

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL PERÚ

ESCUELA DE POSGRADO



**LA INSPECCIÓN DEL TRABAJO PERUANA DESDE EL ESTUDIO DE LOS
"PRINCIPIOS DE LA OCDE SOBRE POLÍTICAS PARA LA MEJORA DE
LA APLICACIÓN Y CUMPLIMIENTO DE LA REGULACIÓN"**

**TESIS PARA OPTAR EL GRADO ACADÉMICO DE MAGÍSTER EN
DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL**

AUTOR

LUIS ENRIQUE VILCA RAVELO

ASESOR

LUIS ERWIN MENDOZA LEGOAS

Agosto, 2020

RESUMEN

La presente tesis busca justificar la importancia de integrar y consolidar la óptica de los "Principios de la OCDE sobre políticas para la mejora de la aplicación y cumplimiento de la regulación" –cumplimiento basado en evidencia, selectividad, enfoque de riesgo y proporcionalidad y principio de regulación responsiva– en el modelo actual de enforcement de la Inspección del Trabajo peruana; ello, a fin de dotarle de fundamentos y criterios teórico-prácticos sólidos, los cuales, coadyuvan a garantizar la mejora de los aspectos relacionados con la problemática de la eficacia de la normativa sociolaboral en aquellos ámbitos de la eficacia –nos referimos a la eficacia como cumplimiento y como aplicación– en los que el ejercicio de las facultades inspectivas puede tener una incidencia directa. Defendemos nuestra postura, (i) sobre la base de la utilidad y legitimidad técnica de los criterios desarrollados por los principios (son producto de la investigación prolongada de las mejores prácticas de enforcement en los países de la OCDE y en países que no pertenecen a la OCDE), (ii) por el enfoque teórico de cumplimiento normativo que se asume para la consecución de la efectividad de las regulaciones; es decir, el de la regulación responsiva; (iii) porque se puede dar cuenta de experiencias concretas en la administración pública peruana con base en los postulados de la regulación responsiva que dan evidencia de resultados favorables en los porcentajes de cumplimiento; (iv) porque los referidos principios se enmarcan dentro del esquema de mejora de la racionalidad legislativa que ha adoptado el Estado peruano con la aprobación del D.L 1448 el cual se alinea con los estándares internacionales y recomendaciones de la OCDE sobre mejora regulatoria (los que también implican a los mecanismos de enforcement de la ley); y, además (iv) porque en el Perú pueden haber fundamentos legales a favor de la aplicación de algunos de estos principios como son el de “enfoque de riesgo y proporcionalidad” o el de “regulación responsiva”; o más aún, también porque ya hay un antecedente jurisprudencial en el Tribunal Constitucional peruano que puede relacionarse con el enfoque responsivo. Concluimos que, con base en el diagnóstico sobre la problemática de la eficacia de la normativa sociolaboral en el Perú al que nos aproximamos en el capítulo II; y, teniendo en cuenta el estado situacional del modelo actual de enforcement de la SUNAFIL a partir del diagnóstico realizado sobre la base del análisis de los “Principios de la OCDE sobre políticas para la mejora de la aplicación y cumplimiento de la regulación”, resulta imprescindible avanzar hacia la integración y consolidación de la óptica de los principios de la OCDE, al menos, en lo que refiere a las competencias inspectivas que tienen repercusión directa en la eficacia de las normas como cumplimiento y aplicación.

Palabras clave: *Inspección del Trabajo, cumplimiento normativo, eficacia normativa, mejora regulatoria, Regulación Responsiva, Análisis de Impacto Regulatorio, Procedimiento administrativo sancionador, enforcement.*

I

Paso la vida pensando en quiénes son los que van y quiénes son los que vienen
Y quiénes de ellos regresan con manos cargadas de total ausencia
Paso la vida pensando en el tiempo muerto
En todo lo que pudo ser y que nunca volverá a ser imaginado
¿Cuáles son las motivaciones que busca la gente para llevar una vida y salir adelante?
Pienso en la oportunidad perdida
El talento mal usado y la energía deprimida
Paso la vida pensando en la indiferencia
Que con gran elegancia ha gobernado durante tanto tiempo este país
Hacia abajo

Generando una sensación en la gente
Una sensación que juega en pared con la violencia
Que juega en pared con la miseria
Que juega en pared con la indiferencia

Oh, sí
Oh, sí

Elas se quedan y no será nada fácil desterrarlas
Cuando sientes toda la violencia contenida clavada en la puerta de tu casa
Y tocando día a día el timbre de tu propia cabeza
Elas se quedan y no será nada fácil desterrarlas
Ya lo ves, Cachafaz

(Una combi, un tico, una Mercedes)
(tráfico)
(Una combi, un tico, una Mercedes)
(tráfico)
(Una combi, un tico, una Mercedes)
(tráfico)
(Una combi, un tico, una Mercedes)

Jugando en pared con la violencia
Jugando en pared con la miseria
Jugando en pared con la indiferencia

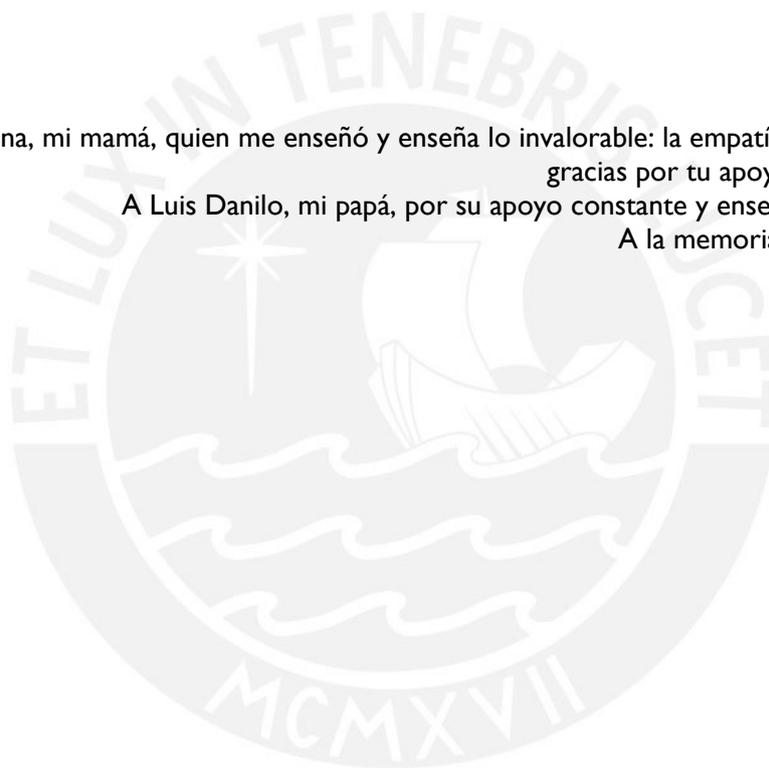
“Elas se quedan y no será nada fácil desterrarlas” en Pez Raro (2004)
El Hombre Misterioso

II

Yo miro por el día que vendrá
Hermoso como un sol en la ciudad
Y si me escuchas bien
Creo que entenderás
Porque yo espere en vano
Que me dieras tu mano
De mis huesos la humanidad
Debes salvar
(...)

“Instituciones” en Pequeñas Anécdotas sobre las Instituciones (1974)
Sui Generis

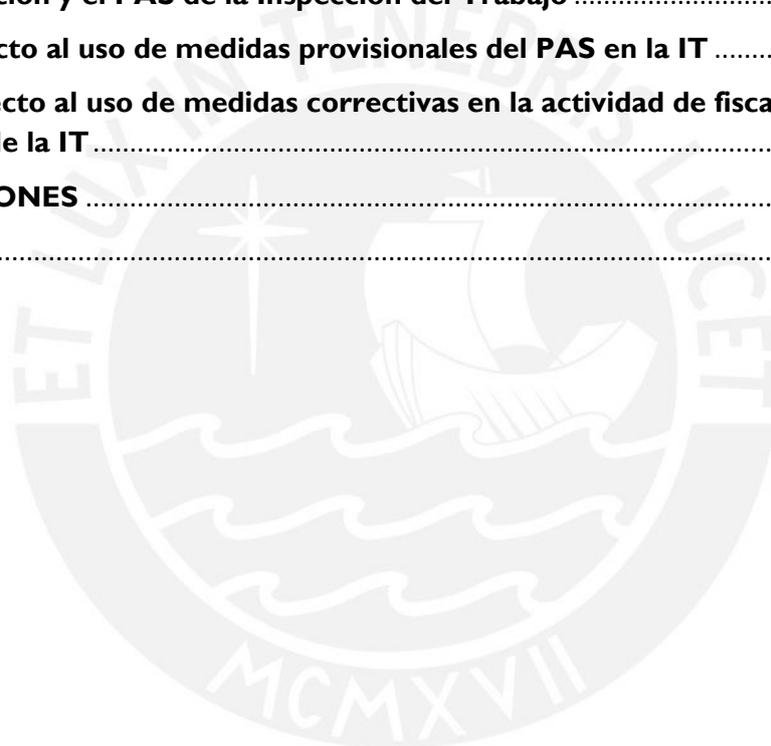
Dedicado a Dina, mi mamá, quien me enseñó y enseña lo invaluable: la empatía y la resiliencia,
gracias por tu apoyo incondicional;
Para mis padres;
A Luis Danilo, mi papá, por su apoyo constante y enseñanzas de lucha;
A la memoria de “El Aliado”.



ÍNDICE

RESUMEN	2
INTRODUCCIÓN	7
LISTA DE ABREVIATURAS	11
CAPÍTULO I	12
EL FORTALECIMIENTO INSTITUCIONAL DE LA INSPECCIÓN DEL TRABAJO EN RELACIÓN CON EL DESARROLLO EN EL PERÚ	12
1.1 Institucionalidad laboral democrática y el fin supremo del estado: ¿puede la regulación coadyuvar en el desarrollo y crecimiento económico con vigencia efectiva de derechos humanos laborales?	13
1.2 El enfoque de enforcement adecuado: debates en la teoría social y en el ámbito de la Administración del Trabajo	22
1.3 EL Perú y los estándares de gobernanza de la OCDE: la incorporación de la política de calidad regulatoria y el ciclo de gobernanza regulatorio	27
1.4 El servicio público de Inspección del Trabajo en relación con el desarrollo económico: el principio protector del derecho del trabajo como garantía de igualdad de oportunidades	30
CAPÍTULO II	33
LA PROBLEMÁTICA SOBRE LA EFICACIA DE LA NORMATIVA LABORAL EN EL PERÚ: ÍNDICES, INDICADORES Y ESTUDIOS EN TORNO A SU MEDICIÓN	33
2.1 Las dimensiones de la “eficacia de la normativa sociolaboral”: el rol de la inspección del trabajo como un factor adicional y decisivo para el cumplimiento normativo	33
2.2 Los índices e indicadores de eficacia normativa en el Perú y la caracterización de la problemática del incumplimiento de la regulación laboral	40
CAPÍTULO III	65
LOS “PRINCIPIOS DE LA OCDE SOBRE POLÍTICAS PARA LA MEJORA DE LA APLICACIÓN Y CUMPLIMIENTO DE LA REGULACIÓN” COMO ESTÁNDARES DE OPTIMIZACIÓN DEL MODELO ENFORCEMENT DE LA INSPECCIÓN DEL TRABAJO EN EL PERÚ	65
3.1 La función de regulación en el marco del “Estado Regulator y Garante” y la “Gobernanza del Trabajo”	65
3.2 El modelo actual de enforcement de la SUNAFIL en contraste con los “Principios de la OCDE sobre políticas para la mejora de la aplicación y cumplimiento de la regulación”	74
i) Respecto al principio de “Cumplimiento basado en evidencia” desde la SUNAFIL	82
ii) Respecto al principio de “Selectividad” desde la SUNAFIL	84

iii) Respecto al principio de “Enfoque de riesgos y proporcionalidad” desde la SUNAFIL	87
iv) Respecto al principio de “Regulación responsiva” desde la SUNAFIL	89
3.3 El principio de “Regulación Responsiva” en la Inspección del Trabajo: ejemplos de temáticas de discusión pendientes y reformas regulatorias en orden a su materialización	101
3.3.1 Aspectos de mejora procedimentales en la actividad de fiscalización y en el procedimiento sancionador de la Inspección del Trabajo	104
i) Propuestas de derogación en el RLGIT	104
ii) Modificaciones sobre el inicio del procedimiento sancionador.....	106
3.3.2 Aspectos de mejora relacionados al uso de las medidas administrativas en la fiscalización y el PAS de la Inspección del Trabajo	108
i) Respecto al uso de medidas provisionales del PAS en la IT	108
ii) Respecto al uso de medidas correctivas en la actividad de fiscalización y en el PAS de la IT.....	109
CONCLUSIONES	123
Bibliografía	129



INTRODUCCIÓN

La cultura permisiva y la cultura autoritaria resultan igualmente inaceptables por fragmentarias y porque dificultan el aprendizaje de la libertad. Una, porque la confunde con la espontaneidad. La otra, porque desconfía de ella. La sociedad permisiva disfruta de la libertad y los derechos; la autoritaria cree necesario poner el énfasis en la autoridad y los deberes. Mientras se mantenga este enfrentamiento, saltaremos permanentemente de un sistema a otro, según aprieten las circunstancias. Me parece imprescindible una hibridación de esos factores hasta ahora separados. La libertad necesita del deber como estructura psicológica básica. Además, está sometida al deber, pues los humanos deberíamos considerar que no somos libres, sino que tenemos la obligación de liberarnos. ¿De qué? De la ignorancia, del fanatismo, del miedo, de la envidia, del individualismo feroz, de la desmemoria.

José Antonio Marina, *La recuperación de la autoridad* (2014)

En el Perú, abordar el tópico de *la distancia entre lo dispuesto en las normas y lo que sucede en la realidad* puede parecer algo trillado. No obstante; como muchos otros lugares comunes que dan cuenta de las razones por las que aún somos “un país en vías de desarrollo”, la temática de la efectividad de las normas representa un reto permanente y una oportunidad de mejora ineludible para el Estado peruano en su conjunto. Además, en particular, representa una responsabilidad institucional esencial de cargo de la función de regulación de la administración pública; dentro de la cual, el sector trabajo tiene como brazo ejecutor y encargado de la vigilancia del cumplimiento de la regulación sociolaboral a la autoridad inspectiva del trabajo.

De esta manera, la Inspección del Trabajo resulta siendo una institución de la administración pública de la mayor importancia, ya que está llamada a garantizar el *enforcement* –término que, de manera general, alude a los diversos mecanismos estatales originarios o delegados que se orientan a promover y lograr el cumplimiento de las normas– de la normativa laboral; lo cual, propiamente, implica darle un sentido de realidad al Derecho del Trabajo y sus instituciones jurídicas.

Ahora bien, habiendo transcurrido más de una década desde que se publicó la Ley 28806, Ley General de Inspección del Trabajo, norma con la cual se reformó el servicio de Inspección del Trabajo concebido bajo el antiguo modelo establecido con el Decreto Legislativo 910; y, a su vez, habiendo sido esta Ley general modificada hasta en nueve oportunidades (cinco de las cuales se han dado entre el año 2018 y 2020), es pertinente analizar si el modelo actual de la fiscalización laboral está en condiciones de garantizar –a través del uso de sus facultades y competencias– niveles adecuados del cumplimiento de la legislación sociolaboral o si, mediando razones suficientes, es necesario optar por un modelo alternativo.

Bajo estas premisas, esta tesis busca justificar la necesidad de integrar y consolidar la óptica de los *"Principios de la OCDE sobre políticas para la mejora de la aplicación y cumplimiento de la*

regulación"¹ en el modelo actual de enforcement de la Inspección del Trabajo peruana; ello, a fin de proporcionarle una base teórico-práctica que garantice la mejora de los aspectos relacionados con la problemática de la eficacia de la normativa sociolaboral en los que la inspección puede tener una incidencia directa. En este sentido, plantear un esquema teórico que trace los fundamentos de la política pública de intervención de la autoridad inspectiva tiene –en la actualidad– una importancia particular a efectos de discutir asuntos tan relevantes como el de la intervención regulatoria del Estado en el mercado de trabajo. Así pues, al menos desde la década de los noventa, no es poco común escuchar en debates mediáticos las opiniones de especialistas preocupados por las posibles consecuencias negativas que puedan suscitar nuevas leyes “sobreprotectoras” del derecho del trabajo o, también, es usual escuchar preocupaciones en torno al ya añejo debate sobre la flexibilización de normas laborales como receta para afrontar la informalidad laboral como consecuencia de los “sobrecostos laborales”. En este tipo de casos, frecuentemente, el factor “rigidez de la legislación” es determinante a la hora de decidir los contenidos desarrollados en la normativa sustantiva laboral.

Ahora bien, desde una postura crítica con lo señalado, la bibliografía actual pone el acento, justamente, en las insuficiencias que tiene este tipo de visión –basadas en la “rigidez de la legislación”– en la que no se toma en cuenta el factor importantísimo del enforcement de las normas como un factor determinante en la construcción del referido concepto de “rigidez de la regulación”. A mayor abundamiento, Kanbur & Ronconi afirman lo siguiente:

(...) el incumplimiento de las leyes laborales está generalizado en el mundo y es particularmente elevado en los países en desarrollo, donde las leyes destacan por su nivel de exigencia. Cabe preguntarse si es correcto asumir que la intervención del Estado en el mercado de trabajo es más estricta en la República Bolivariana de Venezuela o Angola, donde la legislación laboral es relativamente protectora pero el nivel de control del cumplimiento y de observancia es muy bajo, que en el Canadá o Nueva Zelanda, donde ocurre lo contrario. (...) sugerimos que la severidad de la legislación laboral y el grado de efectividad del control del cumplimiento correlacionan negativamente. (2018, p. 370)

Lo dicho, revela el grado de importancia que tiene el fortalecimiento de las capacidades de enforcement de la autoridad inspectiva del trabajo de cara a establecer regulaciones sustantivas laborales suficientemente legitimadas y fundadas en la premisa de que –como señalan Kanbur y Ronconi– “el control del cumplimiento importa”. Y nos referimos a las “capacidades y facultades de la inspección” en la amplitud que el término “enforcement” implica; lo cual, va mucho más allá del esquema de control de cumplimiento sobre la base de sanciones administrativas que usualmente es el enfoque que está a la base de un modelo tradicional de autoridad inspectiva (modelo asociado al enfoque punitivo de cumplimiento). En nuestra investigación defendemos una noción de “autoridad responsiva” que diste de ser autoritaria por el mero uso –o peor aún, el uso arbitrario– de su potestad sancionadora y que tampoco se deslegitime por ser demasiado blanda o permisiva por carecer de facultades coercitivas y correctivas, o por mermar sus capacidades en favor de la prevalencia de enfoques persuasivos.

¹ Desde ya, debemos especificar que, en el presente estudio, con este nombre designamos a un subgrupo de los estándares y principios de buenas prácticas en inspección promovidos por la OCDE. Dichos principios son los siguientes: 1) Cumplimiento basado en evidencia, 2) selectividad, 3) enfoque de riesgos y proporcionalidad; y 4) Regulación responsiva.

Justamente, es en este aspecto en el cual la asunción de los *"Principios de la OCDE sobre políticas para la mejora de la aplicación y cumplimiento de la regulación"* como modelo de enforcement puede significar un cambio esencial y pragmático en términos de renovación de la noción de "autoridad" vigilante del cumplimiento de normas que implique, al mismo tiempo, la consecución de mayores niveles de obediencia a la ley. Lo señalado importa también –con mayor razón– si consideramos, como se ha visto en un estudio reciente de la OIT sobre la informalidad laboral en la región latinoamericana, que "con frecuencia se olvida que la infracción y la sanción laboral no restituyen por sí solas los derechos violados y la reparación del daño. (...) Por lo general, el rol de las inspecciones del trabajo de la región en la restitución de derechos violados es muy débil, pues en la mayoría de los países los inspectores carecen de mecanismos legales que les permitan obligar al empleador incumplidor, por ejemplo, a pagar los salarios o las diferencias salariales adeudadas, debiendo el trabajador acudir a los tribunales de justicia" (Bueno, 2018, p. 83). Lo indicado es perfectamente aplicable al caso de la fiscalización laboral peruana en la que las facultades correctivas de los inspectores de trabajo o las que podrían instaurarse en el seno procedimiento sancionador laboral están aun insuficientemente desarrolladas, aspecto el cual merecerá un análisis más pormenorizado en el desarrollo de la presente investigación.

Sobre la base de las consideraciones señaladas, nuestra investigación se divide en tres capítulos. En el primero, abordaremos el marco teórico que nos ayudará a fundamentar nuestra propuesta de cambios en el modelo de enforcement de la Inspección del Trabajo; para ello, comenzaremos aproximándonos al rol esencial que juegan las instituciones democráticas inclusivas en el desarrollo de nuestro país y, a su vez, indagaremos sobre el tipo de cambio institucional que consideramos necesario para tratar las perspectivas de reforma del servicio de inspección. Adicionalmente, vincularemos la noción de cambio institucional con la discusión actual que hay sobre los enfoques teóricos en torno a la obediencia a la ley y, a su vez, con la propuesta actual de mejora de la gobernanza pública que viene implementándose en el Perú a partir de los estándares y recomendaciones de la OCDE. Finalmente, relacionado a la temática del fortalecimiento institucional, postularemos la revalorización de la función inspectiva como instrumento de logro de igualdad de oportunidades, trayendo a colación la relación que tendría con el principio protector del Derecho del Trabajo.

El segundo capítulo desarrollará principalmente la problemática sobre la eficacia de la normativa laboral en el Perú a partir de índices, indicadores y estudios que nos permitan dimensionar el problema a manera de diagnóstico. Previamente; sin embargo, es necesario indagar en algunas disquisiciones conceptuales en torno a la definición y sentidos de la expresión "eficacia de las normas", lo cual, permitirá enfocarnos –de manera más precisa– en aquellos ámbitos en los que la Inspección del Trabajo tiene una incidencia directa con respecto a una concepción compleja de la categoría "eficacia normativa".

De otro lado, en el capítulo tercero, abordaremos tres grandes aspectos: (i) haremos algunas reflexiones sobre las implicancias tras la transformación de la administración pública bajo el modelo del "Estado Regulador y Garante" y la concepción de "Gobernanza del Trabajo", centrándonos en ambos casos en la importancia de la función administrativa de regulación; (ii) de otro lado, nos aproximaremos al análisis de los "Principios de la OCDE sobre políticas para la mejora de la aplicación y cumplimiento de la regulación", a partir de los cuales ensayaremos un diagnóstico del estado situacional del modelo actual de enforcement de la SUNAFIL; y, finalmente (iii) nos centraremos en el estudio del principio de "Regulación Responsiva" en relación con la Inspección del Trabajo; a lo que agregaremos algunas reflexiones –desde la óptica

de este principio— en las que discutiremos sobre temáticas interpretativas y reformas regulatorias (sobre la fiscalización y el procedimiento sancionador) relacionadas con la materialización de este principio en la inspección laboral. Por último, en la sección de conclusiones, señalamos y sintetizamos los principales hallazgos a los que hemos arribado en nuestro estudio.

Podría considerarse una limitación de nuestro análisis el no abordar los 12 principios desarrollados por la OCDE en su documento guía sobre principios de buena fiscalización; sin embargo, como se explicará y justificará pertinentemente, el restringir nuestro análisis a los cuatro principios que conforman lo que aquí hemos denominado como los “*Principios de la OCDE sobre políticas para la mejora de la aplicación y cumplimiento de la regulación*” atiende a la necesidad y conveniencia de evaluar, específicamente, aquellos principios que están emparentados con las concepciones de “eficacia de la norma” en las que el ejercicio de las facultades de la autoridad inspectiva tiene un impacto concreto. Esto, sin perjuicio de resaltar la importancia que tendrán futuras investigaciones que examinen los demás principios tanto desde el desenvolvimiento de la propia autoridad de trabajo como en el de otras agencias reguladoras de la administración pública.

Finalmente, si constituirían limitaciones propiamente dichas en nuestro trabajo las siguientes: (i) la dificultad de acceder a información sobre estudios sistematizados de índole público o también privados que den cuenta de metodologías y resultados sobre la medición de la eficacia de las normas; en particular, de la normativa sociolaboral. Debemos tener en cuenta que, por lo general, las entidades públicas competentes no generan ni publican este tipo de información; y, de otro lado, (ii) las dificultades para acceder a información pública sobre documentos estratégicos, informes anuales, o informes oficiales que den cuenta de resultados en torno a la actividad de supervisión que efectúa la Intendencia Nacional de Supervisión del Sistema Inspectivo de la SUNAFIL (ello en relación con el análisis de diagnóstico del funcionamiento actual de esta institución a partir de los subcriterios definidos para los principios de buena fiscalización de la OCDE evaluados en el capítulo tercero).

Por lo demás, queremos destacar que esta investigación se ha gestado con la esperanza de que el fortalecimiento de las instituciones coadyuve a allanar la difícil senda del desarrollo de nuestro país. Esperamos que nuestro trabajo pueda significar una contribución a los estudios sobre la Inspección del Trabajo y la mejora regulatoria en el Perú.

LISTA DE ABREVIATURAS

Se presenta aquí una lista de abreviaturas que aparecen en la investigación. Para facilitar la lectura, al inicio cada capítulo o cuando vuelva a utilizárselas nuevamente, se procura reiterar en el texto de la tesis a qué refiere cada una de ellas.

- Inspección del Trabajo: **IT**
- Convenio N° 81 de la Organización Internacional del Trabajo, Convenio sobre la Inspección del Trabajo: **C. 81 de la OIT**
- Centro Nacional de Planeamiento Estratégico: **CEPLAN**
- Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos: **OCDE u OECD**
- Ley 28806, Ley General de Inspección del Trabajo: **LGIT**
- Ley N° 29981, Ley que crea la Superintendencia Nacional de Fiscalización Laboral (SUNAFIL), modifica la Ley 28806, Ley General de Inspección del Trabajo, y la Ley 27867, Ley Orgánica de Gobiernos Regionales: **Ley 29981**
- Superintendencia Nacional de Fiscalización Laboral: **SUNAFIL**
- Ley N° 30222, Ley que modifica la Ley 29783, Ley de Seguridad y Salud en el Trabajo: **Ley 30222**
- Organización Internacional del Trabajo: **OIT**
- Decreto Legislativo N° 1448, Decreto Legislativo que modifica el artículo 2 del Decreto Legislativo N° 1310, Decreto Legislativo que aprueba medidas adicionales de simplificación administrativa, y perfecciona el marco institucional y los instrumentos que rigen el proceso de mejora de calidad regulatoria: **D.L 1448**
- Análisis de Impacto Regulatorio: **AIR o RIA**
- Procedimiento Administrativo Sancionador: **PAS**
- Estudio “La eficacia de la legislación laboral: Un análisis multidimensional para el caso de Chile”: **estudio OIT**
- Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo: **MTPE**
- Reglamento de la Ley General de Inspección del Trabajo, aprobado mediante Decreto Supremo N° 019-2006-TR: **RLGIT**
- Sistema de Inspección del Trabajo: **SIT**
- Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental: **OEFA**
- Guía de la OCDE para el cumplimiento regulatorio y las inspecciones: **Guía OCDE sobre inspecciones**
- Texto Único Ordenado de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, aprobado mediante Decreto Supremo N° 004-2019-JUS: **TUO de la LPAG**
- Decreto Legislativo N° 1272, Decreto Legislativo que modifica la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General y deroga la Ley N° 29060, Ley del Silencio Administrativo: **D.L 1272**
- Para referirnos al conjunto de los 4 primeros principios –(i) cumplimiento basado en evidencia, (ii) selectividad, (iii) enfoque de riesgo y proporcionalidad, y (iv) regulación responsable– del total de 11 señalados en el estudio “*OECD Best Practice Principles for Regulatory Policy. Regulatory Enforcement and Inspections (2014)*”: **Principios de la OCDE sobre políticas para la mejora de la aplicación y cumplimiento de la regulación**

CAPÍTULO I

EL FORTALECIMIENTO INSTITUCIONAL DE LA INSPECCIÓN DEL TRABAJO EN RELACIÓN CON EL DESARROLLO EN EL PERÚ

Con el retorno a la democracia en noviembre del año 2000, tras la vacancia por incapacidad moral permanente de Alberto Fujimori y la asunción del cargo presidencial de forma transitoria por parte de Valentín Paniagua, se dio paso a un hito trascendental en nuestra historia republicana el cual significó una nueva oportunidad para el replanteamiento del camino de desarrollo de nuestro país. En aquel entonces se llevaron a cabo los máximos esfuerzos para refundar el Estado constitucional de derecho mediante el establecimiento de un gobierno de transición y la realización de posteriores elecciones democráticas que dieron paso a distintos gobiernos legítimamente elegidos.

En ese decurso, y paralelamente, la Inspección del Trabajo (en adelante, IT) también se refundaba con la dación del Decreto Legislativo N° 910, “Ley General de Inspección del Trabajo y defensa del trabajador” (D.L 910) del 16 de marzo de 2001 que instauraba y armonizaba, por primera vez a nivel legal en Perú, reglas de un modelo de servicio de inspección del trabajo fundando en base a las pautas establecidas en el Convenio N° 81 de la Organización Internacional del Trabajo, Convenio sobre la inspección del trabajo (en adelante, C. 81 de la OIT), ratificado por el Estado peruano y en vigor desde el 1 de febrero de 1960.

En ese entender, han transcurrido dos décadas de gobiernos democráticos, tiempo en el cual, la IT ha ido evolucionando como una de las instituciones más importantes de la administración pública en tanto que tiene asignado el rol de vigilar el cumplimiento de la normativa sociolaboral y por ende de velar por el ejercicio efectivo de los derechos laborales. Así pues, resulta un componente esencial para lograr avances en torno al desarrollo del país; ello, partiendo de una concepción de desarrollo que, de

[c]entrarse de manera exclusiva en el crecimiento económico como un fin en y por sí mismo, sin considerar qué les permite lograr a los miembros de una sociedad, tanto individual como colectivamente (quizás, como Sen señalaría, en términos de mayores capacidades humanas y funcionamiento), implicaría adjudicar al crecimiento económico una primacía en la concepción de los fines del desarrollo que resulta insostenible. (Trebilcock & Prado, 2017, p. 35).

En ese sentido, desde nuestro punto de vista, el análisis y crítica del actual funcionamiento de la IT debe darse en el marco de fuentes teóricas arraigadas en autores emparentados con la denominada “Neo Institucionalismo Económico” (Acemoglu y Robinson) así como también de autores que postulan sus premisas desde la “Economía Conductual” (Sunstein y Thaler). Ello, en tanto que ambas vertientes representan posturas alternativas respecto del modelo de desarrollo propuesto por la economía neoclásica y “su visión monetarista -propia de la Escuela de Chicago- [que] llevaron a aplicar el análisis económico a diversas modalidades de la vida social que antes eran privativas de otras ciencias sociales, en una especie de imperialismo económico” (Uribe Mallarino, 2008, p. 85).

En ese marco, es importante tener en cuenta lo que entendemos en presente trabajo por “instituciones”, así Trebilcock & Mota Prado (2011) citado por (Trebilcock & Prado, 2017, p. 55) señala que son “organizaciones (formales e informales) a las que una sociedad encarga o confía

la labor de formular, administrar y aplicar sus leyes o políticas, y de pronunciar dictámenes en relación con ellas". Por tanto, la inspección del trabajo se erigiría, así, como una organización formal del Estado peruano que tuvo y tiene, ante todo, la misión convencional de velar por el cumplimiento de la normativa sociolaboral. Al respecto, concordamos con Weller (2009) al señalar que:

Las instituciones laborales son mecanismos con diferente grado de formalidad, que establecen reglas de comportamiento para los actores del mercado de trabajo. Son ejemplos de estas instituciones: la legislación sobre las relaciones laborales individuales y colectivas, las políticas activas del mercado de trabajo, los sistemas de protección contra el desempleo y también los comportamientos objeto de sanción informal. **El fin último de la institucionalidad laboral es la generación de empleo de calidad. Además, debe contribuir al desarrollo socioeconómico sostenible de largo plazo y estimular la inclusión creciente de los segmentos de la fuerza laboral no cubiertos por los mecanismos de protección.** Para alcanzar estos fines, las instituciones deben cumplir un doble objetivo: asegurar un funcionamiento eficiente del mercado de trabajo, es decir, lograr una asignación óptima de los recursos, y garantizar la protección y el fortalecimiento de los más débiles en un mercado que presenta desigualdades estructurales entre los actores. **De esta manera, una institucionalidad laboral adecuadamente diseñada estimula el crecimiento económico, la competitividad, el empleo y la cohesión social.** (2009, pp. 19–20) (Resaltado nuestro)

1.1 Institucionalidad laboral democrática y el fin supremo del estado: ¿puede la regulación coadyuvar en el desarrollo y crecimiento económico con vigencia efectiva de derechos humanos laborales?

De acuerdo con lo expresado, pasaremos a analizar el contexto actual peruano de cara a reflexionar sobre las nociones de oportunidad y responsabilidad tras el restablecimiento de la democracia, ello, con la finalidad de ahondar en la importancia que tiene el fortalecimiento de la institucionalidad democrática de nuestro país y en específico con la institucionalidad laboral.

En primer lugar, la idea de oportunidad nos lleva a reflexionar sobre nuestros avances en torno a la consolidación de un aspecto esencial del Estado constitucional de Derecho, y que refiere a la institucionalidad democrática. Con este término haremos alusión a las instituciones políticas y económicas inclusivas que, siguiendo a Acemoglu y Robinson, son aquellas que promueven el desarrollo económico de un país (2012, p. 106). En ese sentido, partiremos por señalar cual es el "estado de la cuestión" respecto a lo logrado hasta el momento en esta materia recurriendo a la información contenida en el documento "El Perú en los indicadores mundiales" que nos dará una perspectiva clara de nuestra realidad desde un análisis comparativo de nuestra situación en el panorama mundial y, especialmente, en el regional. Así, de acuerdo con el señalado documento se puede observar lo siguiente:

- i) En el punto N° 1 relativo al *Índice sobre efectividad gubernamental* tenemos: "Muestra la percepción de la población sobre la calidad de los servicios públicos, la

administración pública y su grado de independencia ante las presiones políticas, la formulación y aplicación de políticas, así como la credibilidad en los compromisos que asume el Gobierno para aplicar este tipo de políticas” (CEPLAN, 2016, p. 16).

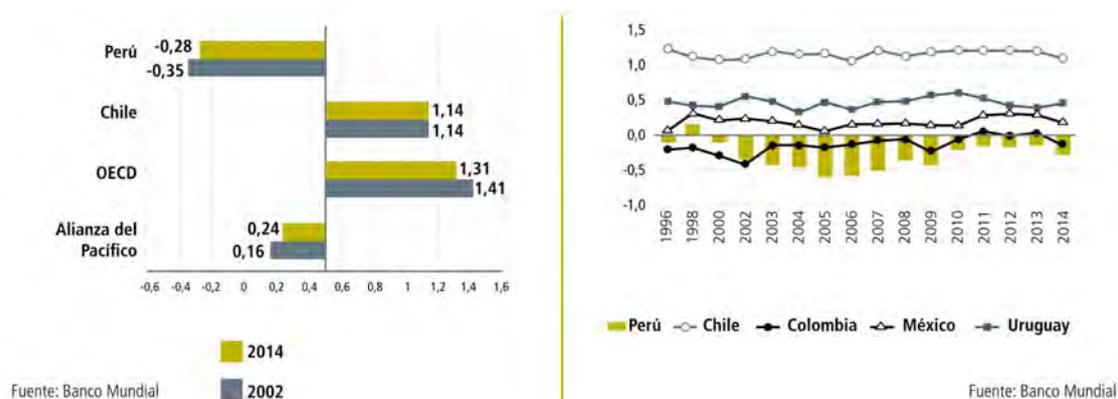


Ilustración 1: Índice sobre efectividad gubernamental (CEPLAN, 2016, p. 16)

Concluyendo: “El índice de efectividad gubernamental se ubica en un rango de -2,5 a 2,5: a mayor valor del índice, mejor será la posición del país con respecto a la efectividad del Estado. En el año 2014, de un total de 209 países, Perú se encontraba en el puesto 118. El país sudamericano mejor posicionado fue Chile, ubicado en el puesto 34, con un índice de 1,14.” (CEPLAN, 2016, p. 17)

- ii) Por otro lado, en el punto N°3 del informe del Centro Nacional de Planeamiento Estratégico (CEPLAN) relativo al *Índice de calidad regulatoria* se tiene que: “Muestra la percepción de la población sobre la capacidad del Gobierno para formular y aplicar políticas y reglamentaciones acertadas, que permitan y promuevan el desarrollo del sector privado. [Supuesto: los Estados tienen la importante misión de establecer el marco legal para el funcionamiento del mercado, el cual incluye instituciones públicas y privadas.]” (CEPLAN, 2016, pp. 20–21)

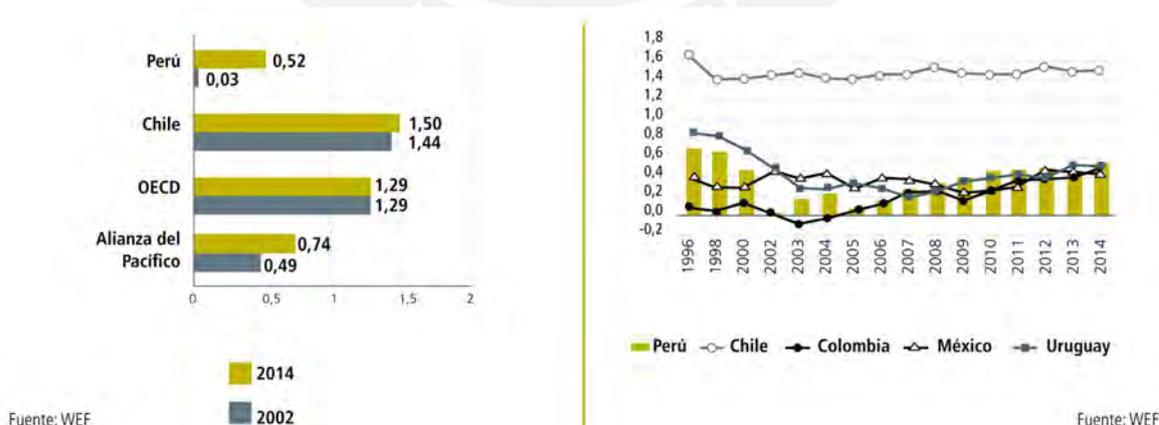


Ilustración 2: índice de calidad regulatoria (CEPLAN, 2016, p. 20)

Concluyendo: “El rango de valuación va de -2,5 a 2,5: mientras mayor sea el valor del índice, mejor será la posición del país con respecto a la calidad regulatoria. En el año 2014, de un total

de 209 países, el Perú se encontraba en el puesto 65. El país sudamericano mejor posicionado fue Chile, que se ubicó en el puesto 18, con un puntaje de 1,50.” (CEPLAN, 2016, p. 21)

Estos indicadores evidencian que se han dado algunos avances en la temática de la institucionalidad democrática en nuestro país; sin embargo, y más importante, también nos permiten evidenciar la percepción general de la persistencia de problemas en distintos ámbitos del Estado (lo cual implica también a la Administración del Trabajo²), los cuales constituyen obstáculos para su consolidación.

En ese sentido, podemos afirmar enfáticamente –acorde con las conclusiones señaladas anteriormente– que, si bien la institucionalidad en el Perú ha progresado desde la oportunidad que se dio con el retorno a la democracia, dichos avances son claramente aún insuficientes de cara a un proyecto real de desarrollo nacional³. Y es que no estamos ante un asunto cuya importancia –ya dentro de la agenda política de materias imprescindibles a tratar– sea menor o peor aún cuyas medidas de solución sean aplazables. Desde nuestra perspectiva, consideramos que el afianzamiento de la institucionalidad democrática es el aspecto más esencial y de mayor imperiosidad en la agenda de la política pública nacional; afianzamiento que, a su vez, implica al sector Trabajo y Promoción del Empleo y en el que, por tanto, deben de adoptarse acciones concretas a corto y mediano plazo para su fomento.

Ello más aún, en razón a su vinculación con la estabilidad y crecimiento económico del país, asunto por lo general más mediático y objeto de mayor preocupación en agenda gubernamental. En tal sentido, consideramos que la premisa necesaria de la que debemos partir refiere a la consustancialidad de la consolidación de la institucionalidad democrática con el proyecto de desarrollo del país, especialmente, con relación a una perspectiva de progreso y desarrollo económico con equidad que apunte a la consecución de una sociedad próspera.

Sobre la base de esta última consideración, cabe preguntarnos: ¿por qué el énfasis –o podríamos decir, la preponderancia– en los aspectos de la vida económica de nuestro país más allá de, por ejemplo, lo político o lo social? Al respecto, podemos señalar que, si bien es evidente que estos tres aspectos tienen una mutua interrelación e interdependencia, el énfasis en el aspecto

² De acuerdo con el artículo I del Convenio N° 150 de la OIT, Convenio sobre la administración del trabajo –no ratificado aún por el Perú–, “la expresión **administración del trabajo** designa las actividades de la administración pública en materia de política nacional del trabajo”; y, a su vez, “la expresión **sistema de administración del trabajo** comprende todos los órganos de la administración pública (...) responsables o encargados de la administración del trabajo”. En dicho marco, la inspección del trabajo se instituye como una de las funciones principales del Sistema de Administración del Trabajo; la misma que será desarrollada a través de los distintos órganos, autoridades, servidores públicos y medios conformantes del Sistema de Inspección del Trabajo (en adelante, SIT).

