

¿(DETECCIÓN DEL) CRIMEN O CASTIGO?

Hacia un nuevo enfoque de la
fiscalización y sanción en el Perú



INTRODUCCIÓN

¿Para qué sancionamos?*

¿Se ha puesto a pensar por qué no se cumplen las leyes en el Perú? ¿Por qué dos tercios (o más) de nuestra economía son informales? Una de las razones es que el ciudadano peruano y sus empresas saben que, en una gran cantidad de casos, no hay consecuencia alguna ante el incumplimiento de la ley.

Las leyes y regulaciones que los ciudadanos y empresas deben cumplir crecen cada día más y más. Esas regulaciones no se cumplen espontáneamente; sino que es necesario que el Estado fiscalice su cumplimiento; y aplique medidas para inducir a los privados a su observancia. Estas regulaciones suelen ser aprobadas con su correspondiente régimen de sanciones (multas, suspensión de actividades, cierres de establecimientos o incluso penas de cárcel en los casos

más graves); pero muy a menudo no están acompañadas de medidas adecuadas para su implementación y fiscalización, ni de un serio análisis del costo de estos sistemas. No se sabe si las entidades a cargo tienen recursos (humanos, logísticos, entre otros) suficientes para hacer cumplir, de verdad, la Ley.

Pese a que no tenemos un problema de falta de leyes, sino de implementación —de **detección y sanción** del incumplimiento de la ley— la principal respuesta del Estado suele venir desde un **enfoque meramente punitivo**: más sanciones y sanciones más altas. En esto incide además un factor político: es redituable políticamente sancionar drásticamente a quien incumple la ley (o incluso el sólo hecho de decretar penas más drásticas, más allá de que no se apliquen efectivamente).

Dado este escenario, es importante pensar las sanciones no como un fin en sí mismo, sino como un medio para un fin, que es el de **desincentivar la comisión de conductas que se consideran nocivas**. En efecto las sanciones tienen por objeto dos tipos de desincentivo. En primer lugar, se trata de persuadir al infractor de una regulación de volver a incurrir en la misma conducta (desincentivo específico). En segundo lugar, se busca persuadir al resto de administrados de incurrir en una conducta similar (desincentivo general). Si la función de desincentivo es cumplida adecuadamente, resulta efectiva para proteger los intereses públicos y bienes públicos que la regulación busca proteger.

Existen, en ese sentido, algunas entidades estatales que pueden constituir ejemplos a imitar a efectos de me-

¿(Detección del) Crimen o castigo?
HACIA UN NUEVO ENFOQUE DE LA FISCALIZACIÓN Y SANCIÓN EN EL PERÚ



jorar la fiscalización y sanción de conductas indeseables; algo que ayudaría a fortalecer la legitimidad del Estado —como un Estado que realmente protege al ciudadano ante ciertas conductas que pueden considerarse lesivas— sin afectar irrazonablemente los derechos y libertades de los contribuyentes. Ese es el caso, por ejemplo, del Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental —OEFA, que con su “nuevo enfoque” de la fiscalización ambiental se ha propuesto “garantizar la protección del ambiente sin afectar la competitividad de los sectores supervisados”.¹ Como parte de este nuevo enfoque, el OEFA ha realizado cambios legales e institucionales orientados a facilitar, por ejemplo, la **subsanción voluntaria** de las infracciones

y la **prevención** de ésta mediante una más activa supervisión. Este tipo de mecanismos minimiza la incidencia de faltas y facilita su detección, ya que los administrados tienen más incentivos para informarlas a la autoridad.

La propia Superintendencia Nacional de Administración Tributaria —SUNAT— entidad percibida por el ciudadano promedio como una entidad que prioriza la recaudación antes que el servicio al contribuyente y que se maneja básicamente bajo un enfoque meramente punitivo de la fiscalización—, anunció a inicios de 2015 un “cambio de paradigma institucional” para “reorientar la forma de relacionarse con los ciudadanos priorizando la facilitación y la simplificación de sus servicios a los contribuyentes y usuarios del

comercio exterior”.² Entidades como el INDECOPI también emplean mecanismos que privilegian la pronta detección de infracciones, sin perjuicio de que ello signifique la reducción de las sanciones a aplicar. Este es el caso, por ejemplo, de los esquemas de “colaboración eficaz” utilizados por la Comisión de Libre Competencia: los denominados “compromiso de cese” y “exoneración de sanción”.

En el presente documento analizaremos algunos de los mecanismos implementados las referidas entidades, en contraposición al de otros casos en los que, lamentablemente, nuestra legislación o instituciones privilegian una fiscalización orientada a la sanción.

*El presente informe ha sido elaborado en base a un estudio realizado por el investigador por encargo del Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental en abril de 2016. Contribuyentes por Respeto declara sin embargo que esta entidad no ha influido en sus hallazgos ni recomendaciones.

1) Ver: ORGANISMO DE EVALUACIÓN Y FISCALIZACIÓN AMBIENTAL. *Informe sobre Nuevo Enfoque de la Fiscalización Ambiental: Periodo Octubre 2012 – Octubre 2015*. Informe No. 004-2015-OEFA/SG. Publicado en el Diario Oficial El Peruano el 4 de diciembre de 2015. p. 567778.

2) Ver: GUADALUPE, Julio. *La SUNAT y el cambio de paradigma*. Diario Gestión, 24 de marzo de 2015. Disponible en: <http://blogs.gestion.pe/zonaintercambio/2015/03/la-sunat-y-el-cambio-de-paradigma.html>

1. EL ENFOQUE TRADICIONAL DE LOS REGÍMENES SANCIONADORES: MUCHAS LEYES Y SANCIONES; POCAS SANCIONES EFECTIVAS






Como hemos señalado existe en nuestro sistema jurídico una tendencia a regular nuevas conductas —y crear sanciones a su incumplimiento— sin un adecuado análisis de su potencial impacto y los costos de su fiscalización. Ello tiene como consecuencia que tengamos regímenes de fiscalización y sanción que no cumplen sus objetivos. Y esto no sólo se da en la etapa de gestación de las normas (en el Congreso de la República, en el caso de las leyes; o en los ministerios y otras entidades en el caso de los reglamentos) en donde no sólo el análisis costo-beneficio brilla por su ausencia; sino que además no hay una medición de impacto de la legislación con posterioridad a su aprobación.

