Universidad de Navarra.

Resumen: El objetivo de la presente comunicación es proponer parámetros que nos sirvan para medir la eficiencia de la sanción administrativa en la protección de los bienes jurídicos, utilizando el análisis económico del Derecho.

Abstract: The objective of this communication is to propose parameters that help us to measure the efficiency of the administrative sanction in the protection of legal assets, using the economic analysis of Law.

Keywords: Administrative law, sanctions, economic analysis of law.

Palabras claves: Derecho administrativo, sanciones, análisis económico del derecho

I.- Consideraciones preliminares.

En el diseño de la norma jurídica se suelen plasmar valores, disvalores e incentivos para afectar la conducta de las personas en la vida social. Sin embargo, no suele medirse si dichos diseños una vez implementados tuvieron el impacto deseado, es decir, si efectivamente lograron ordenar la conducta humana. Ello se ve agravado cuando se mandata a órganos de la Administración, que han sido diseñados para satisfacer una necesidad pública¹ a ejercer de persecutores, sustanciadores y verdaderos jueces de las infracciones administrativas a pesar de no contar con los recursos suficientes para cumplir dicha función.

Al respecto, no es la intención de la presente comunicación cuestionar la existencia de la potestad sancionadora por parte de la Administración, pues tal como dijera el Tribunal Constitucional Español un sistema con la separación clásica de poderes no ha funcionado nunca históricamente y es lícito dudar que fuera viable², y porque en la actualidad

¹ ARANCIBIA MATTAR, JAIME. “El principio de necesidad de la sanción administrativa como potestad de última ratio”, en “Sanciones Administrativas. X Jornadas de derecho administrativo, Asociación de Derecho Administrativo”. 2014. Editorial Legalpublishing. Santiago de Chile. Pág. 132

² Sentencia 77/1983, FJ. 2: “No cabe duda que en un sistema en que rigiera de manera estricta y sin fisuras la división de los poderes del Estado, la potestad sancionadora debería constituir un monopolio judicial y no podría estar nunca en manos de la Administración, pero un sistema semejante no ha funcionado nunca históricamente y es lícito dudar que fuera incluso viable, por razones que no es ahora momento de exponer con detalle, entre las que se pueden citar la conveniencia de no recargar en exceso las actividades de la Administración de Justicia como consecuencia de ilícitos de gravedad menor, la conveniencia de dotar de

comparto la visión de SOTO VELASCO en el sentido que la “nueva” separación de poderes les entrega a una serie de organismos estatales que funcionan con tareas específicas y como órganos de contrapesos entre ellos mismos³, y la discusión sobre la separación clásica de poderes parece algo abandonada, así como la discusión sobre la legitimidad del Derecho Administrativo Sancionador (DAS).

Sin perjuicio de ello, al revisar el diseño y el funcionamiento de las normas aplicables al DAS, surge el cuestionamiento respecto a la escasa investigación sobre la real efectividad de las sanciones administrativas, ya que no encontré estudios que tuvieran como objeto estimar si una vez impuestas las sanciones administrativas previstas en la ley tuvieron los efectos esperados y, en consecuencia, medir su real utilidad⁴.

En ese cuestionamiento, el Análisis Económico del Derecho (AED) resulta ser una gran herramienta, como metodología de investigación desde las ciencias económicas para los efectos de estudiar la eficiencia de la norma jurídica⁵, que nos permitiría determinar la eficiencia de las sanciones administrativas, o al menos en esta comunicación, nos permitirá acercarnos a los parámetros que se podrían utilizar para lograr dicho fin.

II.- Finalidad de la Sanción Administrativa.

La primera pregunta que debemos tratar de responder para determinar los parámetros para medir la eficiencia de la sanción administrativa es la siguiente: ¿cuál es su finalidad?. Lo anterior, teniendo en especial consideración que más allá de ser un ejercicio del *Ius*

una mayor eficacia al aparato represivo en relación con ese tipo de ilícitos y la conveniencia de una mayor inmediación de la autoridad sancionadora respecto de los hechos sancionados”.

³ Al respecto sostiene: “...la investigación sostiene que la nueva separación de poderes ya no inspira la separación de funciones entre poderes balanceados a fin de proteger derechos y libertades, sino que es más bien fundamento para un reparto de funciones entre diversos órganos del Estado a fin de evitar la concentración del poder...” SOTO VELASCO, S. La vieja y la nueva separación de poderes en la relación entre el Poder Ejecutivo y el Poder Legislativo. *Estudios constitucionales* [online]. 2018, vol.16, n.2 [citado 2022-08-11], pp.449-480. Disponible en:

http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-52002018000200449&lng=es&nrm=iso
Consultado el 11 de agosto de 2022.