Por su parte, el artículo I de la Ley N° 28806, Ley General de Inspección del Trabajo, especifica las siguientes definiciones: (i) “Sistema de Inspección del Trabajo, es un sistema único, polivalente e integrado, constituido por el conjunto de normas, órganos, servidores públicos y medios que contribuyen al adecuado cumplimiento de la normativa sociolaboral, de seguridad y salud en el trabajo y cuantas otras materias le sean atribuidas”; y (ii) “Inspección del Trabajo es el servicio público que se encarga permanentemente de vigilar el cumplimiento de las normas de orden sociolaboral y de seguridad y salud en el trabajo, de exigir las responsabilidades administrativas que procedan, orientar y asesorar técnicamente en dichas materias; así como, de conciliar administrativamente en las materias que correspondan, y teniendo en cuenta el Convenio N° 81 de la Organización Internacional del Trabajo”.

³ En el mismo sentido véase: Presidencia del Consejo de Ministros (PCM) en el documento “Perú: Tercer Informe Nacional de Cumplimiento de los Objetivos de Desarrollo del Milenio” (2013, pp. 16–17).

económico, más allá de consideraciones mediáticas, responde a una idea central para el Estado constitucional de derecho que está plasmada en el artículo 1° de nuestra Constitución Política (en adelante, Constitución), la cual señala: “La defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado”.

En efecto, la vigencia efectiva de este principio fundamental se realiza, justamente –y junto con otros elementos–, mediante desarrollo económico del país y el manejo, asignación y gestión adecuados de los recursos económicos por parte del Estado; el cual, a su vez, debe actuar bajo la premisa de que “[t]odos los derechos son costosos porque todos presuponen una maquinaria eficaz de supervisión, pagada por los contribuyentes para monitorear y controlar” (Holmes et al., 2011, p. 65). Estas ideas, en el ámbito del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, implican la reafirmación de los atributos de indivisibilidad e interdependencia de *los derechos humanos* (más allá de las tipologías o denominaciones respecto a las denominadas “generaciones de derechos humanos”) en tanto que es el Estado peruano el que tiene que velar por su vigencia y darle un sentido real al principio establecido en el artículo 1° de la Constitución.

Por tanto, si bien es indiscutible la importancia del crecimiento económico para el progreso con plena vigencia de derechos fundamentales; correlativamente, para que dicho crecimiento tenga viabilidad y continuidad, los representantes del Estado y la sociedad deben de comprender la relación y relevancia que tiene el fortalecimiento de la institucionalidad democrática con respecto al mencionado desarrollo económico; y, sobre la base de estas consideraciones, hacer suya la responsabilidad ante la necesidad de tomar decisiones y acciones concretas al respecto. Para que así, el proyecto de desarrollo de nuestro país sea viable.

En los últimos años, estas ideas han cobrado mayor fuerza y actualidad desde la “nueva economía institucional” o “neo institucionalismo económico” con el planteamiento de los estudios de Acemoglu y Robinson, quienes respondiendo a la pregunta por el origen de la prosperidad y la pobreza de los países señalan -entre otras premisas- que, en el devenir histórico de estos, son las instituciones políticas y económicas extractivas⁴ las que están en el origen del fracaso de los países (Acemoglu & Robinson, 2012, p. 436). Entendiendo por instituciones económicas extractivas aquellas que “(...) tienen como objetivo extraer rentas y riqueza de un subconjunto de la sociedad para beneficiar a un subconjunto distinto” (Acemoglu & Robinson, 2012, p. 98); y como instituciones políticas extractivas a aquellas que carecen de cualquiera de las siguientes características: tener un carácter pluralista e inclusivo y detentar una estructura suficientemente centralizada (con esto, refieren a aquellas instituciones suficientemente sólidas que realmente hagan respetar y permitan mantener el orden y el Estado de derecho en un país) (Acemoglu & Robinson, 2012, p. 103).

⁴ Las instituciones políticas y económicas extractivas son por definición opuestas a las ya señaladas instituciones inclusivas. Acemoglu y Robinson plantean que las *instituciones políticas inclusivas* son las que “reparten el poder político ampliamente de manera pluralista y son capaces de lograr cierto grado de centralización política para establecer la ley y el orden, la base de unos derechos de propiedad seguros y una economía de mercado inclusiva”(2012, p. 501); y, asimismo, los autores postulan que “[p]ara nuestra teoría, es crucial la relación entre prosperidad e instituciones políticas y económicas inclusivas. Las instituciones económicas inclusivas que hacen respetar los derechos de propiedad crean igualdad de oportunidades y fomentan la inversión en habilidades y nuevas tecnologías. Éstas conducen más al crecimiento económico que las instituciones económicas extractivas, (...)” (2012, p. 501).

De lo señalado, podemos afirmar entonces que el Perú, en su camino al desarrollo, ha tenido un determinado tipo de institucionalidad el cual ha venido cambiando a lo largo de su historia. Lo primordial estará en ser conscientes respecto del tipo de institucionalidad que se ha estado instaurando en nuestro país; es decir, si venimos teniendo *más* institucionalidad o *menos* institucionalidad democrática, o en términos de Acemoglu y Robinson, si nuestras instituciones han ido evolucionando hacia instituciones políticas y económicas inclusivas dejando atrás las instituciones extractivas.

Desde la perspectiva de la oportunidad, desde la reinstauración de la democracia se han dado importantes propuestas que expresan una apuesta de voluntad política por el progreso de la institucionalidad democrática hacia una caracterización inclusiva de esta. Así, por ejemplo, se tiene como hito central al “Acuerdo Nacional” el cual, entre algunas de las Políticas de Estado que promueven una institucionalidad inclusiva en el país, plantea: el fortalecimiento del régimen democrático y del estado de derecho, gobierno en función de objetivos con planeamiento estratégico, prospectiva nacional y procedimientos transparentes, la promoción de la igualdad de oportunidades sin discriminación, la afirmación de la economía social de mercado, la afirmación de un estado eficiente y transparente, plena vigencia de la constitución y de los derechos humanos, entre otras.

En esta misma línea, y teniendo como referente precisamente la Política N°5 señalada (gobierno en función de objetivos con planeamiento estratégico, prospectiva nacional y procedimientos transparentes), a través del CEPLAN y en el marco del Sistema Nacional de Planeamiento Estratégico –del cual CEPLAN cumple la función de órgano rector– se diseñó el “Plan Bicentenario: El Perú hacia el 2021” que propone distintos ejes principales así como objetivos generales y específicos para el desarrollo de la institucionalidad democrática, precisando también indicadores para el logro de las metas planteadas en cada objetivo a través programas estratégicos.

Es evidente entonces que estas iniciativas resaltan la importancia que ha venido teniendo esta temática desde las políticas centrales concertadas desde el Estado, las cuales han venido siendo impulsadas por los últimos gobiernos democráticos. Consecuencia de la implementación de estas o al menos por su influjo, es que se han podido lograr avances en institucionalidad; sin embargo, como ya señalamos anteriormente, los indicadores de estudios recientes presentados justamente por CEPLAN –organismo técnico especializado producto de estos acuerdos– alertan de la insuficiencia de las medidas tomadas hasta el momento.

Así mismo, es significativo resaltar que, en el ámbito internacional, el Grupo de las Naciones Unidas para el Desarrollo, teniendo como referente y marco conceptual la “Declaración del Milenio” y los objetivos contenidos en ella (los Objetivos del Milenio –ODM–), señala acertada y categóricamente lo siguiente:

El refuerzo de las capacidades y la creación de instituciones eficaces no se mencionan explícitamente en los Objetivos de Desarrollo del Milenio, pero no pueden ignorarse en los nuevos Objetivos de Desarrollo Sostenible. Las instituciones se basan principalmente en un mecanismo eficaz de prestación de servicios y en la forma en la que se garantizan la inclusión y la igualdad para, en última instancia, lograr la sostenibilidad.

Si bien las reformas institucionales no pueden impulsar una agenda de desarrollo transformadora por sí solas sin otras contribuciones esenciales (por ejemplo, recursos, infraestructura, liderazgo adecuado, capital humano o controles

políticos), los Estados deben ser capaces de reconocer las preocupaciones de las personas vulnerables y ofrecer respuestas a las mismas mediante intervenciones coherentes(...).” (Grupo de las Naciones Unidas para el Desarrollo, 2014, p. 8)

De acuerdo a lo señalado hasta aquí, resulta evidente entonces la necesidad del fortalecimiento de las instituciones democráticas inclusivas en nuestro país; así también, se ha podido observar que se han adoptado decisiones en esta línea, concretizadas en acuerdos consensuados que se han materializado en políticas públicas generales de mayor jerarquía; sin embargo, según lo verificado, hemos hecho hincapié en la insuficiencia de estas decisiones desde un punto de vista objetivo, tomando en cuenta el balance de nuestros avances en relación con la de otros países; todo ello, a propósito, especialmente, de la implicancia de la institucionalidad con la temática de la sostenibilidad del crecimiento económico, el cual, desde la perspectiva que venimos planteando, es primordial para la plena vigencia de los derechos fundamentales. Finalmente, hemos indicado que parece discutible que dicho crecimiento siga su evolución positiva si es que no se toman decisiones concretas en pro del fortalecimiento de una institucionalidad democrática inclusiva, situación que pondría en riesgo y eventualmente afectaría la continuidad de los avances que hasta el momento se han venido logrando en materia de derechos humanos y, en específico, en materia de derechos humanos laborales.

Respecto a este punto, es pertinente mencionar lo siguiente: el Perú ha detentado un crecimiento económico sostenido desde hace más de una década (CEPLAN, 2015, p. 25), en ese sentido, desde el Estado peruano se ha advertido la necesidad de establecer nuevos objetivos en relación al proyecto de desarrollo del país, siendo uno de estos el que parte del interés que tiene el Estado peruano de formar parte de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos⁵ (en adelante, OCDE u OECD) y afrontar las dificultades que se han detectado respecto de las posibilidades de que nuestro país pueda ser admitido como miembro pleno de dicha organización.

Así, un estudio llevado a cabo por CEPLAN respecto a las posibilidades del Perú de formar parte de la OCDE para el año 2021 señala dos aspectos relevantes y delicados referidos a las falencias de las que adolece nuestro país y que constituirían el óbice esencial para el camino seguro a su admisión. Resaltamos dichos aspectos porque están íntimamente relacionados a la temática que venimos discutiendo. Así, en primer lugar, respecto al elemento que es requisito mínimo y necesario para estar en posibilidades de ser un país que puede ser admitido a la OCDE, en el apartado “Estado, gobernabilidad e institucionalidad” relativo a la situación del Perú frente al desafío de la OCDE se concluye:

Es claro, entonces, que aun cuando nuestro país se encuentra en buena posición respecto a los indicadores económicos, es necesario observar de cerca el clima institucional, así como el desempeño y la efectividad del gobierno como agente importante para impulsar el desarrollo económico social del Perú. Aquí estaría la gran tarea para el país. Para ser miembro pleno OCDE es requisito indispensable reforzar el desarrollo de los aspectos institucionales y gubernamentales.” (CEPLAN, 2015, p. 32)

⁵ Una fundamentación del interés por el ingreso del Perú a la OCDE podemos encontrarlo en: Centro Nacional de Planeamiento Estratégico – CEPLAN, *Perú 2021: País OCDE*, pp. 17-18.

En segundo lugar y en la misma línea, se estudia de manera cotejada la situación de nuestro país en el año 2013 con relación a la de Chile al año 2010⁶, momento en el cual fue admitido como miembro pleno de la OCDE. Así, en el título relativo a “Brechas y desafíos” se señala:

Puede observarse que el Perú ha logrado fortalecer, principalmente, algunos indicadores de desarrollo económico; sin embargo, la evolución de los indicadores institucionales y de provisión de servicios es bastante preocupante. Los datos ponen en evidencia grandes brechas de desarrollo en comparación a los avances registrados por Chile en el momento de su incorporación como miembro pleno de la OCDE. No obstante, el buen desempeño de las cifras macroeconómicas da una base sólida para articular las reformas para alcanzar el progreso en otros ámbitos necesarios para llegar a ser un país desarrollado. (...) [E]xisten indicadores en los que el Perú registra grandes avances, lo que genera una alta expectativa de eliminar las brechas que presentan. **Sin embargo, aquellos en los que el Perú tiene escasa mejoría (...) no dejan de preocupar, pues su evolución parece haberse estancado y necesitarían la urgente aplicación de políticas que impulsen cambios drásticos. Es así que el foco debe estar puesto en las siguientes variables:** control de violencia y estabilidad política, control de la corrupción, **efectividad gubernamental**, nivel de exportaciones de bienes y servicios, provisión de agua potable y **calidad regulatoria**. (CEPLAN, 2015, pp. 46–47) (Resaltado nuestro)

Todas las afirmaciones, observaciones y estudios señalados previamente demuestran, desde distintos ángulos, que nuestra realidad se encuentra en un momento clave en el cual se destaca la idea de oportunidad como trasfondo, y también como razón principal para entender, justamente, que dicha oportunidad puede materializarse en términos de desarrollo, si se asume con responsabilidad —en la política pública— la premisa de la consustancialidad del fortalecimiento de la institucionalidad democrática con el desarrollo del país. Respecto a esto último, solo queda remarcar que la idea de oportunidad en sentido estricto es inseparable de la de responsabilidad; por ello, desde la perspectiva de la mutua implicancia de ambos conceptos, no es admisible que puedan darse decisiones u omisiones en la agenda política de parte de alguno de los tres poderes del Estado que vayan en detrimento de la construcción de una institucionalidad democrática e inclusiva

Finalmente, al inicio de este apartado hicimos hincapié en la especial oportunidad que tuvo el país con la reinstauración de la democracia. Dicha acotación no fue gratuita en el entendido de que aquella circunstancia fue especial porque, más allá de haber sido una coyuntura crítica para el país, significó también una oportunidad de dar paso al inicio del cambio institucional. Así, respecto a los conceptos coyuntura crítica y cambio institucional, Acemoglu y Robinson señalan:

Las sinergias entre instituciones políticas y económicas extractivas crean un círculo vicioso en el que las instituciones extractivas, una vez en marcha, tienden a persistir. Asimismo, existe un círculo virtuoso asociado con las instituciones políticas y económicas inclusivas. Sin embargo, ni el círculo vicioso ni el virtuoso son absolutos. De hecho, algunos países viven bajo instituciones inclusivas hoy en día porque, aunque las instituciones extractivas hayan sido lo normal en la historia, han sido capaces de romper el molde y hacer la transición a

⁶ Debemos recordar que el último país Sudamericano en ingresar como miembro pleno a la OCDE fue Colombia en mayo del 2018.

instituciones inclusivas. Nuestra explicación de estas transiciones es histórica, pero no está predeterminada históricamente. El cambio institucional a fondo, el requisito para que se produzca un gran cambio económico, tiene lugar como resultado de la interacción entre las instituciones existentes y las coyunturas críticas. Las coyunturas críticas son grandes acontecimientos que perturban el equilibrio político y económico existente en una o muchas sociedades (Acemoglu & Robinson, 2012, p. 502)

A nuestra consideración, en el Perú, el cambio institucional continúa aún en ciernes, dado que al parecer los grandes cambios producto de la coyuntura crítica (en términos de Acemoglu & Robinson) producto de la caída del gobierno autoritario fujimorista no implicaron un camino definitivo hacia el desarrollo con la existencia inequívoca de una institucionalidad democrática inclusiva. Evidentemente, este análisis implica también a la Administración del Trabajo y en específico a la Inspección del Trabajo que se erige como una institución democrática muy particular en el sector trabajo en tanto que de su consolidación y adecuado funcionamiento depende la consecución de mayores niveles de cumplimiento normativo en materia laboral.

Al respecto, en el ámbito de la inspección del trabajo se han dado momentos de grandes cambios y reformas a nivel legislativo que han intentado consolidar el cambio institucional. Consideramos esencialmente 3: como ya se mencionó el primero de ellos fue con el Decreto Legislativo 910, el cual tuvo vigencia hasta julio del 2006, momento en el que se aprobó la Ley 28806, Ley General de Inspección del Trabajo (LGIT); posterior a ello, en enero del 2013, se aprobó la Ley N° 29981, Ley que crea la Superintendencia Nacional de Fiscalización Laboral (SUNAFIL), modifica la Ley 28806, Ley General de Inspección del Trabajo, y la Ley 27867, Ley Orgánica de Gobiernos Regionales (Ley 29981). Estas 3 reformas legislativas implicaron cada una en su momento una reforma total del modelo de inspección ya que implicaron diversos y numerosos cambios legislativos. Cabe acotar, que actualmente rige el modelo instaurado por la LGIT junto con la Ley 29981, y es también relevante mencionar que a dicha estructuración de la inspección del trabajo se le hicieron sendos ajustes legislativos como son: previa a la creación de SUNAFIL, en junio del 2009 con la dación de la Ley de organización y funciones del Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo, Ley N° 29381; en agosto del 2011 con la dación de Ley de Seguridad y Salud en el Trabajo, Ley N° 29783; y en julio del año 2012 con la dación de Ley de Reforma del Sistema Privado de Pensiones, Ley N° 29903.

Posteriormente a la creación de SUNAFIL, en julio de 2018, se publicó la Ley N° 30814, Ley de Fortalecimiento del Sistema de Inspección del Trabajo (Ley 30814); en septiembre de 2018, se publicó el Decreto Legislativo N° 1383, que modificó la Ley N° 28806, Ley General de Inspección del Trabajo (DL 1383) y el Decreto Legislativo N° 1451, norma que precisa las funciones y competencias de diversas entidades del Gobierno, con la finalidad de fortalecer su funcionamiento (DL 1451). En diciembre de 2019, se publicó el Decreto de Urgencia que establece medidas para fortalecer la protección de salud y vida de los trabajadores, Decreto de Urgencia N° 044-2019; y, finalmente, en mayo del 2020, se publicó el Decreto Legislativo que establece diversas medidas para garantizar y fiscalizar la protección de los derechos socio laborales de los/as trabajadores/as en el marco de la Emergencia Sanitaria por el COVID – 19, Decreto Legislativo N° 1499 (DL 1499).

Desde nuestra perspectiva, es importante resaltar que consideramos esencial que el fortalecimiento institucional y, eventualmente, el cambio institucional –en términos de Acemoglu

y Robinson— no se dé necesariamente con una nueva propuesta de reforma legislativa integral como en su momento implicó tanto la dación de la LGIT como la Ley 29981. Nuestra hipótesis parte de una premisa que, si bien es más modesta, va en la línea del necesario y urgente fortalecimiento institucional.

En ese sentido, nos adherimos a la propuesta de Banerjee & Duflo quienes señalan que en el marco de las iniciativas de cambio que impliquen el fortalecimiento institucional “los cambios pequeños pueden tener efectos grandes” (2012, p. 333). Así, debemos tener en cuenta que:

(...) la lección más importante que se extrae del análisis histórico de Acemoglu y Robinson es que las malas instituciones son muy perseverantes y que puede que no haya un proceso natural que acabe con ellas. Compartimos este doble escepticismo respecto al peligro de una estrategia que imponga totalmente el cambio institucional desde fuera y, también, respecto a la esperanza de que, dejando sola a la gente, las cosas se acaben arreglando por sí mismas. En lo que nos diferenciamos de ellos es en seguir siendo optimistas. En la práctica observamos cómo se están produciendo cambios institucionales significativos, en el margen, sin que haya una invasión exterior ni una revolución social a gran escala. En efecto, creemos que todo este debate está dejando a un lado una cuestión fundamental acerca de la definición de las instituciones: estas definen las reglas del juego. Esto incluye a las INSTITUCIONES que han sido el objeto de gran parte del análisis, al menos del realizado desde la economía y desde la ciencia política, y que todavía dominan el debate: democracia, descentralización, derechos de propiedad, sistema de castas, etcétera. Pero cada una de las INSTITUCIONES de este nivel comprende a muchas otras instituciones locales concretas. (...). En este libro se ha visto una y otra vez: los detalles cuentan. Las instituciones no son una excepción. Para poder comprender de verdad el efecto que tienen sobre la vida de los pobres, lo que se necesita es cambiar la perspectiva, pasando de las INSTITUCIONES en letras mayúsculas a las instituciones en letras minúsculas, es decir, a una perspectiva desde abajo. (...) Lo primero que nos permite observar la perspectiva desde abajo es que no siempre es necesario un cambio radical de las instituciones para que mejore el modo en que tienen que rendir cuentas y disminuya la corrupción. Aunque las reformas democráticas a gran escala sean escasas y aunque pase mucho tiempo entre una y otra, hay muchos ejemplos en los que la democracia se ha incorporado, con alcance limitado y a un nivel local, en el seno de un régimen autoritario. (Banerjee & Duflo, 2012, pp. 300–301)

Por tanto, en esta investigación, abogamos por los cambios desde la perspectiva desde abajo, es decir, abogamos por aquellos pequeños cambios que consideramos importantes para lograr que la inspección del trabajo se establezca con vocación de permanencia como una institución democrática inclusiva que logra de manera efectiva su finalidad. Por ello, no abogamos por reformas legislativas integrales para conseguir un cambio institucional real en la IT, sino que consideramos importante centrar nuestro análisis en aspectos específicos del funcionamiento de la inspección del trabajo de cara a su efectividad —principalmente— en el rol de vigilancia del cumplimiento de la normativa sociolaboral. Teniendo en cuenta esta premisa, es esencial, a su vez, tener claro bajo qué perspectiva teórica se fundarían dichos cambios específicos; es decir, cuál será la perspectiva que consideraremos como la más idónea para introducir los cambios

puntuales que requiere el fortalecimiento institucional de la IT, los mismos que permitirán consolidar una mayor efectividad en la actuación de la misma.

1.2 El enfoque de enforcement adecuado: debates en la teoría social y en el ámbito de la Administración del Trabajo

Los aspectos implícitos en la problemática sobre el debido cumplimiento de las normas del orden jurídico sociolaboral tienen relación con el diseño de un sistema adecuado de “enforcement” de las normas. Al respecto, a efectos de nuestro trabajo y, siguiendo la caracterización hecha por la OCDE el término:

“enforcement” will be taken in its broad meaning, covering all activities of state structures (or structures delegated by the state) aimed at promoting compliance and reaching regulations’ outcomes – e.g. lowering risks to safety, health and the environment, ensuring the achievement of some public goods including state revenue collection, safeguarding certain legally recognized rights, ensuring transparent functioning of markets etc. These activities may include: information, guidance and prevention; data collection and analysis; inspections; enforcement actions in the narrower sense, i.e. warnings, improvement notices, fines, prosecutions etc.⁷ (OECD, 2018a, p. 11)

En el campo de los estudios sobre el enforcement de las normas jurídicas, los estudios en el ámbito de las ciencias sociales plantean dos enfoques: i) el primero denominado enfoque del *desincentivo o instrumentalista* el cual postula que “[s]in profundizar en el plano moral del comportamiento, (...) afirma que las personas son seres racionales que evalúan costos y beneficios y que actúan conforme a los cálculos que hacen de estos. El comportamiento humano según esta teoría, es determinado por premios y castigos existentes (y conocidos), así como por la percepción de ser castigado o premiado” (Pérez Correa, 2014, p. 16); y de otro lado, ii) el enfoque *normativista o del cumplimiento voluntario* que «[s]ostiene que la existencia y aplicación efectiva de sanciones (o la ausencia de impunidad) es solo uno de los factores –y no necesariamente el más importante– que explica el comportamiento de las personas frente al derecho. Desde esta visión, el cumplimiento del derecho es un problema complejo, motivado por factores morales y sociales y menos por cálculos racionales que sopesan los costos de sanción establecidos en el derecho o los beneficios potenciales de realizar una conducta indebida» (Pérez Correa, 2014, p. 25).

En tal sentido, el enfoque del desincentivo representaría el paradigma de la disuasión el cual tiene como eje el control y modelamiento de las conductas a través de las sanciones; es decir, representa la regulación tradicional que implica el cumplimiento de reglas en base a la coacción como elemento sustancial de un sistema jurídico (regulación Comando/Control, en adelante C/C). De otro lado, la postura normativista afirma que “la regulación basada en valores propone

⁷ “enforcement” se tomará en su sentido amplio, cubriendo todas las actividades de las estructuras estatales (o estructuras delegadas por el estado) destinadas a promover el cumplimiento y alcanzar los resultados de las regulaciones, p. ej. reducir los riesgos para la seguridad, la salud y el medio ambiente, garantizar el logro de algunos bienes públicos, incluida la recaudación de ingresos estatales, salvaguardar ciertos derechos legalmente reconocidos, garantizar el funcionamiento transparente de los mercados, etc. Estas actividades pueden incluir: información, orientación y prevención; recojo y análisis de datos; inspecciones; acciones de ejecución en sentido estricto, es decir, advertencias, avisos de mejoras, multas, enjuiciamientos, etc. [Traducción libre]

que hay que concentrarse en la socialización del derecho, es decir, en el desarrollo de valores morales y de apoyo a la legitimidad” (Tyler, 2014, p. 164), por lo que, en este sentido, pone también el acento en matices que –sin perjuicio del uso de sanciones– se pueden asociar al paradigma de la persuasión. El enfoque persuasivo, dejando de lado los mecanismos punitivos, se inclina por el uso de herramientas blandas para el cumplimiento de normas como son las advertencias, recomendaciones o incluso instrumentos de negociación.

En el ámbito del cumplimiento de normas sociolaborales, estas posturas tendrían su correlato en la supuesta dicotomía entre estilos de hacer cumplir las normas por parte de los sistemas de inspección del trabajo; vale decir, si en el funcionamiento de los sistemas de inspección hay una prevalencia o equilibrio entre el estilo preventivo o el sancionador. En el Perú, el enfoque preventivo tuvo preeminencia y recepción a nivel legal desde julio del 2014 hasta julio del 2017 con la Ley N° 30222, Ley que modifica la Ley 29783, Ley de Seguridad y Salud en el Trabajo (en adelante, Ley 30222). La misma que, en su única disposición final transitoria, dispuso que “[e]n el marco de un enfoque preventivo de la política de inspección del trabajo se establece un plazo de tres (3) años, contados desde la entrada en vigencia de la presente Ley, durante el cual el Sistema de Inspección del Trabajo privilegia acciones orientadas a la prevención y corrección de conductas infractoras”. Por otra parte, la Ley 30222 disponía también que, en el periodo de su vigencia, la multa a imponerse no debía ser mayor al 35% de la que resulte de aplicar luego de la evaluación del caso concreto sobre la base de los principios de razonabilidad, proporcionalidad, así como las atenuantes y/o agravantes que correspondan.

Dicho tipo de medidas que implican el privilegio de un enfoque sobre el otro ha sido blanco de críticas que señalan que “(...) debilitar las funciones punitivas y de detección del sistema diluye el poder de convicción necesario para promover la aceptación de los consejos y las recomendaciones propuestas por los Inspectores como parte de sus funciones didácticas y de asesoramiento. Esta es la razón por la que los especialistas sostienen que se trata de funciones complementarias y no excluyentes (...)”⁸ (Bensusan, 2014, p. 178). Por tanto, estaríamos en el sinsentido de la aplicación del enfoque preventivo si es que, más allá de reforzar las herramientas de la orientación y advertencia de la inspección del trabajo (sea por la vía de la masificación de estas intervenciones o, mejor aún, de una masificación planificada de las mismas) a la par se limita el efecto disuasivo de la sanción-multa sin mediar si quiera algún criterio objetivo que sostenga la conveniencia de ello, o más aun, sin prever la coherencia de dicha medida con la finalidad del enfoque preventivo. Lo dicho, no implicaría, a su vez, asumir que el sistema previo a la Ley N° 30222 (instaurado por la Ley 29981) el cual elevó considerablemente el estándar de la multa sea el adecuado. En este sentido, se ha señalado que:

⁸ En otra línea crítica del enfoque preventivo y reivindicadora de la función sancionatoria de la Inspección del trabajo, Elmer Arce señala que “[l]as sanciones no tienen que ser un fin en sí mismo, sino que al contrario deben tener un rol disuasivo y preventivo de nuevos incumplimientos. Con esta consideración, pasamos a un concepto de “sanción adecuada”, que no es otra cosa que una sanción suficiente, efectivamente impuesta y cobrable en el caso de las multas. (...) De otro lado, cuando se habla de una política preventiva se relaciona esta decisión política con un privilegio casi irracional de la difusión de normas, Se pretende que la inspección se dedique a dotar de información en el cumplimiento de las normas a los empleadores. En otras palabras, lo que se busca es que se conozca la norma y no se disponga una sanción que generará un grave perjuicio a la economía de las empresas. Entiendo que esta visión amplia de la prevención, encaja perfectamente con una visión "impopular" que tienen a menudo las sanciones. No obstante, creo que una Visión tan simple de la prevención desfigura el objeto de cualquier Sistema de Inspección de Trabajo." (2016, pp. 810–811)

sigue abierto el debate acerca de cuál es la mejor manera de reforzar el cumplimiento de las normas, en tanto las estrategias de *enforcement* basadas en la aplicación de sanciones no han conducido a una cultura de cumplimiento. Con base en este fracaso, pero sin evaluar cuidadosamente sus causas, se promovió a partir de los años noventa un nuevo enfoque, basado en la prevención y la asesoría. (...) En lugar de castigar se apuesta más al "cumplimiento voluntario" y se considera conveniente adaptar las sanciones en aquellas empresas incapacitadas, técnica o económicamente, para atender sus obligaciones con los trabajadores, tratando a gran parte de las reglas laborales como normas sociales (informales) más que formales, sujetas a una sanción. (Bensusán, 2009, p. 29)

Al respecto, consideramos que la visión adecuada que aborda la problemática del incumplimiento normativo definitivamente debe tener en cuenta la necesidad de instaurar un poder ordenador institucionalizado que resguarde en cumplimiento de las reglas; más aún, es necesario institucionalizar y recobrar la noción de "autoridad" que se basa en la coerción como elemento esencial derecho y que debería de tener su correlato en la autoridad de la inspección del trabajo para hacer cumplir las normas (ello sin perjuicio, de que dicha noción implique necesariamente ir más allá del respeto de la autoridad por el solo temor a la sanción). En ese sentido, estamos de acuerdo en que:

La presencia de un poder coercitivo que no puede evitarse es lo que típicamente yace detrás de la expresión "fuerza de ley" y de la creencia ordinaria del ciudadano de que la coerción es central para la idea misma de derecho. Como muchos otros aspectos del derecho tal como lo experimentamos, la coerción no es ni necesaria ni suficiente para que lo haya. **Pero la ubicuidad contingente de la coerción jurídica da muestra del hecho de que en muchos ámbitos hay metas valiosas que no pueden ser logradas sólo mediante la cooperación, incluso el tipo de cooperación en la que la gente internaliza razones de segundo orden para suprimir sus propios deseos y decisiones de primer orden.** Si ignoramos este hecho, habremos ignorado algo muy importante acerca de por qué existe el derecho y qué función tiene. (Schauer, 2015, pp. 374–375) (Resaltado nuestro)

Teniendo en cuenta ello, debemos abogar por avanzar en la noción de autoridad que debe asumir la inspección del trabajo; una autoridad que sin llegar a convertirse en autoritaria o peor aún arbitraria por la potestad que tiene de hacer uso de la coacción tampoco se convierta en una autoridad deslegitimada por ser demasiado amigable por no decir débil cuando reduce sus estándares sancionatorios. Esta visión parte de comprender el fenómeno del incumplimiento de reglas de manera más comprensiva y, en dicho contexto, García Villegas plantea tres posibles salidas o respuestas al referido fenómeno:

Una, no resolver nada, lo cual es un tipo de solución, que conduce a lo que podríamos denominar situación anómica. Dos, imponer un orden despótico que haga cumplir las normas por medio de la amenaza y del terror; esta es la opción que proponía Hobbes y que por lo general invoca la extrema derecha para resolver el problema del desorden y del incumplimiento. Y tres, lograr la mejor combinación posible entre las siguientes tres cosas: 1) creación de normas legítimas que defiendan los derechos de la gente y los procedimientos

democráticos; ii) fomento de la confianza entre los ciudadanos, y las autoridades, y iii) sanciones efectivas (entre estatales y sociales) para quienes incumplan las normas vigentes. Resumiendo, es lo que he llamado en este capítulo “confianza más respeto más control”. Por supuesto que se trata de una solución más compleja y más difícil de lograr que las dos anteriores. Pero es que si fuera fácil sería sospechosa: los secretos de la armonía social son esquivos, tardan años en construirse y exigen paciencia y perseverancia. El hecho es que sólo por esta vía, difícil y demorada, es posible construir una sociedad en donde imperen la autoridad y la justicia, el orden y la libertad. (García Villegas, 2017, pp. 196–197)

En línea con esta tercera opción propuesta por García Villegas, consideramos que una visión adecuada sobre la problemática del incumplimiento normativo debe partir de superar la dicotomía de la “prevalencia” de modelos; es decir, de la contraposición de un modelo regulatorio C/C punitivo (aquel cuya regulación prevé su cumplimiento esencialmente en base a la aplicación de sanciones) *versus* uno de tipo orientador (aquel que recurre a los recursos pedagógicos de la administración u orientaciones, sean estas recomendaciones o advertencias). En el ámbito de la administración del trabajo dicho criterio ha venido cobrando mayor relevancia por el impulso de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), la cual ha señalado dos conclusiones pertinentes al respecto en su Resolución relativa a la administración del trabajo y la inspección del trabajo de la Conferencia General de la Organización Internacional del Trabajo, congregada en su 100^o reunión en el 2011⁹; así se establece que:

Conclusión N° 20: Al fomentar una cultura de la prevención y velar por el respeto de la ley, los inspectores del trabajo utilizan muy diversas intervenciones y herramientas, entre ellas, las iniciativas de prevención y de control de aplicación de la normativa. Las sanciones suficientemente disuasorias constituyen un componente indispensable de todo sistema de inspección del trabajo. **Se debería alcanzar un equilibrio adecuado entre las medidas de prevención**, como la evaluación de riesgos, la promoción de una cultura de liderazgo y de aplicación de las mejores prácticas, la aplicación de medidas relativas a la seguridad y salud en el trabajo (SST), y la organización de campañas de información, de orientación y de sensibilización, **combinadas con sanciones**.

Conclusión N° 21. Las medidas de prevención y las sanciones **encaminadas al cumplimiento efectivo son complementarias de los objetivos generales de promover la normativa laboral**. Es imprescindible que los sistemas de administración del trabajo establezcan procedimientos apropiados y expeditos para imponer y hacer efectivas las multas, así como acciones judiciales oportunas, congruentes con los principios de las garantías procesales. (Resaltado nuestro)

En ese sentido, en base a estas conclusiones, podemos señalar que, como mínimo, el *enforcement* de regulación normativa laboral debería asumir “[u]n tercer enfoque entre los estilos ya mencionados [que] sugiere el equilibrio y el manejo adecuado entre los instrumentos de

⁹ Confróntese Resolución relativa a la administración del trabajo y la inspección del trabajo OIT (2011), https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_dialogue/---lab_admin/documents/meetingdocument/wcms_167751.pdf

intervención pedagógica y una actividad sancionatoria” (Jatobá, 2002, p. 16), pero más aún consideramos que un enfoque más potente y acertado va más allá (inclusive) de este principio mínimo de equilibrio de herramientas y, en ese sentido, apunta a un tipo de intervención flexible e inteligente que se enmarca en lo que actualmente se conoce como “Regulación Responsiva”, ya que no se trata solamente de un manejo equilibrado de las herramientas disuasivas o persuasivas sino que, en esencia, implica el uso inteligente de una amplia gama de herramientas a disposición del regulador en función a la tipología o perfil del comportamiento del sujeto administrado y al contexto en el que se encuentra. Al respecto, Ochoa señala

[f]rente a los riesgos de uno y otro enfoque, surge una estrategia que no requiere descartar o hacer prevalecer un estilo de enforcement sobre otro, sino que propone utilizar cada uno de manera escalonada según la reacción del agente supervisado. Este tipo de estrategia, conocida como “Regulación Responsiva” (Ayres y Braithwaite, 1992), **reconoce que los agentes regulados pueden adoptar distintos comportamientos, dependiendo de sus motivaciones, la cultura de su entorno y del nivel de información que posean, entre otros aspectos** (Ochoa, 2016). Así, el incumplimiento de la ley puede deberse no solo a un análisis “calculador” del beneficio ilícito y la probabilidad de detección, sino también a que la normativa no es conocida por los agentes o, conociéndola, esta es ambigua o poco clara. La regulación responsiva plantea que el regulador utilice una “pirámide de cumplimiento” que contenga -desde su base- herramientas “blandas” de persuasión y que gradualmente aumente su intensidad hasta la cumbre con medidas punitivas (Ayres y Braithwaite, 1992). **Así, la autoridad solo utilizará la sanción (multas o inhabilitación) como último recurso (ubicadas hacia la cumbre de la pirámide), en tanto haya agotado las opciones más persuasivas desde el comienzo de la relación (ubicadas en la base de la pirámide).** (Ochoa, 2018, pp. 116–117) (Resaltado nuestro)

Al respecto, consideramos que la estrategia de aplicación de medidas escalonada es pertinente y funciona como guía para equilibrar el uso de herramientas disuasivas o persuasivas y, con ello, de cierta manera se tiene un parámetro de funcionamiento para autoridad fiscalizadora; sin embargo, debemos tener en cuenta que hay contextos específicos que en materia de protección de derechos laborales implican más que una intervención escalonada una de tipo flexible. En ello radica también la incorporación de estrategias de inteligencia inspectiva al momento de detectar distintos casos de incumplimientos laborales. Creemos que esta digresión es comprensible en general en cualquier área del derecho que implique la garantía del ejercicio de derechos fundamentales. Así, por ejemplo, en el ámbito laboral es conocido que nuestro país se caracteriza por altos índices de informalidad laboral, situación compleja y multicausal pero que en estricto conlleva el incumplimiento de sendas reglas prescriptivas por parte del empleador lo que, a su vez, implica un estado potencial de vulnerabilidad y afectación de derechos fundamentales laborales. En estos escenarios no debemos olvidar que

(...) las vicisitudes económicas y la contingente calificación de informal que puede merecer un puesto de trabajo no pueden suponer el cese o matización de las obligaciones estatales de promoción de los derechos sociales de la población trabajadora inmersa en empleos informales. Por el contrario, como se recuerda, el Estado “debe promover condiciones para el progreso social y

económico de la población mediante políticas de fomento del empleo productivo y de educación para el trabajo”, como establece el artículo 23 de la Constitución Política. (Mórtola & Mendoza, 2019, p. 328)

En ese sentido, sobre la base de la intervención responsiva escalonada podría ser comprensible recurrir a técnicas blandas o de orientación para abordar la situación especial de empleadores informales (nos referimos especialmente a los que se caracterizarían como empleadores del régimen laboral MYPE), de hecho hay experiencias regionales al respecto¹⁰; sin embargo; sería injustificable ceñirse a una aplicación rígida del esquema escalonado si es que no se toman en cuenta –en contextos específicos– el grado de vulnerabilidad del trabajador informal con relación al ejercicio de sus derechos fundamentales laborales; así, por ejemplo, casos graves de contextos de informalidad de trabajadores que implican situaciones de trabajo infantil o trabajo forzoso.

Asimismo, consideraríamos válido, un criterio similar de flexibilidad, cuando por ejemplo se da un caso de despido antisindical en el cual hay indicios inmediatos y sólidos sobre la infracción a la libertad sindical. En este tipo de casos, el inicio y eventual aplicación de sanciones administrativas debería ser expedito, mediando un debido procedimiento administrativo por supuesto; pero lo que queda claro es que sería un sinsentido abordar este tipo de situaciones graves recurriendo a herramientas blandas. Por ello, habría casos en los que evidentemente sería necesario recurrir a medidas drásticas conllevando con ello a apelar a la introducción de flexibilidad en las intervenciones del enfoque responsivo; en base al cual la autoridad, definitivamente, no solo debe parecer una autoridad con posibilidades de ejercer sanciones suficientemente disuasorias, sino que en casos concretos y justificados debe poder imponerlas directamente.

1.3 EL Perú y los estándares de gobernanza de la OCDE: la incorporación de la política de calidad regulatoria y el ciclo de gobernanza regulatorio

Se ha señalado en los acápite anteriores el interés que tiene el estado peruano en progresar en su camino hacia la incorporación como un miembro pleno de la OCDE. Argumentamos que dicho interés tiene como marco la consolidación de una institucionalidad democrática inclusiva en las diversas instituciones de la administración pública peruana, y en específico, en la inspección del trabajo. A su vez, hemos argumentado que el cambio institucional que garantice el progreso del desarrollo social y económico de nuestro país puede darse también desde la “perspectiva desde abajo” con la introducción de cambios puntuales que puedan ser gravitantes para la finalidad que persiguen dichas instituciones. En el caso de la inspección del trabajo, dichos cambios implicarían modificaciones regulatorias específicas que permitan una consolidación real de la efectividad de la función de vigilancia del cumplimiento de la normativa sociolaboral.