Pese a que en general hay ausencia de data en torno a la calidad del *enforcement* de nuestras leyes, existen algunos indicadores. El *Rule of Law Index* de 2015, por ejemplo, califica al Perú con 0.5 sobre 1 en lo que se refiere a la calidad de

Figura 1:

Evaluación de la fiscalización y sanción de la regulación en el Perú (2015)

REGULATORY ENFORCEMENT

| | | | |
|-----|--|--|------|
| 6.1 | Efectividad de la fiscalización y ejecución de la regulación |  | 0.44 |
| 6.2 | Ausencia de influencias indebidas |  | 0.53 |
| 6.3 | Ausencia de demoras injustificadas |  | 0.43 |
| 6.4 | Respeto por el debido proceso |  | 0.44 |
| 6.5 | No hay expropiación sin compensación adecuada |  | 0.63 |

nuestra fiscalización y sanción de la regulación (*regulatory enforcement*). Ello nos ubica en el puesto 8 entre 19 países de Latinoamérica y el Caribe y 55 entre 102 países calificados a nivel global³. Según este reporte, las regulaciones en el Perú no son efectivamente aplicadas (o son efectivamente aplicadas a medias, un factor de 0.44 sobre 1).

Un informe recientemente publicado por la Contraloría General de la República da cuenta de las limitaciones que, en general, nuestro Po-

der Ejecutivo tiene para hacer cumplir las leyes (tarea que le encarga la constitución y la Ley Orgánica del Poder Ejecutivo)⁴. El informe expone 9 casos de estudio⁵ en los que, por diversas razones, las leyes no se llegan a cumplir plenamente.

El informe encuentra entre los principales problemas que determinan que el Poder Ejecutivo no cumpla plenamente su “función rectora”, los siguientes: sobre regulación que dificulta la comprensión de la norma; confusa asignación de competencias entre

¿(Detección del) Crimen o castigo?

HACIA UN NUEVO ENFOQUE DE LA FISCALIZACIÓN Y SANCIÓN EN EL PERÚ

diversos organismos; insuficientes sistemas de información, seguimiento, monitoreo y evaluación; falta de capaci-

tación a gobiernos regionales y municipales; presupuesto insuficiente; políticas incoherentes por parte del poder

político (idas y retrocesos en determinadas políticas); y gobiernos locales reacios a cumplir la normativa vigente.

EL CASO DE LA LEGISLACIÓN ANTITABACO: NO SABEMOS SI LO QUE HACEMOS FUNCIONA

En el Perú, por ejemplo, contamos con una estricta legislación antitabaco. La Ley General para la Prevención y Control de los Riesgos del Consumo del Tabaco⁶ (Ley Antitabaco), tiene por objeto “proteger a la persona, la familia y la comunidad contra las consecuencias sanitarias, sociales, ambientales y económicas del consumo de tabaco y de la exposición al humo de tabaco, a fin de reducir dicho consumo y exposición de manera continua y sustancial”; la comercialización responsable de los productos de tabaco (para que la publicidad y venta no esté dirigida a menores y sea informada); y la reducción de la oferta ilegal⁷.

Esta Ley contempla prohibiciones a la venta de productos de tabaco a menores de 18 años; la venta de paquetes de cigarrillos de menos de cinco unidades y la distribución gratuita promocional de cigarrillos; entre otros⁸. Seguidamente, encarga el cumplimiento de

la Ley a las municipalidades, al Ministerio de Salud (MINSA), al INDECOPI y a la Comisión Nacional Permanente de Lucha Antitabáquica, “en el ámbito de sus competencias”⁹; y delega en el Poder Ejecutivo la regulación de las sanciones correspondientes¹⁰.

Primer problema: no hay una fiscalización real. Y no tenemos idea de su impacto.

El reglamento de la Ley Antitabaco¹¹, delega a su vez esta facultad para crear sanciones a cada uno de las instituciones antes citadas¹², y además encarga al MINSA coordinar con los gobiernos locales, SUNAT, INDECOPI y la Comisión Nacional Permanente de Lucha Antitabáquica “las acciones necesarias para el cumplimiento de la Ley y del Reglamento, dentro del ámbito de sus respectivas competencias”¹³.

6) Ley No. 28075, modificada por la Ley No. 29517.

7) Artículo 1 de la Ley No. 28075.

8) Artículo 11 de la Ley No. 28075.

9) Artículo 19 de la Ley No. 28075.

10) Artículo 19 de la Ley No. 28075.

11) Decreto Supremo No. 015-2008-SA.

12) Artículos 47 a 49 del Reglamento.

13) Artículo 41.

3) Ver: Rule of Law Index 2015. *Peru Country Profile*. Disponible en: <http://data.worldjusticeproject.org/#/groups/PER> (visitado por última vez el 14 de abril de 2016).

4) Ver: CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA. *Análisis de la función rectora y sancionadora del Poder Ejecutivo*. Lima: Contraloría General de la República, 2016. p.105 y ss.

5) Inspecciones Técnicas de Seguridad en Edificaciones; Gestión Integral de Residuos Sólidos en el Ámbito Municipal; Mantenimiento de caminos vecinales; Producción, distribución y recepción de material educativo; Inspecciones laborales por parte de la SUNAFIL; Régimen de Apoyo Transitorio para las Empresas Prestadoras de Servicios de Saneamiento; la declaración de inviabilidad del Proyecto Minero Conga por el Gobierno Regional de Cajamarca; la inaplicación del Decreto Supremo que regula la contratación docente a nivel nacional por el Gobierno Regional de Ayacucho; y, el cuestionamiento del Gobierno Regional de Arequipa respecto a la decisión del Ministerio de la Producción de trasladar plantas de harina de pescado.

Esta delegación y “re-delegación” de la creación de sanciones no sólo ha llevado a un marco legal disperso y criterios de fiscalización poco uniformes, sino a una escasa aplicación efectiva de la Ley.

Según un diagnóstico realizado por la Red de Municipios y Comunidades Saludables y el MINSA en el año 2006:

“La mayoría de municipalidades no cuenta con políticas ni ordenanzas municipales para la aplicación de la legislación vigente, y las pocas que las tienen, no han emitido ordenanzas municipales que aprueben el reglamento y control de obligaciones, funciones y sanciones, para que las multas de la ley sean incluidas en el reglamento de aplicación de sanciones (con excepción de algunas municipalidades, como San Borja). Las acciones municipales en favor del control del tabaco giran en torno a las campañas, con fechas centrales, no planificadas como parte del plan institucional o de programas específicos con planes de acción y recursos programados anualmente.

(...)

Otro aspecto crítico de esta problemática es el referido al control y la fiscalización. Aún es precario el trabajo coordinado entre la policía nacional y la policía municipal para hacer efectivo el cumplimiento de las disposiciones legales vigentes¹⁴. (Énfasis nuestro).



¹⁴ RED DE MUNICIPIOS Y COMUNIDADES SALUDABLES (PERÚ) Y MINISTERIO DE SALUD. *Entornos libres de humo de tabaco en municipios saludables*. Lima: Organización Panamericana de la Salud, 2006. P. 48. Disponible en: http://www.minsa.gob.pe/portada/Especiales/2012/libredetabaco/docsTrab/amblibrestabaco_cuadernog_DGPS_2006.pdf (visitada el 10 de abril de 2016).

Aunque a la fecha muchas más municipalidades sí cuentan con las ordenanzas respectivas, la situación en términos de fiscalización efectiva no difiere sustancialmente.