⁴ En el mismo sentido se pronuncian Barragué Calvo y Doménech Pascual al señalar que: “...La interdisciplinariedad -más o menos lograda- que en siglos anteriores caracterizaba a los estudios de Derecho en general y de Derecho administrativo en particular pasa a verse negativamente, a ser considerada como una impureza científica que hay que eliminar. Este aislamiento del conocimiento jurídico de otros saberes... ha estrechado notablemente las miras de nuestros juristas y les ha impedido aprovechar los espectaculares avances metodológicos y sustantivos habidos en otras disciplinas durante las últimas décadas”. BARRAGUÉ CALVO, B. y DOMÉNECH PASCUAL, G. El análisis interdisciplinar del Derecho Público. En tratado de Derecho Administrativo Volumen I. Introducción. Fundamentos. Rodríguez, Doménech y Arroyo Coords. 2021. Editorial Marcial Pons. Madrid, España. Pág. 500.

⁵ Doménech Pascual, G. «Sobre el poder explicativo del análisis económico del Derecho. En especial, del Derecho de daños», InDret, núm. 2/2019. Pág. 4. Disponible en:
<https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=6949120> Consultado el 11 de agosto de 2022.

Puniendi, no goza de la misma intensidad en la protección de bienes jurídicos como la pena en el Derecho Penal.

La distinción que realizo tiene sentido para los efectos de plantear un contrapunto a la doctrina mayoritaria en la materia, pues ésta parece pacífica⁶ al señalar que la sanción administrativa tendría una finalidad retributiva en cuanto a asignar al infractor un reproche acorde a la norma infringida⁷; y una finalidad preventiva para los efectos de desincentivar la realización de las conductas no deseadas por el legislador⁸, utilizando a la Administración para ello, y si bien parece poco cuestionable que ambas finalidades se encuentran inmersas en la sanción administrativa, creo que no se ha planteado en la discusión actual el real sentido de la sanción administrativa.

Y ello (creo) se debe a que al transponer la lógica del Derecho penal al Derecho administrativo sancionador⁹, se pierde de vista en el debate académico que la función de la Administración no es la de juzgar conductas o realizar reproches morales a los ciudadanos respecto de su actuar¹⁰, sino que la función esencial corresponde a la materialización de las políticas públicas para satisfacer necesidades públicas que se definen a través de la ley¹¹, constituyéndose el DAS como una herramienta más para la persecución de ese fin y, en consecuencia, la sanción administrativa gozaría de una finalidad última que es servir para la protección de bienes públicos que la política pública trata de satisfacer y, accesoriamente, gozaría de las finalidades retributivas y preventivas.

⁶ PEMAN GAVIN, I. El sistema sancionador español (Hacia una teoría general de las infracciones y sanciones administrativas). 2000. Cedecs Editorial. Barcelona, España. Pág. 35

⁷ Bermúdez lo entiende como “*aquella retribución negativa prevista por el ordenamiento jurídico e impuesta por la administración Pública por la comisión de una infracción administrativa*”. BERMÚDEZ SOTO, J. Elementos para definir las sanciones administrativas. Revista Chilena de Derecho. Número especial. 1998. Pág. 326.

⁸ Al respecto NIETO ha planteado que: “*El fin de las sanciones es, en último extremo, el cumplimiento de determinadas normas. Si se multa a los automovilistas imprudentes no es tanto para “retribuirles” su pecado, sino, mucho más simplemente, para que no vuelvan a pecar*”. NIETO GARCÍA, A. Derecho Administrativo Sancionador, Tecnos, Madrid, 1994, pag. 122;

⁹ Lo que se puede ver resumido en la discusión planteada entre teorías ontológicas, cuantitativas y formalistas en: SALAT PAISAL, M. La Relación entre el derecho penal y el derecho administrativo sancionador. Una propuesta basada en la idea de la prisión como última ratio. 2021. Editorial Tirant Lo Blanch. Valencia, España. pp. 18-32.

¹⁰ “*La Administración, tras constatar la comisión de una infracción, no debe dirigir, porque no es su cometido, ningún reproche moral o ético al infractor*”. PALMA DEL TESO, A. Principio de culpabilidad en Derecho Administrativo Sancionador. Tecnos. 1996. Madrid, España. pág. 42

¹¹ DE POZAS, LUIS JORDANA. “Ensayo de una teoría del fomento en el derecho administrativo.” *Revista de estudios políticos* 48 (1949). Pág. 41. Disponible en: <https://www.cepc.gob.es/sites/default/files/2021-12/7421rep048040.pdf> Consultado el día 17 de agosto de 2022.