En ese entender, en el presente acápite señalaremos el marco político-normativo que desde ya enmarca y guía los cambios que consideramos necesarios para el fortalecimiento de la inspección del trabajo. De hecho, dicho marco ha sido incorporado al derecho interno peruano bajo las

¹⁰ Como lo refiere el estudio de la OIT sobre la estrategia inspectiva de formalización chilena denominada “Sustitución de multas por capacitación para micro y pequeñas empresas en Chile” OIT (2015a)

premisas anteriormente referidas sobre el fortalecimiento institucional¹¹ y el manejo de una perspectiva integral de los mecanismos de enforcement¹² de las normativas.

La perspectiva del presente trabajo, por ende, implica necesariamente partir de dicho marco político institucional que refiere a la instauración de una Política de Calidad Regulatoria en nuestro país. En este sentido, en septiembre de 2018 se publicó Decreto Legislativo N° 1448, Decreto Legislativo que modifica el artículo 2 del Decreto Legislativo N° 1310, Decreto Legislativo que aprueba medidas adicionales de simplificación administrativa, y perfecciona el marco institucional y los instrumentos que rigen el proceso de mejora de calidad regulatoria (DL 1448), el cual instaura el marco legal en base al cual podemos señalar que en el Perú se ha empezado a desarrollar una verdadera política de calidad regulatoria. En ese sentido los artículos 4 y 5 del DL 1448 señalan:

Artículo 4.- La mejora de la calidad regulatoria

La mejora de la calidad regulatoria es un proceso ordenado, integral, coordinado, gradual y continuo orientado a promover la eficiencia, eficacia, transparencia y neutralidad en el ejercicio de la función normativa del Estado. Fomenta una cultura de gestión gubernamental centrada en el ciudadano, por la cual la Administración Pública decide usar la regulación como un instrumento para alcanzar un objetivo de política pública, adoptando la decisión de regular basado en evidencia, racionalidad, evaluación de sus posibles impactos y cargas administrativas con la finalidad de generar y facilitar el desarrollo integral y bienestar social.

Artículo 5.- Instrumentos para la mejora de la calidad regulatoria

Son instrumentos para la mejora de la calidad regulatoria, de manera enunciativa y no limitativa, los siguientes:

- a) La simplificación administrativa.
- b) El Análisis de Calidad Regulatoria de procedimientos administrativos.
- c) El análisis de impacto regulatorio ex ante y ex post.
- d) La consulta a través de sus diversas modalidades.
- e) El costeo de la regulación y de trámites.
- f) Las revisiones y derogaciones del ordenamiento jurídico.
- g) Otros que se establezcan por decreto supremo. (El subrayado es nuestro)

Bajo dicho marco se implementaría la política de calidad regulatoria en nuestro país, en ese sentido la exposición de motivos del DL 1448 expresa que “una política de calidad regulatoria debe asegurar que las regulaciones y marcos regulatorios estén al servicio del interés general. También debe garantizar que estas establezcan el mínimo de obstáculos y costos. De allí que una regulación de calidad debe basarse en evidencia con el fin de atender un problema público, brindando beneficios y minimizando los costos a la sociedad y a la economía”.

En este punto, es importante tener en cuenta que “[l]os objetivos de un programa de política regulatoria son parte de un proceso más amplio que incluye el AIR. Por ejemplo, existen elementos adicionales para asegurar la calidad en la normativa como es la consulta pública y el análisis de impacto regulatorio. **En conjunto, estas herramientas son partes**

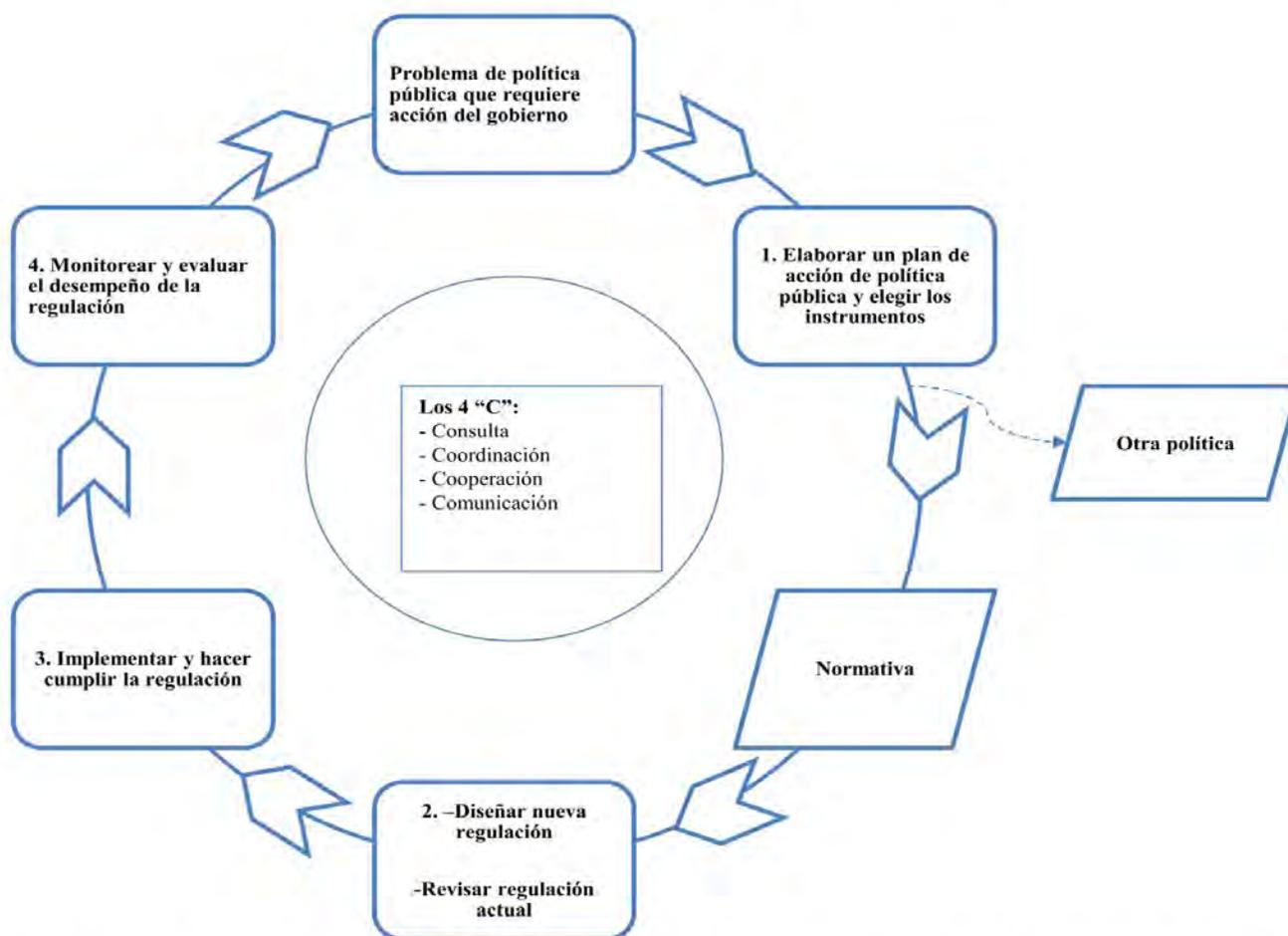
¹¹ Al respecto, sobre los fundamentos del fortalecimiento de la institucionalidad para nuestro país, téngase en cuenta el estudio de la OCDE sobre Gobernanza Pública “Perú: Gobernanza integrada para un crecimiento inclusivo” (2016b).

¹² Al respecto, téngase en cuenta el estudio de la OCDE “Política Regulatoria en el Perú: uniendo el marco para la calidad regulatoria” (2018b).

fundamentales de lo que la OCDE denomina, el ciclo de gobernanza regulatoria, que es el modelo que utiliza para asegurar la efectividad de la regulación” (OECD, 2019b, p. 25) (Resaltado nuestro).

El ciclo de gobernanza regulatoria entonces es el marco conceptual bajo el cual se implementan las medidas en pro de la efectividad de la regulación e implican una interacción y retroalimentación constante de tres momentos básicos que son: i) el planeamiento y diseño regulatorio, ii) la implementación de las reglas para su cumplimiento (momento del enforcement), y iii) el monitoreo y evaluación ex post de la intervención regulatoria. La OCDE ha graficado así el ciclo regulatorio:

Gráfica 1.4. Ciclo de gobernanza regulatoria



Fuente: (OECD, 2011^[6]), *Regulatory Policy and Governance: Supporting Economic Growth and Serving the Public Interest*, OECD Publishing, Paris, <http://dx.doi.org/10.1787/9789264116573-en>.

Ilustración 3: Ciclo de Gobernanza Regulatoria (OECD, 2019b, p. 26)

De otro lado, y en coherencia con el ciclo regulatorio, debemos advertir que resalta del artículo 5 del DL 1448 que se ha establecido la incorporación del Análisis de Impacto Regulatorio (en adelante, AIR o RIA) como instrumento para la mejora de la calidad regulatoria; y ¿qué debemos entendemos respecto AIR?, la OCDE señala que “[e]l análisis de impacto regulatorio es una herramienta que sirve para examinar de manera sistemática los beneficios, costos y efectos potenciales de una propuesta normativa (o alternativa no regulatoria), ya sea nueva o la modificación de una preexistente. Esta herramienta es una práctica que ha permeado

prácticamente en todos los países de la OCDE como un instrumento para vigilar y asegurar la efectividad de la normativa” (OECD, 2019b, p. 19).

Así, el AIR que forma parte del ciclo regulatorio tendrá como componentes esenciales los siguientes elementos: **“a) Definición del problema, b) Objetivos de la política pública, c) Alternativas a la regulación, d) Evaluación de impactos, e) Cumplimiento de la regulación, f) Monitoreo y evaluación y g) Consulta pública”** (OECD, 2019b, p. 20) (Resaltado nuestro). De ello, se entiende que en el marco del AIR se introducen los estándares de la OCDE relacionados con las alternativas a la regulación para asegurar los objetivos de la decisión regulatoria y, más aún, se da lugar a la posibilidad de incorporar la visión en torno a la teoría de cumplimiento normativo que recomienda la OCDE (modelo ciertamente coherente con la regulación responsiva desarrollada anteriormente), la cual se expresa en los denominados “Principios de la OCDE sobre las Mejores Prácticas para el Cumplimiento de las Normas e Inspecciones”. Dichos principios son el núcleo esencial de lo que, a nuestra consideración, implica asumir un rol preponderante y determinante en la solución progresiva a la problemática en torno al cumplimiento normativo en nuestro país; y, siendo más específicos, respecto de las dificultades que plantea la eficacia de las regulaciones sociolaborales. Estos principios serán materia de análisis en el capítulo III del presente estudio (en particular, un subgrupo de estos al cual denominamos “Principios de la OCDE sobre políticas para la mejora de la aplicación y cumplimiento de la regulación” a efectos de esta investigación).

1.4 El servicio público de Inspección del Trabajo en relación con el desarrollo económico: el principio protector del derecho del trabajo como garantía de igualdad de oportunidades

Un último punto a tratar en la temática del fortalecimiento institucional de la inspección del trabajo de cara al desarrollo en el Perú (pero no por ello menos relevante en absoluto) está referido a una de las principales consecuencias que trae consigo la mejora de las intervenciones de la IT para hacerla más efectiva respecto de su función principal, el decir, la de vigilancia del cumplimiento de la regulación laboral.

Al respecto, es necesario traer a colación al principio jurídico que define la identidad del Derecho del Trabajo, nos referimos al principio protector y su implicancia en la función que cumple la IT. Así, en primer lugar, debemos recordar que el principio tuitivo tiene su razón de ser en tanto que se erige como un elemento de amparo y garantía ante situaciones que representen una disparidad o desequilibrio de poder en el ejercicio de derechos en el marco de relaciones jurídicas. Es decir, es un principio con vocación igualitaria, por ello, es lógico que tenga preeminencia en la relación laboral en la que por lo general hay un desequilibrio de poder entre las partes de la relación jurídica. Al respecto, el Tribunal Constitucional (en adelante, TC), desarrollando aspectos relativos a la protección constitucional frente despido arbitrario y el principio protector, respecto de los fundamentos constitucionales del principio tuitivo, ha señalado que:

[...]a forma de aplicación de esta disposición por la empresa demandada evidencia los extremos de absoluta disparidad de la relación empleador/trabajador en la determinación de la culminación de la relación laboral. **Ese desequilibrio absoluto resulta contrario al principio tuitivo de nuestra Constitución del trabajo que se infiere de las propias normas constitucionales tuitivas del trabajador** (irrenunciabilidad de derechos, *pro operario* y los

contenidos en el artículo 23° de la Constitución) y, por lo demás, como consecuencia inexorable del principio de Estado social y democrático de derecho que se desprende de los artículos 43° ("República" "social") y 3° de la Constitución, respectivamente. El constante recurso de la demandada a este dispositivo legal es la evidencia de cómo este principio tuitivo desaparece con la disparidad empleador/trabajador respecto a la determinación de la conclusión de la relación laboral.¹³ (Resaltado nuestro)

En el ámbito de la inspección del trabajo, consideramos que el principio protector es plenamente aplicable y coherente con la finalidad del mismo. Su recepción se evidencia, por ejemplo, en las facultades correctivas que tiene la inspección del trabajo que implican la potestad que tiene la autoridad inspección de corregir conductas que implican afectaciones a los derechos amparados en la regulación sustantiva laboral. Y debemos desde ya poner atención en este punto en tanto no nos referimos a la aplicación del mecanismo sancionador de la multa cuya finalidad es aflictiva o eventualmente preventiva pero nunca correctora; nos referimos a la potestad de ordenar y ante dicha potestad hacer cumplir las reglas prescriptivas que eventualmente pudieran ser desobedecidas (normas sustantivas que otorgan derechos). Otras formas de recepción del principio, a nuestra consideración, que denotan el carácter tuitivo-compensatorio del trabajador o trabajadores afectados en el marco de procedimiento sancionador en materia sociolaboral se encuentran, por ejemplo, en numeral 42.2 del artículo 42 (Responsabilidades empresariales) de la LGIT que prescribe la responsabilidad directa de la empresa usuaria –de servicios temporales y complementarios– ante infracciones producto del incumplimiento de su deber de garantizar la seguridad y salud de los trabajadores destacados en sus instalaciones; o, también, en el numeral 48.2 del artículo 48 (Contenido de la Resolución) de la LGIT que establece que “[l]a resolución consentida o confirmada tiene mérito ejecutivo respecto de las obligaciones que contiene”.

En esa línea, basta un ejemplo para demostrar la relación causal que hay entre un adecuado funcionamiento de la inspección del trabajo que fundado en el principio protector busca garantizar el ejercicio de derechos laborales los cuales, por lo general, si son ejercidos debidamente dan lugar al desarrollo y bienestar tanto de las personas como de la sociedad en su conjunto. Así pues, desarrollando el ejemplo aludido, se tiene el estudio de Marinakis en torno al incumplimiento de salario mínimo en América Latina, el cual ha demostrado que el menor cumplimiento del ejercicio del derecho al salario mínimo en 15 países de América Latina tiene sus causas en debilidades institucionales de la IT (Marinakis, 2016, pp. 163–164). Teniendo en cuenta ello y, de otro lado, si tomamos en cuenta que la fijación de salarios mínimos es una de las herramientas principales para generar igualdad en las sociedades (Galbraith, 2017, p. 162), debemos concluir que hay una relación directa y causal entre la efectividad de la IT con relación a la consecución de mayores niveles de igualdad de oportunidades. Arribar a esta conclusión, no es un asunto menor, ya que, si la IT busca cautelar el cumplimiento de normas sociolaborales, ello significa que trata de hacer efectivo la praxis de derechos que tienen como trasfondo a instituciones del derecho del trabajo con vocación de garantía de igualdad de oportunidades (así, por ejemplo, el ya aludido derecho a la remuneración mínima, o también los derechos de libertad sindical, como son la sindicación, la negociación colectiva y la huelga). Estos aspectos tienen gran relevancia en la medida que está demostrado

¹³ Fundamento 12, b) de la sentencia recaída en el expediente 1124-2001-AA/TC

que la población de sociedades con mayores diferencias de ingresos tiende a tener peor salud: menor esperanza de vida y mayores índices de mortalidad infantil, enfermedad mental, obesidad y consumo de drogas ilegales. La mayor desigualdad daña también las relaciones sociales: las sociedades más desiguales padecen más violencia (medida por la tasa de homicidios) y mayores tasas de encarcelamiento; la gente confía menos en los demás y la vida comunitaria es más débil. La desigualdad afecta también a las oportunidades de vida de los niños: las sociedades más desiguales presentan niveles inferiores de bienestar infantil y éxito escolar, mayor número de embarazos adolescentes y menor movilidad social. (Wilkinson & Pickett, 2019, p. 30)

Lo señalado, resalta la necesidad de la consolidación institucional de la IT por el potencial expansivo que tiene en la consecución no solo de mayores niveles de cumplimiento de la regulación sociolaboral per se, sino también por el impacto concreto que tiene su actuar en el ejercicio de derechos fundamentales y en la protección de bienes jurídicos protegidos por la legislación laboral. Todo lo cual, evidentemente, tiene repercusiones en el progreso y desarrollo del Perú, no solamente en términos de PBI (es más probable que la estabilidad macroeconómica de un país mantenga su propio camino de estabilidad si a la base de esta no hay “sociedades enfermas” como las que caracterizan Wilkinson & Pickett) sino también en términos de desarrollo humano y expansión de capacidades humanas (para lo que nos concierne, principalmente, en términos de consecución de “trabajo decente” el cual, justamente, garantiza la expansión de capacidades humanas en las relaciones de trabajo individuales y colectivas).



CAPÍTULO II

LA PROBLEMÁTICA SOBRE LA EFICACIA DE LA NORMATIVA LABORAL EN EL PERÚ: ÍNDICES, INDICADORES Y ESTUDIOS EN TORNO A SU MEDICIÓN

Llegados a este punto, tenemos claro, en principio, la importancia de las instituciones inclusivas para el desarrollo y, asimismo, que es plausible defender esta postura desde una mirada de los cambios desde abajo, es decir, teniendo en cuenta que no es necesario el aprovechamiento de las coyunturas críticas o la instauración de reformas integrales para dar lugar al cambio institucional; sino que, es una vía perfectamente legítima -y eventualmente más práctica y funcional- analizar las propias reglas de las instituciones para poner el foco de atención de los cambios en aquellas reglas o aspectos específicos de las mismas que puedan tener un gran impacto en tanto que su instauración acarrea una gran potencialidad de generar efectos mayores en términos concretos y positivos (implican un gran cambio per se) respecto de la consolidación de la capacidad que tendría, en este caso, la inspección del trabajo para hacer cumplir las normas.

Sobre la base de esta premisa, podemos orientarnos a evaluar la relación que tendría ésta con la praxis del desarrollo la función inspectiva en torno a la vigilancia del cumplimiento de la legislación sociolaboral. En ese sentido, en este punto es importante indagar en las implicancias que tendría la actividad de la IT con relación a una concepción compleja de “eficacia” de la normativa laboral. Y, por otra parte, importa intentar dar cuenta de un diagnóstico que nos aproxime a una idea real del estado situacional del cumplimiento de las regulaciones en nuestro país y, en específico, en la temática laboral.

2.1 Las dimensiones de la “eficacia de la normativa sociolaboral”: el rol de la inspección del trabajo como un factor adicional y decisivo para el cumplimiento normativo

Las consideraciones respecto de cuando podemos afirmar que una norma es eficaz son materia de análisis en el ámbito de la filosofía del derecho y de la sociología jurídica. En ese sentido, "si bien hay muchas situaciones en las cuales se puede afirmar con claridad que una norma es eficaz o ineficaz, establecer una definición clara de la eficacia, válida para todo tipo de normas, es algo problemático, casi imposible"¹⁴ (García Villegas, 2014, p. 94). Sin embargo; consideramos necesario y esencial tener en cuenta un marco conceptual al respecto, el cual, pueda guiarnos a efectos del presente trabajo; y, así, entender el espacio de incidencia que tendría una eventual propuesta desde reformas regulatorias desde la mirada de cambios institucionales “desde abajo” en la temática del cumplimiento de las regulaciones laborales.

En ese sentido, consideramos que, para abordar estos aspectos, es importante optar por una mirada más amplia sobre la temática de la eficacia normativa y que esté asociada a los fenómenos de incumplimiento normativo en el contexto latinoamericano. En este punto, en primera instancia, nos guiamos de los planteamientos de García Villegas y sus estudios de sociología política del ámbito jurídico en Latinoamérica; los cuales, a su vez, están en diálogo con teoría

¹⁴ Así, por ejemplo, Liborio Hierro, de manera introductoria señala 7 sentidos en los cuales puede entenderse la eficacia: “1) Eficacia como cumplimiento, 2) Eficacia como aplicación, 3) Eficacia como vigencia, 4) Eficacia como correspondencia, 5) Eficacia como aceptación, 6) Eficacia como Éxito y 7) Eficacia como eficiencia” Hierro (2003, p. 21).

general de la eficacia de las normas jurídicas planteadas desde la filosofía del derecho por Liborio Hierro. Ambas perspectivas, son tomadas en cuenta o, dicho de mejor manera, comparten presupuestos teóricos (a nuestro parecer) en lo que consideramos un estudio particularmente importante en materia de análisis de la eficacia de la normativa sociolaboral. Nos referimos a la investigación denominada “La eficacia de la legislación laboral: Un análisis multidimensional para el caso de Chile” (en adelante, estudio OIT).

García Villegas señala que su propuesta responde a una “sociología política del ámbito jurídico”, en tanto que refiere a “una sociología cuyo propósito consiste en mostrar cómo en América Latina las normas jurídicas no solo han sido la herramienta técnica que se conoce, se estudia y se ejerce en los círculos legales, sino también una fuerza política esencial para el mantenimiento del orden (ese desordenado orden que es el nuestro) en sociedades esquizofrénicas, agobiadas por una brecha insalvable entre las ilusiones y las realidades sociales, entre la ley y las costumbres” (García Villegas, 2014, p. 36).

Desde este punto de vista, vale retomar la digresión previa por la cual estamos de acuerdo en la importancia esencial de la instauración de un institucionalismo inclusivo en lo que refiere a la IT; sin embargo, estamos de acuerdo también en que dicha propuesta no es “la solución” a la problemática de sobre incumplimiento o ineficacia de las normas sociolaborales. Entendemos que el fenómeno de regulación y cumplimiento de la norma sociolaboral refiere a una explicación multicausal en la que las instituciones juegan un rol preponderante sin llegar a considerarse la única solución a la problemática. En ese sentido, es necesario abordar la problemática del incumplimiento desde una perspectiva multidimensional teniendo en cuenta que

[L]as instituciones, sin duda, son importantes para el desarrollo. Pero no son varitas mágicas que resuelven todos los problemas. Su capacidad para producir cambios depende de muchas cosas, entre ellas de las estructuras profundas — de poder y de cultura— que operan en el contexto social que recibe a la institución. De ahí el llamado que hace Alejandro Portes a favor de lo que él denomina un “Institucionalismo denso”, es decir un institucionalismo que tenga en cuenta las condiciones económicas y culturales profundas en las que opera y sin las cuales no tiene posibilidades de éxito (Portes, 2005) (Rodríguez & Portes, 2012). Este institucionalismo denso también se opone a una concepción materialista de la realidad social según la cual las instituciones no importan, bien sea porque son meros reflejos de realidades económicas que sustentan de manera ineluctable la dominación social, como en el caso de las teorías marxistas, o bien sea porque encarnan propósitos ilusorios, que carecen de la fuerza necesaria para modificar los contextos y las prácticas sociales en América Latina, como en el caso de algunas visiones sociológicas del derecho y las instituciones. Estas visiones escépticas, por lo general defendidas por cierta izquierda en América Latina, sobre la capacidad de las instituciones para incidir en los cambios sociales, parece tan inadecuada como la visión ingenua de la derecha económica según la cual todo depende de la decisión voluntaria de acoger instituciones que producen incentivos positivos favorables al desarrollo económico. (García Villegas, 2014, pp. 87–88)

Teniendo en cuenta esta premisa fundamental, consideramos necesario, a su vez, introducir una diferenciación inicial entre eficacia instrumental y simbólica dado que será un marco adecuado

para explicar que rol cumple la función inspectiva de cara a la eficacia normativa. Así, según García Villegas,

(...) la eficacia del derecho opera en dos terrenos (...). Las normas jurídicas pueden ser instrumentos prácticos dirigidos a la acción. En este caso la existencia de una norma no se explica simplemente por su validez formal sino por su capacidad para producir un cierto comportamiento en los individuos destinatarios de la norma. Este es el poder de regulación propiamente jurídico, el mismo que ha sido atribuido por antonomasia al derecho en las obras de innumerables filósofos y sociólogos (...) me referiré a este poder del derecho como eficacia instrumental.

Las normas jurídicas también pueden ser símbolos dirigidos a la representación. En este caso, su fuerza radica en el impacto mental que produce un discurso legal con capacidad para establecer la diferencia entre lo lícito y lo ilícito, lo justo y lo injusto, lo verdadero y lo falso y entendido como parte fundamental de instituciones político-jurídicas legítimas (...) me referiré a este poder del derecho como eficacia simbólica.” (García Villegas, 2014, pp. 91–92)

Consideramos importante dicha categorización en tanto que, en el ámbito latinoamericano – como también señala el autor –, puede explicar la persistencia de convivencia de regímenes democráticos de institucionalidad relativamente precaria con sistemas normativos en permanente evolución cuyos resultados son producto especialmente de la actividad legislativa y reglamentaria. En ese entender, en el caso de nuestro país, podría explicar también -hasta cierto punto- el exceso de producción normativa que en muchos casos es producto del populismo legislativo como reacción ante problemas sociales que llegan a tener impacto mediático y que por tanto implica la búsqueda de “responsabilidad política” y la correspondiente reacción de la autoridad competente para paliar o tratar de solucionar la situación. De ahí que en muchas ocasiones se recurra a la regulación como herramienta de solución “técnico-política” dado que trata de abordar la problemática de la agenda política buscando a su vez manejar la opinión pública o aceptación de la autoridad competente.

Este tipo de escenarios en ocasiones pueden dar lugar a lo que la literatura designa como “fallas de regulación”, ello, ya que puede suceder que el producto final de la intervención regulatoria busca tener ante todo un efecto simbólico en medio de la coyuntura política (se busca dar un mensaje a la sociedad en respuesta a dicha coyuntura) y no responde esencialmente a un proceso deliberativo y de análisis técnico de delimitación adecuada del problema público y de los objetivos de la intervención. Dicha respuesta a la situación mediática a través de la intervención regulatoria en ocasiones implica situaciones de sobre-regulación o regulación cuyos mecanismos de cumplimiento no han sido adecuadamente planificados de cara a la coherencia interna que debe tener una propuesta regulatoria sustantiva y los medios para la implementación de la misma.

De otro lado, en relación con la interacción entre la eficacia simbólica (relacionada a la idea de legitimidad, de autoridad o de justicia) y la eficacia instrumental (relacionada a la idea de obligatoriedad o, de ser el caso, de castigo) debemos tener presente que lo instrumental y lo simbólico, según acota García Villegas, son herramientas analíticas y no descripciones de la realidad. En ese sentido, en el terreno práctico no siempre se puede diferenciar ambas categorías dado que una puede evocar aspectos de la otra. (García Villegas, 2014, p. 93)

Esta última característica la podemos dilucidar en el planteamiento metodológico del ya mencionado estudio “La eficacia de la legislación laboral: Un análisis multidimensional para el caso de Chile” el cual analiza la efectividad de la legislación laboral en Chile entre el período de 1993 al 2005. Este estudio resulta particularmente importante en tanto que nos brinda un panorama más amplio respecto de las distintas causas que afectan a la problemática de la eficacia de la legislación laboral. En ese sentido, plantea una metodología que contempla un análisis bajo distintas disciplinas, específicamente, la economía, el derecho y la sociología. Es en este último elemento (el sociológico) en el que podemos ver reflejado la interrelación señalada previamente entre eficacia simbólica e instrumental, ello, en tanto que las implicancias de la eficacia simbólica son analizadas como el referido componente sociopolítico o sociológico de la concepción jurídica de eficacia normativa en el estudio OIT. Más allá de ello, resalta la relevancia del enfoque metodológico del estudio que analiza la problemática de la eficacia desde distintas áreas dando cuenta así de la multicausalidad de los factores que inciden en el fenómeno y, por ende, de la intensidad de su relevancia de cara a la delimitación de la problemática (con ello, eventualmente también, claro está, las posibilidades de solución).

En tal sentido, como señalamos previamente, el estudio OIT plantea conceptos fundamentales en el ámbito de la eficacia instrumental o jurídica los cuales debemos tener en cuenta al momento de identificar el aspecto relevante en el cual juega un papel preponderante el fortalecimiento institucional de la inspección del trabajo.

Así pues, se tiene que, en el estudio referido, la eficacia normativa “incluirla la apreciación de la capacidad de las normas laborales de instituir principios valiosos y garantizar su vigencia en las relaciones de trabajo y su capacidad de constituirse en un mandato eficaz que sujeta a los destinatarios a su cumplimiento” (OIT, 2010, p.13). Es decir, en esta definición dilucidaríamos dos dimensiones de la eficacia normativa: la primera, denominada *eficacia material* según la cual “[u]na norma será materialmente eficaz cuando razonablemente recoja principios protectores y garantice un nivel aceptable de seguridad, prosperidad, dignidad y libertad en el trabajo” (OIT, 2010, p. 12); y, la segunda, denominada *eficacia propiamente como tal* la cual, a su vez, de acuerdo a lo indicado en el estudio OIT –siguiendo también a Liborio Hierro– implicaría dos concepciones:

(...) el cumplimiento directo que logra una norma, esto es, que sus destinatarios se ciñan espontáneamente a lo que la ley les impone y, por otra parte, la aplicación de correctivos cuando los destinatarios se resisten a cumplir la ley. Lo primero es el **cumplimiento** de una ley; lo segundo es la aplicación de una ley (Hierro 2003). Ya sea por cumplimiento o aplicación, **una norma legal será propiamente eficaz** cuando quienes son regidos por ella se comportan tal y como ordena la ley (...). (OIT, 2010, pp. 12–13) (Subrayado nuestro)

De esta forma, podemos deducir que la concepción de eficacia que acogemos partiendo del estudio multidimensional de la OIT es equiparable al concepto de eficacia jurídica o instrumental señalado por García Villegas; y, asimismo, podemos notar aquí un supuesto de interrelación de la eficacia instrumental con la simbólica o, en términos de García Villegas, como la eficacia instrumental evoca a la simbólica; ello, en tanto que en el estudio de la OIT se parte de una definición de eficacia en términos instrumentales (en términos jurídicos) la cual, a su vez, evoca en su planteamiento el desarrollo de una “dimensión sociológica” que implica el análisis de la

legitimidad de la legislación laboral chilena desde el punto de vista de su valoración política y simbólica (OIT, 2010, p. 182).

Por otro lado, teniendo en cuenta lo señalado, podemos entender de mejor manera que el alcance de la función de inspección del trabajo (en el marco de este esfuerzo amplio por entender el fenómeno de la eficacia) incide de manera más intensa en la *eficacia propiamente como tal* sea por que utiliza medios preventivos para generar el cumplimiento voluntario de la norma (lo cual implica a una gama de mecanismos blandos orientados a incentivar el cumplimiento; así como también, incluiría a la propia obediencia a la norma por el temor a la sanción por efecto de la denominada función de “prevención general” de la sanción) o sea por que utiliza –aplica– medios disuasivos u otros mecanismos limitativos y de control para forzar el cumplimiento de las normas (aquí encontramos a la aplicación de distintos tipos de sanciones que buscan cumplir la función de “prevención especial” sobre el sujeto responsable; y, de otro lado, podemos mencionar también a medidas administrativas como las llamadas “correctivas” o de restablecimiento de la legalidad).

Una digresión importante aquí se relaciona con la diferencia de eficacia material de las normas y eficacia propiamente dicha. Como comentamos esta última se relaciona con los aspectos institucionales de la inspección del trabajo; y más aún el estudio OIT relaciona dicho aspecto de la eficacia de la ley laboral al factor “riesgos de la debilidad institucional” en la aplicación administrativa y judicial de la ley. Así, con respecto a la aplicación administrativa de la ley en el caso chileno, luego de incidir en las limitaciones materiales de la inspección del trabajo en términos de cobertura y presupuesto, adiciona:

[a] esta dificultad material que impide un control efectivo sobre la gran mayoría de las empresas que emplean trabajadores, se suma la debilidad de las facultades que detenta la Dirección del Trabajo, que no puede ordenar correcciones a los incumplimientos legales que detecte ni decretar el pago de deudas laborales: ello es competencia de tribunales y no de oficinas que dependen del Gobierno. A la Dirección del Trabajo solo le compete aplicar multas cuando detecte incumplimientos, pero los montos carecen de fuerza disuasiva para las grandes empresas. De hecho, se conocen varios casos en que grandes empresas reiteradamente multadas por irregularidades legales no mejoran sus niveles de cumplimiento normativo; ellas prefieren pagar las multas administrativas a corregir sus prácticas laborales, ya sea porque la consideran la opción más barata o bien porque son reacias a cambiar la forma en que utilizan el trabajo. En la práctica, es habitual un alto grado de reincidencia en las infracciones empresariales más frecuentes a la ley laboral (jornada de trabajo, pago de remuneraciones y condiciones de higiene y seguridad laborales), lo que revela la existencia de sistemas de trabajo empresarial que operan mediante prácticas y costumbres internas, reactivos a correcciones para adaptarse a un cumplimiento legal estricto. (OIT, 2010, pp. 45–46) (Subrayado nuestro)

Como se puede notar, el estudio multidimensional de la OIT califica las limitaciones de la inspección del trabajo chilena en términos de “la debilidad de las facultades que detenta la Dirección del Trabajo” al no poder ordenar correcciones y solo tener como medio disuasivo a multas que, peor aún, tienen déficits en su graduación normativa. Así pues, en este análisis, la

debilidad de la inspección del trabajo tiene una incidencia complementaria en la problemática de la efectividad de la normativa sociolaboral en relación a otros factores como son el fortalecimiento del dialogo social, la debilidad de las organizaciones sindicales, la cultura empresarial dominante, o los déficits de *eficacia material* (es decir, la insuficiencia de la normativa laboral de garantizar razonablemente el respeto por los principios generales del derecho del trabajo) de las normas legales laborales chilenas, entre otros.

Por su parte, en una aproximación alternativa, Álvarez del Cuvillo plantea, de manera similar, que el derecho sancionador del trabajo tiene una incidencia decisiva y complementaria como institución del derecho del trabajo que permite un empoderamiento efectivo del trabajador y facilita la aplicación del resto de la normativa sociolaboral. En su concepción, la institución clave del derecho del trabajo que permite el referido empoderamiento es la regulación del despido y las instituciones conexas en tanto la considera la "piedra angular de toda la normativa laboral" (Álvarez del Cuvillo, 2012, p. 83).

Teniendo en cuenta estas perspectivas, es llamativo que, en el caso chileno como lo señala el estudio de la OIT –y, en este aspecto, con similitudes a propósito del caso de la realidad peruana–, la eficacia material de la normativa sociolaboral sea un primer e importante obstáculo que afecta el cumplimiento normativo; ello, en tanto que la eficacia material responde a que la regulación laboral sustantiva respete razonablemente los parámetros básicos del trabajo decente en cuanto a principios del derecho del trabajo se refiere. Estos aspectos responden a la diversidad de perspectivas técnicas en torno a la regulación de la normativa sustantiva sociolaboral y, más aún, a la dinámica de contraposición de intereses entre sectores de trabajadores y empleadores, y el papel que cumple el Estado en el diseño e implementación de las regulaciones. Así pues, consideramos que en el Perú es menester el abordar la problemática de la eficacia de la normativa sociolaboral teniendo en cuenta los parámetros de una metodología específica y multidimensional; ello, en el entendido que:

no es posible analizar y evaluar la eficacia/ineficacia del Derecho del Trabajo sólo por sus contenidos y las eventuales insuficiencias de la institucionalidad laboral encargada de su cumplimiento, haciendo abstracción tanto del contexto socio-político, económico y socio-laboral en que se elaboran e implementan las normas, como de la profunda interconexión existente entre su efectivo cumplimiento, el sistema de relaciones laborales y la cultura empresarial predominante.

Desde una comprensión sistémica se sostiene que, sin los necesarios equilibrios sociales no es posible profundizar los sistemas democráticos; sin políticas proactivas de los Estados y sus agentes – los partidos políticos- es muy difícil, sino imposible, recomponer el mundo social y el movimiento sindical, en tanto históricamente en la región lo social ha sido construido desde lo político (Espinosa 2005). Sin interlocutores sociales constituidos, con relaciones de mínimo equilibrio, con espacios ciertos que permitan y promuevan una cultura de negociación, diálogo y concertación social; etc., no cabe mejorar los bajos ingresos del trabajo, disminuir la brecha distributiva al interior de la sociedad, ni avanzar en la eficacia de las normas laborales como promotoras del trabajo decente. (OIT, 2010, pp. 7–8)

Finalmente recalcamos que cuando defendemos la perspectiva del institucionalismo democrático inclusivo implica que somos conscientes de que el fortalecimiento es esencial para el progreso del desarrollo en distintas esferas de nuestro país; sin embargo, como se pudo analizar previamente, también advertimos de que este factor es uno más de los elementos necesarios para el logro de dicha finalidad pues no basta solo con potenciar las instituciones para que ello por sí mismo de paso al desarrollo del país. En ese sentido, el fortalecimiento institucional de cambios con la perspectiva “desde abajo” debe tener en cuenta estas limitaciones en el marco complejo de las concepciones de eficacia normativa, el cual, visto en el ámbito sociolaboral si bien tiene como actor más próximo y visible a la inspección del trabajo (por ello no es gratuito que en cada coyuntura política tras el acaecimiento de hechos funestos y noticiosos originados en contexto de la relación de trabajo en diversos sectores de empleadores como en el “caso Malvinas”¹⁵ o el “caso Mc Donalds”¹⁶ el primer señalamiento de responsabilidades recaiga sobre las acciones de la autoridad inspectiva) debe tener en cuenta también un análisis crítico en clave de mejora de los otros factores asociados al origen de la problemática de la ineficacia de la normativa laboral.

Ello, no obsta que los cambios regulatorios sean necesarios para dar lugar al cambio institucional que coadyuve a una mayor efectividad de la IT que redunde en el cumplimiento real de las normas sociolaborales; así pues, desde nuestra postura, es menester que dichos cambios se funden y den concreción a los denominados “Principios de la OCDE sobre las Mejores Prácticas para el Cumplimiento de las Normas e Inspecciones” en tanto que estos, como hemos venido sosteniendo, responden a una perspectiva teórica alineada con el fortalecimiento institucional la cual, a su vez, recoge la perspectiva de enforcement más avanzada para garantizar las finalidades de la inspección del trabajo. Finalmente, en este sentido, si bien nuestra propuesta aboga por cambios regulatorios con incidencia en el cambio institucional para el logro de la eficacia normativa, concordamos en que

[u]niendo todas estas reflexiones puede llegarse a algunas conclusiones generales respecto a la efectividad del Derecho. Los contextos sociales regulados por el ordenamiento jurídico siguen su propia lógica, aunque también reciben los estímulos del Derecho y reaccionan a ellos conforme a sus patrones de funcionamiento específicos; en estos espacios las personas y grupos “movilizan” distintos elementos para apoyar sus intereses, ya sea en la gestión cotidiana del conflicto, ya sea en momentos patológicos de crisis de las relaciones sociales. Aunque desde una perspectiva interna el ordenamiento jurídico “debe” ser obedecido en todo caso, si se examina la realidad práctica desde una perspectiva externa, el Derecho es uno más de estos elementos que condicionan la relación de poder entre las partes, participando con otros factores en la determinación de las soluciones a las que efectivamente se llega en el enfrentamiento de intereses contrapuestos. (Álvarez del Cuvillo, 2012, p. 79)

¹⁵ Suceso trágico de junio del año 2017 en el que fallecieron tres personas –Jovi Herrera Alania (20) y Jorge Huamán Villalobos (19) y un menor de 15 años– atrapadas en un incendio en el emporio comercial de las Malvinas. Todas víctimas de trabajo forzoso. Para más información: <https://ojo-publico.com/457/investigacion-possible-primer-caso-de-esclavitud-en-Peru> Último acceso: 21/07/20.

¹⁶ Otro suceso trágico de diciembre del año 2019 en el que fallecieron dos trabajadores de McDonald’s – Gabriel Campos (18) y Alexandra Porras (19)– en el contexto de un accidente de trabajo mortal y en condiciones de precariedad laboral. Para más información: <https://ojo-publico.com/1655/muerte-en-mcdonalds-la-historia-de-alexandra-y-gabriel> Último acceso: 21/07/20.

2.2 Los índices e indicadores de eficacia normativa en el Perú y la caracterización de la problemática del incumplimiento de la regulación laboral

Como señalamos en el acápite anterior, el estudio OIT parte de un marco conceptual en el que distingue los sentidos del término “eficacia”. Así, distingue entre eficacia material y eficacia propiamente como tal –el cual, a su vez incluye a la eficacia por cumplimiento y por aplicación–; por otro lado, como también señalamos, este marco conceptual tiene correspondencia y parte del análisis propuesto por Liborio Hierro, el cual, señala originariamente dos sentidos del término eficacia¹⁷: la eficacia interna o jurídica –correspondiente a la eficacia material en el estudio OIT– y la eficacia externa o sociológica –correspondiente a la eficacia propiamente como tal en el estudio OIT–. Asimismo, como se ha indicado en el subcapítulo 1.1, se tiene que dicho autor distingue, a su vez, hasta 7 sentidos “en los que (...) se habla habitualmente de la eficacia de las normas, ya sea en el lenguaje propiamente normativo de las leyes, ya sea en el lenguaje de las ciencias jurídicas particulares, de la Teoría General del Derecho, de la práctica jurídica, de la discusión política, e incluso en el lenguaje vulgar; esto es: que no se trata de siete sentidos artificialmente prefabricados en uno de esos excesos a los que a veces nos conduce una mala práctica del análisis filosófico” (Hierro, 2003, p. 21).