Algo sintomático de esta falta de fiscalización efectiva es el hecho de que el MINSA, entidad encargada de monitorear el cumplimiento de las leyes antitabaco, no tiene información acerca de los principales indicadores del consumo del tabaco, de su impacto en la salud de los ciudadanos o del impacto de las regulaciones relativas a este producto. ¿Cómo sabemos si en efecto el prohibir las cajetillas pequeñas en efecto desincentiva el consumo de tabaco? ¿Cómo sabemos que no genera más bien que se compren más cigarrillos sueltos como puede intuirse hace el consumidor de menores ingresos?

Según el Convenio Marco de la Organización Mundial de la Salud para el Con-

trol del Tabaco, ratificado por el Perú en 2004 y fuente principal de las reglas contenidas en la legislación antitabaco en nuestro país, las partes del convenio deben enviar informes periódicos sobre su aplicación. El responsable de enviar estos informes en el Perú es el MINSA. Sin embargo, una revisión del último informe, entregado en 2014¹⁵, tenemos que:

- El Perú no posee datos importantes como la prevalencia del consumo de tabaco en el segmento de fumadores ocasionales de la población adulta. (La prevalencia en la epidemiología es la proporción de individuos que posee cierta característica en un periodo determinado).
- El Perú no posee datos sobre la prevalencia del consumo de tabaco sin humo en la población adulta ni joven en ninguno de los segmentos ni géneros.
- El Perú no posee datos sobre la exposición al humo de tabaco en la población de su país.
- El Perú no mantiene la data actualizada en algunos casos utiliza encuestas de hace 8 años como la III Encuesta Nacional de Consumo de Drogas en Población General de Perú (DEVIDA).

¹⁵ Ver. MINISTERIO DE SALUD. *Informe para el Convenio Marco de la OMS para el Control del Tabaco (2014)*. Disponible en: http://apps.who.int/ctc/implementation/database/sites/implementation/files/documents/reports/peru_2014_report_final.pdf (visitado por última vez el 14 de abril de 2016).

¿Cómo es que puede fiscalizarse así el cumplimiento de la Ley? Más allá de que en nuestro país las municipalidades (¿algunas?) pongan efectivamente multas a establecimientos por vender pro-

ductos de tabaco sin cumplir la legislación vigente o por no respetar las zonas de fumadores; no tenemos una idea del impacto real de la regulación. ¿Para qué sancionamos? ¿Beneficia ello realmente a la

ciudadanía? ¿Previene daños? Lo cierto es que sin una real fiscalización y monitoreo del impacto de las leyes, no tiene sentido aprobar más leyes¹⁶.

La SUNAFIL: más castigos pero menos fiscalización

Un segundo problema que puede encontrarse en nuestros regímenes de *enforcement* de regulaciones es lo que puede llamarse un enfoque “meramente punitivo” de la fiscalización; un enfoque que privilegie las sanciones antes que el cumplimiento de la ley¹⁷. Desde el punto de vista legal, por ejemplo, se ha señalado que “la actividad

sancionadora tiene un objetivo único: Ejercer la pretensión sancionadora del poder público administrativo, mediante un procedimiento especial, donde el administrado tenga las suficientes garantías para el ejercicio de su defensa”¹⁸. Más allá de que, desde el punto de vista legal y doctrinario dicha definición sea correcta o no, consideramos que resul-

ta hasta cierto punto tautológica, y no explica qué viene después de las sanciones. Resulta más acertado, tal como hacen los “Lineamientos para la aplicación de las medidas correctivas” del OEFA, enfocar los procedimientos sancionatorios como un mecanismo para obtener un fin ulterior: la protección de determinados “bienes jurídicos”:

“La imposición de sanciones a los administrados pretende generar un incentivo negativo, en el sentido de inducirlos a cumplir o acatar las obligaciones que les han sido establecidas legalmente. De esta forma se busca

desincentivar la puesta en peligro de bienes jurídicos protegidos, así como su afectación concreta. Así, la aplicación de una sanción administrativa tiene por finalidad castigar al infractor para prevenir una nueva

acción similar en el futuro (prevención especial), pero también puede constituir una medida preventiva general, alertando a los demás sujetos sobre los efectos que tendría el incumplimiento de sus obligaciones legales (prevención general)”¹⁹.

¹⁶ CÁCERES, Fernando. *Los Consensos en la Defensa del Consumidor*. En: Perú. 21, 16 de diciembre de 2015. Disponible en: <http://peru21.pe/opinion/fernando-caceres-consensos-defensa-consumidor-2234516> (visitado por última vez el 14 de abril de 2016).

¹⁷ “La primera [manera de enfocar la fiscalización], de corte punitivo, se centraba en el enfoque de la responsabilidad bajo multas tasadas, que priorizaba la evaluación de los compromisos incumplidos. Las medidas correctivas de adecuación estaban asociadas a este tipo de infracciones y sanciones; es decir, el OEFA sancionaba e, inmediatamente, dictaba una medida correctiva orientada a que se cumpla la obligación. En esta etapa no se abría el espectro para ver temas de impactos negativos y avanzar hacia un procedimiento de medidas de restauración”. Ver: ORGANISMO DE EVALUACIÓN Y FISCALIZACIÓN AMBIENTAL. *El derecho administrativo sancionador ambiental: Experiencias en Colombia, España y Perú. Ponencias del I seminario internacional del OEFA*. Lima: Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental – OEFA, 2014. p. 155.

¹⁸ MORÓN. Juan Carlos. *Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General*. Lima: Gaceta Jurídica, 2009, p. 679.

¹⁹ Numeral 13 de los “Lineamientos para la aplicación de las medidas correctivas previstas en el Literal d) del Numeral 22.2 del Artículo 22° de la Ley N° 29325 - Ley del Sistema Nacional de Evaluación y Fiscalización Ambiental”, aprobada por Resolución de Consejo Directivo N° 010-2013-OEFA/CD, de fecha 22 de marzo de 2013.

Primer problema: no hay una fiscalización real. Y no tenemos idea de su impacto.

Un enfoque meramente punitivo puede tener consecuencias negativas en la medida que puede generar un costo para los administrados sancionados sin llegar a corregir las conductas que busca corregir (determinando una pérdida social neta del sistema sancionatorio). Puede, por ejemplo, producir sanciones demasiado altas, que pueden tener un efecto de desincentivo de determi-

nadas actividades económicas, efecto que también determinaría una pérdida social neta²⁰. Por otro lado, procedimientos que se centren en la sanción pueden sacrificar la rapidez en la detección de las infracciones²¹, lo cual retrasa la reparación de los posibles daños a los intereses que la regulación busca proteger.