III.- ¿La eficiencia o el Bienestar Social en el Análisis Económico del Derecho (AED)?

La importancia de clarificar la finalidad de la sanción administrativa radica en que la única forma de medir su eficiencia es fijando los parámetros de medición sobre su finalidad real y no sobre las finalidades extrapoladas por la doctrina desde el Derecho penal hacia el DAS.

Sin perjuicio de ello, la mayor crítica que se le realiza al AED, es la búsqueda de la “eficiencia” en la norma jurídica, lo que BARRAGUÉ y DOMÉNECH resumen señalando que la búsqueda de la eficiencia (que se critica) sería la maximización de la riqueza “...entendida aproximadamente como lo que estarían dispuestos a pagar los hombres por los bienes existentes...lo importante es aumentar la riqueza global, poner cada recurso en manos de la persona que está dispuesta a pagar más por él, siendo indiferente...”¹² la acumulación del recurso o la inequidad que se produzca.

Lo que ya resumiera CALABRESI en los años 60 al señalar que “...Algunos pueden tomar el análisis de Coase para sugerir que poca o ninguna intervención del gobierno suele ser la mejor regla...”¹³ en términos de eficiencia ya que la no intervención estatal elimina todos los costos transaccionales¹⁴ y el mercado tendería hacia un óptimo de Pareto¹⁵ lo que sería contrario a los fines de justicia y equidad que se buscan en la norma jurídica¹⁶.

¹² BARRAGUÉ CALVO, B. y DOMÉNECH PASCUAL, G. Ob. cit. pág. 512.

¹³ CALABRESI, GUIDO. Transaction Costs, Resource Allocation And Liability Rules-A Comment*. En: The Journal of Law and Economics Volume 11, Number 1, Apr., 1968. Pág. 73. Disponible en: <https://www.journals.uchicago.edu/doi/abs/10.1086/466644> Consultado el día 09 de agosto de 2022.

¹⁴ CALABRESI a propósito de la responsabilidad civil, planteó que la principal función de las leyes de responsabilidad civil es reducir el total de costes de los accidentes y de las medidas necesarias para evitarlos, por lo que diseña soluciones que responden a una propuesta no unilateral en relación al mercado, podrá ser aceptable lo que se denomina sistema de prevención general que se fundamenta en el establecimiento de rémoras y obstáculos que estimulen el abandono de la actividad potencialmente causante de daños y que permitan lograr la solución eficiente en el mercado, como un sistema de prevención específica que basada en cualquier criterio de decisión colectiva, consiente la intervención del Estado, por intermedio del Derecho, prohibiendo ciertas actividades o gravándolas de forma que resulten más costosas. TORRES LÓPEZ, J. Análisis Económico del Derecho. Panorama Doctrinal. Editorial Tecnos. 1987. Madrid España. Pág. 42.

¹⁵ “La eficiencia, en el sentido de Pareto, se predica si una situación no puede cambiarse para que un agente mejore su situación sin que otra persona vea empeorada la propia. Es decir, no puede haber resignación de recursos sin desmejorar la situación de alguno de los involucrados”. ALARCÓN PEÑA, A. Los juristas frente a los mercados: herramientas del análisis económico del derecho. Revista IUSTA [en línea]. 2011, 2(35), 125-136. ISSN: 1900-0448. Disponible en: <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=560358694006> Consultado el día 09 de agosto de 2022

¹⁶ En este sentido TORRES LÓPEZ, J. “De ahí los intentos de establecer el Análisis Económico del Derecho sobre unas bases más amplias que permitan conducirlo, sin necesidad de renunciar absolutamente

Sin embargo, esta crítica es propia del modelo neoclásico del AED, que corrientes posteriores como expone KAPLOW y SHAVELL cuestionan y plantean que el análisis de la norma jurídica debe ser en búsqueda del “Bienestar de los individuos en la sociedad”¹⁷ dando los siguientes argumentos:

1. *En primer lugar, la búsqueda de nociones de justicia se produce a expensas del bienestar de las personas. Dar peso a cualquier noción de equidad implica aceptar la conclusión de que puede ser bueno adoptar reglas legales bajo las cuales, literalmente, todos salgan peor parados. Así, las nociones de equidad se oponen en un sentido fundamental al bienestar de los individuos.*
2. *En segundo lugar, no encontramos fundamentos para las nociones de equidad que justifiquen promoverlas a expensas del bienestar de las personas. Examinamos la literatura jurídica y filosófica, así como la experiencia y la intuición, para identificar las principales nociones de equidad que se aplican en cuatro contextos jurídicos básicos (agravios, contratos, procedimientos legales y aplicación de la ley) en un intento de determinar por qué podría pensarse que deben perseguirse las nociones de equidad.... Tras un examen minucioso de las diversas nociones de equidad, las situaciones reales bajo consideración y las consecuencias de elegir reglas basadas en estos principios, encontramos difícil descubrir razones sólidas para considerar que los principios de equidad tienen fuerza normativa independiente. En muchos casos, los individuos que parecerían ser los beneficiarios previstos de una noción de equidad -por ejemplo, las víctimas de accidentes o de incumplimientos de contratos- estaban peor bajo reglas que se suponía que eran justas para ellos. Y en otros aspectos, las reglas justas parecían tener poca conexión con las ideas subyacentes a las nociones de equidad.*
3. *También dedicamos una atención sustancial a la cuestión de por qué las nociones de equidad poseen tanto atractivo, si nuestra crítica de ellas tiene la fuerza que pretendemos. Una parte importante de nuestra respuesta tiene que ver con las normas sociales. Comenzamos observando que la mayoría de las nociones de equidad parecen corresponder a normas sociales, principios que los miembros bien socializados de la sociedad utilizan para guiar su comportamiento en la vida cotidiana. Luego, basándonos en una larga tradición académica, sugerimos que las normas sociales que subyacen a las principales nociones de justicia tienden a tener la función de promover el bienestar de los individuos en las interacciones ordinarias, por ejemplo, al desalentar el comportamiento oportunista. Finalmente, explicamos las implicaciones de estos puntos para el papel de las nociones de equidad en la evaluación de políticas. Debido a que las normas sociales tienen una poderosa influencia en nuestras mentes, no sorprende que las ideas relacionadas con la justicia parezcan importantes, implica que los analistas deberían elevarlos al estatus de principios evaluativos independientes al evaluar la política legal. De hecho, sería irónico tratar las normas sociales como la base para dar peso a las nociones de equidad si de hecho el propósito de las normas sociales es promover el bienestar de los individuos en los contextos en los que han surgido las normas, porque la consecuencia de tratar las nociones de equidad como principios independientes para el análisis de políticas solo puede ser la reducción del bienestar de los individuos.¹⁸*

Lo que, desde la perspectiva planteada en el párrafo anterior en cuanto a la finalidad real de la sanción administrativa, podríamos plantear que el óptimo de “Bienestar de los individuos en la sociedad” desde de la perspectiva del AED estaría dado por la mayor realización en la satisfacción de las necesidades públicas que se le ha encomendado a la Administración. A modo de ejemplo, si la sanción administrativa logra ser eficiente en la

al modelo neoclásico, hacia objetivos que combinen la eficiencia y la equidad por intermedio de las capacidades redistributivas del Derecho”. Ob cit. Pág. 55.

¹⁷ KAPLOW, L. y SHAVELL, S. Fairness versus Welfare. Published by: The Harvard Law Review Association. Harvard Law Review, Vol. 114, No. 4 (Feb., 2001), pp. 967. Disponible en: <https://www.jstor.org/stable/pdf/1342642.pdf> Consultado el día 09 de agosto de 2022

¹⁸ Resumen y traducción de mi autoría de las ideas expresadas por los autores en sus conclusiones en KAPLOW, L. y SHAVELL, S. Ob. cit. pp. 1383-1385.

protección del “medio ambiente”, entonces la Administración estará realmente satisfaciendo las necesidades públicas implicadas y alcanzando, de este modo, un mayor bienestar a los individuos; *a contrario sensu*, su ineficiencia reduciría el bienestar individual y la satisfacción de la necesidad pública requiriéndose una reforma a la norma sancionatoria, o a los elementos que afectan su aplicación, para que sea más eficiente en la protección del medio ambiente.

IV.- El análisis económico de la conducta infraccional.

Si concordamos que la finalidad de la sanción administrativa radica en la satisfacción de la necesidad pública y que la mayor eficiencia de la norma, es decir, el óptimo se logra al alcanzar el mayor bienestar de los individuos en la sociedad en los términos vistos en el párrafo anterior, ya podemos plantear que el AED que se debería utilizar para los efectos de determinar la eficiencia de la sanción administrativa dista enormemente del que realizan los teóricos del AED en relación al ejercicio del *Ius Puniendi*, que se ha concentrado mayoritariamente en el análisis de las motivaciones del delincuente para la comisión del delito¹⁹ y los efectos disuasorios de la pena²⁰, a pesar que algunos de sus instrumentos sí resultan aplicables al análisis de las sanciones administrativas desde la perspectiva de las finalidades accesorias (retribución e prevención), mas no del todo, pues las motivaciones que reviste el comportamiento del infractor en sede administrativa pueden ser distintas a las del delincuente.