Estando a ello, es pertinente presentar un esquema del propio autor que, de forma muy didáctica, presenta cada sentido de la palabra eficacia en función a la distinción original entre eficacia jurídica y sociológica; en base a ello, podremos presentar los estudios e índices de eficacia normativa en el Perú que nos permitirán tener una perspectiva meridianamente objetiva de la problemática del incumplimiento normativo a partir de su relación con el sentido de eficacia que el estudio o índice correspondiente desarrolla. Así, se tiene:

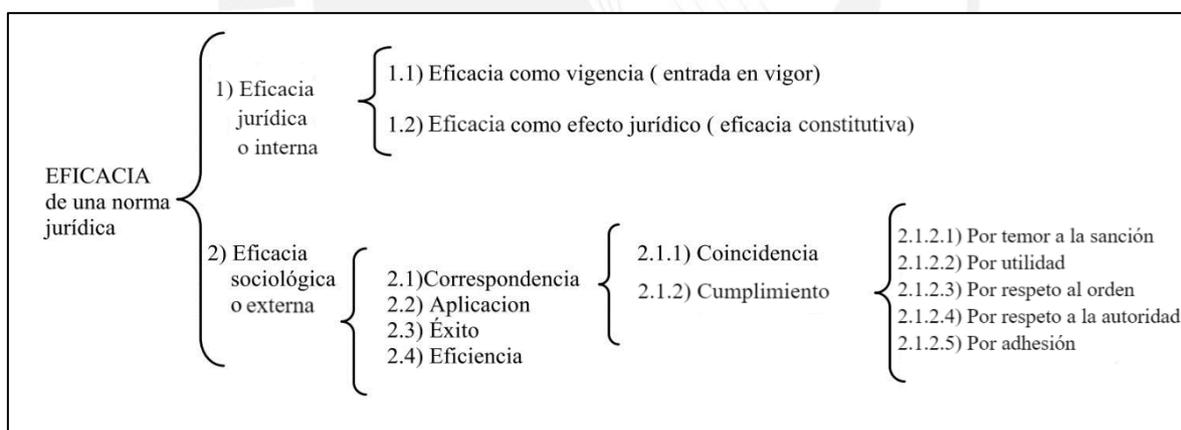


Ilustración 4: Los sentidos del término "eficacia" de las normas jurídicas (Hierro, 2003, p. 74)

¹⁷ Al respecto, Hierro señala: "Hay, en el uso del término, una marcada ambigüedad que obliga a distinguir, de entrada, entre dos sentidos muy distintos: el primero es el de la «eficacia» de las normas jurídicas (y, por extensión, de los actos jurídicos) como su capacidad jurídica (es decir, conforme a las normas del sistema en cuestión) para producir efectos jurídicos; el segundo es el de la eficacia de las normas jurídicas para motivar, de hecho, la conducta de sus destinatarios y, en defecto de ello, para ocasionar sobre la situación de los destinatarios los efectos que la misma norma u otras normas asociadas a ella, prevén para el caso de incumplimiento, efectos que básicamente pueden consistir en la nulidad, la reparación y la sanción. En este segundo sentido la idea de «eficacia» alude o bien al «cumplimiento» de la norma por sus destinatarios o bien a la «aplicación» de la norma incumplida sobre sus destinatarios." Hierro (2003, p. 71)

Al respecto, cabe mencionar el parangón entre la eficacia interna en términos de Hierro con relación a la ya mencionada eficacia material utilizada por el estudio OIT. Estos aspectos refieren a una dimensión estrictamente técnico – jurídica que son desarrollados por lo general por la dogmática jurídica y que en el caso de la regulación sustantiva sociolaboral implica el respeto por los principios y estándares constitucionales e internacionales a los que el legislador está sujeto en el proceso de diseño de la regulación, así pues “[l]a «eficacia» de las normas es, en este sentido, un calificativo meramente normativo y difícilmente distinguible de la idea de validez.” (Hierro, 2003, p. 73). El sentido externo de la eficacia, por otra parte, alude a la relación entre los posibles efectos de la norma en la realidad; y, en ese sentido, interesa en tanto que permite enfocar el estudio de la norma en torno a “si es capaz de motivar las conductas, producir los actos coactivos y organizar la vida social” (Hierro, 2003, p. 74). Y, es en este campo, el de la eficacia sociológica, en el que destacará tanto la eficacia como producto de la acción de los órganos de adjudicación que aplican medidas para forzar el cumplimiento de la norma, como la eficacia entendida como cumplimiento u obediencia, la cual “(...) designa, pues, una relación entre el sujeto y la norma, relación que consiste en que la norma sirve como razón o parte de las razones de la conducta que se adopta y que resulta una conducta conforme con la prescripción” (Hierro, 2003, p. 84).

Ahora bien, si nos centramos en el aspecto externo o sociológico de la eficacia, es inevitable hacer referencia a las herramientas para medirla y con ello debemos hacer alusión a los denominados “índices” e “indicadores” que, como bien señala García Cívico, surgen "a partir del *Social Indicators Movement* de los años 20 [en que] se potenció el uso de indicadores para evaluar los procesos sociales de todo tipo, y no solo [los] económicos" (2014, p. 139). De ahí que, "los indicadores sociales resultan medidas específicas, explícitas, objetivamente verificables que dan cuenta de evaluaciones (...), proporcionan información y permiten especificar la forma en que se verifica el grado de cumplimiento de unas expectativas u objetivos sociales" (Cívico, 2014, p. 141).

De esta forma, en consonancia con el aspecto social –y, de manera más específica en el ámbito del derecho– debemos considerar que "un indicador en el ámbito jurídico resulta una magnitud, estadística o no, cuantitativa o cualitativa de un concepto, basado en un análisis teórico jurídico previo –al que subyace un marco propositivo– que informa y sirve para describir el estado de una *normativa* determinada en relación con las acciones políticas, sociales y legislativas llevadas a cabo con miras a su *efectividad*" (Cívico, 2014, p. 144).

Por consiguiente, debemos tener presente que "**los indicadores se pueden utilizar para la construcción de índices**, así, los de inclusión social pueden entenderse como indicadores de accesibilidad a los servicios y políticas públicas. Por otro parte, pueden servir para comparar entre distintos ámbitos geográficos y, en concreto, entre distintos países" (Cívico, 2014, p. 142) (Resaltado nuestro).

Finalmente, a modo ilustrativo y, teniendo en cuenta los sentidos del término eficacia señalados por Hierro, presentamos las concepciones del referido término a partir de los cuales presentaremos los índices y estudios que nos ayudaran a configurar el estado situacional del cumplimiento normativo en el Perú y, en específico, de la normativa sociolaboral.

EFICACIA SOCIOLOGICA O EXTERNA	a) Como correspondencia	Sea cual sea la razón que ha llevado al sujeto, destinatario de la norma, a comportarse en la forma en que la norma establece, la acción que la norma prescribe es, en la realidad, la acción que realizan los destinatarios de la norma.	<p>a.1) Por Coincidencia: se produce sin que el sujeto tenga en cuenta la norma, incluso desconociéndola, y por ello por cualquier motivo o razón del que no forma parte la norma (no es una dimensión significativa a ningún efecto).</p> <p>a.2) Por cumplimiento (u obediencia): se produce cuando la norma es, en algún modo, motivo, razón o parte del motivo o razón por la que el sujeto sigue la conducta prescrita en ella.</p> <p>a.2.1) Obediencia por temor a la sanción</p> <p>a.2.2) Por utilidad para los intereses del agente</p> <p>a.2.3) Por respeto al orden jurídico (obediencia como producto del proceso de socialización y obediencia como respeto al orden jurídico en función de su legitimidad)</p> <p>a.2.4) Por adhesión a la norma (internalización)</p>
	b) Como aplicación	Refiere al hecho de que un órgano de adjudicación tome una decisión encaminada a forzar el cumplimiento de la norma por su destinatario y, si ello no es posible, le imponga la sanción prevista para el caso de incumplimiento.	
	c) Como éxito	Los miles de ejemplos de normas que, cumplidas o aplicadas, no generan los efectos deseados por su edictor nos acercan a una nueva idea de eficacia que es la que parece estar más presente en la discusión política cotidiana. La eficacia como éxito de la norma en cuanto instrumento para alcanzar un estado de cosas bueno o deseable. Así, esta dimensión refiere a la eficacia de las normas jurídicas que consiste en que sirvan instrumentalmente para alcanzar el estado de cosas que el edictor de la norma se propone.	
		d) Como eficiencia: La noción de eficiencia de las normas viene a completar la noción de eficacia como «éxito» al incluir, junto a los efectos positivos y negativos, los costes de aplicación (costes que es conveniente entender en un sentido amplio que incluya no sólo el valor económico de los medios personales y materiales de persecución, enjuiciamiento y aplicación de las medidas y sanciones, sino también factores como el tiempo, el esfuerzo social, el desgaste de recursos, etc.).	

Delimitación conceptual de los sentidos del término "eficacia"

Fuente: Hierro (2003)

Elaboración propia

Previamente a la introducción de los índices y estudios que delimitarán la problemática del cumplimiento normativo en el Perú, consideramos necesario realizar la siguiente atinencia: más allá del sentido de eficacia que se adopte con miras a la medición de la efectividad de las normas en el Perú, la OCDE ha enfatizado en su estudio de *Política Regulatoria en el Perú* que “[l]os niveles de cumplimiento de las normativas tampoco se supervisan en general” (OECD, 2018b, p. 147) y que “no se encontró prueba alguna de que en el país se hagan evaluaciones *ex post* de las leyes o normativas vigentes” (OECD, 2018b, p. 26). En particular, para el caso específico de la normativa del sector trabajo, podemos afirmar que no existe una práctica institucionalizada de medición de la eficacia de la regulación sociolaboral ya que las entidades públicas competentes no generan ni publican este tipo de información (salvo ocasiones muy puntuales las cuales serán analizadas posteriormente).

A su vez, tampoco existe alguna entidad u autoridad específicamente habilitada para realizar dicha función; es más, tomando en cuenta también la posición de los actores sociales – representantes de trabajadores o empleadores– en este tema, llama la atención el denotar una

actitud pasiva en relación con la demanda o exigencia de producción y publicación transparente de este tipo de data por parte de la Administración de trabajo.

Si bien tanto el Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo (MTPE) como la SUNAFIL tienen en su estructura orgánica órganos administrativos con funciones próximas a la evaluación y medición del cumplimiento normativo –por ejemplo, en MTPE la Dirección de Supervisión y Evaluación (DSE) de la Dirección General de Políticas para la Promoción de la Formalización Laboral e Inspección del Trabajo; o, en SUNAFIL, la Intendencia Nacional de Supervisión del Sistema Inspectivo (INSSI)– dichas instancias, desde sus respectivas competencias, no han venido realizando una labor de monitoreo continuo del cumplimiento de la regulación; y por ende, al menos hasta el año 2017, no se ha generado información pública a modo de índices o indicadores de cumplimiento normativo. Asimismo, en el Perú, tampoco se han generado estudios sistematizados y continuos tanto de las instituciones públicas como de las privadas que hayan podido dar muestra del nivel de cumplimiento de algún sector de la regulación laboral que involucre a alguna materia en específico.

No obstante, en relación a la medición de la eficacia de las normas del sector trabajo, si bien lo señalado ha sido la práctica continua en el país, debemos resaltar que han comenzado a gestarse algunas excepciones respecto a la medición del cumplimiento de las regulaciones laborales, ello, específicamente en el marco de la aprobación de Decretos Supremos modificatorios del Reglamento de la Ley General de Inspección del Trabajo, aprobado mediante Decreto Supremo N° 019-2006-TR (en adelante, RLGIT). Haremos referencia a estas primeras aproximaciones de medición desde la administración del trabajo en base a un documento de exposición de motivos del año 2017 y un informe técnico del año 2019, los cuales, sirven a modo de fundamentación fáctica en las propuestas de reajuste o modificación de los porcentajes de multa en la tabla de sanciones del RLGIT.

Finalmente, a este respecto, si bien es meridianamente lógico considerar como una de las actividades vitales para el buen funcionamiento de la administración del trabajo el que se garantice la producción de información y data en base a indicadores e índices que permitan incidir de manera adecuada en los problemas públicos en el ámbito sociolaboral –o, con mayor razón, en los aspectos referidos a la efectividad de la regulación laboral–, debemos recordar que actualmente en el Perú ya existe cobertura legal (con la aprobación del DL 1448 y lo dispuesto en su artículo 5) para la introducción de metodologías de medición que, de forma obligatoria, tendrían que llevarse a cabo en las entidades del poder ejecutivo y, en específico, en la administración del trabajo y la IT¹⁸. En ese sentido, como parte de la implementación del ciclo

¹⁸ Asimismo, a nivel de directriz o de política pública, el Estado peruano ha asumido también el compromiso de implementación del AIR tanto en la Política Nacional de Competitividad y Productividad, aprobado por Decreto Supremo N° 345-2018-EF (en el lineamiento de política N° 6.3 señala “[i]ncorporar el análisis de impacto regulatorio en la etapa previa a la formulación de propuestas normativas de alcance general en el Poder Ejecutivo y, progresivamente, los instrumentos de calidad regulatoria en los gobiernos subnacionales”), como en el Plan Nacional de Competitividad y Productividad (aprobado por Decreto Supremo N° 237-2019-EF) el cual desarrolla los objetivos y lineamientos de la Política Nacional de Competitividad y Productividad, precisando las metas, indicadores, acciones, plazos y entidades responsables para su implementación, concluyendo en su medida de política N° 6.10 (Instrumentos de Calidad Regulatoria) que “(...) se busca que las entidades apliquen el Análisis de Impacto Regulatorio de acuerdo a la metodología que será establecida de manera coordinada por la PCM, el MEF y el MINJUS. El objetivo último de la medida es contar con regulaciones que no generen cargas innecesarias a los ciudadanos y a las empresas. Se espera contar con un mayor efecto en la optimización de las regulaciones

regulatorio se introduciría el análisis ex post de las regulaciones (así como también el análisis del stock de las regulaciones de acuerdo con lo señalado en el Plan Nacional de Competitividad y Productividad aprobado por Decreto Supremo N° 237-2019-EF) el cual se erigiría como el mecanismo institucional de monitoreo y medición de la efectividad de las regulaciones en las entidades públicas, incluyendo a las del sector trabajo.

Más aún, en lo que refiere al sector trabajo del Estado peruano, es necesario recalcar el índole de las obligaciones al cual está sujeto en el ámbito del Sistema Internacional de Derechos Humanos; en ese sentido, es de la mayor relevancia tener en cuenta dos aspectos señalados en las últimas observaciones generales desarrolladas por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (CDESC)¹⁹, órgano de control del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC) —tratado internacional del que Perú es Estado parte—:

- (i) El primero se desarrolló en la Observación general N° 23 del 2016 que examina y desarrolla los alcances del derecho a condiciones de trabajo equitativas y satisfactorias regulado en el artículo 7 del PIDESC. En el numeral 55 de esta OG — en el marco de las obligaciones generales con relación al art. 7— el CDESC afirma: “[l]os Estados partes deberían identificar indicadores y puntos de referencia para supervisar la aplicación del derecho a condiciones de trabajo equitativas y satisfactorias (...). Los Estados partes deberían definir los indicadores que son más pertinentes para la aplicación nacional de este derecho, (...)”.
- (ii) Por su parte, un segundo aspecto se desarrolló en la Observación general N° 24 (OG N° 24) del 2017 que trata sobre las obligaciones de los Estados en virtud del PIDESC en el contexto de las actividades empresariales. Aquí el CDESC aclara que con frecuencia “se ha encontrado con situaciones en que, a raíz del incumplimiento por los Estados, en el marco de sus competencias, de normas y disposiciones de derechos humanos internacionalmente reconocidas, las actividades empresariales han tenido repercusiones negativas en los derechos económicos, sociales y culturales”. Y yendo en esa línea, el numeral 15, en el marco de la obligación convencional de proteger de los estados parte del PIDESC, señala: “(...) Los Estados partes deberían examinar periódicamente la adecuación de la legislación e identificar y resolver los problemas de incumplimiento y falta de información, así como los contratiempos que surjan”.

Así, por la primera, se deduce que la interpretación del artículo 7 del PIDESC que estipula el derecho al goce de condiciones de trabajo equitativas y satisfactorias implica la obligación de identificar indicadores para supervisión de la aplicación de dicho derecho, lo cual, redundando en la ya referida apreciación de la urgencia en generar mecanismos institucionales de monitoreo del cumplimiento de la regulación sustantiva laboral; ello, más aún, teniendo en cuenta la lectura concordada de la referida la obligación de generación de indicadores con el deber que la OG N°

de las entidades del Gobierno Nacional y subnacionales relacionadas con sectores que tengan mayor incidencia en la productividad nacional”.

¹⁹ El CDESC, entre otras funciones, tiene el cometido de adoptar observaciones generales (OG) las cuales orientan a los Estados parte en relación a la aplicación de las disposiciones del PIDESC, ello, ya que la comisión en sus OG realiza el análisis e interpretación de las obligaciones contenidas en el referido tratado, el cual, por cierto, el Perú ratificó el 28 de abril de 1978.

24 estipula respecto del examen periódico de adecuación de la legislación a fin de identificar y resolver riesgos o problemas sobre el incumplimiento de la legislación o la falta de información.

Teniendo en cuenta el marco conceptual desarrollado previamente, podemos señalar aquellos índices, indicadores y estudios especializados que nos brindaran una descripción a modo de diagnóstico de la problemática de la eficacia de la regulación laboral. Antes bien, consideramos pertinente que, de manera previa a la revisión de los estudios especializados que dan cuenta de la problemática del cumplimiento normativa laboral, abordemos primero el desenvolvimiento del Estado peruano en relación a los indicadores de cumplimiento normativo vistos desde un punto de vista comparativo tanto con sus pares regionales como en el contexto mundial; para seguidamente, desde el ámbito nacional, dar cuenta de un primer acercamiento del contexto general de la situación del cumplimiento normativo en el Perú a partir de indicadores incluidos en una encuesta nacional a la población en materia de derechos humanos.

Los “Índices de Estado de Derecho” que presentamos a continuación describen desde una perspectiva general cual es la situación del cumplimiento normativo en el Perú. Cabe acotar, que el término “estado de derecho” en cada en caso sólo hace alusión a una determinada definición que, de modo general, alude a la idea de cumplimiento de la ley, y cuyo diseño –de los índices– en específico dependerá de la institución o entidad que ha desarrollado el estudio con base a los indicadores que hayan predefinido.

Estos índices nos brindan un panorama general sobre la situación del Perú a nivel regional en torno al cumplimiento normativo, y en ese sentido, vale aclarar que a nuestra consideración dicho panorama general del cumplimiento puede ser entendido como la medición de la eficacia de la ley en el sentido que previamente hemos identificado como “cumplimiento u obediencia”. Así pues, estos índices se habrían desarrollado esencialmente teniendo en cuenta la perspectiva de la percepción de los agentes involucrados con relación a su confiabilidad en el cumplimiento de la ley, es decir, teniendo en cuenta la posición del sujeto frente a norma. En tal sentido, respecto del ya citado estudio “El Perú en los indicadores mundiales” de CEPLAN, se tiene:

En el punto N°4 relativo al “Índice sobre el Estado de Derecho” se señala que este “[c]aptura la percepción sobre el grado en que los agentes confían y respetan las reglas de la sociedad en temas como la ejecución de los contratos, cumplimiento de los derechos de propiedad, entre otros” (CEPLAN, 2016, p. 22). Así, con relación al Perú, se muestra:

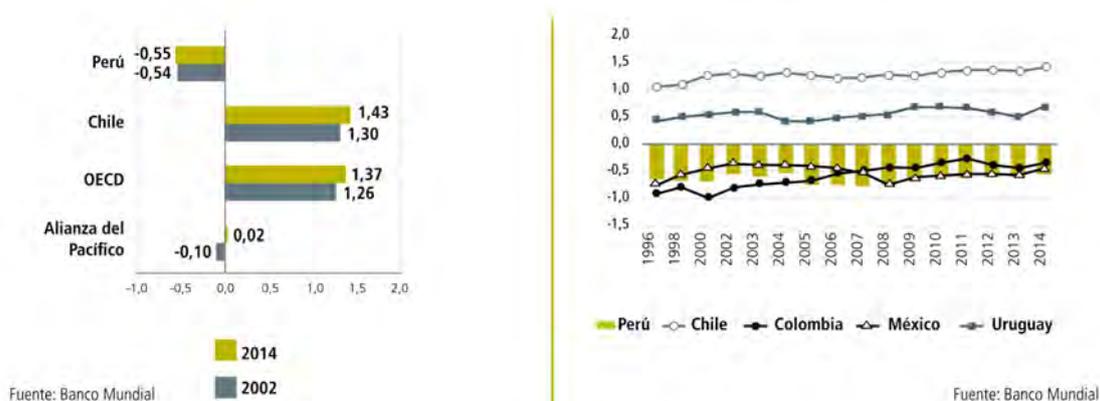


Ilustración 5: índice sobre el estado de derecho (CEPLAN, 2016, p. 22)

Concluyendo: “El rango de valuación va de -2,5 a 2,5: mientras mayor sea el valor del índice, mejor será la posición del país con respecto al cumplimiento de las normas. En el año 2014, de un total de 209 países, Perú se encontraba en el puesto 140. El país sudamericano mejor posicionado fue Chile, en el puesto 26, con un índice de 1,43” (CEPLAN, 2016, p. 23).

Por otro lado, en el contexto mundial, se tiene al “WJP Rule of Law Index”²⁰ o Índice anual de Estado de Derecho de World Justice Project (WJP) o también denominado, para su versión 2019 como “WJP Índice de Estado de Derecho 2019”, este:

(...) es el reporte más reciente en una serie anual que mide el Estado de Derecho con base en las experiencias y percepciones del público general y expertos alrededor del mundo (...).El Índice de Estado de Derecho 2019 presenta un panorama del Estado de Derecho en 126 países, al asignar puntajes y rankings para ocho factores: límites al poder gubernamental, ausencia de corrupción, gobierno abierto, derechos fundamentales, orden y seguridad, cumplimiento regulatorio, justicia civil, y justicia penal. Los puntajes del Índice de Estado de Derecho 2019 se calculan a partir de información de más de 120 mil encuestas a población general y más de 3,800 cuestionarios a expertos, en 126 países y jurisdicciones. El Índice es la evaluación más completa del Estado de Derecho en el mundo, y es la única medición que se construye a partir de datos primarios que reflejan, de primera mano, la perspectiva y experiencia de las personas en su vida cotidiana.” (World Justice Project, 2019a, p. 5) (Subrayado nuestro)

Por su parte, avanzando en nuestro razonamiento e indagación sobre el desempeño del Perú en el Índice de Estado de Derecho de World Justice Project (WJP) del 2019 y sus indicadores, se tiene:

PUNTAJES PARA PERÚ			
<i>Desempeño en el Índice Estado de Derecho del WJP 2019 (1 es la mejor posición)</i>			
RANKING GLOBAL PARA PERÚ: 70/126			
RANKING REGIONAL* PARA PERÚ: 18/30			
RANKING POR NIVEL DE INGRESO** PARA PERÚ: 21/38			
FACTOR	RANKING GLOBAL	RANKING REGIONAL*	RANKING POR NIVEL DE INGRESO**
Límites al poder gubernamental	38/126	8/30	6/38
Ausencia de corrupción	107/126	27/30	36/38
Gobierno abierto	45/126	11/30	9/38
Derechos fundamentales	46/126	14/30	11/38
Orden y seguridad	94/126	18/30	27/38
Cumplimiento regulatorio	68/126	18/30	20/38
Justicia civil	89/126	23/30	31/38
Justicia penal	105/126	21/30	34/38
*Los países incluidos en la región de América Latina y el Caribe son: Antigua y Barbuda, Argentina, Bahamas, Barbados, Belice, Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Costa Rica, Dominica, Ecuador, El Salvador, Granada, Guatemala, Guyana, Honduras, Jamaica, México, Nicaragua, Panamá, Perú, República Dominicana, San Cristóbal y Nieves, Santa Lucía, San Vicente y las Granadinas, Surinam, Trinidad y Tobago, Uruguay, Venezuela.			
**Países de ingreso medio alto: Albania, Argelia, Belice, Bielorrusia, Bosnia y Herzegovina, Botsuana, Brasil, Bulgaria, China, Colombia, Costa Rica, Dominica, Ecuador, Granada, Guatemala, Guyana, Irán, Jamaica, Jordania, Kazajistán, Líbano, Macedonia, FYR, Malasia, Mauricio, México, Namibia, Perú, República Dominicana, Rumania, Rusia, San Vicente y las Granadinas, Santa Lucía, Serbia, Sudáfrica, Surinam, Tailandia, Turquía, Venezuela.			

Ilustración 6: PERÚ OCUPA EL PUESTO 70 EN EL ÍNDICE DE ESTADO DE DERECHO (World Justice Project, 2019b, p. 2)

²⁰ La organización sin fines de lucro World Justice Project (no hay una traducción oficial del nombre de la organización en español) lanza periódicamente como su proyecto más emblemático su “Rule of Law Index” (por lo general, es aceptada la traducción de Rule of Law como “Estado de Derecho”).

Respecto a lo señalado, cabe resaltar que en comparación con el reporte WJP anterior (2017-2018) en el que el Perú se encontraba en el puesto 60 entre 113 países evaluados, el Estado peruano habría bajado 7 puestos en el índice global de estado de derecho²¹ del 2019; más allá de dicho retroceso, es importante analizar los componentes e indicadores específicos del índice con relación a la temática del cumplimiento normativo.

En tal sentido, en el desglose de los 8 factores que componen el Índice de Estado de Derecho del 2019, llama la atención el dato que se presenta el factor referido a “cumplimiento regulatorio” en el cual, tanto a nivel global como regional, el Perú se ubica por debajo de la media. Más aún, si de los 5 indicadores que componen dicho factor, tomamos en cuenta y resaltamos a aquellos afines a la temática de la eficacia como cumplimiento, tenemos:

- (6.1) Aplicación efectiva de las regulaciones Gubernamentales: Mide si las regulaciones laborales, ambientales, de salud pública, comercio, y protección de los consumidores, se imponen efectivamente.
- (6.3) Conducción oportuna de procedimientos Administrativos: Mide si los procedimientos administrativos a nivel nacional y estatal se conducen sin retrasos injustificados.
- (6.4) Respeto al debido proceso en procedimientos administrativos: Mide si se respeta el debido proceso legal en procedimientos administrativos conducidos por autoridades nacionales y locales, incluyendo temas ambientales, fiscales, y laborales (World Justice Project, 2019, p. 13).



Ilustración 7: World Justice Project 2019 - Índice de Estado de Derecho.jpg (World Justice Project, 2019a, p. 124)
 *Los puntajes van de 0 a 1, donde 1 indica la mayor adherencia al Estado de Derecho

Del gráfico anterior, vemos que el indicador “aplicación efectiva de regulaciones” tiene como medida 0,5 y está por debajo del promedio del indicador de los países de América Latina y el

²¹ La definición de “Estado de Derecho” según WJP alude a “[u]n Estado de Derecho efectivo [que] reduce la corrupción, protege a las personas de injusticias, y combate la pobreza. El Estado de Derecho es el sustento de comunidades de igualdad, oportunidades, y paz, además que funge como la base del desarrollo, de gobiernos transparentes que rinden cuentas, y del respeto a los derechos fundamentales. Tradicionalmente, el Estado de Derecho ha sido visto como el ámbito de abogados y jueces. Pero los problemas cotidianos de seguridad, derechos, justicia y gobernanza nos afectan a todos; de forma que el Estado de Derecho es un tema que nos involucra a todos.” (2019a, p. 7)

Caribe y por debajo de los países de ingreso medio alto en el mundo. Por ende, de manera general se puede afirmar que en el Perú la regulación per se tiene un margen de influencia medio a débil –en conjunto con los demás indicadores de cumplimiento regulatorio– con relación a los sujetos que se encuentran inmersos en su ámbito de aplicación.

Por otro lado, en lo que refiere a indicadores en el ámbito nacional relacionados al sentido de eficacia como cumplimiento antes referido, los siguientes gráficos corresponden al documento elaborado por la Dirección General de Derechos Humanos del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos denominado “Encuesta nacional para medir la opinión de la población peruana en relación con los Derechos Humanos: resumen ejecutivo” presentado en octubre de 2013. De tal manera, se tiene:

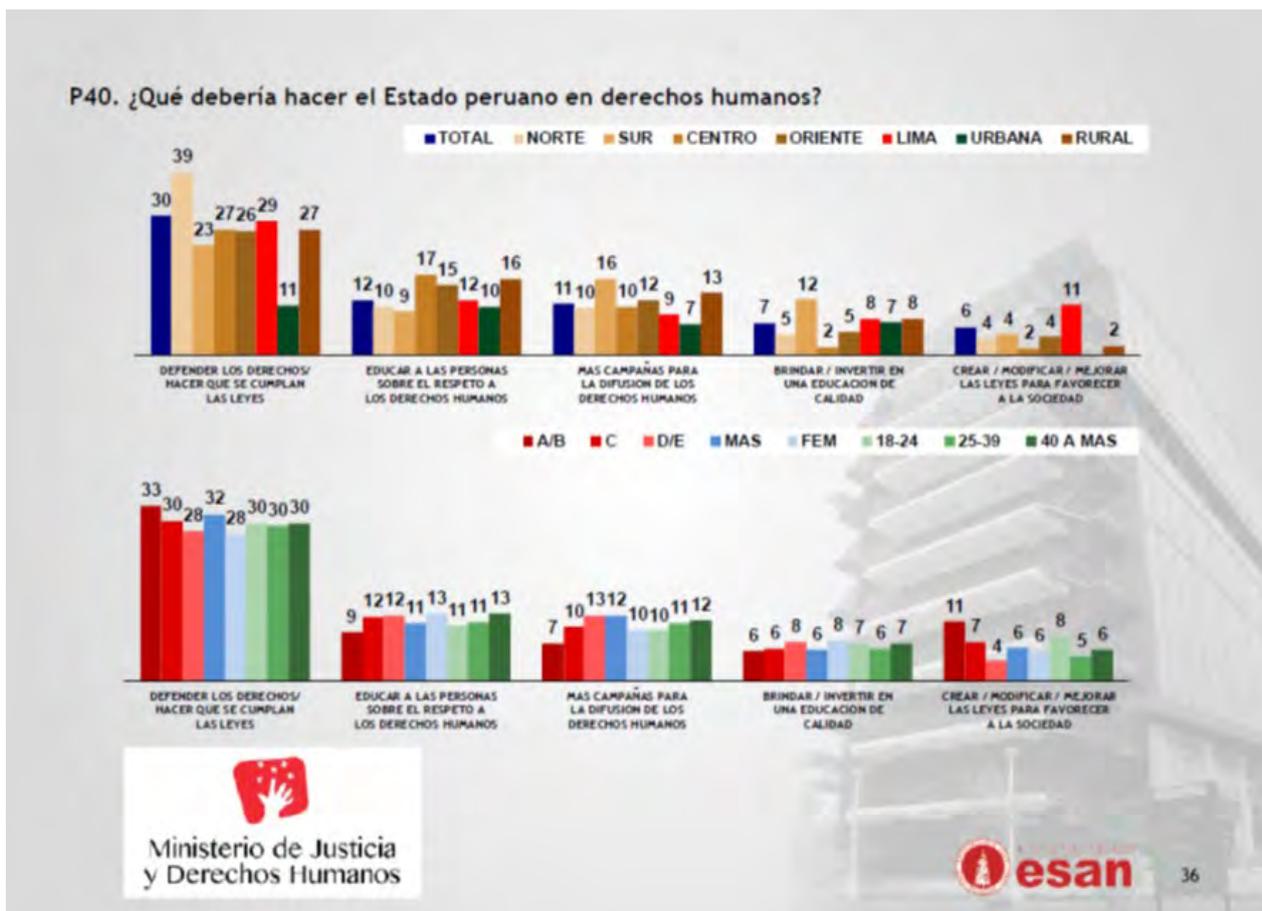


Ilustración 8: Encuesta para medir la opinión de la población peruana en relación con los derechos humanos: resumen ejecutivo

Fuente: MINJUS – Dirección General de Derechos Humanos, 2013

Elaboración: MINJUS – Dirección General de Derechos Humanos

De los datos señalados en la Ilustración N° 8, se puede evidenciar que un mayor porcentaje de la población considera que el rol fundamental del Estado en materia de vigencia de derechos es velar por el cumplimiento de las normas. Asimismo, se muestra que hay considerables indicadores sobre el interés de la ciudadanía respecto del rol que debe cumplir el estado en mejora de la educación y formación de los actores sociales en materia de derechos humanos. Así pues, resalta la importancia que tiene para sociedad que se logren avances en el adecuado acceso a la información y conocimiento con relación a sus derechos, como señala la Ilustración N° 9 a continuación:

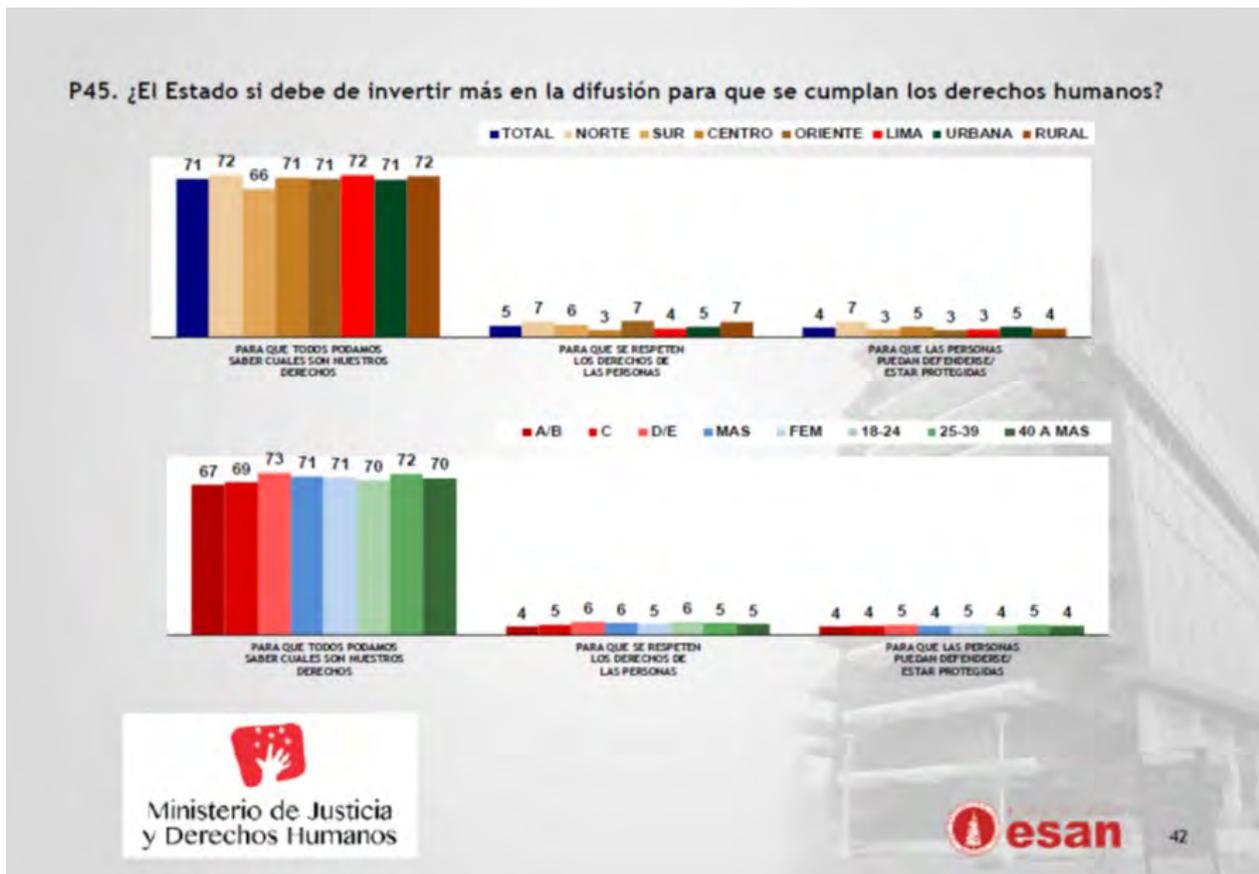


Ilustración 9: Encuesta para medir la opinión de la población peruana en relación con los derechos humanos: resumen ejecutivo

Fuente: MINJUS – Dirección General de Derechos Humanos, 2013

Elaboración: MINJUS – Dirección General de Derechos Humanos

Dicha situación, a más de 5 años de la primera encuesta sobre derechos humanos, no ha mejorado en términos porcentuales. Más aún, al año 2019, habría una demanda casi unánime por mayor inversión en difusión para el cumplimiento de los derechos humanos. Así, de acuerdo a la “II Encuesta Nacional de Derechos Humanos” publicada el 2020, el 94% de peruanos responde afirmativamente a la pregunta “Para usted, ¿el Estado debe invertir más en la difusión para que se cumplan los derechos humanos?” (MINJUS, 2020, p. 98), lo cual, implica un aumento sustantivo de dicha percepción en comparación al promedio de porcentajes de la encuesta del año 2013 (70%).

Al respecto, y con relación a las dificultades para la consecución de una sólida cultura de cumplimiento de la normativa sociolaboral se ha señalado que

(...) [e]l primero de los factores negativos es el desconocimiento de la legislación laboral, que ha tenido como consecuencia la falta de información sobre las instituciones del trabajo existentes y su función pública. Muchos empleadores y trabajadores ignoran el papel de la inspección del trabajo y la posibilidad de que los inspectores asesoren sobre la forma de mejorar la situación en el lugar de trabajo y promuevan la cultura de la prevención. Al mismo tiempo, la proliferación de nuevas formas de empleo y la complejidad de las cadenas de distribución hacen que los trabajadores no sean conscientes de sus derechos (...) (OIT, 2015b, p. 5).

En línea con lo señalado, debemos resaltar que el informe completo de la II Encuesta Nacional de Derechos Humanos arroja datos importantes sobre la percepción ciudadana respecto del rol del Estado y el comportamiento de la gran empresa en relación al respeto por los derechos humanos, y en específico a los derechos humanos laborales. Así, con relación al Rol del Estado

en materia de derechos humanos, dicho informe concluye que “[m]ás del 70% cree que el Estado es el principal responsable en garantizar derechos, sin embargo, se percibe que hace poco o nada por la mayoría de los derechos, principalmente por garantizar un acceso a la justicia (76%) y a la seguridad social (75%). Sumado a esto, hay una gran desconfianza en sus instituciones como garantes de derechos (...). Frente a estos temas, el Estado debería difundir en mayor medida información sobre los DDHH y lo que hace para garantizarlos, un tema que no está siendo visibilizado por la ciudadanía y que si estaría siendo demandado” (MINJUS, 2020, p. 106).

Más aún, en materia de derechos reconocidos por la normativa sociolaboral, junto con el ya mencionado derecho a la seguridad social, el derecho al trabajo digno –con un peso del 71%– es otro de los principales derechos humanos por el que el Estado hace poco o nada según considera la población peruana. Por su parte, respecto al comportamiento de las grandes empresas en materia de derechos humanos laborales, a la pregunta “¿Qué derechos no son respetados por las grandes empresas?”, la encuesta arroja que “entre las personas que creen que las grandes empresas no respetan los DDHH, el derecho que se perciben [sic] más vulnerado es el de trabajo digno” con un porcentaje del 62% (MINJUS, 2020, p. 100).

De esta manera, teniendo en cuenta la percepción ciudadana al 2013 señalada en la ilustración N° 8 y los nuevos datos brindados en la II Encuesta Nacional de Derechos Humanos en torno a la forma cómo debería relacionarse el Estado peruano, en su rol de garante de la efectividad de los derechos humanos –y por ende, de los derechos sociolaborales–, con los distintos actores sociales es relevante identificar la trascendencia que tienen las distintas medidas estatales encaminadas a permitir la consolidación de una “cultura de cumplimiento normativo”, medidas entre las cuales resaltan aquellas relacionadas a la adecuada formación, acceso a la información y conocimiento sobre aspectos relacionados a la temática del cumplimiento normativo y la efectiva vigencia de los derechos sociolaborales.

Ahora bien, habiendo presentado el análisis del panorama general del cumplimiento de las regulaciones en el Perú a través de índices e indicadores que desarrollan y pueden dar cuenta, a nuestra consideración, de la eficacia de la normatividad como cumplimiento (siguiendo a Hierro), podemos pasar a presentar algunos estudios especializados en materia de regulaciones sociolaborales y la medición de su efectividad.