Este enfoque es, lamentablemente, el que predomi-

na en los procedimientos administrativos sancionadores en el Perú. Veamos, por ejemplo, lo que pasó en el aspecto laboral cuando se promulgó la Ley que creó la Superintendencia Nacional de Fiscalización Laboral (SUNAFIL). El Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo (MTPE) publicó una nota de prensa²² en la que señala que:

“La creación de SUNAFIL expresa la decisión del gobierno de potenciar la formalidad laboral y el cumplimiento de los derechos laborales. Se generará un entorno de protección de derechos más efectivo para los trabajadores y de reglas más claras para los empleadores (...)

actualmente el sistema de inspección laboral sólo cubre al 20% del mercado laboral y hay zonas del país donde no existe inspección laboral. (...)

Una de las novedades de la norma es el establecimiento de severas sanciones disuasorias por infracciones a las normas laborales al incrementar en hasta diez veces los montos que se venían imponiendo a las empresas infractoras.

En ese sentido, las multas máximas por infracciones muy graves se elevaron de 20 UIT a 200 UIT, equivalente a S/ 740 mil; las infracciones graves de 10 UIT a 100 UIT; mientras que las infracciones leves de 5 UIT a 50 UIT”.

²⁰ Ver: COOTER, Robert y Tomas ULEN. *Derecho y Economía*. México: Fondo de Cultura Económica, 1998. pp. 565 – 573.

²¹ Porque no hay incentivos para que los administrados entreguen información a las entidades.

²² “Gobierno Promulgó Ley De Creación De La Superintendencia Nacional De Fiscalización Laboral. Será un potente instrumento para la formalización y el cumplimiento laboral”. Portal web del Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo. Publicada el 15 de enero de 2013. Disponible en: <http://www.mintra.gob.pe/mostrarNoticias.php?codNoticia=3871> (visitado por última vez el 14 de abril de 2016).

Como puede apreciarse, con la finalidad de incrementar el cumplimiento de la Ley, el Estado incrementó en diez veces las sanciones aplicables por el incumplimiento de las leyes laborales. En la medida que el desincentivo es una función del monto de la sanción y la probabilidad de detección, incrementar las sanciones, en teoría, sí debe aumentar el efecto de desincentivo. No obstante ello, considerando que el problema en nuestro país es precisamente la probabilidad de detección (“actualmente el sistema de inspección laboral sólo cubre al 20% del mercado laboral y hay zonas del país donde no existe inspección laboral”) el aumentar las multas no va a significar un aumento relevante de desincentivo.

Las sanciones solo son efectivas si son percibidas como severas, oportunas y ciertas²³. Ese, lamentablemente, no es el caso en el Perú. No en la gran mayoría de escenarios, por lo menos.

El escenario es aun más desalentador si se considera que la SUNAFIL, aunque ha tenido logros en lo que se refiere a ampliar su ámbito de acción mediante la creación de intendencias regionales; ha sido una entidad cuyo actuar ha sido errático y cuya performance no muestra logros significativos²⁴. En sus dos primeros años de existencia tuvo hasta tres jefes²⁵; e incluso ha sufrido huelgas por parte de sus propios fiscalizadores. Uno de los reclamos de los fiscalizadores²⁶ huelguistas consistía, precisamente, en

reclamar la falta de capacidad para fiscalizar: “solo se cuenta con 105 inspectores de trabajo cuando la OIT recomendó un total de dos mil”²⁷. Según Miguel Jaramillo, investigador de Grade, aproximadamente “el 95% de los trabajadores informales está en empresas de menos de diez trabajadores. Fiscalizar a cada una de esas empresas requeriría un ejército de fiscalizadores”²⁸.

Aunque, obviamente, no es algo que se pueda atribuir completamente a la SUNAFIL —es un problema que trasciende a la misma regulación laboral, e incluso a los factores legales e institucionales—, luego de tres años de su creación, la informalidad laboral no muestra signos significativos de mejora²⁹.

¿Garrote o zanahoria? Instituciones que dan incentivos a las empresas para fomentar la detección de infracciones

A efectos de caracterizar los sistemas de fiscalización y sanción, analizamos los marcos legales de los regímenes sancionadores de seis instituciones: la Superintendencia Nacional de Administración Tributaria - SUNAT, la Superintendencia Nacional de Fiscalización Laboral - SUNAFIL, la Superintendencia Nacional de Educación Superior Universitaria - SUNEDU, La

Superintendencia Nacional de Salud (SUSALUD), el Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual - INDECOPI y el Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental - OEFA.

Luego de analizar los marcos legales de las 6 entidades antes listadas (ver Tabla 1), encontramos que sólo INDECOPI, SUNAT y el OEFA acompañan a las sanciones otros mecanismos de reporte voluntario de infraccio-

nes que pueden coadyuvar eficientemente a la pronta detección y prevención de infracciones; así como a una pronta reparación del daño.

23) “Deterrence theory posits that sanctions will be effective in modifying behavior to the extent that they are perceived as being certain, swiftly applied, and severe”. NICHOLS, James L. Y H. Lawrence ROSS. *The Effectiveness of Legal Sanctions in Dealing with Drinking Drivers*. Disponible en: <https://profiles.nlm.nih.gov/ps/access/NNBCYB.pdf> (visitado por última vez el 14 de abril de 2016).

24) Ver, por ejemplo, su Memoria Anual 2015. Disponible en: <http://www.sunafil.gob.pe/portal/sobre-sunafil/documentos-de-gestion> (visitado por última vez el 14 de abril de 2016).

25) “La Sunafil no debe ser vista como un ente sancionador”. El Comercio, Jueves 12 de febrero de 2015. Disponible en: <http://elcomercio.pe/economia/peru/sunafil-no-esta-como-ente-sancionador-noticia-1790965> (visitado por última vez el 14 de abril de 2016).

26) Los inspectores laborales nuevamente van a la huelga. La República, 6 de diciembre de 2015. Disponible en: <http://larepublica.pe/impresa/economia/723737-los-inspectores-laborales-nuevamente-van-la-huelga> (visitado por última vez el 14 de abril de 2016).

27) Ibid.

28) Ver: “Solo el 11% de trabajadores peruanos paga Impuesto a la Renta”. El Comercio, 9 de mayo de 2016. Disponible en: <http://elcomercio.pe/economia/peru/solo-11-trabajadores-peruanos-paga-impuesto-renta-noticia-1900182> (visitado por última vez el 14 de abril de 2016).

29) Aunque se mantiene la tendencia a que la informalidad laboral se reduzca levemente, todavía alrededor de 74% de nuestra fuerza laboral se encuentra en la informalidad, según información del Instituto Nacional de Estadística e Informática (INEI) al 2014. La reducción de la informalidad ha sido más pronunciada en periodos de mayor crecimiento, lo cual indicaría que el factor detrás de la reducción de la informalidad ha sido en realidad el crecimiento, no la presencia de una mayor fiscalización de la regulación laboral.