La mejor síntesis respecto a la propuesta del AED en materia delictual la encontramos en lo propuesto por GARY BECKER que planteaba que el delincuente realiza un análisis racional de costo beneficio para los efectos de cometer o no el delito, y dentro de los factores que influyen en su decisión está la probabilidad de captura y de ser efectivamente sancionado, lo que determinaría si el beneficio de infringir la norma es o no conveniente²¹. Lo que en términos algebraicos podríamos expresar como:

¹⁹ Por todos ver: POSNER, RICHARD A. El análisis económico del derecho. Segunda Edición. Traducción Eduardo L. Suárez. 2007. Fondo de cultura económica. Ciudad de México, México. pp. 343-390; QUEROL ARAGON, N Y LÓPEZ PÉREZ, N. Análisis Económico del Derecho. 2014. Editorial Dykynson. Madrid, España, pp. 137-155.

²⁰ A modo de ejemplo ver: CARDENAL MONTRAVETA, S. ¿Eficacia preventiva general intimidatoria de la pena? Consecuencias para la decisión sobre la suspensión de su ejecución. Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología (en línea). 2015, núm. 17-18. Pág. 32. Disponible en: <http://criminet.ugr.es/recpc/17/recpc17-18.pdf> Consultado el día 08 de agosto de 2022.

²¹ SILVA CASTAÑEDA, M. (2021, septiembre-octubre). Crimen y economía: un acercamiento a la teoría de Gary Becker. Revista Digital Universitaria (rdu), 22(5). Disponible en:

$$B \geq PC * PS *(sanción + utilidad)$$

Donde B corresponde al beneficio obtenido al delinquir, el cual, para justificar racionalmente la decisión de efectivamente realizar el delito, debería ser mayor o igual que la probabilidad de ser capturado (PC) por la probabilidad de ser sancionado (PS) por la suma de la sanción más la utilidad del delito (beneficio bruto menos los costos de cometer el delito). En números, por ejemplo, sería algo así:

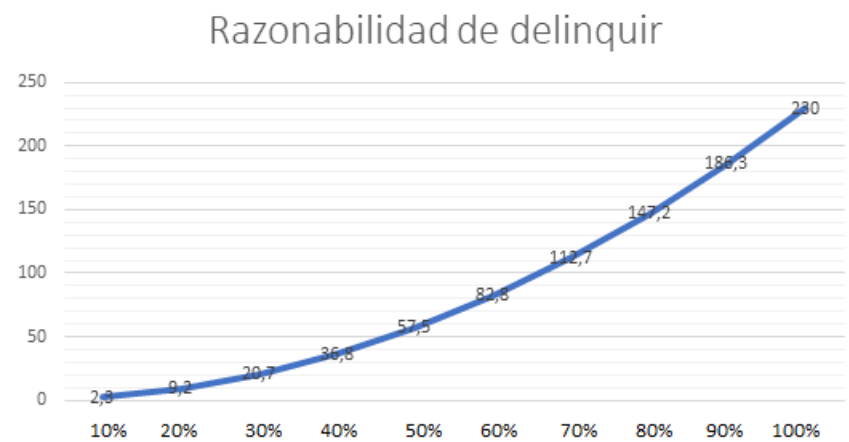
Si robo un banco y mi beneficio es 100 unidades monetarias (um), mientras que la probabilidad de captura y de sanción es de un 20%, y la sanción es de 150 um y la utilidad es de 80 um (descontando los costos asociados a la comisión del delito) nos daría la siguiente operación:

$$100 \geq PC (0.2) * PS (0.2)*(150+80)$$

$$100 \geq 9.2$$

Por lo que en el ejemplo, será rentable robar el banco ya que el beneficio es mayor que el castigo (100 es mayor que 9.2), ceteris paribus (es decir, asumo que será un asalto libre de violencia, sin muertos, y eficiente en su ejecución), y de lo cual podemos concluir que el efecto preventivo y retributivo de la sanción no se cumple, principalmente porque la probabilidad de captura y sanción es muy baja (20%), ya que si aumenta la probabilidad de sanción y/o captura, el castigo sería mayor ya que se rompería la regla tal como muestra el siguiente gráfico:

Figura 1:



[https://www.revista.unam.mx/2021v22n5/crimen y economia un acercamiento a la teoria de gary becker/](https://www.revista.unam.mx/2021v22n5/crimen_y_economia_un_acercamiento_a_la_teor%C3%ADa_de_gary_becker/)

Donde el eje horizontal corresponde a la probabilidad de ser sancionado y capturado (si fueran iguales como en el ejemplo) y el eje vertical al costo de delinquir, pudiendo observarse, que a menor probabilidad de ser capturado y sancionado, menor el costo de delinquir, y a mayor probabilidad mayor el costo, lo que en relación al ejemplo, en caso de que PS y PC sean un 66% el castigo sería eficiente ya que el beneficio de delinquir y el castigo serían $100 \leq 100.188$ lo cual muestra una igualdad.