Nuestro propósito a continuación, es poder exhibir un diagnóstico integrado y más preciso sobre la problemática de la eficacia de la regulación sociolaboral en el Perú sobre la base de los hallazgos en torno a su medición presentados en un conjunto de estudios especializados y relativamente actuales. Algunos de estos, parten de una visión comparativa a nivel de la región sudamericana, y otros, por su parte, plantean un análisis desde un punto de vista socio-jurídico. Sin perjuicio de ello; y, de igual forma a como lo hicimos previamente con los índices e indicadores que dan cuenta del desenvolvimiento del Estado en un contexto general, consideramos pertinente, de forma complementaria al análisis de los referidos estudios, advertir algunas apreciaciones en torno al sentido de eficacia que –a nuestro entender– estaría implícito en los hallazgos y mediciones de estos. Ello reviste importancia en tanto que, partiendo de las distinciones conceptuales de Liborio Hierro, estimamos que se puede entender la medición de la eficacia de las normas en la amplitud de sentidos que el término “*eficacia*” implica; así pues, si la eficacia como cumplimiento tiene, como vimos previamente, su centro de gravedad en las posibilidades que tiene la norma para afectar o motivar la conducta de cumplimiento; en la eficacia como aplicación, lo central estará en la intervención de los mecanismos institucionalizados de coerción –recordemos, como ya señalamos en el capítulo I, que para Schauer la coerción es uno de los elementos esenciales del derecho que explica su existencia y

función– u “órganos de adjudicación”²² como los llama Hierro (entre los que se encontrarían, evidentemente, los órganos del Sistema de Inspección del Trabajo).

Dicho lo anterior, tenemos, en primer lugar, un estudio sobre el incumplimiento goce del derecho al salario mínimo en Perú, Costa Rica, Uruguay y Chile en relación a 15 países de América Latina realizado por Marinakis, el cual, parte de demostrar la correlación determinante que hay del mayor o menor grado de cumplimiento del salario mínimo con relación a la “calidad del marco institucional vigente y, más concretamente, por el desempeño de los sistemas de inspección del trabajo” (Marinakis, 2016, pp. 163–164); ello, en base al análisis a profundidad del cumplimiento del salario mínimo en los cuatro países señalados. En dicho marco, con relación al nivel de cumplimiento del salario mínimo en Perú señala:

(...) el Perú presenta un nivel de salario mínimo algo más bajo que el de Costa Rica y, sin embargo, un grado de incumplimiento superior, aunque en los dos casos es alto. En el caso de Costa Rica, la Campaña Nacional del Salario Mínimo solo tuvo un impacto modesto, que podría explicarse por el hecho de que las sanciones por incumplimiento no son inmediatas, la cuantía de las multas, muy baja y los procesos judiciales muy prolongados. En el caso del Perú, las mejoras del cumplimiento no se registraron en relación con las fluctuaciones del nivel del salario mínimo, sino con un momento de expansión económica y del empleo y un aumento de las inspecciones laborales, con incremento de las resoluciones sancionadoras y de las multas impuestas. (Marinakis, 2016, pp. 163–164)

Por otro lado, ampliando los estudios referidos al cumplimiento del salario mínimo en el Perú y, a su vez, extendiendo el análisis a tres materias adicionales (inscripción en el régimen de pensiones, existencia de contrato de trabajo escrito y respeto del número máximo de horas de trabajo semanales) Viollaz presenta dos estudios complementarios entre sí. En el primero de ellos, estudia el impacto de la IT en grado de cumplimiento de las materias señaladas en el periodo 2008-2013; concluyéndose en que uno de los aspectos fundamentales del estudio refiere al hallazgo de la poca determinación que tiene la actuación de la IT en relación con una posible decisión del empleador de reducir su plantilla a fin acceder al régimen sancionador más benevolente de la MYPE del referido período. (Viollaz, 2018, p. 261). Así pues, con ello, el empleador se hubiera evitado la aplicación de los regímenes sancionadores más gravosos establecidos en el período de vigencia correspondiente al 2008-2013 del RLGIT (norma que establecía el monto de las multas en función al tamaño de la empresa y que, a su vez, implicaba respetar el requisito de número de trabajadores establecido en aquel entonces por norma legal especial que regulaba el régimen laboral especial de la MYPE). En dicho contexto, podríamos presumir, por ejemplo, que la poca influencia de la IT sobre el criterio del empleador de atenerse –y con ello, beneficiarse– a un régimen sancionador menos gravoso a través de la reducción de su plantilla obedecería al desconocimiento de las reglas del régimen sancionador del RLGIT por parte de los empleadores; sin embargo; y, como señala la propia autora, dicha situación estaría

²² Respecto a la categoría “órgano de adjudicación”, Hierro aclara que “[l]os órganos de adjudicación de las normas jurídicas (en adelante, por simplicidad, hablaré de «los jueces» entendiéndolos incluidos los juzgados y tribunales judiciales y cualquier otra autoridad con funciones de adjudicación, tales como órganos administrativos sancionadores, tribunales administrativos, etc.) **son, por definición, órganos encargados de aplicar las normas jurídicas, bien 1) resolviendo conflictos intersubjetivos mediante la aplicación de las normas del sistema jurídico bien 2) decidiendo la imposición de las medidas ejecutivas y/o las sanciones previstas para el caso de incumplimiento**” (2003, p. 140)(Resaltado nuestro).

relacionada a la poca efectividad que tuvo la IT en período referido. De esto, se tiene que, otro de los aspectos importantes a los que arriba el referido estudio, señala:

[e]n conjunto, el control del cumplimiento de la normativa laboral parece haber tenido poca influencia en el nivel de conformidad con la misma en el Perú entre 2008 y 2013. En los pocos casos en los que se obtuvieron resultados significativos en las estimaciones, el efecto directo de la inspección del trabajo parece ser suficientemente fuerte como para generar el aumento observado del cumplimiento de la legislación laboral (en materia de salario mínimo en las pequeñas y grandes empresas), pero en otros casos dicho efecto podría haber sido contrarrestado por el desplazamiento de trabajadores al sector informal (inscripción en el régimen de pensiones en las pequeñas empresas de las zonas urbanas).

La ausencia de evidencia sólida de que el grado de control tenga un efecto en el cumplimiento de las normas laborales induce a pensar que el sistema peruano de inspección del trabajo no fue eficaz durante el periodo analizado, ya sea porque no pudo generar incentivos suficientes (por ejemplo, debido a la falta de recursos, a la escasa cuantía de las sanciones o a la indiferencia de los inspectores ante las infracciones), o porque no consiguió atajar las consecuencias de los ajustes asociados con el aumento del control (por ejemplo, el desplazamiento de los trabajadores hacia la economía informal). (Viollaz, 2018, p. 261)

Cabe acotar que, en este primer estudio, Viollaz da cuenta del efecto que puede tener la IT con relación al grado de cumplimiento independiente de las 4 normativas laborales señaladas. En un estudio posterior del 2019, ahondando en su investigación previa, Viollaz analiza la efectividad de la IT ya no en función al nivel de cumplimiento independiente sino al nivel de incumplimiento múltiple de las 4 materias previamente señaladas; así, de acuerdo al estudio del denominado “incumplimiento múltiple” (de acuerdo a la autora, supuestos en los que un trabajador está privado de más de un derecho laboral al mismo tiempo) de 4 regulaciones laborales en el Perú en el período 2004-2013, se tiene el siguiente hallazgo:

(...) se llevó a cabo un análisis descriptivo que indicó que a lo largo del periodo 2004-2013, cerca del 80% de los trabajadores asalariados sufrió el incumplimiento de al menos una regulación laboral entre las cuatro consideradas (salario mínimo, contrato laboral, máximo de horas semanales de trabajo e inscripción en el sistema de pensiones). El porcentaje de trabajadores que se encuentra privado de los cuatro beneficios laborales analizados es bajo, pero el porcentaje que recibe los cuatro también lo es, **indicando que lo más frecuente son situaciones de incumplimiento parcial.** (...) Estos resultados proveen de evidencia valiosa para comprender los resultados que estudios previos encontraron sobre la efectividad del sistema de inspecciones peruano (Viollaz, 2018). Dicha evidencia había indicado la falta de efectividad del sistema para detectar situaciones de incumplimiento de diferentes regulaciones laborales consideradas de manera independiente. **Al considerar la posibilidad de incumplimientos múltiples, el presente estudio ha mostrado que el sistema de inspecciones es efectivo para descubrir situaciones extremas de incumplimiento, pero los incentivos del propio sistema llevan a que las empresas no se muevan a situación de cumplimiento total, si no que permanezcan incumpliendo alguna de las normas. Se puede decir que en el resultado final existe una posible mejora en el bienestar de los trabajadores –la probabilidad de que un trabajador enfrente el incumplimiento de cuatro regulaciones laborales es menor como resultado de las inspecciones, pero aún resta camino por**

recorrer si se quiere lograr una situación de cumplimiento total.
(Viollaz, 2019, pp. 38–39) (Resaltado nuestro)

Comparativamente, ambos estudios inciden en la relativa poca efectividad de la IT para con el logro del cumplimiento normativo, pese a que el estudio del 2019 remarca como valor positivo la influencia de las actuaciones de inspección en lo que denomina “situaciones extremas de incumplimiento” (incumplimiento múltiple de las 4 materias referidas). Así, ahondando en este aspecto, Viollaz incide en un aspecto esencial de cara al rol que debe cumplir la IT y que refiere a la modificación de conductas y mantenimiento de las mismas por parte de los administrados incumplidores. En consonancia con ello, en el ámbito de la dogmática laboral, este es un aspecto a resaltar por Mórtoła y Legoas quienes, analizando un período más actual (2014-2017) y partiendo de data elaborada en el 2018 por la Dirección de Supervisión y Evaluación del MTPE, dan cuenta de la incapacidad de la IT para lograr el mantenimiento de la conducta de cumplimiento por parte de los empleadores intervenidos por la fiscalización. Así pues, dicho estudio señala que:

(...) según una investigación del Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo, entre los años 2014 y 2017 se observó una tendencia desfavorable en la evolución del empleo de las empresas inspeccionadas tras la fiscalización. Ello en contraste con otras empresas del sector, que en el mismo periodo [no] fueron visitadas por inspectores de trabajo. Cierto es que esta sola información no puede permitir concluir que, de cara a la eficacia de los derechos laborales, la situación de las empresas con mayor número de empleados sea necesariamente mejor (...). Por ello, más allá que el comparativo respecto del crecimiento del empleo formal en empresas fiscalizadas y empresas que no lo fueron, es preciso prestar atención a otros indicadores que permitan tener un panorama más completo de las consecuencias de la intervención de la inspección del trabajo. En esa línea, analizando estadística de la Autoridad de Trabajo (fundamentalmente: el Sistema Informático de Inspecciones del Trabajo), puede decirse que, en general, las empresas que fueron alcanzadas por la fiscalización laboral entre los años 2013 y 2017, tuvieron un incremento en el número de prestadores de servicios contratados bajo modalidades civiles. La suspicacia que este dato genera es alimentada por el hecho de que, desde antiguo, la locación de servicios ha sido un contrato bastante utilizado por empleadores que tienen afán de ocultar vínculos de trabajo asalariado en una categoría contractual distinta, exenta de los costes que la legislación laboral impone. (Mórtoła & Mendoza, 2019, 331-332)

Llegados a este punto, y tomando en cuenta los últimos estudios sobre la eficacia como aplicación respecto de algunas materias de la normativa sociolaboral, podemos afirmar, en principio, que hay cierta evidencia que da cuenta de la relevancia determinante de la IT en el cumplimiento de la regulación laboral. Si bien la bibliografía es específica al respecto –Marinakís arriba a esta premisa para el nivel de cumplimiento del salario mínimo–, nos da una idea del papel central que puede tener la efectividad de la IT de cara a los niveles de cumplimiento de otras regulaciones laborales en sus contextos específicos (está aún por verse hasta qué punto y por encima de otros factores la IT sea el elemento fundamental –y no solamente uno más que concurre– determinante del cumplimiento de la regulación laboral en términos generales –o también de manera independiente respecto de una materia específica). Más aún, en este último aspecto, hay evidencia –según Viollaz– de déficits en la efectividad de la IT en el período previo a la creación de la SUNAFIL; y, si bien, desde un análisis de “incumplimientos múltiples” respecto de 4 regulaciones sustantivas se está ante un panorama menos adverso de cara a la efectividad de la inspección, en términos generales se habla de la persistencia de “situaciones de incumplimiento parcial” que en términos prácticos implican la imposibilidad de la IT de corregir las conductas infractoras de empleadores renuentes al cumplimiento, inclusive, post intervención de la fiscalización. Cabe resaltar que esta característica de falta de capacidad de la IT en su rol

corrector para el “cambio de conducta real” de los empleadores es corroborada también en un período posterior a la creación de SUNAFIL –en el período 2014-2017– de acuerdo al estudio de Mórtola y Legoas.

Finalmente, en el campo de los estudios de la eficacia en el sentido de “aplicación”, no podía faltar la evidencia producida por la propia Administración del Trabajo en relación, como ya señalamos anteriormente, a los avances que se han venido gestando en lo que refiere a medición –e indicadores– sobre cumplimiento normativo. En este caso, nos referimos a un informe técnico producido por la Dirección de Supervisión y Evaluación (en adelante, DSE), unidad orgánica de la Dirección General de Políticas de Inspección del Trabajo (DGPIT)²³ del MTPE que, a su vez, es el órgano técnico en el MTPE encargado de proponer, supervisar, coordinar y evaluar las políticas públicas en materia de inspección del trabajo, entre otras. Así, en relación a la capacidad de la IT para –como diría Hierro– “forzar el cumplimiento de la norma por su destinatario y, si ello no es posible, [imponer] la sanción prevista para el caso de incumplimiento” se tiene el informe N° 54-2019-MTPE/2/16.5 el cual da cuenta de la evaluación de la eficacia de la tabla de sanciones del RLGIT con respecto a la modificación introducida con la dación del D.S 015-2017-TR. Todo ello, a partir de la data arrojada por el Sistema Informático de Inspección del Trabajo (SIIT).

Del referido informe, primero debemos resaltar que se realiza una evaluación integrada respecto del análisis del indicador propuesto en la exposición de motivos del Decreto Supremo N° 015-2017-TR (norma que modificó la tabla de sanciones del RGLIT en el 2017) denominado “Índice de persistencia de incumplimiento de la normativa laboral”, el cual, se basa en información estadística recogida en el SIIT y que, señala la exposición de motivos, “permite analizar la tendencia en la conducta de cumplimiento o no de las normas laborales en el grupo de empresas fiscalizadas”. Su fórmula es la siguiente:

$$IPINL_t = \frac{A_t}{T_t}$$

Donde:

- $IPINL_t$: Índice de persistencia de incumplimiento de la normativa laboral en el periodo “t” en que se ha generado la orden de inspección.
- A_t : Número de órdenes de fiscalización generadas en el periodo “t” y que culminaron en Acta de infracción debido a la no subsanación de incumplimientos durante el Procedimiento Inspectivo.
- T_t : Número total de órdenes de fiscalización generadas en el periodo “t”.

Elaboración: MTPE – Dirección General de Políticas de Inspección del Trabajo, 2017

Al respecto, la exposición de motivos del Decreto Supremo N° 015-2017-TR especifica que el índice “(...) mide la relación entre el número de órdenes de inspección que han culminado en actas de infracción respecto del total de órdenes de inspección generadas, lo que reflejará el porcentaje de incumplimiento laboral de las empresas luego de ser inspeccionadas por el Sistema de Inspección del Trabajo”; y, asimismo, precisa que “en ese conjunto de órdenes de inspección generadas no se ha incluido las denominadas “órdenes por verificación de hechos”, debido a que las mismas tienen una finalidad distinta a la de verificación de incumplimientos de las normas”.

Con relación a ello, debemos resaltar que la elaboración y propuesta del IPINL es el primer antecedente que hemos podido registrar en esta investigación que tiene vocación de plantear un parámetro objetivo respecto a los niveles de cumplimiento de la normativa sociolaboral; ello, sin embargo, no obsta que dicho índice pueda asumir algunos aspectos que desdibujen su

²³ Actualmente, producto de la modificatoria del ROF del MTPE del 2019, se aprobó con Resolución Ministerial N° 308-2019-TR el “Texto Integrado del Reglamento de Organización y Funciones del Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo” por el cual la DGPIT pasa a denominarse “Dirección General de Políticas para la Promoción de la Formalización Laboral e Inspección del Trabajo”.

finalidad. Previamente a señalar estas digresiones y observaciones, es pertinente dar cuenta de los hallazgos sobre cumplimiento normativo presentados en la Exposición de Motivos del D.S 015-2017-TR al año 2017, los cuales, han sido integrados al análisis global al año 2019 en el informe N° 54-2019-MTPE/2/16.5 de la siguiente manera:

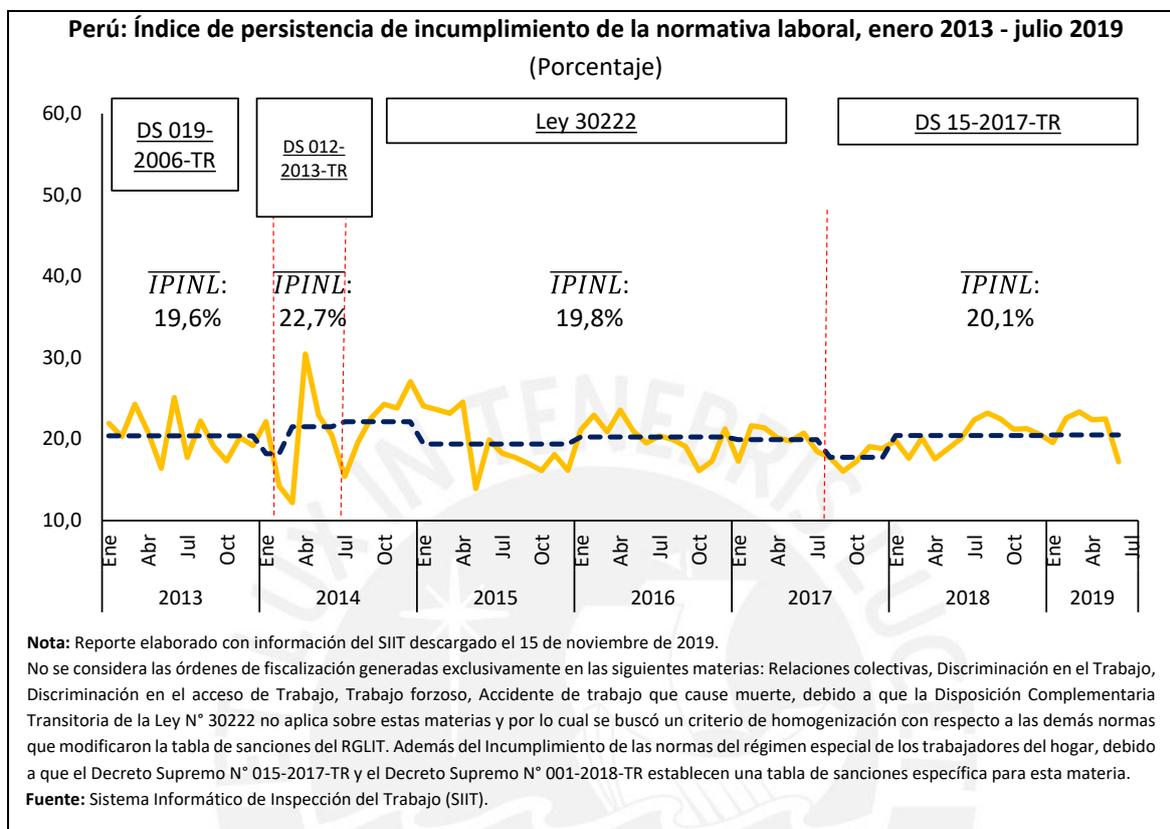


Ilustración N° 10: Índice de persistencia de incumplimiento de la normativa laboral, enero 2013 - julio 2019

Elaboración: MTPE - DGPIT - Dirección de Supervisión y Evaluación (DSE), 2019

Respecto a estos hallazgos, la DSE del MTPE señala en el fundamento 2.8 del análisis del referido informe técnico que el IPINL “se ha mantenido relativamente constante con la implementación de la Ley N° 30222 desde el año 2014, el cual paso de 19,6% en el año 2013 a un valor promedio de 19,8% registrado durante todo el periodo que estuvo vigente esta ley. Luego, dicho indicador no ha variado significativamente a partir de la entrada en vigencia el Decreto Supremo N° 015-2017-TR al aumentar ligeramente a un valor promedio de 20,1%”. Caben formularse dos preguntas –a modo de observaciones– al respecto:

i) ¿Qué se estaría midiendo exactamente con el IPINL?:

La exposición de motivos del D.S 015-2017-TR señala respecto del IPINL que “[e]ste indicador es una proporción respecto al total de fiscalizaciones, el cual nos permite evidenciar la presencia y dimensión del incumplimiento a la normativa laboral, generada por la adopción de una postura persistente por parte del empleador en no subsanar la infracción detectada por el inspector durante las actuaciones de fiscalización laboral”, y, a su vez, el numerador de la fórmula “At” señala que este mide el “número de órdenes de fiscalización generadas en el periodo “t” y que culminaron en Acta de infracción debido a la no subsanación de incumplimientos durante el Procedimiento Inspectivo”. Sin embargo, la referida resistencia al cumplimiento por la “no subsanación de incumplimientos” en la fiscalización no parece basarse en data tomada directamente del SIIT que refiera al registro de medidas de requerimiento de los inspectores que no fueron obedecidas, sino que parece asumirse que: a) la existencia de actas de infracción

(sobre el total de órdenes) per se denota la “no subsanación”, sin tomar en cuenta que en el período previo a la dación de la ley 30222 –la cual introduce la regla de exoneración de responsabilidad por subsanación que luego será instaurada como eximente de responsabilidad por el Decreto Legislativo N° 1272, Decreto Legislativo que modifica la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General y deroga la Ley N° 29060, Ley del Silencio Administrativo (en adelante, D.L 1272)– podían haber actas de infracción cuyos incumplimientos hayan sido subsanados pero que en aplicación del artículo 14 de LGIT el inspector consideraba como infracciones solamente liberando al sujeto inspeccionado de la infracción a la labor inspectiva producto del incumplimiento del requerimiento; y b) que, en relación al período instaurado por la ley 30222, algunas de las actas de infracción podían darse solo en base a infracciones a la labor inspectiva; ello, por haberse cumplido el requerimiento por parte del sujeto inspeccionado de forma posterior al plazo del mismo y hasta antes del plazo de emisión del acta (El numeral 3.2 del art. 3 del D.S 010-2014-TR daba dicha posibilidad); o, en relación al período instaurado por el D.L 1272, que simplemente se contabilicen actas de infracción en las cuales ya se hayan subsanado los requerimientos del inspector ya que con la modificación producto del D.S 007-2017-TR se incorpora al RLGIT la subsanación de las conductas infractoras como eximente de responsabilidad las cuales son examinadas por la autoridad instructora cuando se san posterior al vencimiento del plazo de la medida de requerimiento (17.3 del art. 17 del RLGIT).

Todos estos aspectos se superan cuando hay un registro certero respecto de los sujetos inspeccionados que subsanaron sus conductas infractoras producto del cumplimiento de la orden de requerimiento²⁴. Este dato es una medición concreta respecto de la incidencia que tiene la IT respecto de la modificación de conductas en contextos de posibles incumplimientos. Cabe acotar que actualmente con la aprobación de la Directiva N° 001-2020-SUNAFIL/INI, denominada "Directiva sobre el ejercicio de la función inspectiva" (en adelante, Directiva sobre función inspectiva) hay certeza de la inclusión del registro de las actuaciones relacionadas con la medida de requerimiento en tanto que el numeral 7.9 de la directiva dispone el personal inspectivo “registra en el SIIT las actuaciones inspectivas a más tardar dentro del día hábil siguiente de realizadas”.

- ii) Sin perjuicio de las posibles atingencias sobre su construcción; y, más allá de dar cuenta descriptivamente la variación de los porcentajes del IPINL, ¿Qué representan exactamente los porcentajes de la ilustración N° 10?:

Para analizar este aspecto debemos recurrir a preguntarnos ¿que significaría que la proporción del índice sea igual a uno (o al 100%)?: dicha proporción implicaría que la emisión de todas las órdenes de inspección acaba en actas de infracción, lo cual podría denotar el máximo nivel de “persistencia de incumplimiento” –en términos de la exposición de motivos– o, en el supuesto contrario, cuando la proporción es cero que no existan actas dado que no se registraron incumplimientos; en este sentido, los porcentajes señalados en la ilustración N° 10 que van en promedio del 19 al 20% implicarían que en el Perú del año 2013 al 2019 hay un bajo porcentaje de persistencia de incumplimiento luego de las intervenciones de la IT. Dicha afirmación, en

²⁴ A su vez, ello se corrobora dado que, a julio del año 2017, con la dación del D.S N° 016-2017-TR que modifica la RLGIT, si introduce con la primera disposición complementara final de esta norma de que el SIIT incluya el “registro de los sujetos infractores beneficiados con la reducción de la sanción prevista en el artículo 40 de la Ley General de Inspección del Trabajo y en los artículos 49 y 53 del Reglamento de la Ley General de Inspección del Trabajo. Asimismo, en dicho sistema se incluirá el registro de medidas de advertencia o recomendación emitidas por el inspector del trabajo”. Por otro lado, a nivel de instrumentos de actuación de SUNAFIL, es con el Plan Anual de Inspección del Trabajo (PAIT) del 2018 –aprobado el 8 de marzo de 2018– en el que por primera vez se elabora y toma en cuenta como indicador de resultados de dicho plan al “porcentaje de trabajadores con derechos laborales restituidos”, el cual, especifica –en la ficha técnica correspondiente– como limitación de este indicador que “se encuentra pendiente el perfeccionamiento de captación y registro a detalle de la información del SIIT.

principio, resulta dudosa teniendo en cuenta los problemas de diseño del indicador y los estudios empíricos previamente señalados.

Por su parte, la DSE también da cuenta de otra limitación del IPINL y la expresa de la siguiente manera en el fundamento 2.9 del informe N° 54-2019-MTPE/2/16.5: “[u]na de las limitaciones de IPINL es que sobreestima (sesgo hacia arriba) el nivel incumplimiento de la normativa laboral, pues solo analiza la situación de la orden de infracción hasta el Proceso Inspectivo, y no logra analizar la situación final de la orden de fiscalización hasta la etapa del Procedimiento Administrativo Sancionador, donde en esta última etapa se resuelve si efectivamente el empleador incumplió o no la normativa laboral. En vista de esta limitación, es necesario contar con un indicador que mida con mayor precisión la decisión de infringir o no la normativa laboral”. Al respecto, no nos queda claro por qué habría un “sesgo hacia arriba o sobreestimación” del nivel de incumplimiento de la normativa, cuando el sesgo pareciera que se da de forma contraria; sin embargo, nos parece importante la atingencia que se señala ya que dará lugar a la creación de indicadores más completos en lo que refiere a la IT y su influencia en la eficacia como aplicación.

Así pues, la DSE señala que, en consideración al “[p]rocedimiento de Fiscalización Laboral y a la información estadística disponible, se ha identificado dos momentos en que la tabla de sanciones puede disuadir el comportamiento infractor del empleador, el cual permitirá definir dos (02) indicadores para evaluar la eficacia de la tabla de sanciones”; los cuales son: la Tasa de subsanación de la normativa laboral (TSNL) y la Tasa de incumplimiento de la normativa laboral (TINL) que se definen de la siguiente manera (fundamento 2.4 del informe N° 54-2019-MTPE/2/16.5):

Tasa de subsanación de la normativa laboral (TSNL): La tabla de sanciones puede corregir el comportamiento infractor del empleador en la etapa del Procedimiento Inspectivo, a través de la comparecencia o la medida de requerimiento, producto de ello la orden de fiscalización culminaría en Informe de actuación inspectivo. Así, el primer indicador representará el porcentaje de órdenes de fiscalización cerradas en la fase inspectiva que fueron subsanadas.

Tasa de incumplimiento de la normativa laboral (TINL): La tabla de sanciones también puede corregir el comportamiento infractor del empleador en la etapa del Procedimiento Administrativo Sancionador, por el cual la orden de fiscalización culminaría en Archivo si se trata de la Evaluación de Primera Instancia o en Revocado si se trata de la Evaluación de Segunda Instancia. En caso contrario, el empleador no corrija el hecho infractor, la orden de fiscalización culminará en multa. Así, el segundo indicador representará el porcentaje de órdenes de fiscalización que culminaron hasta la fase sancionadora con multa.

Partiendo siempre de la información brindada por el informe N° 54-2019-MTPE/2/16.5, comencemos nuestro análisis con la TSNL que es el indicador que mide aspectos relacionados a la etapa de la actividad de fiscalización de la IT y que, por lo visto, es una especie de IPINL mejorado. Así, la TSNL tiene la siguiente fórmula²⁵:

²⁵ Respecto a este indicador, el fundamento 2.15 del informe N° 54-2019-MTPE/2/16.5 señala lo siguiente: “Cabe precisar que, en el conjunto de órdenes de fiscalización generadas no se ha incluido las denominadas “órdenes solo por verificación de hechos” o “constancia de cese”, debido a que las mismas tienen la finalidad distinta a la verificación de incumplimientos de normas. Además, no se ha considerado las órdenes de fiscalización generadas exclusivamente en las materias insubsanables estipuladas en el artículo 48.I-D del RGLIT”

$$TSNL_t = \left(\frac{\text{Órdenes subsanadas}}{\text{Total órdenes cerradas}} \right) \times 100\% = \left(\frac{MR_t + SMRC_t}{I_t + A_t} \right) \times 100\%$$

Donde:

- **TSNL_t**: Tasa de Subsanción de la Normativa Laboral en el periodo “t”.
- **MR_t**: Número de órdenes que cerraron el procedimiento inspectivo como informe debido a que se emitió una medida de requerimiento en el periodo “t”.
- **SMRC_t**: Número de órdenes que cerraron el procedimiento inspectivo como informe debido a que el empleador acudió a una comparecencia sin necesidad de emitir una medida de requerimiento en el periodo “t”.
- **I_t**: Número total de órdenes que cerraron el procedimiento inspectivo como informe en la etapa fiscalizadora en el periodo de análisis “t”.
- **A_t**: Número total de órdenes q que cerraron el procedimiento inspectivo como acta de infracción en el periodo de análisis “t”.

Elaboración: MTPE – Dirección General de Políticas de Inspección del Trabajo, 2019

Indicador: Tasa de Subsanción de la Normativa Laboral (TSNL)

A su vez, respecto a este indicador en el fundamento 2.14 del informe técnico se especifica que “[e]l valor de la Tasa de subsanción de la normativa laboral varía entre 0% y 100%, donde el valor de 0% significa que ninguna de las ordenes de fiscalización generadas llegaron subsanarse en el proceso inspectivo; es decir, el empleador no se subsanó un acto de infracción, mientras que, si toma el valor de 100% significa que todas las ordenes fueron subsanadas y cerraron el proceso inspectivo como informe; es decir, si se llega a corroborar un acto de infracción por parte del empleador pero es corregido por él mismo”. En tal sentido, la DSE realiza, en primer lugar, un análisis descriptivo, mostrando la evolución de la TSNL entre el 2013 y 2019 a nivel nacional (hace lo propio por cada tamaño de empresa), notando que “(...) para el total de empresas infractoras mostró una tendencia decreciente en los últimos años”; así, se tiene:

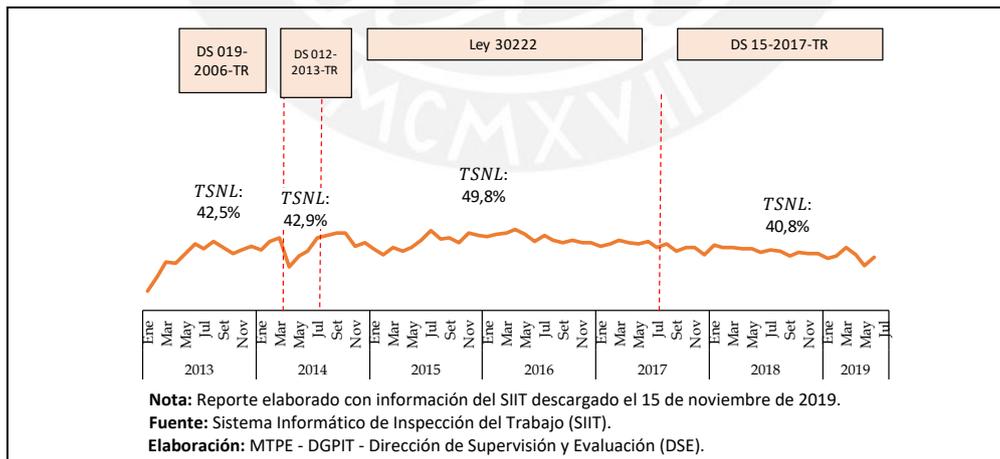


Ilustración N° 11: Tasa de Subsanción de la Normativa Laboral, Perú, enero 2013 - julio 2019 (Porcentaje)

Elaboración: MTPE - DGPIT - Dirección de Supervisión y Evaluación (DSE), 2019

Respecto a esta data, el informe técnico aclara que “desde la entrada en vigencia del Decreto Supremo N° 015-2017-TR, en promedio, el 40,8% de las órdenes de fiscalización fueron subsanadas, ya sea mediante medida de requerimiento o comparecencia, y cerraron el proceso de [sic] inspectivo como informe; es decir, se [sic] el empleador subsanó el hecho infractor”.

Teniendo en cuenta ello, y, posterior a un análisis econométrico sobre los aspectos de “causalidad” del impacto de la modificación de la tabla de sanciones con el D.S N° 015.2017-TR en relación a la descripción del indicador de subsanación, el informe N° 54-2019-MTPE/2/16.5 señala en el punto 3.2 de sus conclusiones que: **“(…) al pasar de la implementación de la Ley N° 30222 (2015) al Decreto Supremo N° 015-2017-TR, la nueva tabla de sanciones ha reducido en promedio la probabilidad de que la empresa subsane una infracción a la normativa laboral en un[sic] 0,12 puntos porcentuales. Es decir, se encuentra evidencia empírica a favor de la hipótesis de que la implementación de la última tabla de sanciones ha tenido un impacto ineficaz sobre el nivel de subsanación de la normativa laboral. Este impacto es homogéneo por cada tamaño [de empresa] analizado de manera individual”** (resaltado nuestro).

En segunda instancia, consideremos ahora la evidencia encontrada con la aplicación de la TINL que es el indicador que mide aspectos relacionados a la etapa del procedimiento sancionador de la IT, el cual, complementaría lo descubierto con la TSNL. Así, la TINL tiene la siguiente fórmula:

$$TINL_t = \left(\frac{\text{Órdenes multadas}}{\text{Total órdenes culminadas}} \right) \times 100\% = \left(\frac{M1_t + M2_t}{I_t + NM1_t + NM2_t + M1_t + M2_t} \right) \times 100\%$$

Donde:

-**TINL_t**: Tasa de Incumplimiento de la Normativa Laboral en el periodo “t” que ha sido declarado sancionado al término del proceso de fiscalización laboral; que para efectos del presente análisis resulta lo mismo ser declarado multado.

-**M1_t**: Número de órdenes que han culminado el proceso de fiscalización laboral en la etapa resolutive de primera instancia siendo declarado multado y a su vez fue consentida por parte del empleador en el periodo “t”.

-**M2_t**: Número de órdenes que han culminado el proceso de fiscalización laboral en la etapa resolutive de segunda instancia siendo declarado multado en el periodo “t”.

-**NM1_t**: Número de órdenes de que han culminado el proceso de fiscalización laboral sin haber sido declarado multado en la etapa resolutive de primera instancia, debido a que fueron declarados en archivamiento en el periodo “t”.

-**NM2_t**: Número de órdenes que no han culminado el proceso de fiscalización laboral sin haber sido declarado multado en la etapa resolutive de segunda instancia, debido a que fueron declarados revocados en el periodo “t”.

-**I_t**: Número total de órdenes que han culminado el proceso de fiscalización laboral como informe en la etapa fiscalizadora en el periodo de análisis “t”.

Elaboración: MTPE – Dirección General de Políticas de Inspección del Trabajo, 2019

Indicador: Tasa de incumplimiento de la normativa laboral (TINL)

Respecto a este indicador se tiene que en el fundamento 2.11 del informe N° 54-2019-MTPE/2/16.5 se especifica que “[e]l valor de la Tasa de incumplimiento de la normativa laboral varía entre 0% y 100%, donde el valor de 0% significa que ninguna de las ordenes de fiscalización generadas llegaron a culminar el proceso de fiscalización laboral sin alguna sanción (no multa); es decir, no se corroboró un acto de infracción por parte del empleador, mientras que, si toma el valor de 100% significa que todas las ordenes culminaron el proceso de fiscalización laboral como sanción (multa); es decir, si se llega a corroborar un acto de infracción por parte del empleador”. En tal sentido, de manera similar al análisis de la TSNL, la DSE realiza un examen descriptivo, mostrando la evolución de la TINL entre el 2013 y 2019 a nivel nacional (haciendo lo propio por cada tamaño de empresa), notando que la “(…) TINL para el total de las empresas infractoras mostró una tendencia creciente”; así, se tiene:

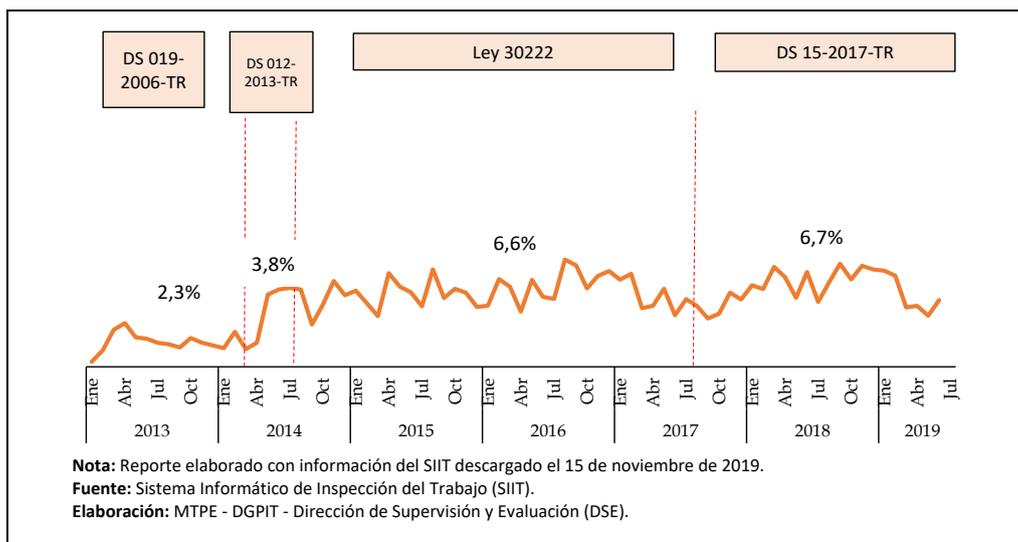


Ilustración N° 12: Tasa de Incumplimiento de la Normativa Laboral, Perú, enero 2013 - julio 2019 (Porcentaje)
 Elaboración: MTPE - DGPIT - Dirección de Supervisión y Evaluación (DSE), 2019

Respecto a esta data, el informe técnico aclara que “[d]esde la entrada en vigencia del Decreto Supremo N° 015-2017-TR, en promedio, el 6,7% de las órdenes de fiscalización que culminaron el proceso [sic]de inspectivo y sancionador, fueron declaradas multadas; es decir, se llegó a corroborar un acto de infracción (en primera y/o segunda instancia) por parte del empleador”. Luego, de igual forma que con la TSNL, se realiza un análisis econométrico sobre los aspectos de “causalidad” del impacto de la modificación de la tabla de sanciones con el D.S N° 015.2017-TR en relación a la descripción del indicador de incumplimiento; producto de lo cual, el punto 3.3 de las conclusiones del informe N° 54-2019-MTPE/2/16.5 señala que: “(...) **al pasar de la implementación de la Ley N° 30222 (2015) al Decreto Supremo N° 015-2017-TR, la nueva tabla de sanciones ha reducido en promedio la probabilidad de que la empresa incumpla la normativa laboral en un 0,003 punto porcentual. Es decir, en términos generales, se encuentra evidencia empírica a favor de la hipótesis de que la implementación de la última tabla de sanciones ha sido eficaz al reducir del nivel de incumplimiento de la normativa laboral**” (resaltado nuestro).

Finalmente, el informe técnico da cuenta de resultados heterogéneos —en función al “tamaño de empresa”— con relación al impacto del cambio en la graduación de la tabla de multas introducido con la dación del D.S 015-2017-TR. Así el punto 3.4 de las conclusiones del informe señala:

Al evaluar el impacto de la implementación de la última tabla de sanciones diferenciado por cada tamaño de empresa, se encuentra evidencia empírica a favor de las siguientes hipótesis:

- Ha sido eficaz solo en el caso de la micro y pequeña empresa al reducir significativamente la ocurrencia de la infracción laboral en 0,006 y 0,017 puntos porcentuales, respectivamente. Esto significa que la tabla de sanciones ha tenido un impacto eficaz en la micro y pequeña [sic] empresas al reducir el nivel de incumplimiento de la normativa laboral.
- Y para el caso de las empresas No MYPE, se observa que la última tabla de sanciones no ha impactado sobre la ocurrencia de la infracción laboral de los administrados, lo cual significa que en las empresas No MYPE la tabla de sanciones ha tenido un impacto ineficaz al no reducir el nivel de incumplimiento de la normativa laboral.