Tabla 1:

Características de la fiscalización y sanción en entidades públicas

| ENTIDAD | Norma | Montos máximos sanciones (UIT) | Mecanismos de reducción de la sanción | Mecanismos de Reporte voluntario de infracciones |
|---------|--|--|--|---|
| SUNAT | Código Tributario. Reglamento del Régimen de Gradualidad aplicable a sanciones (Resolución de Superintendencia No. 063-2007/SUNAT), Anexo II. | Montos varían de acuerdo a los criterios de gradualidad. Cuando se calculan en función a ingresos no pueden exceder los 25 Unidades impositivos Tributarios (UIT). | Subsanación inducida: luego de notificación de infracción. Hasta 95% de reducción de multa. Debe pagarse el total del tributo adeudado. | - Subsanación voluntaria: antes de notificación de infracción. Hasta 95% reducción de multa. Debe pagarse el total del tributo adeudado. - Acta de Reconocimiento: debe realizarse como máximos sólo cinco días hábiles. No aplica infracción. |
| SUNAFIL | Ley Creación SUNAFIL (Ley N° 29981). Ley General de Inspección del Trabajo (Ley N° 28806). Reglamento de la Ley General de Inspección del Trabajo (Aprobado mediante DS 019-2006-TR). Modificatoria del Reglamento de la ley General de Inspección en el trabajo (DS 012-2013-TR). | Infracciones muy graves: 200 UIT. Infracciones graves: 100 UIT. Infracciones leves: 50 UIT. (Art. 39 de la Ley N° 29981). | Reducción del 90% por subsanación voluntaria antes de la expedición del acta de infracción (luego de inspección. (Art. 17.3 del DS 012-2013-TR). | No |
| SUNEDU | Ley Universitaria (Ley N° 30220). Reglamento de Infracciones y Sanciones de SUNEDU (Aprobado mediante DS 018-2015-MINEDU). | Infracciones muy graves: 300 UIT (Art. 33° del RIS) Infracciones graves: 100 UIT (Art. 32° del RIS) Infracciones leves: 30 UIT (Art. 31° RIS) | Reducción del 25% de la multa por pago dentro de los 5 días hábiles de impuesta la sanción (Art. 41 del RIS). | No |

| ENTIDAD | Norma | Montos máximos sanciones (UIT) | Mecanismos de reducción de la sanción | Mecanismos de reporte voluntario de infracciones |
|---------|--|---|---|--|
| SUNAT | Decreto Legislativo No. 1034 | Infracciones muy graves: más de 1 000 UIT, sin superar 12% de ventas o ingresos brutos. Infracciones graves: hasta 1 000 UIT, sin superar 10% de ventas o ingresos brutos. Infracciones leves: hasta 500 UIT, sin superar 8% de ventas o ingresos brutos. | Compromiso de cese. Reduce la sanción (ver Recuadro No. 1). | Exoneración de sanción. Reduce o incluso elimina la multa (ver Recuadro No. 1). |
| SUSALUD | Reglamento de Organización y Funciones de la Superintendencia Nacional de Salud (Aprobado mediante DS N° 008-2014-SA) Reglamento de Infracciones y Sanciones (RIS) de SUSALUD (DS N° 031-2014-SA) ³⁰ | Infracciones muy graves: 500 UIT. Infracciones graves: 300 UIT. Infracciones leves: 100 UIT. | Reducción de 20% de la multa por pronto pago (Art. 31° del RIS). Reducción por acogerse al régimen de subsanación SUSALUD (Art. 38° del RIS). Se reduce hasta el 80% del valor de la multa, en el caso de infracciones leves, previa presentación de informe acreditando subsanación. | No |
| SUNEDU | Ley del Sistema de Evaluación y Fiscalización Ambiental. Reglamento para la Subsanación Voluntaria de Incumplimientos de Menor Trascendencia (Resolución de Consejo Directivo No. 046-2013-OE-FA/CD). Reglamento de Supervisión Directa (Resolución de Consejo Directivo No. 016-2015-OE-FA/CD). | Hasta 30 000 UIT en el caso de multas coercitivas. Dependiendo de la infracción y de la industria, se han tipificado distintas multas de 1 a 30 000 UIT. | Oportunidad para subsanar a través de medida correctiva en el caso de hallazgos significativos. Si se verifica que la medida es cumplida, el proceso concluye sin sanción. Reducción de la multa por pronto pago (hasta 30%). | Subsanación voluntaria, para hallazgos de menor trascendencia durante la etapa de supervisión. |

Elaboración: Propia. Fuente: Leyes y reglamentos citados

30) Reglamento de Infracciones y Sanciones de SUSALUD: <http://app10.susalud.gob.pe:8080/wb-consulta-documental/getFicha.htm?urlArch=/d/d/workspace/SpacesStore/bd406fcb-7caa-4ff0-g2be-50f3b1e8e13f/368> (visitado por última vez el 14 de abril de 2016).

El resto de entidades analizadas no cuentan con regímenes similares; aunque sí cuentan con mecanismos para subsanar las infracciones cometidas una vez abierto un proceso de investigación o con beneficios por pronto pago de multas. Estos mecanismos, cabe precisar, no generan un incentivo real

para que las autoridades obtengan información sobre nuevas infracciones; sino que solamente facilitan su labor probatoria en el caso de infracciones ya detectadas. En el caso de los beneficios por pronto pago de multas; por lo demás, es posible que éstos desincentiven a los administrados de apelar criterios le-

gales que sí ameritarían ser discutidos. En consecuencia, podrían generar incentivos perversos para que ciertos criterios de interpretación se mantengan (incluso si son erróneos o injustos), ya que los administrados preferirán pagar a asumir los costos de una apelación.

2. HACIA UN NUEVO ENFOQUE: PRIVILEGIAR EL CUMPLIMIENTO DE LA LEY. MÁS DETECCIÓN, MÁS REPARACIÓN DE DAÑOS

No todo está mal cuando de fiscalización se trata en el Perú. Existen entidades peruanas que han sabido mantenerse actualizadas y recogen las “buenas prácticas” de *enforcement* regulatorio que recomiendan entidades como la OECD y el Banco Mundial, y siguen las mejores agencias alrededor del mundo.

INDECOPI y los programas de clemencia

Ese es el caso, por ejemplo, de la aplicación de la legislación de libre competencia por parte del INDECOPI. Desde hace algunos años, por ejemplo, todas las agencias de competencia en el mundo han implementado los denominados “programas de clemencia” (*leniency programs*) con la finalidad de incrementar la detección de infracciones a la legislación de libre competencia, principalmente la detección de cárteles³¹. Estos programas reducen o incluso eliminan las sancio-

nes aplicables a las empresas o individuos que, habiendo formado parte de un cártel, entregan oportunamente a las autoridades información que ayudan a detectarlo o probarlo. Así, se dan incentivos para que las empresas entreguen voluntariamente información; lo cual ayuda a detectar antes las infracciones, ahorrándose no sólo los costos administrativos del procedimiento, sino también el tiempo que la infracción daña a los consumidores.