Ahora, habiendo sintetizado en extremo el AED en materia delictual, la pregunta que cabe hacerse es cómo ello nos podría servir para los efectos de realizar un análisis de la conducta infraccional y fijar parámetros para su medición, y en este punto comparto lo planteado por Posner en el sentido que: *“Un análisis completo de la regulación pública integraría el análisis de la ejecución pública con el análisis del castigo”*²², lo que ya nos da un indicio respecto de cuáles serían los parámetros a buscar.

V.- Parámetros de medición de la sanción administrativa.

Si tomamos la idea de Posner, los grandes campos de análisis son la “ejecución pública” lo que a mi entender está dado por la actividad y capacidad de fiscalización del Estado y el “análisis del castigo” que estará dado por la sanción administrativa propiamente tal fijada en la ley.

La idea de ejecución pública nos lleva inmediatamente a pensar, en términos estadísticos, en la capacidad de la Administración para capturar y sancionar y en cómo medirla, y creo que la mejor forma de explicarlo es analizando el siguiente ejemplo:

¿Cuál es la eficiencia de la sanción administrativa contemplada en la ley 21/2013 (Art. 51 y ss) sobre Evaluación de Impacto Ambiental? Si los datos son los siguientes:

Supongamos que la cantidad de proyectos con informe favorable por parte del órgano ambiental, autorizados por el órgano sustantivo en España son 1000 por año, de los cuales el órgano fiscalizador, que cuenta con 15 funcionarios, tiene la capacidad de fiscalizar a 200 proyectos por año, respecto de los cuales se abre un expediente sancionador a 50 proyectos por año (por la infracción en análisis) y sobre ello se sanciona a 25 titulares de proyectos, ceteris paribus (es decir, asumiendo que todos los resultados luego son confirmados por la justicia contenciosa administrativa y las multas son pagadas en tiempo, y los expedientes se tramitan en los plazos que establece la ley).

Lo primero que podemos decir sobre al ejemplo, es que tenemos el Universo respecto del cual debería la Administración preocuparse que se satisfaga la necesidad pública “protección del medio ambiente”, lo que corresponde a 1000 proyectos por año, de los cuales hemos de asumir que existe una probabilidad de que éstos cumplan con las medidas

²² POSNER, RICHARD A. ob. cit. pág. 962.

establecidas en la resolución autorizadora del proyecto, en conformidad a la Declaración de Impacto Ambiental o el Informe de Impacto Ambiental, o de que no las cumplan, o que las cumplan parcialmente. Bajo esta premisa, podemos fijar como un término ideal que la Administración tenga la capacidad de fiscalizar a la totalidad de los proyectos autorizados, lo que nos garantizaría en un 100% de los casos la protección del medio ambiente. Sin embargo, ello no suele ser así en la realidad, ni tampoco en el ejemplo donde vemos que la capacidad de fiscalización de la Administración está dada por la cantidad de funcionarios, lo que asciende a 200 proyectos por año, lo que nos da que en capacidad de fiscalización es de un 20% del Universo total. Si la única forma de detectar infracciones a la ley 21/2013 fuera (como en el ejemplo) la fiscalización, tendríamos ya nuestra probabilidad de captura (PC), la que asciende a un 20%.

Por otra parte, bajo la misma lógica anterior, de los 200 proyectos fiscalizados, algunos cumplen con toda la autorización ambiental respectiva, otros no y otros de forma parcial, lo que en el ejemplo es de 50 casos a los cuales se les abre un expediente sancionador, respecto de los cuales tenemos la información que son sancionados 25, es decir, un 50% lo que nos da nuestra probabilidad de sanción (PS).

Con ello, ya encontramos dos de los parámetros para medir la eficiencia de la sanción administrativa en el ejemplo, y que serían aplicables a cualquier sanción administrativa:

1.- Capacidad de Fiscalización: la cual corresponde a la cantidad de fiscalizaciones realizadas por la Administración o en su nombre (en caso de que se contrate a una empresa externa) en relación con el Universo posible del mercado que se regula.

2.- Capacidad de Sanción: la cual corresponde a la relación existente entre la cantidad de expedientes administrativos sancionadores que la Administración es capaz de abrir y procesar adecuadamente conforme a los estándares establecidos en la ley; y los que efectivamente resultan sancionados o que tuvieron un resultado similar²³.