En definitiva, debemos resaltar que lo expuesto por el informe N° 54-2019-MTPE/2/16.5 resulta un primer paso importante de cara a la medición de la eficacia de la normativa laboral como aplicación. Más aún, es notorio el avance en lo que refiere a las propuestas de motivación de las decisiones públicas en base a indicadores e instrumentos científicos; ello, ante todo, si comparamos la explicación realizada en la exposición de motivos del D.S 015-2017-TR al modificar la tabla de multas del RLGIT²⁶ estableciendo una graduación de la multa con un sustento parcial ya que no se llega a explicar en base a que consideraciones se determina que el valor porcentual de la tabla de multas se da al 45% del parámetro original establecido con la Ley 29981, Ley de creación de SUNAFIL. Así, el informe N° 54-2019-MTPE/2/16.5 da cuenta de forma más completa cual ha sido el impacto de dicha modificación de manera diferenciada en función al “tamaño de empresa” (en los términos del RLGIT) y, con ello, cumple con el mandato de la Disposición Complementaria Final Única del Decreto Supremo N° 015-2017-TR que estipula que el Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo (MTPE) revisa la tabla de sanciones con una periodicidad de dos (2) años. En ese sentido, el referido informe ha sido el insumo de referencia para la exposición de motivos de la última modificación diferenciada de los porcentajes de la tabla de multas introducida en la RLGIT mediante el Decreto Supremo N° 008-2020-TR.

Sin perjuicio de lo anterior, debemos notar también que hay observaciones en torno a la construcción de los referidos indicadores. De manera sintética, podemos señalar con relación a la TSNL que se reiteran las observaciones realizadas previamente al IPINL en lo que refiere a las digresiones o, eventuales complicaciones, que implican el tomar en cuenta el factor de las infracciones a la labor inspectiva, las cuales, podrían incidir o variar los elementos que se toman en cuenta en la TSNL (la construcción de este indicador no desarrolla o menciona algo al respecto). Por otro lado, más preocupante resulta la observación en torno a la data que puede estar tomando en cuenta la autoridad de trabajo al construir sus indicadores y realizar sus descripciones; ello, ya que, como se ha señalado, es recién con el Plan Anual de Inspección del Trabajo (PAIT) del 2018 –aprobado el 8 de marzo de 2018– que se tiene, como un primer antecedente, a la medición de la subsanación como indicador de resultados en un instrumento de política pública (indicador que se expresó como el “porcentaje de trabajadores con derechos laborales restituidos”). Más aún, la ficha técnica del referido indicador especifica que “se encuentra pendiente el perfeccionamiento de captación y registro a detalle de la información del SIIT”. En ese sentido, surgen dudas sobre que aspecto se estaría midiendo exactamente cuando se habla de subsanación; si, cuando menos, en el período previo al año 2018 no hay certeza de que el SIIT pueda brindar evidencia específica de la subsanación producto del hecho del cumplimiento o incumplimiento del mandato de requerimiento por parte de los sujetos inspeccionados.

Por otro lado, con relación a la TINL, el informe técnico señala que “[c]on este indicador se analizará la tendencia en la conducta de cumplimiento o no de la normativa laboral por parte de los empleadores fiscalizados”, y que también “permite evidenciar la presencia y dimensión del incumplimiento de la normativa laboral, generada por la adopción de una postura persistente por parte del empleador en no subsanar la infracción detectada por el inspector durante las actuaciones de fiscalización laboral”. De tal forma, que este sería el aspecto que parece darle complementariedad a la TINL con la TSNL. Esto, más aún, si tenemos en cuenta que el elemento “It” (número total de órdenes que han culminado el proceso de fiscalización laboral como informe en la etapa fiscalizadora en el periodo de análisis “t”) forma parte de la proporción en la fórmula de la TINL como parte del denominador “total de órdenes culminadas”. Lo cual llevaría a inferir que en dicho factor se estarían tomando en consideración tanto los informes producto de la subsanación del requerimiento como los informes que no hallaron

²⁶ En la que se pasa a “graduar” el parámetro del monto de las multas establecido con la Ley de creación de SUNAFIL, Ley 29981, de manera uniforme al 45% de dicho parámetro original. Recordemos que ya anteriormente en el año 2014 se aprobó otra “graduación flat” o uniforme con la publicación de la Ley 30222 que redujo el porcentaje de las multas de la tabla al 35% del parámetro original de la Ley 29981.

incumplimientos; es decir, lo que en la TSNL se le denomina “órdenes subsanadas” (lo cual no parece ser del todo coherente ya que en el caso de informes que no implican la emisión de una medida de requerimiento, en estricto, no se podría hablar en términos de “subsanación”).

Lo anterior, nos lleva a cuestionar la equiparación que la fórmula de la TINL –y algunos de sus elementos– plantea con respecto a lo que se considera incumplimiento como infracción e incumplimiento como no subsanación, ya que las definiciones de la TINL postulan las siguientes equiparaciones: “sancionado (multado) = se corrobora infracción = existencia de incumplimiento”; y, en el caso contrario, como “no sancionado (no multado) = no hay infracción = inexistencia de incumplimiento”. La observación aquí es de índole conceptual en tanto que la relación de equivalencia señalada tiene matices necesarios a aclarar. Así pues, y, con relación a los aspectos de medición del procedimiento administrativo sancionador (en adelante, PAS) señalados, no es posible predicar en todos los casos que la aplicación de una sanción implíquela persistencia o existencia de un incumplimiento. Ello, en tanto que en el desarrollo del PAS se pueden encontrar opciones de reducción de sanciones a cambio de subsanar las infracciones, lo cual, como es obvio no libera al administrado de responsabilidad administrativa, sino que le da la opción a obtener el beneficio de la reducción de la multa; con lo cual habría una sanción (aunque reducida) que implica la inexistencia de incumplimientos. Por su parte, no en todos los casos en los que no se sanciona al administrado equivale a la inexistencia de incumplimientos o infracciones; ello es así, por ejemplo, en los casos en que se exima de responsabilidad al administrado por darse algún supuesto eximente o por no haber culpabilidad, pero se mantenga la obligación de restablecer la legalidad por la adopción de una medida correctiva en el PAS, mandato que puede recaer como consecuencia de la configuración de una infracción o de un incumplimiento que no configura una infracción administrativa.

Finalmente, y a modo de observación general, queda pendiente en la estructuración tanto de la TSNL como de la TINL el que se haga la distinción de materias o, en específico, de normas sustantivas sobre las cuales recaen el desarrollo de los índices. Si bien hay un desarrollo general sobre la situación de incumplimiento en el Perú, sería muy útil tener data sobre los índices de cumplimiento por tipo de infracción o, al menos, por materias; ello coadyuvaría a determinar acciones de priorización en la planificación de las intervenciones de la IT.

Habiendo examinado la situación actual de la eficacia normativa en el Perú tanto el sentido de cumplimiento como en el de aplicación, resta un último punto a considerar en el presente apartado y que refiere a algunas consideraciones en torno al sentido de eficacia como éxito señalado líneas arriba. Al respecto, una vez más, nos remitimos a los postulados de Hierro, quien señala que “[e]s comúnmente admitido que hay otra dimensión u otro sentido de la eficacia de las normas jurídicas que consiste en que sirvan instrumentalmente para alcanzar el estado de cosas que el edictor de la norma se propone” (Hierro, 2003, p. 160); en ese sentido, la eficacia como éxito consistiría, básicamente, en que las normas logren cumplir con la finalidad u objetivo que estas se proponen; ello, si bien da cuenta un razonamiento relativamente evidente por la practicidad que alude la idea de “éxito”, no deja de ser un asunto complejo desde el punto de vista de su medición ya que, como bien apunta Hierro, si bien es posible medir el éxito de las normas, esto implicaría superar diversas dificultades como son: “seleccionar una descripción adecuada de los propósitos del legislador y reconstruir el estado de cosas previo a la edición de la norma y el alcanzado mediante el cumplimiento o la aplicación de la norma” (Hierro, 2003, p. 168).

Basados en este marco conceptual, desde nuestra perspectiva, consideramos que la introducción del análisis ex post de las regulaciones como parte del ciclo de gobernanza regulatoria se constituiría en el parámetro general a seguir en la medición de la eficacia de las regulaciones; y, siendo así, dicho método implica claramente un ejemplo de medición de la eficacia de las normas en el sentido de “eficacia como éxito”. Ello, es congruente con la concepción que asume la OCDE respecto de la eficacia de las regulaciones; ya que ha definido el término “eficacia” de la

siguiente manera en su documento “Glosario de los principales términos sobre evaluación y gestión basada en resultados”:

medida en que se lograron o se espera lograr los objetivos de la intervención para el desarrollo, tomando en cuenta su importancia relativa. (...) Se utiliza también como medida agregada o juicio sobre el mérito o el valor de una actividad, es decir, el grado al cual una intervención ha logrado, o se espera que logre, sus principales objetivos pertinentes de manera eficaz, en forma sostenible, y con un impacto institucional positivo en el desarrollo. (OECD, 2002, pp. 20–21)

Con relación a ello, hemos resaltado anteriormente que en el Perú no hay experiencias previas e institucionalizadas sobre el monitoreo y evaluación de las regulaciones a propósito de los efectos que estas buscan mantener en los periodos posteriores a su vigencia. Ello, debemos acotar, es corroborado por la OCDE al menos en las experiencias analizadas hasta el año 2019; así, desde un punto de vista comparativo a nivel regional y en base a los escenarios del 2015 y el 2019, se tiene:

Evaluación ex post y simplificación administrativa		
	Perú	ALC
Procesos de simplificación administrativa en los últimos cuatro años	Sí	Sí (7), No (0)
Revisiones ex post efectuadas que incluyan una valoración de si los objetivos de la regulación se han logrado	Leyes primarias	Sí (2), No (5)
	Regulaciones subordinadas	Sí (3), No (4)

Nota: Los datos sobre los países de América Latina (ALC) son de Brasil, Chile, Colombia, Costa Rica, Ecuador, México y Perú. Reflejan la situación al 31 de diciembre de 2015.

Fuente: Indicadores de Política y Gobernanza Regulatoria (iREG) para América Latina de 2016. Indicadores de Política y Gobernanza Regulatoria (iREG) de 2015. www.oecd.org/gov/regulatory-policy/indicators-regulatory-policy-and-governance.htm.

Ilustración 13: Evaluación Ex post en Perú Vs. países de américa latina al 2015 (Querbach & Arndt, 2017, p. 60)



Ilustración 14: Evaluación Ex post en Perú Vs. países de américa latina al 2019 (OECD, 2020a)

A su vez, en el ámbito de la normativa sociolaboral, el mandato contenido en la Única Disposición Complementaria Final del Decreto Supremo N° 015-2017-TR configura un primer antecedente de medición ex post de una regulación específica ya que, como señala la exposición de motivos de esta norma, se “incorpora la obligación de revisar la tabla de sanciones con una

periodicidad de dos (2) años, lo [cual] permitirá que se pueda realizar una evaluación de la eficacia de la misma”.

Por ende, si bien en términos prácticos el análisis ex post de las regulaciones es aún incipiente, es importante resaltar, como ya se refirió en un apartado anterior, que el marco legal para la implementación del análisis ex post de las regulaciones como parte de la aplicación del análisis de impacto regulatorio en el Perú, en principio, se encuentra habilitado y vigente de acuerdo a lo establecido en el artículo 5 del D.L 1448; y, con ello, se estarían dando las condiciones para su real gestación en la administración pública y consecuentemente también en la Administración del Trabajo. Esto, claro está, no es óbice para que en el marco de la aplicación de la normativa existente o como una iniciativa sectorial, se promuevan al fin mecanismos institucionalizados de medición de la efectividad de la regulación sociolaboral con miras, especialmente, al monitoreo y determinación de riesgos como insumo para la intervención de la IT; y, de otro lado, como elemento de retroalimentación de información para los órganos técnicos con capacidad de hacer propuestas regulatorias (de modificación, creación o incluso derogación) sobre la normativa sustantiva; las mismas que puedan ser o aprobadas (en el caso de reglamentos) o propuestas (en el caso de la iniciativa legislativa) por el sector trabajo.



CAPÍTULO III

LOS “PRINCIPIOS DE LA OCDE SOBRE POLÍTICAS PARA LA MEJORA DE LA APLICACIÓN Y CUMPLIMIENTO DE LA REGULACIÓN”²⁷ COMO ESTÁNDARES DE OPTIMIZACIÓN DEL MODELO ENFORCEMENT DE LA INSPECCIÓN DEL TRABAJO EN EL PERÚ

Como vimos, desde la óptica del ciclo de gobernanza regulatoria, hablar de enforcement cómo “métodos o instrumentos para lograr el cumplimiento normativo” implica necesariamente hablar, en esencia, de la actividad de “regulación” de la administración pública o, en términos de la OCDE, de la “gobernanza regulatoria” (desarrollaremos estos términos en los siguientes acápite). Por ello, previamente a explicar la concepción de regulación a la cual nos adscribimos, consideramos importante desarrollar los aspectos referidos al “modelo” de estado bajo el cual se vendría desplegando dicha función estatal. En este sentido, debemos desarrollar algunos aspectos concernientes al denominado modelo de “Estado garante y regulador” y la noción de “gobernanza” (un concepto paralelo en el ámbito del análisis de las decisiones de política pública y la regulación) que ponen en relieve la evolución del rol del Estado y las formas de regulación política implicados en dicha transformación. Ello nos ayudará a explicar las premisas conceptuales que sustentarían una nueva mirada en las formas de intervención de la IT en el Perú en clave de optimización institucional de los recursos de su modelo enforcement. Lo cual, a su vez, desde nuestro punto de vista, implica la necesidad de la incorporación y puesta en práctica de los “Principios de la OCDE sobre políticas para la mejora de la aplicación y cumplimiento de la regulación” de cara al rol que puede cumplir la IT en relación a la noción compleja de eficacia que hemos esbozado en el capítulo segundo del presente estudio (el mismo que alude a la incidencia o margen de acción que tiene la IT en relación a la *eficacia propiamente como tal* o eficacia entendida en los sentidos de cumplimiento y aplicación de la regulación sociolaboral).

3.1 La función de regulación en el marco del “Estado Regulador y Garante” y la “Gobernanza del Trabajo”

Ahora, como premisa, se debe tener en cuenta que la concepción de estado regulador y garante se desarrolla en el seno del derecho administrativo y, en dicha medida, es necesario analizar este concepto en el marco de lo que actualmente conocemos como estado constitucional de derecho; ello, puesto que es fundamental reconocer como premisa sustancial en la evolución del derecho administrativo que este se da junto con un proceso de constitucionalización del mismo. Al respecto, Landa señala:

(...) la refundación del Estado de Derecho en el Estado democrático constitucional, después de la segunda guerra mundial, [se da] sobre la base del

²⁷ Anteriormente, desde el capítulo I del presente estudio, hemos llamado al conjunto de todos los principios sobre *enforcement* promovidos por la OCDE como “Principios de la OCDE sobre las Mejores Prácticas para el Cumplimiento de las Normas e Inspecciones”. Ello, en principio, responde a la nomenclatura utilizada en la “Guía de la OCDE para el cumplimiento regulatorio y las inspecciones” (p.7) y en el “Estudio de la OCDE sobre la política regulatoria del Perú. Uniendo el marco para la calidad regulatoria” (pp.144-145). En este último apartado por razones que se explicaran en el subcapítulo 3.2 utilizamos la denominación “Principios de la OCDE sobre políticas para la mejora de la aplicación y cumplimiento de la regulación” para referirnos al conjunto de los 4 primeros principios (cumplimiento basado en evidencia, selectividad, enfoque de riesgo y proporcionalidad y el principio de regulación responsiva) del total de 11 señalados en el estudio “OECD Best Practice Principles for Regulatory Policy. Regulatory Enforcement and Inspections” del 2014 –denominados aquí como “international best practice principles: Improving regulatory enforcement and inspections”–.

principio de la persona humana y su dignidad, como vertebrador de la sociedad y del Estado. En ese sentido, el Derecho Constitucional se vio impregnado de valores democráticos, que supuso un antiformalismo y anti abstracción de la ciencia jurídica. Circunstancia que se materializó con la expansión del respeto de los derechos fundamentales no solo frente al legislador o los tribunales, sino también frente a la Autoridad Administrativa; lo cual repercutió sobre el principio de legalidad y de la noción de la validez de ley, a los cuales quedó todavía atado el Derecho Administrativo. (Landa, 2016, p. 202)

Así pues, la idea de estado regulador y garante debe mantener coherencia con los parámetros constitucionales establecidos para la administración pública. De hecho, ambos conceptos comulgan dado que el estado constitucional tiene como esencia y finalidad al principio fundamental de dignidad de la persona humana establecido en el artículo I de la constitución; siendo, el modelo de Estado regulador y garante una categoría instrumental para darle concreción a dicho principio. En ese sentido, siguiendo a Esteve Pardo, el estado regulador y garante:

[n]o se trata propiamente de un nuevo modelo de Estado, con una nueva identidad en torno a un nuevo paradigma. No parece viable, así, una definición constitucional en tal sentido (...) porque la noción de Estado garante es instrumental. Es un medio (y no el único) de realización de un modelo de Estado, como es ahora el Estado social (...). Se sitúa, por tanto, en el escalón instrumental y pretende modificar los medios de realización del Estado social. Ese medio ha sido fundamentalmente lo que se conoce como Administración prestacional, que acaba por incurrir en unos costes que ponen seriamente en peligro su sostenibilidad. El Estado garante se presenta, así, como alternativa al Estado prestacional. Ofrece otros medios, otra dinámica y otra racionalidad instrumental para alcanzar los mismos fines. No se opone, pues, al Estado social, sino al instrumento, en torno a la Administración prestacional, que se ha utilizado para realizarlo. El Estado garante no pretende dispensar con sus medios las prestaciones que el Estado social programa, sino garantizar que estas se realicen, destacadamente por una sociedad o un sector privado que se ha fortalecido extraordinariamente. Es una propuesta y manifestación de la nueva correlación que se entabla entre Estado y sociedad en las dos últimas décadas. No es por ello una alternativa que se genera aislada, pues pone en relación toda una serie de teorías, doctrinas y experiencias que se plantean en este tiempo. Así, la teoría del Estado regulador, la teoría de la gobernanza, el debate en Alemania sobre la dirección (Steuerung), el new public management , etc. (Esteve, 2015, pp. 7–8)

A este respecto, vale la pena cuestionarse: ¿Qué implicaría específicamente el modelo de estado regulador y garante?, y en ese sentido, ¿Cómo debemos entender a la función de regulación desde dicho modelo?; Esteve Pardo ya nos permite dilucidar que el nuevo modelo implica, en principio, una dinámica distinta en la relación entre el Estado y la sociedad –los actores privados en sentido estricto– en la que esta segunda tiene un rol más activo en comparación al modelo tradicional del estado prestador de servicios. Al respecto, respondiendo a estas incógnitas, Muñoz Machado señala:

El Estado cambia de ser prestador y asegurador directo del funcionamiento y la calidad de los servicios a la **condición de garante (*Gewahrlistungstaad*)**, **vigilante del comportamiento de los mercados para que los operadores respeten la competencia y las regulaciones públicas establecidas en normas, programas o directivas de actuación formuladas por los poderes públicos competentes para asegurar la salvaguardia de los intereses generales** y el cumplimiento, en su caso, de las misiones de servicio público que se les confíen. (...) Si el cambio de posición del Estado en relación con la economía se hizo de todo punto evidente, también lo fue la necesidad de ajustar los viejos paradigmas de intervención. **Ese cambio es el que se expresa y concreta en la función pública de regulación.** (...) **La función de regulación puede utilizarse en un sentido amplio, comprensiva de la totalidad de la actuación del Estado en relación con la sociedad, o en aplicaciones más limitadas, referidas a la ordenación y garantía de los derechos económicos o sociales.** Las instituciones y técnicas aplicadas presentan especialidades en los diferentes supuestos, como es fácil comprender, pero **mantienen unas características comunes que permiten identificar algunas instituciones o formas organizativas y técnicas de actuación sobre las cuales edificar y definir las notas sustanciales de la concepción en que se basa la regulación.** (2015, pp. 25–26) (Resaltado nuestro)

A su vez, esta nueva relación entre Estado y sociedad en el modelo de estado garante y regulador tiene su parangón en la noción de “gobernanza” desde el análisis de la política pública. Dicho concepto –actualmente en boga– ha venido cobrando mayor relevancia y actualidad, especialmente, en la última década; así, por ejemplo, frecuentemente podemos dar cuenta de su uso por parte de organismos internacionales como la OCDE –según ya se ha visto– o también, cómo veremos más adelante, por la OIT en el mundo del trabajo. En ese sentido, es pertinente aclarar las implicancias que este concepto trae consigo ya que ello nos permitirá aclarar el marco teórico general respecto del rol y la transformación de la administración pública de cara al cumplimiento normativo; y, en dicha medida, dará luces del porqué de la pertinencia de asunción de los “Principios de la OCDE sobre políticas para la mejora de la aplicación y cumplimiento de la regulación” en el SIT.

Siendo así, conviene el iniciar el análisis de dicha categoría partiendo por distinguirlo el vocablo “gobierno” que aludiría al modelo tradicional de estado prestador de servicios, así:

(...) las fuentes del Derecho operan de modo diverso en los modelos regulatorios tradicionales («gobierno») y en los modelos más participativos y cooperativos («gobernanza»): (...) En los modelos regulatorios tradicionales, en efecto, las normas discurren de arriba hacia abajo, o en cascada; poseen carácter obligatorio; y la atención se concentra en las normas escritas. En el proceso regulatorio tradicional (y con él las fuentes del Derecho) los «regulados» no son sino meros destinatarios, y no verdaderos participantes.

En los modelos cooperativos, por el contrario, se constituye una densa red de actores públicos y privados, todos ellos con una cuota de responsabilidad en la cadena regulatoria, en la que participa el sector privado y la sociedad, y en donde

ya no sólo importan las normas escritas, venidas de arriba con carácter vinculante, sino también las normas no obligatorias y, en general, los documentos y mecanismos de Derecho blando, así como otras estructuras e instrumentos con eficacia regulatoria indirecta (...).

La gobernanza —entendida a nuestros efectos como fórmula de gobierno en la que predominan los elementos propios de los que hemos llamado "modelos cooperativos"— representa el hilo conductor de esas distintas piezas, explica su funcionamiento y la aportación de cada uno al conjunto, subraya la necesidad de la cooperación y colaboración, evidencia el efecto negativo que una pieza produce sobre los demás. (Barnés Vázquez & Schmidt-Assmann, 2012, pp. 297–298)

Cómo es de notar, ambos conceptos tanto el de “Estado garante y regulador” como el de “gobernanza” aluden a nociones similares que tienen como trasfondo la idea general de mayor participación de los actores privados en la esfera pública y la relación de estos con la autoridad pública o administrativa.

Un punto importante a notar aquí, refiere a los ciclos de expansión y reducción del Estado Social —entendido como, el estado prestacional de acuerdo a las referencias previas— y su relación con el advenimiento de la crisis económica y financiera iniciada el año 2007 en Estados Unidos y que dio paso a la “peor recesión global de los últimos 60 años” (Dancourt & Jiménez Sotelo, 2010, p. 2) (en nuestro país, el impacto de la crisis dio lugar a la recesión de la economía de los años 2008 al 2009).

Tomando como referencia dicho suceso, en el caso peruano, por ejemplo —y sin ánimos de, con ello, dar cuenta a profundidad del fenómeno de reducción del Estado social de manera general—, podemos afirmar que el escenario previo a la crisis del año 2007 —un proceso que tuvo su mayor impulso en los años 90s— era propicio al desmantelamiento del Estado prestacional a través de la liberalización de distintos sectores con presencia activa de intervención pública; ello, mediante la privatización de empresas estatales, el ingreso de empresas privadas en la prestación servicios públicos y también, como no, mediante la desregulación normativa y la simplificación administrativa.

Sin embargo, esta visión o versión intensa de la reducción del Estado social tuvo que ser matizada a partir del suceso de la recesión global —crisis que afectó gravemente y a distinta escala a los países de la comunidad internacional— dado que dicho fenómeno dio cuenta de las deficiencias y peligros que podía traer consigo un impulso de la privatización y la desregulación a ultranza sin medir las consecuencias de un eventual retiro del Estado respecto de su misión garantista y de resguardo del interés público en el contexto de la liberalización del mercado, la globalización y la transformación de la administración pública.

Afirmar esto, no pasaría de ser una conjetura de no ser porque hay distintas maneras de verificar como el suceso de la crisis económica del 2008 dio lugar a un proceso de “toma de conciencia” en la revalorización del rol Estatal frente a los actores privados en el nuevo escenario de la segunda década del S. XXI. Esto, por ejemplo, es contrastable con dos declaraciones de suma importancia gestadas en el seno de dos organismos internacionales claves en el advenimiento y llamado al compromiso por una nueva “gobernanza”: la OIT y la OCDE.

Así, la ya referida Resolución relativa a la administración del trabajo y la inspección del trabajo de la Conferencia General de la Organización Internacional del Trabajo del 2011 hace alusión tanto a la crisis económica como —por primera vez, en relación a los poderes de la

Administración del Trabajo de los Estados– a la gobernanza en sus conclusiones N°s 3 y 10, respectivamente:

03. La experiencia de la reciente crisis financiera y económica ha revelado que, entre las instituciones gubernamentales, la administración del trabajo cumple una función esencial, ya que las políticas laborales adecuadas y las instituciones eficientes son útiles para abordar situaciones económicas difíciles, al proteger a los trabajadores y a las empresas contra las peores repercusiones de una crisis económica y mitigar sus consecuencias económicas y sociales, facilitando al mismo tiempo la recuperación económica. (...)

10. Para afrontar los desafíos que plantea un mundo laboral que cambia con rapidez, las administraciones del trabajo deben adaptarse y modernizarse continuamente. Deberían examinar métodos de gobernanza y gestión eficientes y eficaces, y crear alianzas tripartitas y alianzas con otras instituciones y actores. Sin embargo, toda iniciativa de modernización debe respetar valores, como el Estado de derecho, el tripartismo, el diálogo social a todos los niveles, el interés público, la democracia, la equidad, la buena gobernanza y la transparencia.

Al respecto, revisando los informes y documentos emitidos por la OIT con relación a la Administración del Trabajo y la gobernanza, se tiene que, en dicho ámbito, las iniciativas de la OIT que implican “métodos de gobernanza y gestión eficientes y eficaces, y crear alianzas tripartitas y alianzas con otras instituciones y actores” tienen como primera referencia a la resolución citada del 2011. Previamente a dicho pronunciamiento, valga la aclaración, la OIT impulsó la temática de la gobernanza con la “Declaración de la OIT sobre la justicia social para una globalización equitativa” del 2008 pero en términos de mejoras en las prácticas institucionales al interior de la propia organización y, con relación a los Estados parte, como impulso a la ratificación y aplicación de los denominados –por la propia declaración– como “convenios de gobernanza” o también “convenios prioritarios”²⁸ (dada su importancia para el funcionamiento del sistema de normas internacionales del trabajo).

En ese sentido, tanto el estudio general de la OIT sobre el Convenio 150 sobre la administración del trabajo de 1997 como el estudio general de la OIT relativo al Convenio 81 sobre la inspección del trabajo del 2006 no desarrollan la temática de la gobernanza aún. Es ya posteriormente, en el año 2011, que el “Informe V, Administración del trabajo e inspección del trabajo” del Consejo de Administración de la OIT desarrolla la temática de la gobernanza en términos más próximos a la definición que hemos brindado; este mismo informe, sirvió de base para la discusión en la Conferencia General de la Organización Internacional del Trabajo N° 100 y a consecuencia del cual se adoptó la “Resolución relativa a la administración del trabajo y la inspección del trabajo del 2011”. En estos términos, ha venido dándose el desarrollo de la temática de la gobernanza por parte de la OIT, reforzando la temática del diálogo social desde el tripartismo, la política de empleo y la inspección del trabajo.

Por otro lado, en el ámbito de la OCDE, en el año 2012 se adoptó la “Recomendación del Consejo sobre Política y Gobernanza Regulatoria” la cual empieza con palabras del Secretario General de la OCDE afirmando que:

²⁸ Refieren a 4 convenios de la OIT, específicamente: Convenio sobre la inspección del trabajo, 1947 (núm. 81); Convenio sobre la política del empleo, 1964 (núm. 122); Convenio sobre la inspección del trabajo (agricultura) 1969 (núm. 129); y el Convenio sobre la consulta tripartita (normas internacionales del trabajo), 1976 (núm. 144). De estos 4 convenios, el estado peruano no ha ratificado aún el Convenio 129 sobre inspección del trabajo en la agricultura.

La crisis financiera y económica global ha puesto al descubierto fallas muy importantes en la gobernanza y la regulación, las cuales han minado la confianza en las instituciones públicas y privadas por igual. En medio de la incertidumbre económica actual, resulta primordial establecer un marco regulatorio nacional eficaz para lograr mercados transparentes y eficientes en aras de recuperar la confianza y restablecer el crecimiento.

La presente Recomendación del Consejo de la OCDE sobre Política y Gobernanza Regulatoria constituye la primera declaración internacional integral sobre política regulatoria desde la crisis. (...) (OECD, 2012, p. 1)

En ese sentido, uno de los fundamentos de la Recomendación del Consejo sobre Política y Gobernanza Regulatoria señala: “RECONOCIENDO que las crisis financieras y los ciclos económicos, la innovación, el cambio social, los retos medioambientales y la búsqueda de nuevas fuentes de crecimiento subrayan la importancia de marcos regulatorios para mercados y sociedades que funcionen adecuadamente, y de políticas regulatorias e instituciones que estén a la altura de la interconectividad de los sectores y las economías (...)” (OECD, 2012, p. 4).

La OCDE por tanto pone el foco de su atención y esfuerzos en la mejora de la denominada “gobernanza regulatoria”; en ese sentido, estas recomendaciones resultan compatibles y complementarias a las desarrolladas un año antes por la OIT en sus recomendaciones del año 2011. Como se ve, ambos pronunciamientos se dan en un contexto de reacción ante la crisis económica global y tienen enfoques de “gobernanza” relativamente divergentes. Ciertamente, la preocupación por parte de concepción de gobernanza de la OIT no se dio por el lado de la calidad de las regulaciones o los métodos de racionalización de la regulación; aunque, si hay que tener en cuenta que la temática de la consulta como tripartismo (C. 144 OIT) y la inspección (Cs. OIT 81 y 129) son aspectos importantes que si fueron desarrollados e impulsados por la OIT; los que, a su vez, se correlacionan y condicen con las categorías desarrolladas en el ciclo de gobernanza regulatoria (más específicamente, el C. 144 OIT con la consulta pública como parte del AIR; y, los Cs. OIT 81 y 129 con relación a la fase de “enforcement” de las regulaciones del ciclo de gobernanza en general y la fase de “cumplimiento de la regulación” del AIR en particular). Así, se ha mencionado que el AIR forma parte del ciclo regulatorio y tiene como componentes esenciales tanto el cumplimiento de la regulación como la consulta pública; en ese sentido, la mirada de la gobernanza regulatoria propuesta por la OCDE abarca métodos que abordan de forma más completa la complejidad inherente tras la intervención del Estado a través de sus regulaciones. En ese sentido, y bajo lo que consideraríamos un modelo real de Estado garante y regulador, se ha afirmado que

[e]l desarrollo de una política regulatoria orientada a la mejora permanente del ambiente normativo ha reemplazado conceptos previos como el de “desregulación”, dando lugar a la idea de la “gobernanza regulatoria”, que implica el entendimiento de los mecanismos mediante los cuales las prácticas regulatorias pueden mejorar el funcionamiento de los mercados, la efectividad del sector público y la satisfacción de los ciudadanos con los servicios públicos. No se trata solo de desregular, sino también de regular sistemáticamente en casos en los que el mercado no asegura los resultados más eficientes (...), así como de aspirar a un marco regulatorio de mayor calidad, basado en instituciones sólidas. De hecho, la reciente crisis financiera internacional dejó muy claro que la desregulación excesiva implica riesgos serios. (OECD, 2016a, p. 18)

Finalmente, en el ámbito del mundo del trabajo, desde la OIT debemos poner atención a como viene gestándose la asunción por un enfoque de “nueva gobernanza” de las políticas públicas, que implicaría a la interacción entre la gobernanza pública del trabajo y la privada. Centrando

esta temática al contexto de la inspección del trabajo implica poner el acento en los aspectos relacionados a la “inspección del trabajo y la función de las iniciativas privadas de cumplimiento de la legislación”. Iniciativas, por ejemplo, como el denominado mecanismo de “compliance laboral”, temática que será abordada tangencialmente en el análisis de los principios de la OCDE sobre políticas para la mejora del cumplimiento y la aplicación de las regulaciones en el siguiente acápite.

Sin perjuicio, de ello, vale la pena adelantar algunos aspectos relativos a la denominada “nueva gobernanza” en el ámbito de las relaciones de la Administración del Trabajo; así, si bien la última declaración de la OIT del 2019, Declaración del Centenario de la OIT para el Futuro del Trabajo, no desarrolla con mayor especificidad aspectos relativos a la “nueva gobernanza”, el grupo 6 (“La futura gobernanza del trabajo”) de la Comisión Mundial sobre el futuro del trabajo elaboró el documento “Nota informativa 11: Nuevas perspectivas para la gobernanza del trabajo” —insumo para la elaboración del informe “Trabajar para un futuro más prometedor”, sobre la base del cual se discutió y elaboró la referida declaración de la OIT del 2019—, en el cual se señala:

(...) La nueva gobernanza, cada vez más habitual en muchos campos, otorga prioridad entre otros aspectos a la participación de las partes no estatales y la colaboración entre las partes interesadas (Lobel, 2004). En el caso de la gobernanza del trabajo, un ejemplo puede ser la colaboración entre el Estado y los representantes de los intereses de los empleadores y de los trabajadores para diseñar y aplicar una política (Banco Mundial, 2017).

El cambio a la (nueva) gobernanza permite darse cuenta de que el gobierno, si bien es indispensable para guiar y legitimar el proceso, no es el único medio de garantizar la gobernanza (Ruggie, 2014). Esta transición también pone de manifiesto tanto la creciente complejidad de los retos a los que se enfrentan las políticas públicas como la persistente realidad de limitación de los recursos, que merma la capacidad del Estado de asegurar la observancia de las normas pertinentes. Por consiguiente, la nueva gobernanza es un modo estratégico de sacar provecho de los incentivos privados para lograr fines públicos de forma más efectiva (Weil, 2008) Este tipo de gobernanza ofrece la oportunidad de adaptar la gobernanza al contexto institucional, y su éxito depende de esta adaptación (Dubash y Morgan, 2012). (OIT, 2018, p. 5)

De modo que, a partir del marco conceptual desarrollado previamente, proponemos iniciar el análisis del concepto que regulación partiendo de una primera aproximación doctrinaria sobre las connotaciones de la misma, así:

La regulación mantiene siempre unas adherencias económicas. La distinción entre la *social regulation* y la *economic regulation* no radica en que la segunda se dirige a sectores económicos y la primera a otros sectores, distintos del económico. La regulación surge cuando los mercados de bienes o servicios fallan en su propósito de asignación eficiente de los recursos. La regulación tiene un origen económico. Los principales fallos del mercado son los monopolios naturales, las externalidades, los costes de transacción y las asimetrías informativas. Se habla de *economic regulation* para referirse a la lucha contra los monopolios naturales, porque los instrumentos para combatirlos son eminentemente económicos, como el cálculo de la retribución que ha de recibir el monopolio. *Grosso modo*, hay un sistema basado en los costes y otro basado en los precios. Y se habla de *social regulation* para referirse a la regulación que se lleva a cabo para combatir el resto de fallos del mercado (deficiente información de los consumidores, costes de transacción y externalidades), dado que los instrumentos no son siempre, ni principalmente, económicos (Guayo, 2017, p. 26)

Debemos resaltar aquí que, a nuestra consideración, la definición planteada por Guayo, si bien toma en cuenta aspectos referidos a la regulación social, tiene algunas limitaciones en tanto que pone, por demás, el acento en el aspecto económico de la regulación. Al punto que, de lo señalado por el autor, hasta incluso la regulación social, y en general cualquier decisión e intervención regulatoria vendría a tener una esencia preponderantemente económica determinada únicamente en función a las fallas del mercado. En ese sentido, sin soslayar la importancia de los aspectos económicos referidos a la regulación, consideramos que esta visión que alude a la regulación económica en función a los fallos del mercado viene siendo superada por una perspectiva más comprensiva de los procesos sociales.

Así pues, autores como Sunstein han planteado que la regulación no solo responde a las fallas del mercado; ni tampoco, solo se predica respecto de la trascendencia de los aspectos económicos en los procesos sociales. Esta acotación es importante, ya que entender las fallas de la regulación únicamente como fallas del mercado implica una visión limitada respecto de las distintas aristas implícitas en un determinado problema público a resolver mediante una decisión regulatoria. En este sentido, Sunstein resalta otro tipo de razones que justifican la regulación, en el entendido que, a nuestra consideración, implican y originan también problemas públicos:

Las leyes reguladoras fallan, en general, como resultado de la ausencia de responsabilidad política o de deliberación política, de las nuevas circunstancias o de la obsolescencia, de una mala comprensión de los efectos sistémicos, y de la falta de coordinación. La ausencia de responsabilidad política es especialmente un problema. Las leyes diseñadas bajo estrategias basadas en la prohibición, con frecuencia, quedan obsoletas como resultado de la evolución de las circunstancias, y a menudo es difícil coordinar políticas de regulación dispares en un todo integrado (...). En la mayoría de casos, los problemas del Estado regulador moderno no residen en la intervención ni en los objetivos que subyacen tras las estrategias de regulación, sino que son producto de un mal diagnóstico por parte del Congreso, del poder de los grupos de interés, del cambio de circunstancias o de estrategias inadecuadas para su implementación; y ninguno de estos problemas es irremediable. (2016, pp. 101–102)

La variable que Sunstein agrega como respuesta a la pregunta del “¿por qué se regula?” refiere a otro tipo de fallas conocidas como “fallas regulatorias” las cuales dan cuenta también de problemas públicos que pueden justificar una determinada intervención regulatoria. Aunado a ello, en este punto, y en respuesta a la pregunta, coincidimos en “que se regula con el fin de hacer prevalecer el interés general, lograr el bien común, conservar el orden público y corregir las fallas del mercado y las fallas ten la regulación”(Moreno Castillo, 2019, sección 3.1.3). Así, el logro del bien común o la prevalencia de un interés general puede traducirse también, por supuesto en la urgencia de regular para proteger derechos fundamentales como lo ha puesto de relieve la propia OCDE en la Recomendación del Consejo sobre Política y Gobernanza Regulatoria del 2012²⁹.

Teniendo presente la perspectiva señalada, consideramos como una definición más pertinente o, en todo caso, una mejor definición de regulación –en tanto más comprensiva–, la que plantea la OCDE en los siguientes términos:

Para la OCDE, la definición de regulación es muy amplia; abarca una variedad de instrumentos mediante los cuales los gobiernos establecen requerimientos para

²⁹ Al respecto, el punto 4.2 de la resolución del 2012 señala: “Un requisito de las políticas de evaluación ex ante debería ser identificar la necesidad de una política pública en específico, y el objetivo de la regulación tales como la corrección de una falla del mercado, o la necesidad de proteger los derechos de los ciudadanos que justifique el uso de la regulación” (OECD, 2012, p. 10).

empresas y personas. Las regulaciones incluyen leyes, órdenes formales e informales y reglamentos subordinados que emanan de todos los órdenes de gobierno, así como normas procedentes de organismos no gubernamentales o autorreguladores en los que los gobiernos han delegado facultades en materia de regulación. La gobernanza regulatoria efectiva maximiza la influencia de la política regulatoria para generar regulaciones que tengan un efecto positivo en la economía y la sociedad, y que alcancen los objetivos implícitos de política pública. Se ocupa del diseño y la implementación de la regulación, así como de asegurar su cumplimiento. Conlleva un enfoque integral para el uso de políticas, herramientas e instituciones regulatorias. (OECD, 2012, p. 21)

En ese sentido, queda claro que “[r]egular no es, pues, producir normas (lo es también, desde luego pero no desde la perspectiva que ahora nos interesa), sino una actividad continua de seguimiento de una actividad. Tal control exige la utilización de poderes de diverso signo: algunos tienen carácter normativo y se traducen en reglamentaciones; otros, sin embargo, consisten en la supervisión del ejercicio de la actividad; otros la ordenación del funcionamiento del mercado; en fin, puede concurrir un poder de resolución de controversias y también el poder sancionador” (Muñoz, 2015, p. 28). Al respecto, e intentando entrar a tallar con una primera aproximación sobre el estado situacional de la regulación sociolaboral en el Perú; en primer lugar, vislumbramos, o al menos, sospechamos, que el discurso planteado en términos de racionalización de los métodos de la regulación laboral o el fomento de una nueva gobernanza del trabajo no ha tenido presencia en los últimos años en nuestro país; y, más aún, es objeto aún de debate pendiente tanto en la agenda pública como en los espacios académicos, especialmente, en lo que refiere a la dogmática laboral.