En el Perú, los mecanismos de clemencia están regulados desde el año 1991, con la aprobación del Decreto Legislativo No. 701; nuestra primera ley de Libre Competencia. Ésta regulaba el denominado “compromiso de cese”, en virtud del cual la Comisión de Libre Competencia (la Comisión) podía reducir la sanción a la empresa que se comprometiera a cesar la comisión de los hechos investigados. Tal como estaba regulado, este mecanismo no fue muy utilizado pues la Ley otorgaba excesiva discrecionalidad a la Comisión para denegar el compromiso. Además, la interpretación que le dieron los precedentes administrativos de la Comisión restringieron los supuestos en los que el compromiso de cese podía solicitarse (no procedía, por ejemplo, en el caso de cárteles que habían causado un “daño grave al mercado”).

En 2008, sin embargo, se promulgó la nueva Ley de Libre Competencia, denominada Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas (aprobada mediante Decreto Legislativo No. 1034). Esta Ley, posteriormente modificada por el Decreto Legislativo No. 1205, reduce la discrecionalidad de la Comisión al aprobar el compromiso de cese y la exoneración de sanción (el otro mecanismo de clemencia contemplado en la legislación de libre competencia, añadido posteriormente). Asimismo, se elimina la necesidad de que la infracción no haya causado un daño grave al mercado.

Desde la aprobación de esas reformas, la Comisión de Libre Competencia ha sido más activa en promover las ventajas de los programas de clemencia y ha tomado la iniciativa de ofrecer esa posibilidad a las empresas investigadas³².

En el Perú, como hemos señalado, el uso de los programas de clemencia no ha tenido un uso significativo, por lo que no contamos con evidencia empírica de sus beneficios. En países que han hecho un uso más extensivo de este mecanismo, como los Estados Unidos de América, la evidencia indica que su introducción incrementa inicialmente la detección de cárteles (lo cual sería evidencia de una mayor capacidad de detección); para luego reducirlo (lo cual sería evidencia del desincentivo)³³.

³¹ Desde inicios de los años 80' en los Estados Unidos, aunque el mecanismo recién cobró impulso a inicios de los años 90'. Ver: GAVIL, Andrew I., William E. KOVACIC y Jonathan B. BAKER. *Antitrust Law in Perspective: Cases, Concepts and Problems in Competition Policy*. Segunda edición. Minnesota: West, 2002. pp. 302-303.

³² Ver, por ejemplo: “Indecopi informará sobre primer caso público del Programa de Clemencia que pone al descubierto presunta concertación de precios de productos de primera necesidad” (Nota de prensa), 14 de diciembre de 2015. Disponible en: <https://www.indecopi.gob.pe/-/invitacion-a-la-prensa-el-indecopi-informara-sobre-primer-caso-publico-del-programa-de-clemencia-que-pone-al-descubierto-presunta-concertacion-de-prec> (visitado por última vez el 14 de abril de 2016). Ver también: “Indecopi: Programa de clemencia por faltas a libre competencia recibió dos solicitudes este año”. En: *Diario Gestión*, 2 de septiembre de 2015. Disponible en: <http://gestion.pe/economia/indecopi-programa-clemencia-faltas-libre-competencia-recibio-dos-solicitudes-este-ano-2141661> (visitado por última vez el 14 de abril de 2016).

³³ Ver, por ejemplo: MILLER, Nathan. *Strategic Leniency and Cartel Enforcement*. *American Economic Review*, No. 99 (2009). p. 765. “(T)he number of cartel discoveries increases around the date of leniency introduction and then falls below pre-leniency levels, and argue that the pattern is consistent with enhanced cartel detection and deterrence capabilities”.

Los “programas de clemencia” del INDECOPI

- Son dos: el compromiso de cese y la exoneración de sanción. El primero actúa cuando ya se ha iniciado una investigación; el segundo cuando, pese a que no se ha iniciado una investigación, una empresa o individuo se acerca a la agencia de competencia a entregar información que ayude a detectar o probar una infracción.
- Generalmente se usan en el caso de cárteles (acuerdos de precios o repartos de mercado), que normalmente son muy difíciles de demostrar.
- Se reduce o elimina la sanción, lo cual da un incentivo

vo para “delatar” a los otros miembros del cártel. Así los procedimientos acaban antes.

- Si la empresa no cumple con los compromisos ofrecidos, el procedimiento se puede reiniciar e imponerse una sanción.

El OEFA y su nuevo enfoque

Otra entidad que también ha buscado implementar mecanismos modernos y eficientes de fiscalización es el OEFA. Esta agencia ambiental ha puesto en marcha, desde finales de 2012, lo que denomina el “nuevo enfoque” de la fiscalización ambiental. El OEFA es una agencia relativamente nueva, creada en 2008 conjuntamente con el Ministerio del Ambiente, al que se encuentra adscrito³⁴. El OEFA se crea precisamente con la finalidad de consolidar la fiscalización de industrias y actividades que se encon-

traban dispersas en diversos ministerios y entidades sectoriales (minería e hidrocarburos, pesca, y otras industrias); consolidación que puede coadyuvar a una fiscalización eficiente, ya que permite generar economías de escala y criterios uniformes en la fiscalización ambiental. Este cambio, además, ayudó a remover posibles conflictos de interés de entidades estatales cuyo principal objetivo era promover determinadas industrias.

El nuevo enfoque del OEFA ha buscado, para empezar, realizar una fiscalización completa. Según reporta su Informe sobre Nuevo Enfoque de la Fiscalización Ambiental³⁵:

- Se ha logrado, así tener presencia en casi todo el territorio nacional: “El proceso de desconcentración del OEFA se inició en el año 2010 y, hasta setiembre del 2012, se habían establecido 11 Oficinas Desconcentradas (en adelante, OD), que, sumadas a la sede institucional en

Lima, permitían cubrir el 50% del territorio nacional. En el periodo comprendido desde el 1 de octubre del 2012 hasta el 31 de octubre del 2015, el OEFA ha logrado alcanzar un total 24 OD implementadas, lo que permite tener una presencia permanente en todos los departamentos del país”³⁶.

- Como consecuencia de esta mayor presencia, “se ha llegado a fiscalizar al 100% de los administrados que realizan actividades de la gran y mediana minería, así como a aquellos que realizan actividades de exploración, explotación, transporte, refinación, almacenamiento y distribución de hidrocarburos”³⁷.

Esta presencia del OEFA, que contrasta claramente con el tipo de *enforcement*, difuso, que apreciamos en el caso del MINSA y la legislación antitabaco, incrementa realmente la probabilidad de detectar más infracciones; creando una verdadera disuasión en los administrados.