Finalmente, respecto al “análisis del castigo” de Posner, encontramos parámetros que ya se han fijado por parte del legislador, con la finalidad de medir económicamente la eficiencia de la sanción, y que sólo requieren ser extrapolados de la ley, siendo ellos:

²³ Como por ejemplo que se aplique un programa de cumplimiento para evitar la sanción, un acuerdo reparatorio, etc.

1.- La sanción: que en el ejemplo está fijada en el artículo 56 de la ley 21/2013, y que en general estará fijada en la ley del mercado regulado respectiva.

2.- El Beneficio: que en todos los casos está fijado en el principio de proporcionalidad del artículo 29.2 de la ley 40/2015²⁴, y que en el caso concreto adicionalmente se encuentra reiterado/reforzado en el inciso final del artículo 56.2 de la ley 21/2013 cuando dice que: “las sanciones se impondrán atendiendo a las circunstancias del responsable, grado de culpa, reiteración, participación y **beneficio obtenido...**”.

Con todo, teniendo en cuenta los parámetros revisados, ya podríamos escribir algebraicamente que la forma de medir la eficiencia de la norma sancionadora en el ejemplo de análisis sería la siguiente:

$$B \geq CF * CS * (\text{sanción} + \text{beneficio obtenido})$$

Siendo la capacidad de fiscalización por la Capacidad de sanción, multiplicado por la suma del valor de la multa asignado en la ley y el beneficio obtenido, calculado conforme a lo dispuesto en el artículo 29 de la ley 40/2015, la que nos determinará en cualquier mercado regulado donde existan sanciones administrativas, la eficiencia de éstas.

VI.- Conclusiones

Algunos tratadistas plantean que en materia ambiental las sanciones deben fijarse con base en un baremo “óptimo social” entre precaución y accidentes, y que en el momento en que los gastos con las precauciones superen las pérdidas, dejan de tener sentido desde el punto de vista económico²⁵, pero, conforme lo he planteado en el párrafo respectivo, el óptimo social para los efectos de medir la eficiencia de la norma sancionadora no tiene relación con el perjuicio económico que ocasiona, sino que con la mayor satisfacción de la necesidad pública que se trata de satisfacer, ya que como plantea DOMENECH:

“...si –de acuerdo con la opinión de numerosos autores– los principios jurídicos que la Constitución consagra constituyen mandatos de optimización, que ordenan a los poderes públicos la realización de ciertos valores en la mayor medida de lo posible, habida cuenta

²⁴ Al respecto al norma dice: “El establecimiento de sanciones pecuniarias deberá prever que la comisión de las infracciones tipificadas **no resulte más beneficioso para el infractor que el cumplimiento de las normas infringidas**”. (lo ennegrecido por mi cuenta)

²⁵ DE CARVALHO LEAL, V. Análisis Económico del Derecho de Daños, Responsabilidad y Justicia Ambiental: reflexiones introductorias. Pág. 6. Disponible en: <https://ficp.es/wp-content/uploads/2016/11/De-Carvalho-Leal-An%C3%A1lisis-Econ%C3%B3mico-del-Derecho-de-Da%C3%B1os.pdf> Consultado el día 08 de agosto de 2022.

*de las limitaciones fácticas y jurídica existentes, entonces la Administración pública está obligada a tomar la decisión que maximiza, que mejor satisface, efectivamente tales principios*²⁶

Entonces el óptimo social está dado por la mayor satisfacción de la necesidad pública, lo que no necesariamente será lo económicamente más eficiente en el sentido de Pareto, sino que será lo más eficiente desde la perspectiva del bien jurídico protegido y la obtención del bienestar de los individuos en la sociedad.

Bibliografía.

1. ALARCÓN PEÑA, A. Los juristas frente a los mercados: herramientas del análisis económico del derecho. Revista IUSTA [en línea]. 2011, 2(35), 125-136. Disponible en:
<https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=560358694006>
2. ARANCIBIA MATTAR, JAIME. “El principio de necesidad de la sanción administrativa como potestad de última ratio”, en “Sanciones Administrativas. X Jornadas de derecho administrativo, Asociación de Derecho Administrativo”. 2014. Editorial Legalpublishing. Santiago de Chile.
3. BARRAGUÉ CALVO, B. y DOMÉNECH PASCUAL, G. El análisis interdisciplinar del Derecho Público. En tratado de Derecho Administrativo Volumen I. Introducción. Fundamentos. Rodríguez, Doménech y Arroyo Coords. 2021. Editorial Marcial Pons. Madrid, España.
4. BERMÚDEZ SOTO, J. Elementos para definir las sanciones administrativas. Revista Chilena de Derecho. Número especial. 1998.
5. CALABRESI, GUIDO. Transaction Costs, Resource Allocation And Liability Rules-A Comment*. En: The Journal of Law and Economics Volume 11, Number 1, Apr., 1968. Disponible en:
<https://www.journals.uchicago.edu/doi/abs/10.1086/466644>
6. CARDENAL MONTRAVETA, S. ¿Eficacia preventiva general intimidatoria de la pena? Consecuencias para la decisión sobre la suspensión de su ejecución. Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología (en línea). 2015, núm. 17-18. Disponible en:
<http://criminet.ugr.es/recpc/17/recpc17-18.pdf>