Sin perjuicio de ello, es menester apuntar que se han dado algunos esfuerzos iniciales importantes en torno a esta temática, impulsados desde la Presidencia del Consejo de Ministros (PCM) y sus órganos competentes en materia de modernización del Estado. En esa línea, dichos esfuerzos (al menos uno) ha tenido calado en el sector de la administración del trabajo: nos referimos a la dación del Decreto Legislativo N° 1310, Decreto Legislativo que aprueba medidas adicionales de simplificación administrativa, de fines de 2016 que instaura el proceso denominado “Análisis de Calidad Regulatoria”. Por otro lado, como ya lo hemos señalado en el capítulo I del presente estudio, con la publicación del DL 1448 se ha establecido el marco legal de la mejora regulatoria y sus instrumentos en el Perú (en especial con la incorporación del RIA ex ante y ex post); el mismo que aún se encuentra pendiente de reglamentación e implementación, lo cual no ha supuesto que diversas entidades del sector público ya hayan incorporado los métodos del RIA o las buenas prácticas en fiscalización a su funcionamiento (pensamos en el caso, por ejemplo, del Organismo Supervisor de la Inversión en Energía y Minería – OSINERGMIN, o también del Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental – OEFA).

La primera de estas iniciativas viene siendo implementada por diversos sectores del poder ejecutivo, incluyendo claro, al MTPE y las entidades pertenecientes al sector trabajo; la misma que implica, esencialmente, un proceso de simplificación administrativa en el que se analizan –y eventualmente depuran (bajo determinados estándares y en un proceso reglado)– todos los procedimientos administrativos a cargo de una entidad pública con la finalidad de examinar su racionalidad, fundamentos jurídicos, económicos; y, en general, el impacto que tienen en el otorgamiento de derechos a los administrados.

Como se ve, queda aún pendiente la agenda de la incorporación de los métodos de mejora regulatoria en la Administración del Trabajo; ello, nos impele a cuestionarnos respecto de cómo ha venido evolucionando en el Perú la temática del análisis de la calidad y racionalidad de la normativa laboral; en ese sentido, tenemos que:

Dos rasgos que resaltan a primera vista de la legislación laboral peruana son su "dispersión" y "diversificación". El primer rasgo, advertido por cuanto analista se

aproxima a nuestro panorama legislativo, alude al hecho que la regulación del trabajo subordinado no reside centralmente en un único cuerpo normativo —a manera de un código de trabajo o una ley general— sino en múltiples dispositivos que, además de no resultar del procedimiento legislativo regular en sus componentes más relevantes (...) presentan innegables problemas de coherencia. (...) [A su vez,] la "diversificación" como rasgo de la legislación laboral peruana, [es] entendida esta como la "proliferación desmedida de regulaciones específicas" (...). (Balbín, 2010, pp. 615–617)

En tal sentido, teniendo en cuenta este contexto normativo, por un lado; y, de otro, asumiendo la necesidad de asumir una concepción más comprensiva y actual sobre la función de regulación, es pertinente pasar a desarrollar los aspectos relevantes sobre los medios por los cuales se logra la eficacia de la regulación sociolaboral en el Perú.

3.2 El modelo actual de enforcement de la SUNAFIL en contraste con los “Principios de la OCDE sobre políticas para la mejora de la aplicación y cumplimiento de la regulación”

La cultura permisiva y la cultura autoritaria resultan igualmente inaceptables por fragmentarias y porque dificultan el aprendizaje de la libertad. Una, porque la confunde con la espontaneidad. La otra, porque desconfía de ella. La sociedad permisiva disfruta de la libertad y los derechos; la autoritaria cree necesario poner el énfasis en la autoridad y los deberes. Mientras se mantenga este enfrentamiento, saltaremos permanentemente de un sistema a otro, según aprieten las circunstancias. Me parece imprescindible una hibridación de esos factores hasta ahora separados. La libertad necesita del deber como estructura psicológica básica. Además, está sometida al deber, pues los humanos deberíamos considerar que no somos libres, sino que tenemos la obligación de liberarnos. ¿De qué? De la ignorancia, del fanatismo, del miedo, de la envidia, del individualismo feroz, de la desmemoria. (Marina, 2014, pp. 171–172)

Los “Principios de la OCDE sobre las Mejores Prácticas para el Cumplimiento de las Normas e Inspecciones” son un total de 11 máximas acorde al estudio “*OECD Best Practice Principles for Regulatory Policy. Regulatory Enforcement and Inspections*” del 2014 que es el documento oficial de la OCDE que desarrolla de forma consolidada las experiencias internacionales sobre las que se basa el contenido de los principios. Recientemente la OCDE publicó una guía³⁰ que recoge los mismos principios (los denomina “criterios” en la guía) aumentando uno, denominado “poniendo los pies sobre la tierra”. A efectos prácticos los principios (o denominados también criterios) son parámetros de suma importancia en las agencias reguladoras y autoridades fiscalizadoras ya que abordan desde una mirada holística los distintos aspectos tanto teóricos como prácticos implicados en cumplimiento y la aplicación de las regulaciones por parte de personas y también organizaciones³¹.

³⁰ OECD. (2019). *Guía de la OCDE para el cumplimiento regulatorio y las inspecciones* (en adelante, Guía OCDE sobre inspecciones).

³¹ En ese sentido, el estudio OCDE del 2014 deja en claro que: “For reasons of size and complexity, the paper focuses on regulatory enforcement and inspections in relation to non-state operators, particularly private businesses. While many of the principles apply similarly to regulatory enforcement targeting other actors (state-owned enterprises or state institutions, NGOs, private individuals), there are of course certain differences. These are not discussed in the following principles. OECD (2014, p. 13)

En el estudio de la OCDE “Política Regulatoria en el Perú: Uniendo el Marco para la Calidad” del 2018 se deja en claro la índole, utilidad y legitimidad que tienen dichos principios y se recomienda al Perú la incorporación y puesta en práctica de los mismos. La OCDE da cuenta de la referida legitimidad de los principios señalando sobre ellos que:

Basada en documentos de expertos, una revisión exhaustiva de las prácticas en los países de la OCDE y en países que no pertenecen a la OCDE, así como en investigación realizada sobre este tema en las últimas tres décadas, la OCDE presentó algunos principios fundamentales sobre los cuales deberían basarse la aplicación y fiscalización eficientes y eficaces de las normativas para conseguir los mejores resultados en materia de cumplimiento y la mayor calidad regulatoria. Los principios abordan el diseño de las políticas, instituciones e [sic] herramientas para promover un cumplimiento verdadero, y el proceso de reformar los servicios de fiscalización para lograr resultados. (2018b, p. 146)

Más aún la OCDE resalta, de modo general, las deficiencias en las fiscalizaciones llevadas a cabo por mayoría de dependencias fiscalizadoras del Estado peruano que, entre otros aspectos, no se alinean con los criterios de regulación responsiva o el enfoque de riesgos sino que “[p]referentemente confían en el enfoque más tradicional de verificar todos los requisitos legales sin considerar los riesgos implicados, las circunstancias específicas o el registro histórico de cumplimiento de los que son supervisados. Esto refleja el hecho general de que las fiscalizaciones en Perú no son consideradas como parte imprescindible de la política regulatoria y, por lo tanto, como una herramienta fundamental para lograr resultados más explícitos en materia de política pública y normativa” (OECD, 2018b, p. 147).

Al respecto, importa resaltar que, en el presente trabajo, nuestro objeto de investigación refiere específicamente a 4 principios que promueve la OCDE³²; así pues, si bien los principios son 11 (o 12 de acuerdo con la Guía OCDE sobre inspecciones), nos hemos enfocado centralmente en los siguientes cuatro: 1) Cumplimiento basado en evidencia, 2) Selectividad, 3) Enfoque de riesgos y proporcionalidad y 4) Regulación responsiva. Y esto es así, en principio, en la medida que dicha acotación responde y es coherente con nuestro estudio de la noción de eficacia normativa a la que –consideramos y hemos venido sosteniendo– se adscribe la OCDE; la misma que vendría a ser la concepción de eficacia como éxito.

Estando a ello, debemos recordar también la vinculación que habría entre este tipo de eficacia con los sentidos de eficacia normativa entendidas como cumplimiento y aplicación. Al respecto, Hierro afirma que para “para calibrar la eficacia como el «éxito» de la norma en servir de instrumento para alcanzar un estado de cosas deseable es necesario tomar en cuenta 1) el estado de cosas previo, 2) los propósitos del legislador, 3) **la eficacia como cumplimiento o -en**

³² Si bien estos principios se considerarían “derecho blando” con relación a la normativa peruana interna; con la regulación del marco general de la actividad administrativa de fiscalización –que vincula también la IT–introducida por el D.L 1272; se estableció en el numeral 239.I del artículo 239 del TUO de la LPAG que la actividad de fiscalización se realiza “(...) **bajo un enfoque de cumplimiento normativo, de prevención del riesgo, de gestión del riesgo y tutela de los bienes jurídicos protegidos**” (Cursivas y resaltado añadidos). Con ello, a nuestra consideración hay margen interpretativo para considerar un nexo entre estas disposiciones y los principios que abordamos en la presente investigación (especialmente, con el enfoque de riesgo y proporcionalidad, y el de regulación responsiva). En este mismo sentido lo planteado por el MINJUS (2017, p. 62); y, a su vez, desarrollando otros fundamentos legales de la aplicación del enfoque responsivo en el Perú (a partir, por ejemplo, de los principios de razonabilidad y proporcionalidad establecidos en el TUO de la LPAG) téngase en cuenta a Ochoa (2018, pp. 118–119).

su defecto- aplicación, y 4) el estado de cosas resultante” (Hierro, 2003, p. 160) (Resaltado nuestro). La relación entre estos elementos al medir la eficacia como éxito se grafica de la siguiente manera:

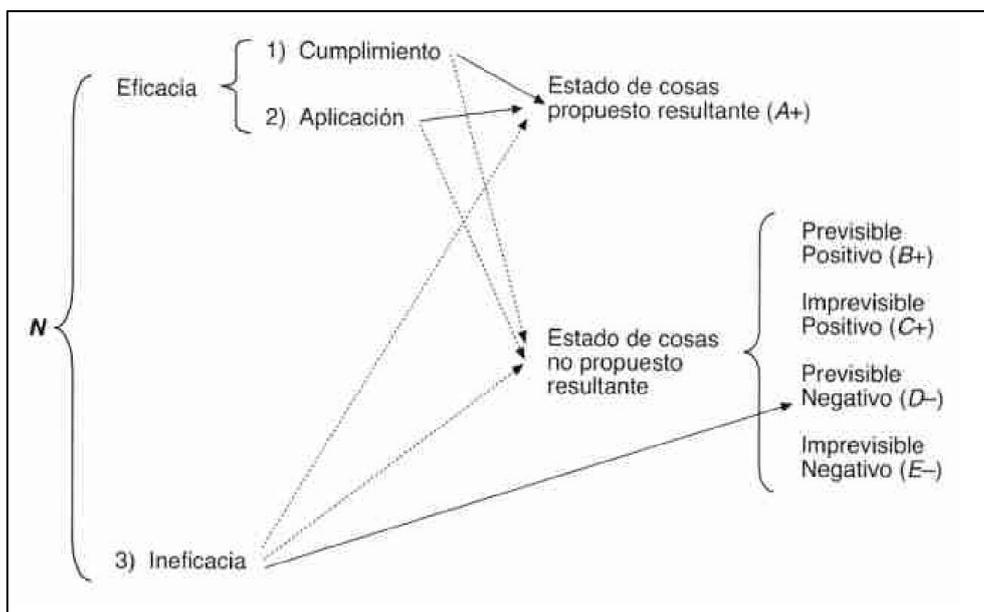


Ilustración 15: El cumplimiento y la aplicación como parte de la eficacia como éxito (Hierro, 2003, p. 169)

Es decir, el éxito se instrumentaliza a través o del cumplimiento o de la aplicación; en ese entender, resulta más clara ahora la mutua implicancia que tienen la eficacia como éxito en relación tanto al cumplimiento como a la aplicación que son los dos sentidos de eficacia que hemos resaltado como aquellos en los que tiene preponderancia la acción de la IT; y, a los que, justamente, están asociados directamente los 4 principios objeto de nuestro estudio. Por su parte, la noción de eficacia normativa como éxito resulta plenamente coherente con el método con el que la OCDE mide la efectividad de las regulaciones y analiza las consecuencias y los resultados de las decisiones regulatorias. Así pues, se ha señalado que “[I]as herramientas de evaluación ex post **analizan la pertinencia, la eficacia y los efectos de las decisiones normativas, e identifican los resultados no deseados, las causas del fracaso y los elementos que contribuyen al éxito.** Los resultados derivados de este instrumento de gestión constituyen una aportación de conocimientos para los tomadores de decisiones, al crear un circuito de retroalimentación que completa el ciclo de gobernanza regulatoria” (OECD, 2016a, p. 43) (Resaltado nuestro).

Vista la mutua implicancia de los sentidos de aplicación y cumplimiento con relación a la eficacia como éxito, resta volver a destacar que, del conjunto de 11 principios señalados en el estudio OCDE del 2014, consideramos que los primeros 4 (Cumplimiento basado en evidencia, Selectividad, Enfoque de riesgos y proporcionalidad y Regulación responsiva) son esencialmente los que tienen incidencia directa en la eficacia como cumplimiento y como aplicación; y que, a efectos prácticos –como hemos sostenido también en el capítulo segundo de este trabajo– son los ámbitos de la eficacia en los que impacta directamente y tienen relevancia las intervenciones de la autoridad inspectiva del trabajo. Por ende, son en dichos ámbitos, en los que se requiere potenciar y, más que todo, garantizar un adecuado nivel de institucionalidad laboral (remarcamos aquí, institucionalidad esencialmente en términos de asegurar que la autoridad inspectiva esté dotada de las facultades y herramientas normativas suficientes como para tener un impacto real

en el logro del cumplimiento normativo; es decir, las facultades que mínimamente se deberían de tener bien reguladas y habilitadas para asegurar la eficacia de las intervenciones de la IT).

En línea con lo anterior, partiendo de lo señalado por la OCDE, los principios abordan el “diseño de políticas, instituciones y herramientas para la promoción del cumplimiento normativo”³³; en ese sentido, y coincidiendo con lo indicado por Calle, proponemos que los 11 principios se agrupen en 3 tipos: los referidos a políticas, los referidos a instituciones y los referidos a herramientas (2018, p. 64). Sobre esta base, los principios vendrían a postular las siguientes máximas:

Los 11 Principios de la OCDE sobre las Mejores Prácticas para el Cumplimiento de las Normas e Inspecciones		
Tipo	Principio	Formulación
En materia de políticas	1. Cumplimiento basado en evidencia	Las inspecciones y la promoción del cumplimiento de las normas deben basarse en evidencia y en indicadores: la toma de decisiones sobre qué y cómo inspeccionar debe fundamentarse en datos y evidencia y los resultados deben ser evaluados con regularidad.
	2. Selectividad	En la medida de lo posible, la promoción del cumplimiento y la aplicación de las normas deben ser dejadas a las fuerzas del mercado, al sector privado y a la sociedad civil: las inspecciones y la promoción del cumplimiento no pueden llevarse a cabo en todos los entes regulados ni pueden atender todas las situaciones. Existen muchas otras formas de lograr los objetivos de las normas y su cumplimiento.
	3. Enfoque de riesgo y proporcionalidad	La promoción del cumplimiento de las normas debe hacerse según los riesgos involucrados y proporcionalmente: la frecuencia de las inspecciones y los recursos a emplearse deben ser proporcionales al nivel de riesgo y las acciones de cumplimiento de las normas deben dirigirse a la reducción de los riesgos reales derivados de las infracciones.
	4. Regulación responsiva	El hacer cumplir las normas debe basarse en principios de “regulación responsiva”; es decir, las acciones de promoción del cumplimiento e inspecciones deben ser adecuadas al perfil y al comportamiento de los sujetos regulados

³³ En el estudio “Regulatory Enforcement and Inspections, OECD Best Practice Principles for Regulatory Policy” la OCDE señala: “The principles address the **design of the policies, institutions and tools for promoting effective compliance – and the process of reforming inspection services to achieve results (...)**. This revised version is based on two expert papers presented to the Regulatory Policy Committee at its 7th meeting in November 2012, an extensive review of practices in OECD and non-OECD countries and on the research that has been conducted on this topic over the past three decades” (2014, p. 15) (Resaltado nuestro).

En materia de instituciones	5. Visión de largo plazo	Los gobiernos deben adoptar políticas en materia de inspecciones y promoción del cumplimiento de las normas y establecer mecanismos institucionales con objetivos definidos y una estrategia de largo plazo.
	6. Coordinación y consolidación	Las actividades de inspección deben ser coordinadas y, cuando sea necesario, consolidadas: con menos duplicaciones y superposiciones se asegura un mejor uso de los recursos públicos, minimizando la carga en los administrados y maximizando la efectividad.
	7. Gobernanza transparente	Las estructuras de gobernanza y las políticas de recursos humanos, deben basarse en la transparencia, el profesionalismo y la gestión por resultados. Las acciones para la promoción del cumplimiento de las normas deben estar libres de toda influencia política y los esfuerzos deben ser recompensados.
En materia de herramientas	8. Integración de la información	Se debe emplear tecnologías de la información para maximizar un enfoque de riesgos, promover la coordinación y el intercambio de información y asegurar el uso óptimo de los recursos.
	9. Procesos claros y justos	Los gobiernos deben asegurarse que las reglas y los procesos para las inspecciones y la promoción del cumplimiento sean claros. Se debe adoptar y difundir legislación coherente y adecuada; los derechos y obligaciones de los funcionarios y de las empresas deben estar claramente establecidos.
	10. Promoción del cumplimiento	Se debe promover la transparencia y el cumplimiento de las normas mediante el empleo de instrumentos adecuados como guías, herramientas y listas de verificación.
	11. Profesionalismo	Los inspectores deben ser capacitados y dirigidos de manera que se asegure su profesionalismo, integridad, consistencia y transparencia. Todo ello exige un entrenamiento sustancial, con un enfoque no sólo en lo técnico, sino también en destrezas generales relacionadas con los lineamientos vinculados a la promoción del cumplimiento y las inspecciones, a fin de asegurar consistencia e imparcialidad.
	*12. “Poniendo los pies sobre la tierra” (Criterio agregado con la publicación de la “Guía de la OCDE para el Cumplimiento Regulatorio y las Inspecciones, 2018”)	Las instituciones a cargo de las inspecciones y de hacer cumplir la normatividad – así como la totalidad del sistema de promoción del cumplimiento – deben alcanzar los niveles de desempeño que se espera de ellos en términos de satisfacción de los interesados, eficiencia (beneficios/costos) y efectividad general (seguridad, salud, protección ambiental, etc.).

Ilustración 16: Tipología de los principios OCDE sobre inspecciones. Elaboración propia

La referida clasificación nos resulta de utilidad, a efectos del presente trabajo, dado que podemos vislumbrar que los referidos principios políticos están enfocados directa o, principalmente, en la variedad de herramientas y el poder de las facultades que deberían de tener las autoridades inspectoras con miras a lograr la eficacia de las regulaciones. Este no es el acento temático en lo que refiere a los principios en materia de instituciones o herramientas ya que, como se puede ver del contenido de sus máximas, estos aluden a aspectos relacionados a la mejora de: la gestión interna, la transparencia, el diseño institucional y los recursos humanos y logísticos de las autoridades fiscalizadoras (entre los varios aspectos que se desarrollan); siempre, claro, teniendo de trasfondo o finalidad actuación eficaz y mejora de las intervenciones de las instituciones

fiscalizadoras. Por tanto, conociendo el contenido de los principios; y, enfocándonos en los que se relacionan con los sentidos de eficacia como cumplimiento y aplicación, podemos especificar dicha relación de la siguiente manera:

Principio de política OCDE	Sentido de eficacia implicado
<p>1. Cumplimiento basado en evidencia</p>	<p><i>“Las inspecciones y la promoción del cumplimiento de las normas deben basarse en evidencia y en indicadores: la toma de decisiones sobre qué y cómo inspeccionar debe fundamentarse en datos y evidencia y los resultados deben ser evaluados con regularidad.”</i> (Subrayado nuestro)</p> <p>Eficacia como cumplimiento y eficacia como aplicación: porque los órganos de adjudicación o autoridades inspectivas a través de sus propias facultades o mediando mecanismos alternativos de intervención promueven la obediencia o, eventualmente, fuerzan el cumplimiento de reglas por parte de los administrados (o incluso llegan a sancionar); y, en todos los casos se refuerzan estas capacidades si se consolida una visión de la autoridad basada en la toma de decisiones en base a evidencia. Este principio, más allá de considerar tanto las inspecciones como a los mecanismos alternativos de promoción del cumplimiento como un filtro necesario al momento regular, plantea fundamentalmente parámetros de mejora para las potestades inspectivas (en este sentido, están más dirigidos a la eficacia en el sentido de aplicación).</p>
<p>2. Selectividad</p>	<p><i>“En la medida de lo posible, la promoción del cumplimiento y la aplicación de las normas deben ser dejadas a las fuerzas del mercado, al sector privado y a la sociedad civil: las inspecciones y la promoción del cumplimiento no pueden llevarse a cabo en todos los entes regulados ni pueden atender todas las situaciones. (...)”</i> (Subrayado nuestro)</p> <p>Eficacia como cumplimiento: porque las regulaciones son, en algún modo, motivo, razón, o parte del motivo o razón por la que el sujeto obligado sigue la conducta prescrita en la norma. En ese sentido, la autoridad inspectiva, desde una mirada más amplia de la regulación; y, considerando motivos y razones para el cumplimiento, debe considerar alternativas de participación u actuación ajenas a las que les son propias como órgano de adjudicación u entidad fiscalizadora. Dichas alternativas se pueden instituir a través de iniciativas netamente privadas como las de autorregulación. Aquí también podemos tomar en cuenta a los mecanismos de intervención regulatoria que buscan la obediencia de las normas basados en la economía conductual.</p> <p>Eficacia como aplicación: La autoridad inspectiva vela por el cumplimiento normativo con base en el criterio de selectividad si utiliza herramientas alternativas de intervención en orden a forzar la aplicación de las normas. Así, por ejemplo: mecanismos con cierto grado de reconocimiento público de la regulación privada como son la meta-regulación o la co-regulación.</p>
<p>3. Enfoque de riesgo y proporcionalidad</p>	<p><i>“La promoción del cumplimiento de las normas debe hacerse según los riesgos involucrados y proporcionalmente: la frecuencia de las inspecciones y los recursos a emplearse deben ser proporcionales al nivel de riesgo y las acciones de cumplimiento de las normas deben dirigirse a la reducción de los riesgos reales derivados de las infracciones”</i> (Subrayado nuestro)</p> <p>Eficacia como cumplimiento y eficacia como aplicación: la autoridad inspectiva, sea a través de sus propias facultades o mediando mecanismos alternativos de intervención, promueven la obediencia o, eventualmente, fuerzan el cumplimiento de reglas por parte de los administrados; y, al desarrollar estas acciones, aplican el enfoque de riesgos y proporcionalidad en la medida que esta forma parte también de la visión institucional de la entidad. Ello, potencia la eficiencia y efectividad del uso de sus facultades y la implementación de medidas alternativas de promoción, ya que producto de la focalización de las intervenciones –en aplicación del principio– se consigue un mayor impacto de estas.</p>

<p>4. Regulación responsiva</p>	<p>“<u>las acciones de promoción del cumplimiento e inspecciones deben ser adecuadas al perfil y al comportamiento de los sujetos regulados (...)</u>” (Subrayado nuestro)</p> <p>Eficacia como cumplimiento y eficacia como aplicación: dado que refiere a la capacidad de compulsión o persuasión en función a respuestas diferenciadas y el despliegue de una variedad de formas a las que puede recurrir la autoridad fiscalizadora en la aplicación de la ley (que van desde herramientas que están en el ámbito de su competencia como también fuera de ella) teniendo en cuenta el perfil y comportamiento de los destinatarios de la norma.</p>
--	--

Ilustración 17: Correlación entre sentidos de eficacia y principios políticos. Elaboración propia

Estando a lo señalado, es que, en nuestro trabajo, al conjunto de los 4 principios que inciden directamente en los sentidos de eficacia como aplicación y cumplimiento los hemos denominado justamente como “**Principios de la OCDE sobre políticas para la mejora de la aplicación y cumplimiento de la regulación**”. En esa línea, en lo que atañe a la IT, un instrumento que, por ejemplo, se configura como idóneo para abordar las distintas problemáticas asociadas a los principios sobre “instituciones” y “herramientas” puede ser el Plan Sectorial de Inspección del Trabajo 2019-2021 (PSIT), aprobado por Resolución Ministerial 063-2019-TR; el cual –en parte– aborda el fortalecimiento institucional del SIT en sus aspectos organizativos y de gestión pública vistos como parte de las estrategias del su **Objetivo Específico N° 2 (Ampliar la cobertura de la inspección del trabajo)**. Así, entre las estrategias e indicadores de este objetivo tenemos:

OBJETIVOS ESPECÍFICOS	ESTRATEGIA	INDICADOR
<p>OE 1. Impulsar la gestión eficiente de la inspección del trabajo</p>	<p>1.1. Priorizar la intervención planificada de la inspección del trabajo, y el rol preventivo, especialmente en aquellos sectores económicos con altos índices de informalidad laboral y en los que se evidencia la vulneración de los derechos sociolaborales de los trabajadores.</p>	<p>Porcentaje de actuaciones inspectivas cerradas que fueron planificadas (operativos).</p>
		<p>Porcentaje de empresas que cumplieron con la normativa laboral después de realizado operaciones de orientación y/o prevención.</p>
		<p>Porcentaje de empresas que subsanaron el incumplimiento laboral luego de la aplicación de la gestión del cumplimiento.</p>
	<p>1.2. Mejorar la predictibilidad del SIT para un servicio de calidad y orientado al ciudadano.</p>	<p>Porcentaje de actas de infracción que no son acogidas por la autoridad sancionadora.</p>
<p>OE 2. Ampliar la cobertura de la inspección del trabajo.</p>	<p>2.1. Fortalecer la capacidad operativa del SIT para la sostenibilidad de las intervenciones de la inspección del trabajo.</p>	<p>Número de Intendencias Regionales implementadas en el ámbito nacional.</p>
		<p>Número de inspectores en el ámbito nacional.</p>
	<p>2.2. Fortalecer la articulación multisectorial e intergubernamental entre las entidades públicas para potenciar el alcance de la inspección del trabajo.</p>	<p>Número de base de datos interrelacionadas alcanzadas por alianzas multisectoriales y multinivel, en el año, para fortalecer la función de inspección del Trabajo.</p>
		<p>Número de convenios suscritos para la articulación de Sistemas de Información en intercambio de información y actuación conjunta.</p>

Ilustración 18: DGPIT- MTPE (2019) - PROGRAMACIÓN DE INDICADORES Y METAS A NIVEL DE ESTRATEGIAS DEL PSIT para el 2019-2021

Sin embargo, como se puede ver también, en el Objetivo Específico N° I, se vislumbran aspectos relacionados propiamente al fortalecimiento institucional de las actuaciones e intervenciones directas que tiene la inspección cuando ejerce sus facultades normativas. En ese sentido, con la finalidad de evaluar los aspectos en los cuales está pendiente la tarea del fortalecimiento institucional de las facultades de la autoridad inspectiva; es decir, las que inciden en eficacia de las normas entendidas como cumplimiento y aplicación, es pertinente pasar a analizar los “Principios de política para la mejora del cumplimiento y aplicación de las regulaciones”³⁴ de cara al cumplimiento de los mismos por parte de la SUNAFIL. Ello, ya que, esta es la autoridad a la que le corresponde “funciones como ejecutor de la función inspectiva” de promoción, vigilancia y exigencia del cumplimiento de las normas sociolaborales en el SIT acorde con lo estipulado en la letra a) del numeral 2.2 del artículo 4 del Reglamento del Sistema de Inspección del Trabajo (RSIT), aprobado por Decreto Supremo N° 002-2017-TR.

Aunado a lo anterior, previamente al análisis de los principios en el ámbito de la SUNAFIL, debemos tener en cuenta que algunos de los principios de forma específica (y la guía en general) están pensados en función a la intervención de la fiscalización en el marco del análisis de impacto regulatorio. Más allá de que –como hemos señalado– este mecanismo de intervención en la regulación ya esté previsto legalmente en nuestra legislación, aún no hay pautas reglamentarias respecto a cómo se incorporaría esta metodología a las intervenciones regulatorias de los distintos sectores en la administración pública peruana. Ello, sin embargo, no ha sido óbice para que distintos órganos reguladores y fiscalizadores hayan ya institucionalizado la metodología del RIA en su funcionamiento (haremos mención a algunos de ellos en el siguiente análisis).

Teniendo presente lo anterior, pasamos a realizar el análisis de los principios de política a partir del modelo de enforcement que tiene actualmente la SUNAFIL; sobre todo, teniendo en cuenta las pautas señaladas en la “Guía de la OCDE para el cumplimiento regulatorio y las inspecciones”(OECD, 2019a, pp. 13–28), la cual especifica los subcriterios incluidos en cada principio (y que en las matrices que presentamos a continuación las incorporamos a modo de pregunta de acuerdo a lo también previsto de modo alternativo en la guía OCDE sobre inspecciones) y la evidencia requerida para dar cuenta de su cumplimiento.

La idea, tras el análisis de las matrices que presentaremos a continuación, es poder dar cuenta del actual modelo de enforcement de la SUNAFIL de cara a los contenidos de los principios de política. Para ello, se presenta, de manera directa y ejemplificativa, las referencias a normativa convencional, legal o reglamentaria, así como referencias instrumentos de gestión y política pública de la SUNAFIL que, a nuestra consideración, pueden ejemplificar los principios estudiados dado que van en línea con los postulados de sus contenidos. En algunos casos, señalamos también algunas experiencias en otros organismos fiscalizadores en el Perú, o también, aportamos alguna experiencia comparada. Partiendo de estas premisas, tenemos:

³⁴ Con relación a los 4 principios, es pertinente aclarar que si bien el 10.º principio de la Guía OCDE de inspecciones (denominado “Promoción del cumplimiento”) aborda la temática de la función de difusión y orientación sobre la normativa –y por ello, estaría vinculado a los aspectos relacionados a la eficacia como cumplimiento–; en el presente estudio hemos prescindido de su análisis en la medida que, sin pretender soslayar su importancia, consideramos que sus planteamientos implican solo a los aspectos referidos al sentido de eficacia como cumplimiento, y no así con los de la eficacia entendida como aplicación. En ese entender, y en tanto que nuestro estudio se enfoca en principios que desarrollan ambos tipos de eficacia (como se muestra en la Ilustración N° 17) a propósito de la IT, fue que se estimó oportuno no considerar al referido principio. Ello, sin perjuicio de que en la presente investigación se hayan realizado algunas apreciaciones sobre asuntos relacionados a la temática de la orientación, especialmente en la IT.

i) Respecto al principio de “Cumplimiento basado en evidencia” desde la SUNAFIL

Subcriterios sobre “Cumplimiento basado en evidencia” de acuerdo a la Guía OCDE sobre inspecciones				
Subcriterios/ a modo de Preguntas Clave	I.1 ¿Durante el proceso de Análisis de Impacto Regulatorio y en las evaluaciones ex post de la regulación, se revisan los aspectos vinculados a las inspecciones y a las acciones de promoción del cumplimiento de las normas?	I.2 ¿Las potestades atribuidas a las instituciones encargadas de hacer cumplir las regulaciones y de efectuar inspecciones reflejan las metas establecidas por el gobierno en términos de reducción de riesgos y del logro del interés público?	I.3 ¿Los indicadores y los datos empleados para evaluar el desempeño de las instituciones encargadas de hacer cumplir las normas y efectuar inspecciones se enfocan también en resultados tales como la reducción de los riesgos, crecimiento económico, bienestar social, etc.?	I.4 ¿Se implementan en la práctica evaluaciones de efectividad y tienen consecuencias reales en términos de las estructuras, métodos, recursos y herramientas vinculadas al desarrollo de las inspecciones y la promoción del cumplimiento de las normas?
	<ul style="list-style-type: none"> Evidencia: Lineamientos/procedimientos del RIA, contenido en los RIA publicados 	<ul style="list-style-type: none"> Evidencia: atribuciones legales establecidas en la legislación respectiva o en documentos oficiales 	<ul style="list-style-type: none"> Evidencia: indicadores de desempeño adoptados y publicados de manera oficial 	<ul style="list-style-type: none"> Evidencia: Políticas oficiales en materia de evaluaciones, ejemplos de evaluaciones públicas e informes de seguimiento
Ejemplos en función a evidencias desde la SUNAFIL	<ul style="list-style-type: none"> R.S 354-2019-SUNAFIL, que aprueba el Plan Anual de Inspección del Trabajo (PAIT) 2020. Como ya se señaló, el RIA y el análisis ex post no han sido aún incluidos ni normativamente ni, en general, institucionalmente en ninguna entidad que forme parte del sector trabajo o, en específico, en el SIT³⁵. Por otro 	<p>Los instrumentos de política pública principales que implican las actuaciones planificadas como objetivos de Gobierno de la SUNAFIL son los siguientes:</p> <ul style="list-style-type: none"> Resolución Ministerial N° 063-2019-TR, que aprueba el “Plan Sectorial de Inspección del Trabajo 2019 - 2021” (PSIT) cuyo objetivo general es “Fortalecer la intervención del Sistema de 	<ul style="list-style-type: none"> Respecto a la PSIT, este incluye indicadores porcentuales y cuantitativos relacionados a las actuaciones propias de la IT (operativos, subsanaciones, cumplimiento en función a la orientación) así como en aspectos organizacionales y logísticos; 	<ul style="list-style-type: none"> No hay evidencia publicada (la SUNAFIL realiza la supervisión del funcionamiento del SIT a través de la Intendencia Nacional de Supervisión del Sistema Inspectivo (INSSI). Para ello se aplica la Directiva N° 001-2016-

³⁵ A diferencia de otros sectores, en los que algunos organismos reguladores han incluido aspectos relacionados al RIA tanto en su diseño institucional como en sus intervenciones; así, por ejemplo:

	<p>lado, alternativamente, un ejemplo para poder verificar una evidencia en este acápite –consideramos³⁶– puede ser dar cuenta de que las intervenciones regulatorias de la autoridad de trabajo vienen acompañadas con la planificación pertinente que tenga en cuenta el factor de las inspecciones; es decir, los aspectos relacionados a la intervención de la SUNAFIL. En tal sentido, el PAIT 2020 implica un instrumento alternativo de política pública que da cuenta de la actuación de la SUNAFIL en términos de planificación basada en evidencia y que incluye el cumplimiento de metas en función a los objetivos públicos asignados en diversas materias como: incremento de la formalización laboral, cumplimiento de normas de seguridad y salud en el trabajo, entre otros.</p>	<p>Inspección del Trabajo, en beneficio del ciudadano a nivel nacional” (si bien este objetivo no está relacionado <i>directamente</i> a la mitigación de riesgos o de algún tipo de daño público específico, su enfoque si refiere al logro de resultados en términos de fortalecimiento institucional).</p> <p>Asimismo, el acápite 15.1 de la PSIT establece los “Sectores priorizados de la IT” que dan cuenta “cierto” análisis de riesgos en razón de los sectores económicos con mayores infracciones en las materias “formalización laboral” y “relaciones laborales” (aunque el método de priorización no es fundamentado).</p> <ul style="list-style-type: none"> • Resolución Ministerial N° 071-2018-TR, que aprueba la “Estrategia Sectorial para la Formalización Laboral 2018-2021” (ESFL) cuyo objetivo general es “Disminuir la informalidad del empleo en el país” (en este caso el tipo de daño público a mitigar está claramente determinado) 	<p>en ese sentido, si bien no se han incluido indicadores en términos de resultados a favor de la mitigación de algún problema público específico relacionado a la reducción de riesgos, al crecimiento económico o el bienestar social, si existen indicadores en términos de resultados relacionados a la mejora y “fortalecimiento de las intervenciones del SIT”.</p> <ul style="list-style-type: none"> • Respecto a la ESFL, si bien el daño público a mitigar está especificado (“disminuir la informalidad laboral”), el punto II de la estrategia solo señala como indicador que se tiene previsto la “incorporación en el mercado laboral formal de alrededor de 299 mil personas” 	<p>SUNAFIL/INSSI, “Disposiciones para la supervisión del Sistema de Inspección del Trabajo”).</p>
--	---	--	---	---

- El Organismo Supervisor de la Inversión en Energía y Minería (OSINERMIN) que ha publicado su “Guía de Política Regulatoria N° I: Guía Metodológica para la realización de Análisis de Impacto Regulatorio en Osinergmin”. Confróntese en https://www.osinergmin.gob.pe/seccion/centro_documental/Institucional/RIA/Guia-Politica-Regulatoria-N-1.pdf.

- Organismo Supervisor de la Inversión en Infraestructura de Transporte de Uso Público (OSITRAN) que ha publicado su “Manual para la realización del Análisis de Impacto Regulatorio en el OSITRAN”. Confróntese en <https://www.ositran.gob.pe/wp-content/uploads/2018/05/047-CD.pdf>.

³⁶ Hacemos esta consideración de manera comparativa y análoga respecto a este criterio (y así también, en adelante, en lo que corresponda en algunos de otros subcriterios analizados), basado en expuesto en el estudio de la OCDE, “Regulatory Enforcement and Inspections in the Environmental Sector of Peru” del 2020, en el que se analiza el cumplimiento del conjunto de “Principios de la OCDE sobre las Mejores Prácticas para el Cumplimiento de las Normas e Inspecciones” en el OEFA.

ii) Respeto al principio de “Selectividad” desde la SUNAFIL

Subcriterios sobre “Selectividad” de acuerdo a la Guía OCDE sobre inspecciones		
Subcriterios/ a modo de Preguntas Clave	2.1 ¿En el proceso de Análisis de Impacto, se consideran realmente las opciones y alternativas a las tareas de hacer cumplir las normas dirigidas por el Estado?	2.2 ¿Existen mecanismos institucionales para poner en práctica las alternativas a las tareas de hacer cumplir las normas dirigidas por el Estado, en caso que sea lo adecuado?
	<ul style="list-style-type: none"> Evidencia: Lineamientos de RIA, contenidos de RIA ya publicados 	<ul style="list-style-type: none"> Evidencia: Habilitar legislación, por ejemplo, para accionar de manera colectiva, seguros obligatorios, responsabilidad de operadores económicos, etc. Ejemplos prácticos de dichos esquemas
Ejemplos en función a evidencias desde la SUNAFIL	<p>El modelo de actuación bajo el esquema del RIA no ha sido institucionalizado al interior de la SUNAFIL y no se ha encontrado evidencias que puedan dar cuenta de que los mecanismos alternativos para el cumplimiento desde los sectores privados sean considerados como parte del modelo de planificación para el cumplimiento por parte de esta autoridad.</p> <ul style="list-style-type: none"> Un ejemplo alternativo en este caso (aunque tampoco integrado de manera completa en las intervenciones regulatorias ex ante y ex post en OEFA), de acuerdo a lo ha señalado por la OCDE³⁷, se puede evidenciar en el la creación de un registro de “buenas prácticas”³⁸ como se ha dado con la Resolución de Consejo Directivo N° 034-2014-OEFA/CD que aprueba el Reglamento del Registro de Buenas Prácticas Ambientales del 	<p>En el ámbito de la SUNAFIL no hay mecanismos institucionalizados normativamente que promuevan el uso de estrategias alternativas de regulación desde el sector privado.</p> <ul style="list-style-type: none"> Ejemplos que den cuenta de evidencia en otros sectores, podemos referir a los “programas de cumplimiento” como expresión de la autorregulación de los privados. Esto se ha dado, por ejemplo, en los sectores de competencia de INDECOPI como son:

³⁷ En el estudio de la OCDE, “Regulatory Enforcement and Inspections in the Environmental Sector of Peru” del 2020, se apunta: “a Registry of Good Environmental Practices exists to promote their dissemination. Efforts have been made to engage with the private sector” OECD (2020b, p. 45).

³⁸ En el ámbito del sector trabajo (aunque no pensado como una estrategia alternativa de cumplimiento que sea coordinada con la autoridad inspectiva) se tendría el impulso que cada cierto período realiza el MTPE con el “Concurso de Buenas Prácticas Laborales”, por ejemplo, en su última edición aprobada mediante Resolución Ministerial N° 074-2019-TR. Evidentemente este mecanismo tampoco está diseñado como mecanismo a utilizarse bajo los estándares del RIA.