El OEFA se ha preocupado de fiscalizar incluso a los agentes económicos informales que también pueden ocasionar daños (muchas veces más graves) al medio ambiente. No es raro que nuestros organismos o agencias prefieran fiscalizar a los “peces gordos” (empresas más grandes y formales) ya que ello les reporta un mayor beneficio (en término de infracciones detectadas y multas cobradas) a un menor costo (son más fáciles de detectar). Este no ha sido el caso del OEFA, que incluso cuando no era su competencia fiscalizar, por ejemplo, a la minería artesanal y pequeña minería, usó sus facultades de “supervisión indirecta” para preocuparse de que los organismos competentes para ello (los Gobiernos Regionales) lo ha-

gan de manera más eficaz³⁸.

En algunos casos, además, el OEFA ha aplicado el “principio de primacía de la realidad” para fiscalizar a mineras supuestamente “pequeñas”; pero que en realidad habían atomizado artificialmente sus operaciones vía la creación de diferentes personas jurídicas para escapar de la fiscalización ambiental³⁹.

Resulta importante, además, que el nuevo enfoque del OEFA, privilegie la detección de las infracciones (y con ello, la prevención y remediación de los daños al medio ambiente) antes que la imposición de una sanción al administrado.

El Reglamento de Supervisión Directa⁴⁰, en efecto, establece la figura del “informe preliminar de supervisión directa”; que busca poner en conocimiento de la empresa los presuntos hallazgos detectados, otorgándoles la oportunidad de desvirtuarlos

36) Ibid. P. 567800.

37) ORGANISMO DE EVALUACIÓN Y FISCALIZACIÓN AMBIENTAL. *Tres años del Nuevo Enfoque de la Fiscalización Ambiental. Octubre 2012 – Octubre 2015*. Lima: OEFA, 2016. p. 51.

38) Ver: ORGANISMO DE EVALUACIÓN Y FISCALIZACIÓN AMBIENTAL. *Fiscalización Ambiental a la pequeña minería y minería artesanal. Informe 2015. Índice de cumplimiento de los Gobiernos Regionales*. Disponible en: http://www.oefa.gob.pe/?wpfb_dl=17060 (visitado por última vez el 14 de abril de 2016).

39) Ver: Resolución No. 055-2015-OEFA/TFA-SEM del 25 de agosto de 2015, emitida en el procedimiento iniciado por el OEFA contra el señor Yanguang Yi.

40) Resolución de Consejo Directivo No. 016-2015-OEFA/CD.

34) Decreto Legislativo No. 1013.

35) ORGANISMO DE EVALUACIÓN Y FISCALIZACIÓN AMBIENTAL. *Informe sobre Nuevo Enfoque de la Fiscalización Ambiental: Periodo Octubre 2012 – Octubre 2015*. Informe No. 004-2015-OEFA/SG. Publicado en el Diario Oficial El Peruano el 4 de diciembre de 2015. p. 567778.

Figura 2:

Esquema de subsanación voluntaria y tipos de hallazgos



Fuente: ORGANISMO DE EVALUACIÓN Y FISCALIZACIÓN AMBIENTAL. Tres años del Nuevo Enfoque de la Fiscalización Ambiental. Octubre 2012 – Octubre 2015.

o subsanarlos antes de iniciarles un procedimiento sancionador (ver Figura 2).

Dependiendo del tipo de daño ambiental o infracción encontrado, se dan hasta dos oportunidades de subsanación. En el caso de hallazgos significativos, se otorga al administrado la oportunidad de subsanarlos durante el procedimiento sancionador a través de una medida correctiva ordenada por el OEFA (que puede incluso ser propuesta por el mismo administrado). El administrado, además, puede proponer una medida correctiva en su escrito de descargos sin que ello implique la aceptación de los cargos imputados. Según información provista por el pro-

prio OEFA, hasta un 54.22% de los procesos de fiscalización iniciados acaban con una subsanación⁴¹. En el caso de la minería el porcentaje llega al 61.93%⁴².

Sólo en el caso de hallazgos críticos se procede a una sanción directa. No vemos, sin embargo, razón para que en estos casos no se aplique –incluso si hay un daño al medio ambiente– por lo menos una reducción de la multa. Si bien se debe sancionar de manera más grave a quien más daños causa al medio ambiente; en esos casos –precisamente por la magnitud del daño– es también útil que la infracción se detecte cuanto antes.

41) Subsanación de hallazgos de la Dirección de Fiscalización, Sanción y Aplicación de Incentivos del OEFA, del 13 de julio de 2014 al 31 de diciembre de 2015.

42) Ibid.

Esta clase de mecanismos, que facilitan la subsanación voluntaria de infracciones, son eficientes porque incentivan que el administrado brinde información a la administración, lo cual reduce los costos administrativos de los procedimientos sancionadores.

Según algún punto de vista, los mecanismos que, ante la colaboración de las empresas o personas investigadas, reducen la sanción a aplicar “fomentan la impunidad”⁴³. Esta, consideramos, es una visión de errada de este tipo de mecanismos. El objetivo fundamental de la fiscalización no debe ser desde un punto de vista “punitivo” o “retributivo”, que se preocupe de castigar a todos y cada uno de los infractores y cada vez que incumplan la regulación.

El objetivo de la fiscalización debe ser, consideramos, minimizar la ocurrencia de las conductas que la regulación ha calificado como dañinas: que, en general, los agentes económicos causen daños al medio ambiente o que las empresas se cartelicen para subir los precios, por ejemplo. Si el hecho de reducir la multa a una empresa o persona sirve para detectar más infracciones —recordemos



que ese es precisamente el punto débil de nuestros sistemas de fiscalización en general—; esa detección y confesión de parte (que se hace pública) y, eventualmente, la aplicación de una sanción parcial o por lo menos la sanción moral que ese reconocimiento como infractor representan traen consigo un costo reputacional que crea un desincentivo específico. Además, en el caso de los terceros, la detección de la infracción crea una percepción de que las autoridades están en la capacidad de detectar infracciones a la ley, creando un desincentivo general.

El OEFA ha cuidado, además, que cuando debe aplicar sanciones, estas sean proporcionales. Recordemos que cuando las sanciones son “demasiado altas”, se

puede crear un efecto de sobre-desincentivo que puede ser costoso para la sociedad.

En ese sentido, pese a que el dicho organismo puede aplicar multas de hasta 30 000 UIT, en el 99% de los casos las multas no han superado los 5,500 UIT⁴⁴. Su marco legal, además, a fin de evitar que las sanciones no pongan en riesgo la viabilidad de las empresa, contempla que las sanciones impuestas no pueden ser superiores al 10% de los ingresos brutos.

Aunque tampoco tenemos en este caso evidencia empírica del impacto del nuevo enfoque de la fiscalización de la OEFA; una revisión de su marco legal y de las decisiones que ha venido emitiendo permite afirmar que se va por buen camino.