²⁶ DOMÉNECH PASCUAL, G. Una teoría económica del control judicial de la discrecionalidad administrativa. En: Administración de Andalucía: revista andaluza de administración pública, ISSN 1130-376X, Nº. 100, 2018 (Ejemplar dedicado a: Veinte años de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa: balance y perspectivas), pág. 135. Disponible en:
<http://www.juntadeandalucia.es/institutodeadministracionpublica/institutodeadministracionpublica/servlet/download?up=131411> Consultado el día 12 de agosto de 2022.

7. DE POZAS, LUIS JORDANA. "Ensayo de una teoría del fomento en el derecho administrativo." *Revista de estudios políticos* 48 (1949). Pág. 41. Disponible en: <https://www.cepc.gob.es/sites/default/files/2021-12/7421rep048040.pdf>
Consultado el día 17 de Agosto de 2022.
8. DE CARVALHO LEAL, V. Análisis Económico del Derecho de Daños, Responsabilidad y Justicia Ambiental: reflexiones introductorias. Disponible en: <https://ficip.es/wp-content/uploads/2016/11/De-Carvalho-Leal-An%C3%A1lisis-Econ%C3%B3mico-del-Derecho-de-Da%C3%B1os.pdf>
9. DOMÉNECH PASCUAL, G. Una teoría económica del control judicial de la discrecionalidad administrativa. En: Administración de Andalucía: revista andaluza de administración pública, ISSN 1130-376X, N°. 100, 2018 (Ejemplar dedicado a: Veinte años de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa: balance y perspectivas). Disponible en: <http://www.juntadeandalucia.es/institutodeadministracionpublica/institutodeadministracionpublica/servlet/download?up=131411>
10. DOMÉNECH PASCUAL, G. «Sobre el poder explicativo del análisis económico del Derecho. En especial, del Derecho de daños», *InDret*, núm. 2/2019. Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=6949120>
11. NIETO GARCÍA, A. Derecho Administrativo Sancionador, Tecnos, Madrid, 1994.
12. PALMA DEL TESO, A. Principio de culpabilidad en Derecho Administrativo Sancionador. Tecnos. 1996. Madrid, España.
13. PEMAN GAVIN, I. El sistema sancionador español (Hacia una teoría general de las infracciones y sanciones administrativas). 2000. Cedecs Editorial. Barcelona, España.
14. POSNER, RICHARD A. El análisis económico del derecho. Segunda Edición. Traducción Eduardo L. Suárez. 2007. Fondo de cultura económica. Ciudad de México, México. pp. 343-390.
15. QUEROL ARAGON, N Y LÓPEZ PÉREZ, N. Análisis Económico del Derecho. 2014. Editorial Dykynson. Madrid, España, pp. 137-155.
16. SALAT PAISAL, M. La Relación entre el derecho penal y el derecho administrativo sancionador. Una propuesta basada en la idea de la prisión como última ratio. 2021. Editorial Tirant Lo Blanch. Valencia, España
17. Sentencia Tribunal Constitucional Español 77/1983
18. SILVA CASTAÑEDA, M. (2021, septiembre-octubre). Crimen y economía: un acercamiento a la teoría de Gary Becker. *Revista Digital Universitaria (rdu)*, 22(5). Disponible en: https://www.revista.unam.mx/2021v22n5/crimen_y_economia_un_acercamiento_a_la_teor%C3%ADa_de_gary_becker/

19. SOTO VELASCO, S. La vieja y la nueva separación de poderes en la relación entre el Poder Ejecutivo y el Poder Legislativo. *Estudios constitucionales* [online]. 2018, vol.16, n.2 [citado 2022-08-11], pp.449-480. Disponible en:
http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-52002018000200449&lng=es&nrm=iso
20. TORRES LÓPEZ, J. Análisis Económico del Derecho. Panorama Doctrinal. Editorial Tecnos. 1987. Madrid España. Pág. 42.