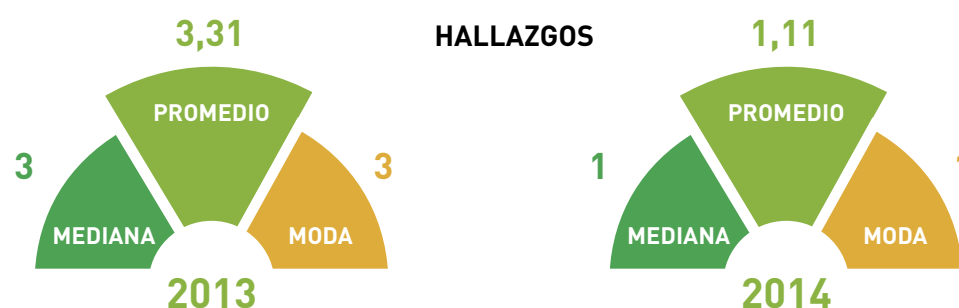
Un análisis cuantitativo del número de infracciones detectadas confirmaría esa premisa. En el Sector Minería, por ejemplo, según el informe Tres años del Nuevo Enfoque de la Fiscalización Ambiental. Octubre 2012 – Octubre 2015, los hallazgos promedio de infracciones se han reducido de 3,31 en 2013 a 1,11 en 2014 (Ver Figura 3).

43) Ver, por ejemplo, el Editorial del Diario La República, “El gran perdón”. 4 de noviembre de 2015. Disponible en: <http://larepublica.pe/imprensa/editorial/715621-el-gran-perdon>

44) ORGANISMO DE EVALUACIÓN Y FISCALIZACIÓN AMBIENTAL. Tres años del Nuevo Enfoque de la Fiscalización Ambiental. Octubre 2012 – Octubre 2015. Lima: OEFA, 2016. p. 28.

Figura 3:

Reducción de los hallazgos en administrados del sector Minería (2013-2014)



Fuente: ORGANISMO DE EVALUACIÓN Y FISCALIZACIÓN AMBIENTAL. Tres años del Nuevo Enfoque de la Fiscalización Ambiental. Octubre 2012 – Octubre 2015.

Esta tendencia además parece ser confirmada con las supervisiones realizadas en 2015. De 630 informes elaborados, 198, el 31.4%, no presenta hallazgos de ningún tipo; mientras que 313, el

49.7%, no presenta hallazgos significativos ni críticos⁴⁵. Estos datos permiten inferir, aunque deben ser confirmados con información de años posteriores (anteriormente no se contaba con estadís-

ticas), que el nuevo enfoque está efectivamente creando un efecto de incentivo para el cumplimiento de la regulación ambiental.

RECONOCIENDO LO BUENO

El OEFA, además de sancionar las malas conductas, busca reconocer lo bueno. Los agentes económicos que, luego de fiscalizados, cuentan con hallazgos de presuntas infracciones son inscritos en el Registro de Buenas Prácticas Ambientales.

Pero además, las empresas inscritas en el Registro de Buenas Prácticas Ambientales que cuenten con buenas prácticas ambientales destinadas a prevenir y reducir los impactos negativos en el ambiente, en mayor medida

que lo exigido en la normativa ambiental, pueden hacerse acreedoras a incentivos honoríficos (Ranking de Excelencia Ambiental - REAL y otros) e incluso a incentivos económicos. La OEFA puede entregar a estas empresas un Certificado de Descuento sobre Multas, que representa un valor en Unidades Impositivas Tributarias (UIT), transferible y vigente por cuatro años.

El 17 de febrero de 2016, el OEFA realizó el "Primer Otorgamiento de Incentivos" que reconoce el sobrecumplimien-

to de la normativa ambiental y/o de sus compromisos ambientales. En esta edición se reconoció y premió a 11 (once) buenas prácticas ambientales correspondientes a 9 (nueve) empresas de los sectores de minería, energía (electricidad), pesquería e industria.

El otorgamiento de incentivos del OEFA es pionero en América Latina, lo cual posiciona al organismo como una entidad ambiental que se encuentra a la vanguardia respecto a la aplicación de instrumentos de política ambiental persuasivos o voluntarios.

CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

Luego de contrastadas algunas prácticas de nuestros Ministerios y agencias administrativas, queda claro que hay mucho por hacer. La buena noticia, creemos, es que hay ejemplos locales positivos hacia donde mirar. Ello debería facilitar el rediseño de marcos legales y las reformas institucionales que sean necesarios.

No debemos perder de vista que lo importante es que las autoridades tengan, en general, una mayor capacidad de detectar infracciones a la ley y encausar a los agentes económicos hacia un comportamiento legal y responsable. Todo ello sin que la planchada nos salga más cara que la camisa.

En línea con ello, toda entidad encargada de la fiscalización de regulación debería trabajar siguiendo, por lo menos, los siguientes criterios:

- Regular procedimientos administrativos oportunos y eficaces: que cuenten con mecanismos de terminación anticipada de los procedimientos, y que procuren mantener los costos administrativos a un nivel razonable.
- Contar con una capacidad mínima de fiscalización: presencia a nivel nacional y contar con recursos adecuados para cumplir su labor. Sólo así se generará una real capacidad de disuasión. El administrado debe percibir que si incumple la ley tiene por lo menos una posibilidad de ser detectado.
- Aumentar la probabilidad de detección mediante mecanismos: la capacidad de fiscalizar debe ser complementada con mecanismos que incentiven la entrega voluntaria de información por parte de los administrados, tales como el compromiso de cese en los casos de libre competencia o la subsanación voluntaria en el caso de los procedimientos de fiscalización ambiental.
- Respeto de la proporcionalidad y predictibilidad en el cálculo de multas: no se debe caer en el extremo de aplicar multas excesivas y arbitrarias, pues se corre el riesgo de desincentivar actividades que, aunque generan externalidades, pueden ser socialmente valiosas.
- Análisis de impacto: es indispensable que las entidades midan periódicamente el impacto de la regulación y de su enforcement. Incluso un análisis costo-beneficio serio, completo y técnicamente bien elaborado (algo que más a menudo que no, brilla por su ausencia en el Perú) que sustente una determinada regulación y su correspondiente régimen de infracciones y sanciones no puede contar con toda la información que se tiene con posterioridad a su aprobación.

Este tipo de reformas necesitará, sin duda, de un liderazgo político sólidamente respaldado por evidencia y con la capacidad de convencer; ya que la implementación de este enfoque de la fiscalización no necesariamente reditúa políticamente; pero se trata de cambios que es indispensable hacer;

La sanción no es (no debería ser) el principio y fin de la fiscalización.

⁴⁵ Según información de la Dirección de Fiscalización, Sanción y Aplicación de Incentivos del OEFA. (Sólo par el rubro minería).

CONTRIBUYENTES Por RESPETO

STAFF

Investigador: **Mario Zúñiga P.**

Director de investigaciones: **Mario Zúñiga P.**

Director gerente: **Jose Ignacio Beteta B.**

Diseño y diagramación:
Magiaperu.pe