<p>OEFA el cual es una medida a tener en cuenta por el OEFA en sus intervenciones bajo un esquema de análisis de riesgos.</p> <ul style="list-style-type: none"> • Otra experiencia importante y que ha sido reconocida por la OCDE al OEFA³⁹ refiere a la establecida en la Resolución de Gerencia General N° 071-2018-OEFA/GEG, por la que Conforman el Grupo de Trabajo denominado “Behavioral Economics del OEFA” (o también denominado BE OEFA). El artículo I de la resolución señala que el referido grupo “tiene como objetivo la identificación y el análisis de los problemas suscitados en el desarrollo de las actividades y funciones asociadas a la Evaluación, Supervisión y Fiscalización Ambiental, proponiendo alternativas de solución a través de herramientas de la neurociencia, psicología y economía del comportamiento; a fin de diseñar e implementar los experimentos correspondientes y evaluar los resultados obtenidos”. Al respecto, y retomando lo referido en el capítulo I con relación a los postulados de la Economía Conductual, con el trabajo de los profesores Sunstein y Thaler, especialmente, con la publicación del texto “Nudge: Improving Decisions About Health, Wealth, and Happiness” se cuestiona (así como en su momento lo hizo el neo-institucionalismo) el paradigma de la racionalidad individual de la escuela económica neoclásica, la cual postula el modelo del “homo economicus” y la “racionalidad costo-beneficio” como estándar básico de las decisiones humanas. Dicho modelo, que está a la base de las técnicas de comando-control de la regulación (prototípicamente, de las sanciones de tipo multa) ha sido complementado con los postulados de la economía conductual que plantea que la racionalidad humana no puede basarse únicamente en un esquema de cálculo de costos y beneficios. Sino que, 	<ul style="list-style-type: none"> - En materia de defensa del consumidor: con el Decreto Supremo N° 185-2019-PCM que aprueba el “Reglamento que promueve y regula la implementación voluntaria de programas de cumplimiento normativo en materia de protección al consumidor y publicidad comercial”. - En materia de protección de la libre competencia: con la Resolución N°006-2000/CLC-INDECOPI mediante la cual se aprobó la “Guía de Programas de Cumplimiento de las Normas de Libre Competencia”. <p>En línea con lo anterior, sería importante la promoción por parte de la autoridad de trabajo de regular los estándares de los programas de cumplimiento en el ámbito laboral que dan lugar a lo que se ha definido como “compliance laboral”⁴³ como parte de un programa general de compliance que abarque diversas áreas de una empresa.</p>
---	--

³⁹ En el estudio de la OCDE, “Regulatory Enforcement and Inspections in the Environmental Sector of Peru” del 2020 se señala: “Substantial work aimed at strengthening prevention through compliance promotion or use of behavioural models approaches have been performed or initiated. A Behavioural Economic Working Group was recently created to help at identifying and analysing the issues encountered in the performance of environmental inspections and enforcement, find alternative solutions through neuroscience, psychology and behavioural economics tools, design and implement experimental solutions, and assess the obtained results.” OECD (2020b, p. 45).

⁴³ Respecto a este término y las implicancias de su inclusión en ámbito de la inspección del trabajo, se tiene: ““Compliance” laboral se define como la función que comprende un conjunto de procedimientos y sistemas de control internos, elaborados de forma una sistemática y objetiva, para la prevención, identificación y gestión de los riesgos por incumplimiento de la normativa sociolaboral, tanto interna como externa, de una determinada organización, como parte del conjunto de riesgos legales generales de la empresa (legal compliance). [Aquí] La actividad inspectora laboral en ha pasado en la tradicional búsqueda del orden (autorizadora, controladora), por otra de la gestión del riesgo, delegando en el análisis de los riesgos laborales (en sentido amplio) o también denominado risk management, en la propia empresa.” Rojas Rosco et al. (2017, p. 38)

	<p>también, entran a tallar, desde el campo de la psicología, los denominados heurísticos y sesgos⁴⁰ que explican los comportamientos “irracionales” de las personas. Sobre esta premisa, “behavioural insights [son] una forma para que los gobiernos dirijan el comportamiento humano a través de nudges, simples ajustes de políticas que utilizan el poder de la sugestión para influir en las decisiones de las personas, en lugar de leyes o impuestos” (Guay, 2019). En dicho marco, una de las intervenciones de aplicación de mecanismos de economía conductual de BE OEFA más interesante –en términos de resultados– ha sido el programa de “Beneficios de la subsanación de incumplimientos en el sector minero” en el que “[c]on la finalidad de reducir los sesgos de sobrecarga cognitiva y costo hundido, [se] buscó aumentar el acceso y el entendimiento de la información sobre los beneficios de la subsanación, en los diferentes niveles de la cadena de decisiones. Para ello, se diseñaron dos tipos de actividades: Una actividad durante la acción de supervisión, orientada a los responsables o jefes del proyecto minero; y [otra] durante el trámite de la supervisión, la cual estaba dirigida a los tomadores de decisiones de la empresa”⁴¹ (Torres et al., 2020, p. 2).</p> <ul style="list-style-type: none"> • A nivel comparado, en México, desde agosto del 2017 se tiene al Sistema para informar a la autoridad laboral el nivel de cumplimiento de las condiciones generales de trabajo capacitación y adiestramiento y seguridad y salud que prevalecen en los centros de trabajo (CUMPLILAB)⁴². Este mecanismo destaca por ser una plataforma informática implica beneficios en su acceso como incentivos para que los administrados brinden información (a manera de autodiagnóstico) sobre la situación de cumplimiento normativo en sus unidades productivas. Ello, sin que esto implique necesariamente el despliegue de potestades sancionadoras, sino principalmente acciones orientativas de cara al cumplimiento. 	
--	--	--

⁴⁰ Según Pfarr, “Los heurísticos son pequeños patrones en nuestra forma de pensar que por lo general ayudan a procesar la información de manera más eficiente, pero que en ocasiones son vulnerables a errores de percepción, valoración y juicio. Estos errores predecibles son conocidos como sesgos cognitivos, y son muy estudiados en campos como la psicología cognitiva y la Economía del Comportamiento” (2016, p. 20). Así, por ejemplo, con el sesgo de “costo hundido” las decisiones se dan sobredimensionando el valor de los costos anteriormente incurridos en un proyecto en ciernes; o, con el sesgo de “sobrecarga cognitiva”, la cantidad de información que puede procesar una persona excede las capacidades de su memoria y atención.

⁴¹ Esta intervención basada en presupuestos de economía conductual demostró en resultados que “[e]n general, **el porcentaje de subsanación o corrección de los incumplimientos subió de 8.3% en 2018 a un 40.6% en el 2019**, lo cual es atribuible al diálogo y uso de Trípticos y cartas” (Torres et al., 2020, p. 5)(Resaltado nuestro).

⁴² Al respecto, confróntese: <http://cumplilab.stps.gob.mx>

iii) Respeto al principio de “Enfoque de riesgos y proporcionalidad” desde la SUNAFIL

Subcriterios sobre “enfoque de riesgo y proporcionalidad” de acuerdo a la Guía OCDE sobre inspecciones					
Subcriterios/ a modo de Preguntas Clave	3.1 ¿Permite la legislación un enfoque de riesgo y proporcionalidad y exige que sea la base para el desarrollo de las actividades de cumplimiento de las normas y de inspecciones?	3.2 ¿Existe un enfoque común para la evaluación y la gestión de riesgos o para prácticas similares que tengan este enfoque en los distintos campos regulatorios?	3.3 ¿Las inspecciones se llevan a cabo de manera proactiva, se escogen los objetivos de las inspecciones sobre la base del nivel de riesgo? ¿Se incluyen los reclamos y las inspecciones reactivas?	3.4 ¿Las decisiones relacionadas a la promoción del cumplimiento de las normas están basadas efectivamente en la proporcionalidad de los riesgos?	3.5 ¿Se comunica con claridad y de manera activa a los grupos de interés la estrategia de gestión de riesgos y el enfoque de promoción del cumplimiento basado en riesgos, con el objetivo de gestionar adecuadamente las expectativas y mejorar los resultados?
	<ul style="list-style-type: none"> Evidencia: Contenido de la legislación de carácter marco o sectorial con referencia a la discrecionalidad y a la proporcionalidad de los riesgos 	<ul style="list-style-type: none"> Evidencia: Documentos oficiales sobre evaluación de riesgos y gestión de riesgos 	<ul style="list-style-type: none"> Evidencia: Lineamientos oficiales sobre la focalización de las inspecciones, informes con datos sobre las actividades de inspección y sus objetivos (con datos sobre distintos grupos de riesgo) 	<ul style="list-style-type: none"> Evidencia: Lineamientos oficiales sobre la actividad de hacer cumplir la ley de manera proporcional a los riesgos involucrados, informes anuales con datos sobre tales decisiones y análisis y tendencias sobre las mismas 	<ul style="list-style-type: none"> Evidencia: Políticas oficiales y evidencias de esfuerzos de comunicación
Ejemplos en función a evidencias	<ul style="list-style-type: none"> El numeral 239.I del artículo 239 del TUO de la LPAG aplicable y obligatorio en el 	En SUNAFIL, y en general, en el sector trabajo no hay una	<ul style="list-style-type: none"> Un buen ejemplo sobre focalización del riesgo como parte del 	<ul style="list-style-type: none"> Ejemplos de este punto desde la SUNAFIL⁴⁷ son: 	<ul style="list-style-type: none"> Ejemplo de este punto desde la SUNAFIL lo representa la “Estrategia Institucional de

⁴⁷ Ambos instrumentos que pautan la actuación de los inspectores de trabajo en el SIT regulan en su acápite 6.2 el “Modelo conceptual de la estrategia de intervención en formalización laboral” tanto para el ámbito rural como el urbano. Respecto a dichas pautas, es relevante mencionar que el modelo incluye etapas como la inteligencia previa, la recopilación y análisis de información, la inteligencia territorial y la construcción del caso. Dicho modelo de intervención se muestra como una herramienta de planificación e intervención completa desarrollada en base a criterios que focalizan el riesgo y que plantean medidas preventivas complementarias a la disuasión.

<p>desde la SUNAFIL</p>	<p>ámbito de la IT, define a la actividad de fiscalización como una actividad que se ejerce bajo un “enfoque de cumplimiento normativo, de prevención del riesgo, de gestión del riesgo y tutela de los bienes jurídicos protegidos”.</p> <p>*Vale aclarar que esta disposición puede tomarse en cuenta también –parcialmente, dado que la legislación especial de la IT no la desarrolla– para dar muestra del cumplimiento del subcriterio 1.2 del principio de “cumplimiento basado en evidencia”.</p>	<p>definición transversal de “riesgo”⁴⁴.</p> <ul style="list-style-type: none"> • Un buen ejemplo de evidencia, se encuentra en el literal d) del artículo 4 (principios) del Reglamento de Supervisión de la OEFA aprobado con Resolución de Consejo Directivo N° 006-2019-OEFA/CD⁴⁵ 	<p>diseño de las reglas para las intervenciones de la inspección en SUNAFIL la encontramos en la Directiva N° 002-2017-SUNAFIL/INII de Servicio de atención de denuncias laborales⁴⁶, aprobada con Resolución de Superintendencia N° 82-2020-SUNAFIL</p>	<p>El Protocolo N° 002-2019-SUNAFIL/INII, <i>Protocolo de actuación del modelo estratégico de fiscalización laboral en zonas rurales: Perú formal rural</i>; y, el Protocolo N° 001-2019-SUNAFIL/INII, <i>Protocolo de actuación del modelo estratégico de fiscalización laboral: Perú formal urbano</i>. Cabe mencionar, que estos criterios adecuados no se replican en materias distintas a la de “formalización laboral”.</p>	<p><i>Intervención en Formalización Laboral 2017-2021 de la SUNAFIL (la sectorización del riesgo de incumplimiento)</i>⁴⁸ aprobada con Resolución de Presidencia del Consejo Directivo N° 05 -2017-SUNAFIL/PCD, el cual establece el marco teórico y a evidencia que sustenta el “Modelo conceptual de la estrategia de intervención en formalización laboral” aplicado en los protocolos de formalización Perú formal Rural y Urbano. Todos estos instrumentos han sido publicados y son de acceso público para los interesados de manera general.</p>
--------------------------------	--	--	---	---	--

⁴⁴ Sin perjuicio de ello, en materia de seguridad y salud en el trabajo, el Reglamento de la Ley N° 29783, Ley de Seguridad y Salud en el Trabajo, aprobado por Decreto Supremo N° 005-2012-TR define el término como la “Probabilidad de que un peligro se materialice en determinadas condiciones y genere daños a las personas, equipos y al ambiente”.

⁴⁵ El mismo que señala: “**Orientación a riesgos:** En el ejercicio de la supervisión se toma en consideración el riesgo ambiental que pueda generar el desarrollo de la actividad del administrado, teniendo en cuenta el nivel de sus consecuencias así como la probabilidad de su ocurrencia.”

⁴⁶ Así el punto 9.5 de la directiva se regulan criterios para la focalización de las denuncias en base criterios de riesgo. Así, se regula el “Módulo De Gestión De Cumplimiento” que en uno de sus acápites señala: “Mediante el MGC se realiza una verificación presencial o virtual de los hechos denunciados, siempre y cuando exista verosimilitud en los hechos denunciados o no se trate de la vulneración de derechos fundamentales, o de situaciones o hechos que puedan poner en riesgo la vida o la seguridad y salud del denunciante o de las personas involucradas, o exista o se pueda establecer un peligro o un riesgo mayor de afectación al denunciante en la tramitación de la gestión del cumplimiento”.

⁴⁸ De igual forma, los protocolos Perú formal Rural y Urbano (previamente señalados) son ejemplos del cumplimiento del subcriterio 3.5 del principio de riesgo y proporcionalidad en la medida que responden a un esquema de aplicación de focalización del riesgo los cuales han sido difundidos por la SUNAFIL.

iv) Respecto al principio de “Regulación responsiva” desde la SUNAFIL

Subcriterios sobre “Regulación responsiva” de acuerdo a la Guía OCDE sobre inspecciones				
Subcriterios/ a modo de Preguntas Clave	4.1 ¿La legislación aplicable permite que la promoción del cumplimiento de las normas se haga de manera diferenciada (responsiva) y proporciona un marco apropiado para el ejercicio de la discrecionalidad (permitiéndola dentro de determinados límites y con rendición de cuentas)?	4.2 ¿La graduación de las sanciones disponible es adecuada para disuadir mediante esquemas escalonados (suficientemente “leves” cuando sea necesario y suficientemente “graves” para sobrepasar el beneficio potencial derivado del incumplimiento)?	4.3 ¿Existe una distinción clara y una articulación efectiva entre las actividades que se enfocan en la promoción del cumplimiento (incluyendo, cuando sea necesario, el empleo de las facultades coercitivas) y las actividades para hacer cumplir las normas enfocadas en la lucha contra la criminalidad (llevada a cabo por fuerzas policiales, fiscales, etc.)?	4.4 ¿Las prácticas para hacer cumplir las normas diferencian la respuesta ante el incumplimiento, sobre la base de un registro histórico del comportamiento de los administrados (con tratamiento diferenciado a las nuevas empresas), evaluación de riesgos y de efectividad de las diferentes opciones?
	<ul style="list-style-type: none"> Evidencia: contenido de la legislación marco aplicable y/o de la legislación sectorial específica que regula la promoción del cumplimiento de las normas, legislación secundaria y/o lineamientos acerca de cómo ejercerla 	<ul style="list-style-type: none"> Evidencia: Disposiciones en la legislación marco o en la legislación sectorial específica otorgando a los funcionarios la potestad de aplicar sanciones; legislación secundaria y/o lineamientos que establezcan explícitamente la amplitud de las posibles decisiones 	<ul style="list-style-type: none"> Evidencia: Visión, atribuciones de entidades encargadas de las inspecciones y de hacer cumplir la ley (normas legales, documentos estratégicos, informes anuales, etc.) 	<ul style="list-style-type: none"> Evidencia: Documentos de política oficial, informes anuales, datos y análisis
Ejemplos en función a evidencias	<ul style="list-style-type: none"> En el caso de SUNAFIL, tanto el marco convencional (art. 13, numeral 17.2 del art.17 y art. 18 	<ul style="list-style-type: none"> En el caso de la SUNAFIL, se utiliza un sistema de multa tasada⁵¹ en base a los criterios establecidos 	<ul style="list-style-type: none"> Respecto a este criterio, la Guía de la OCDE para el cumplimiento regulatorio y las inspecciones, agrega 	<ul style="list-style-type: none"> Un buen ejemplo desde la SUNAFIL que se ha oficializado mediante la Resolución Ministerial

⁵¹ La última modificatoria de la tabla dada con el D.S N° 008-2020-TR, se basa en el Informe N° 54-2019-MTPE/2/16.5 de la Dirección de Supervisión y Evaluación de la Dirección General de Políticas para la Formalización Laboral e Inspección del Trabajo, el cual hemos analizado en el presente trabajo. En ese sentido la exposición de motivos del D.S N° 008-2020-TR señala que “con base a los hallazgos encontrados por el informe en mención, la nueva propuesta de actualización de la tabla de sanciones no modifica los montos de las multas para el caso de las MYPE en tanto se ha obtenido un impacto favorable sobre el cumplimiento de la normativa laboral por parte de los administrados.

<p>desde la SUNAFIL</p>	<p>del C. 81 de la OIT) como legal (art. 245 del TUO de la LPAG y artículos 5, 14, 15, 41 y 48 de la LGIT) permiten respuestas diferenciadas de tipo persuasivo y disuasivo; no así en lo que refiere a las facultades de la remediación⁴⁹.</p> <p>●Adicionalmente, es muy importante resaltar la incorporación del artículo 10-A⁵⁰</p>	<p>en la tabla de multas del RLGIT. Si bien, dicha tabla toma criterios como el tipo de empleador, el número de trabajadores afectados y la gravedad de la infracción; hay metodologías alternativas para el cálculo de multas que dan mayor garantía de proporcionalidad y suficiente grado de disuasión de la sanción. Así, por ejemplo, la OCDE ha reconocido el método de cálculo realizado por la OEFA⁵²</p>	<p>que “[s]e puede cumplir con este criterio de varias maneras, pero para ello fundamentalmente se requiere que el objetivo de las entidades encargadas de las inspecciones y de hacer cumplir las normas sea la maximización de los niveles de cumplimiento, y no una sistemática detección y castigo de cada incumplimiento”. En ese sentido, es útil como ejemplo del cumplimiento</p>	<p>N° 291-2019-TR es la creación e implementación del “Sistema de Alertas y Monitoreo - SAMO” en el Sistema Informático de Inspección del Trabajo (SIIT). Dicho sistema implica el inicio de la inclusión de perfiles de empleadores, y el registro y seguimiento de sus patrones de comportamiento en base a indicadores⁵⁴ y evidencia confiable, los cuales son</p>
--------------------------------	---	--	---	--

No obstante, para el caso de las empresas No MYPE, la nueva propuesta de actualización de la tabla de sanciones contempla una modificación de los montos de multas debido a que la tabla de sanciones vigente no ha obtenido un impacto sobre el cumplimiento de la normativa laboral por parte de los administrados.”

⁴⁹ En este aspecto, cabe resaltar que se encuentran atenuadas las facultades de remediación en la IT como se señalará en el punto 3.3.2 del presente trabajo.

⁵⁰ “Artículo 10-A.- **Acciones previas al inicio de las actuaciones inspectivas de investigación o comprobatorias**

La Inspección del Trabajo, previo al inicio de las actuaciones inspectivas de investigación o comprobatorias, puede practicar diligencias preliminares para obtener el cumplimiento de la obligación objeto de la investigación, ya sea de forma presencial y/o a través de sistemas de comunicación electrónica, mediante el uso de tecnologías de la información y comunicación (virtual), según sea el caso y cuando corresponda. Se considera como parte de las acciones previas al inicio de las actuaciones inspectivas de investigación o comprobatorias, la aplicación del módulo de gestión de cumplimiento; así como la conciliación administrativa a cargo del personal que integra el Sistema de Inspección del Trabajo”. Un ejemplo similar con resultados de cumplimiento positivos y de aplicación del enfoque responsivo lo tiene la Comisión de eliminación de barreras burocráticas de INDECOPI, Cfr. Ochoa (2016, p. 175).

⁵² La OCDE ha señalado como una experiencia exitosa la metodología del cálculo de multas el OEFA; así, respecto al análisis de este subcriterio ha señalado que: “Existen metodologías para imponer y calcular multas basadas en la determinación de la gravedad del incumplimiento y otros elementos. Se aplican diferentes sanciones y medidas en función de los resultados de la inspección. Los incumplimientos y las sanciones se clasifican en leves, graves y muy graves, según el nivel de riesgo relevante y los posibles impactos negativos. La Metodología de cálculo de multas tiene en cuenta los criterios apropiados, lo que permite una aplicación responsiva” OECD (2020b, p. 60).

⁵⁴ Al respecto, la R.M N° 291-2019-TR, señala en su “**Artículo 2.- Indicadores del “Sistema de Alertas y Monitoreo – SAMO”:**

El “Sistema de Alertas y Monitoreo - SAMO” está integrado por indicadores que permiten el análisis, la detección y la emisión de alertas, a fin de obtener información oportuna y efectiva para la prevención, orientación y fiscalización de presuntos riesgos de incumplimientos de la normativa sociolaboral; siendo estos los siguientes:

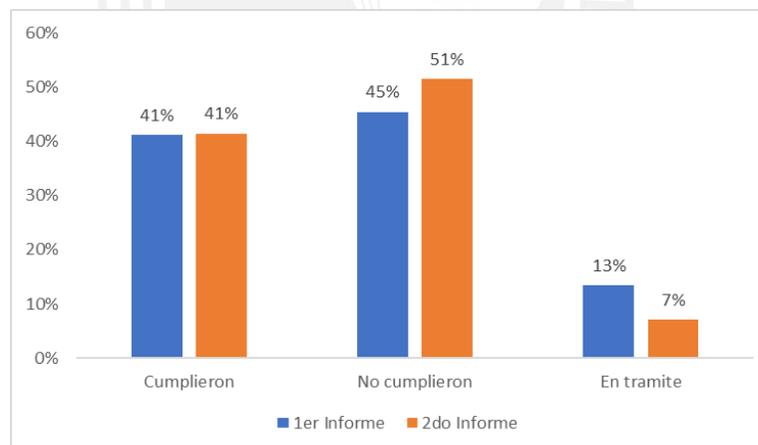
- La proporción del número de trabajadores y locadores registrados en la planilla electrónica.
- El número de trabajadores inscritos en el T – Registro sin pago en la planilla mensual.
- La relación entre el rango de ingresos por ventas de las empresas registradas en la Superintendencia Nacional de Aduanas y de Administración Tributaria (SUNAT) y el número de trabajadores registrados en la planilla electrónica.
- El número de trabajadores registrados en la planilla electrónica sin pago de beneficios sociales.

En el marco de sus competencias, mediante resolución de superintendencia, la Superintendencia Nacional de Fiscalización Laboral (SUNAFIL), en una periodicidad no mayor a la anual, aprueba la incorporación y/o actualización de los indicadores que componen el “Sistema de Alertas y Monitoreo - SAMO”.

	en la LGIT, el cual, da cobertura legal a la incorporación de métodos alternativos para el cumplimiento normativo impulsados desde la propia	que incluye fórmulas para la determinación de la sanción, los que sí garantizarían los parámetros de proporcionalidad y riesgo.	de este criterio la aplicación de la Directiva N° 002-2017-SUNAFIL/INII de Servicio de atención de denuncias laborales que contiene el Módulo de gestión del cumplimiento ⁵³ , la cual,	esenciales para los mecanismos de cumplimiento y aplicación que tiene la SUNAFIL. Así el artículo I de la R.M citada define al SAMO como una “herramienta
--	--	---	--	---

⁵³ Cabe resaltar aquí, que el Informe N° 003 -2019-SUNAFIL/INII que da sustento a la incorporación del módulo de cumplimiento en la versión 2 de la directiva de denuncias de SUNAFIL muestra evidencia tangible de la efectividad del mecanismo del módulo de gestión del cumplimiento (MGS), el cual, en una primera fase se implementó a manera de un piloto para el período 2017 en la SUNAFIL. Este se concibe como un mecanismo alternativo de atención de denuncias, distinto al trámite tradicional –regular– que implicaba generar una orden de inspección a cada denuncia presentada. Así, respecto de determinadas materias (de menor riesgo), el módulo emplea el uso de una comunicación inductiva al empleador denunciado (carta inductiva), cuyo efecto disuasivo puede corregir la conducta infractora del denunciado en un plazo menor al estimado en las actuaciones inspectivas regulares para el mismo caso. Así, el referido informe en el acápite 4.10 señala: “conforme con los resultados informados por la ILM del piloto del MGC, nos permite estimar que existe un 41% de efectividad en el cumplimiento del empleador denunciado (primer informe de 500 denuncias, y segundo informe de 1306 denuncias). Ver gráfico siguiente:

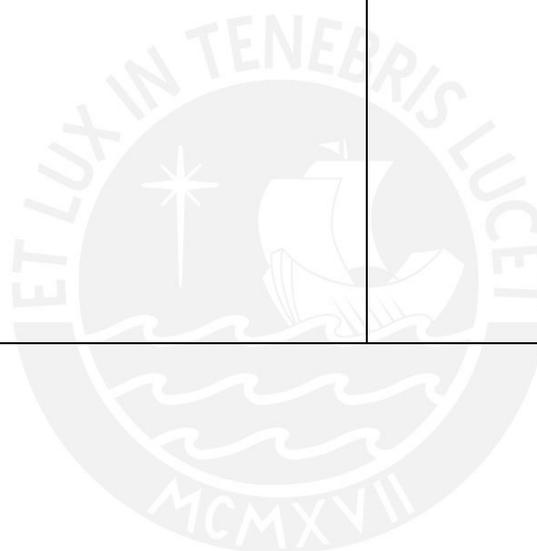
Estructura porcentual del resultado del módulo de gestión cumplimiento, Lima 2018.



Fuentes: Informes N° 07 y 39-2018-SUNAFIL/ILM.

Dicho mecanismo, a nuestra consideración, se alinea a un esquema alternativo de promoción del cumplimiento a través de herramientas propia de la economía conductual, en la medida que utiliza la carta informativa e inductiva – sin efectos coercitivos directos– como un “nudge” o incentivo para concientizar y eventualmente influenciar en la

	<p>autoridad inspectiva. Así, el art. 1 de la LGIT define a las “acciones previas” al inicio de actuaciones inspectivas como “<i>actividades o diligencias presenciales y/o virtuales que, según el caso, pueden realizarse antes del inicio de las actuaciones inspectivas de investigación o comprobatorias, a fin de vigilar el cumplimiento de la normativa sociolaboral y de seguridad y salud en el trabajo, mediante la verificación o constatación de hechos y/o documentos, conciliación administrativa, entre otras conductas. Estas acciones son realizadas por el personal que la autoridad inspectiva de trabajo competente designe.</i>”</p>		<p>sobre la base de criterios de mitigación del riesgo permite filtrar las denuncias ante la inspección en una lógica de “maximización de los niveles de cumplimiento, y no una sistemática detección y castigo de cada incumplimiento” como desarrolla el subcriterio analizado.</p>	<p><i>informática de análisis, detección y emisión de alertas que provee información oportuna y efectiva con el fin de prevenir, orientar y fiscalizar los presuntos riesgos de incumplimientos de la normativa sociolaboral, como parte de las acciones de inteligencia inspectiva desarrolladas por la SUNAFIL”.</i></p>
--	--	--	---	--



conducta del sujeto inspeccionado en orden al cumplimiento de normas sociolaborales. Al respecto, sobre lo que se puede denominar como influencia sobre la “conducta” empresarial, es importante tener en cuenta que, en el ámbito de la economía conductual, los estudios indican que las herramientas de esta rama pensados en principio para la persona humana, dependiendo del caso en concreto, pueden ser aplicados en el ámbito de las organizaciones; así se tiene que; “[l]as percepciones sobre el comportamiento destinadas a individuos también se pueden aplicar para influir en el comportamiento organizacional, proporcionando un nuevo conjunto de herramientas para respaldar un mejor diseño y ejecución de la normativa. Sin embargo, hay salvedades: los resultados varían según el contexto, la organización y las personas dentro de ellos, lo que demuestra la necesidad de probar siempre en cada contexto” Drummond (2020).

Con respecto al principio de “Regulación responsiva”, es importante recordar –como hemos venido sosteniéndolo desde el primer capítulo– que representa, a nuestra consideración, un modelo más completo y avanzado en lo que a estilos de cumplimiento de las regulaciones refiere; y, llegados a este punto, ello denota importancia a su vez porque este principio –desde el análisis previamente señalado– es el único (de los cuatro estudiados) que aborda claramente las dimensiones de la eficacia normativa como cumplimiento y aplicación que están estrechamente vinculadas al actuar de la IT desde la óptica de la habilitación de sus facultades. Hemos advertido, asimismo, la necesidad de superar los pensamientos dicotómicos que polarizan los discursos entre culturas permisivas y autoritarias, las que, como hemos citado al inicio de este acápite, José Antonio Marina ha llamado “culturas fragmentarias” (haciendo con ello, un símil sobre la necesidad de la recuperación de la autoridad a nivel de la institucionalidad pública laboral, sentido de “recuperación de la autoridad” que se da también –siguiendo a Marina– en las instituciones de la escuela y la familia). Así pues, a fin de aterrizar estos conceptos en el funcionamiento actual de la IT, es pertinente, en este punto, ver con mayor detalle como consideramos que se podría diseñar una “pirámide de cumplimiento” desde las facultades e intervenciones que tiene la SUNAFIL. Al respecto, primero, debemos tener en cuenta el modelo prototípico planteado por Ayres y Braithwaite (1992) que es el siguiente:

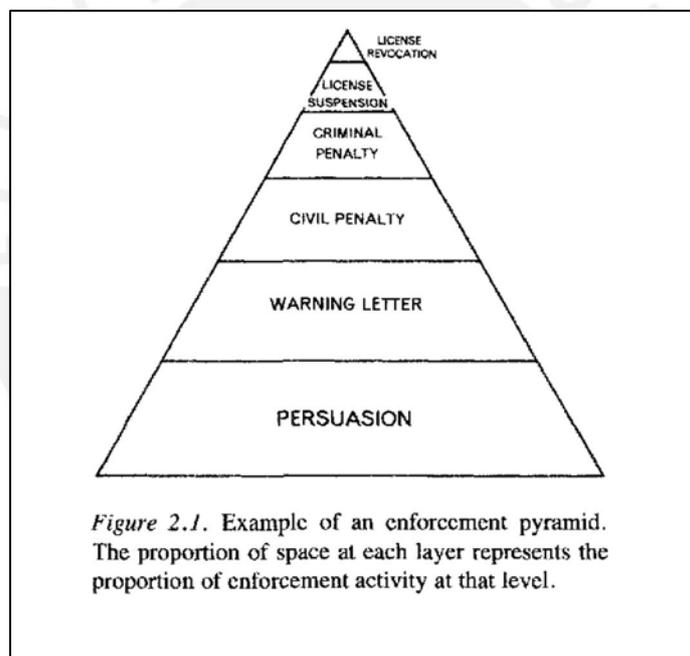


Ilustración 19: Pirámide de enforcement para una empresa (Ayres & Braithwaite, 1992, p. 35)

Con relación a la ilustración, el enfoque responsivo, como el propio término “responsive” alude, implica dar respuesta en reacción a una situación teniendo en cuenta al sujeto regulado, su contexto y sus reacciones; es decir, respondiendo en función a quien se tiene al frente (el administrado y sus antecedentes, su contexto particular, y el comportamiento que vaya desarrollando en las intervenciones del fiscalizador). Así, “la pregunta ya no es si alternativamente se debe castigar o persuadir, sino cuándo hacerlo, lo que dependerá, entre otros aspectos a considerar, de las motivaciones de los regulados. Esto significa abrir un espacio para que el regulador pueda utilizar estrategias responsivas de “zanahoria y garrote”, adoptando rutinas confrontacionales o indulgentes dependiendo de si el regulado coopera o no. La cooperación con el regulado es, pues, una variable a considerar tratándose de la aplicación o no

de sanciones u otras medidas de cumplimiento de la regulación” (Soto, 2016, pp. 197–198). Por su parte, como también se ha visto en el capítulo primero, autores como Ochoa planteaban que la aplicación de la pirámide de cumplimiento implica una técnica de escalonamiento que va desde las técnicas de enforcement más blandas hasta las más fuertes; y, en ese sentido, el mismo autor refería que **“la autoridad solo utilizará la sanción (multas o inhabilitación) como último recurso (ubicadas hacia la cumbre de la pirámide), en tanto haya agotado las opciones más persuasivas desde el comienzo de la relación (ubicadas en la base de la pirámide)”** (Resaltado nuestro). Al respecto, reiteramos que, si bien nos adherimos a los postulados del modelo responsivo por su visión holística de la eficacia normativa (que aborda tanto el cumplimiento como la aplicación); ello, no obsta que algunos de los postulados que plantea puedan ser mejorados. En ese sentido, es necesario pensar el uso de la pirámide de enforcement de manera flexible en atención justamente a otro principio de política de enforcement, como es el enfoque de riesgos y proporcionalidad. Por ello, consideramos que el escalonamiento no debe significar rigidez en aplicación de medidas ante el administrado; y, menos aún, confundir el privilegio de herramientas persuasivas producto de un escalonamiento rígido (propias del modelo preventivo, en el ámbito laboral) con una aplicación estricta del enfoque responsivo. En ese sentido, coincidimos con los postulados de Deva que plantea una “teoría integrada de la regulación”; y, consideramos necesario reconducir cualquier premisa del enfoque responsivo que implique algo así como un necesario privilegio de las intervenciones blandas en las actuaciones de los fiscalizadores y que no admita excepciones. Así pues, el profesor Deva apunta:

As an alternative, the integrated theory of regulation is proposed, which builds upon and extends responsive regulation. The point of departure for the integrated theory is that integration between different available strategies of implementation and types of sanctions should be *cumulative* and *co-ordinated* rather than being progressive and hierarchically ordered. **In order to maximize efficacy, I argue that regulatory techniques and sanctions should be employed simultaneously to complement one another rather than being invoked only when the techniques situated lower on the regulatory pyramid fail to deliver. (...) The integrated theory of regulation is also driven by an objective: it seeks to provide a foundation for a regulatory regime that could effectively deal with instances of human rights violations by corporations. Keeping this objective in mind, the theory proposes to maximize the chances of effective regulation by introducing regulatory regimes which utilize integrated strategies of implementation and types of sanctions at institutional, national and international levels.** (2014, pp. 198–199)

En línea con este razonamiento, tener en cuenta un manejo inteligente y flexible de las herramientas de aplicación y cumplimiento redundará en una intervención más integral si el regulador asume también una mirada que empate con la protección de derechos humanos⁵⁵;

⁵⁵ En contrapartida, no podemos obviar otra perspectiva como la del profesor Steve Tombs, quien plantea una postura crítica con respecto a los postulados de la “mejora regulatoria” y la regulación responsiva como método ideal de enforcement de las regulaciones. Así, el autor señala: “El influyente trabajo de John Braithwaite y otros, que reconoce la existencia de una amplia variedad de opciones a menudo representadas en forma de «pirámide de cumplimiento» (Ayres y Braithwaite, 1992; Cf. Grabosky, 1997), aboga por la autorregulación «supervisada» u «obligatoria» como el más pragmático de los modelos (Braithwaite, 1982; Braithwaite y Fisse, 1987). Estos autores se pronuncian a favor de las estrategias de

respecto de los cuales, a su vez, si existen mandatos normativos rígidos que vinculan y obligan tanto positiva como negativamente el actuar del Estado frente a los derechos fundamentales (en el ámbito del trabajo, pensamos en los sectores de derechos protegidos por los convenios OIT sobre libertad sindical, trabajo infantil, trabajo forzoso y prohibición de la discriminación) sea en su rol garantista frente al actuar de terceros o, más aún, si se trata del agente que comete los daños. Estando a lo señalado, podemos plantear una pirámide de enforcement para la autoridad inspectiva de trabajo, teniendo en cuenta su rol garantista de los derechos humanos laborales, lo que, insistimos, implica la necesidad de una mirada integrada y flexible respecto al uso escalonado de las intervenciones inspectivas. De esta manera, tendríamos:

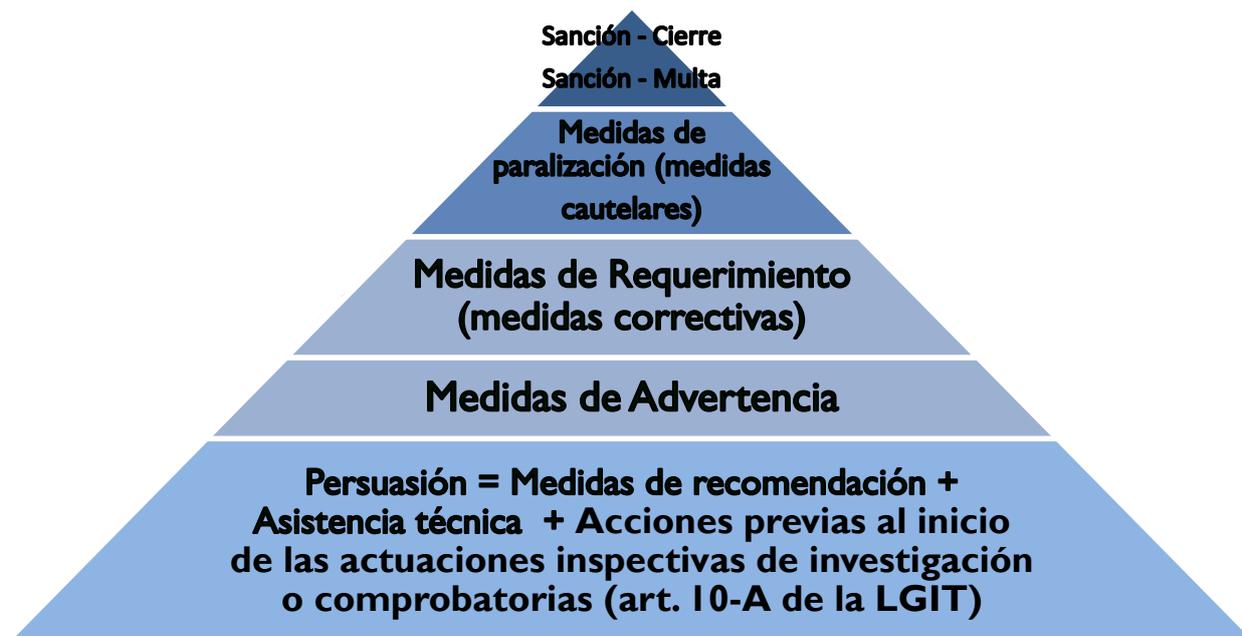


Ilustración 20: PIRÁMIDE DE ENFORCEMENT EN LA SUNAFIL, Elaboración: propia

Un aspecto adicional, no retratado en la pirámide de enforcement de la SUNAFIL refiere a la regulación establecida con el Decreto Supremo N° 020-2019-TR; norma que modifica el artículo 7° del Decreto Supremo N° 017-2012-TR habilitando a la autoridad inspectiva a poder publicar “listas reputacionales” de infractores en determinadas materias como son: libertad de trabajo, trabajo infantil, igualdad y no discriminación, libertad sindical, jornada de trabajo y descansos remunerados, contratación sujeta a modalidad, y seguridad y salud en el trabajo (con el agravante en esta última materia de que, en los supuestos de resolución sancionadora de la IT sobre

cumplimiento (compliance), pero solo cuando estas se apoyan en sanciones duras, pues «los reguladores deberán ser capaces de hablar en voz baja lleven grandes porras» (Braithwaite, 2000; 99). Estas visiones ya fueron sometidas a una extensa crítica empírica (y conceptual) (...)” (2016, p. 147). De nuestra parte, consideramos que un acrecentamiento o preponderancia de la estrategia punitiva en el ámbito laboral no es conveniente; sino que para hacer un uso acertado de las facultades punitivas, es importante partir de un enfoque integrado en la medida que estemos ante intervenciones flexibles e inteligentes (basados en un análisis previo de los riesgos involucrados y los necesarios a evitar en términos de protección de derechos fundamentales y del interés público); en ese sentido, los postulados de la regulación responsiva son fundantes y dan cuenta de ideas potentes al momento de adoptar un método de intervención pública de autoridad inspectiva; sin embargo, en el ámbito del derecho del trabajo, consideramos necesario introducir la perspectiva desde los derechos humanos laborales que nos compele a modular algunos postulados de la teoría responsiva y su aplicación en los casos que impliquen la afectación de derechos laborales fundamentales.

accidente de trabajo y enfermedad profesional comprobada seguida de muerte, “la publicación debe efectuarse por única vez, además, en un diario de circulación del ámbito de su jurisdicción”). Ahora bien, como apuntan Thaler y Sunstein –analizando supuestos de obediencia a la ley en contextos medioambientales– “este es un excelente ejemplo de nudge social (...). La mala publicidad puede causar toda clase de perjuicios, incluida la depreciación de las acciones” (2017, p. 221). En ese sentido, el listado de “Empresas Sancionadas por SUNAFIL”, en el que se publica resoluciones sancionadoras de primera instancia consentidas (no apeladas en el plazo legal) y de segunda instancia, es un instrumento que promueve el cumplimiento y se implementa a un bajo costo; y, a su vez, se instituye en un mecanismo de intervención con sustento en la economía conductual que la propia Guía OCDE sobre inspecciones considera como parte de la aplicación del principio de regulación responsiva.

Finalmente, conviene revisar el modelo que actualmente impulsa la OIT denominado “Planificación o modelo estratégico de cumplimiento”. Al respecto, como premisa de este modelo podemos decir que, con su modelo, la OIT plantea directrices o guías para una intervención específica de la inspección que pueda dar cuenta tanto del cumplimiento como de la aplicación; en ese sentido, en este primer punto, difieren en su alcance con respecto a los principios de la OCDE, los cuales, como se ha visto, no solo están pensados para la mejora de la eficacia normativa como cumplimiento y la aplicación; sino que también se plantea la eficacia en términos de éxito y revisa los aspectos de institucionales y herramientas, es decir plantea un enfoque integral sobre los distintos factores implicados en la temática de la eficacia normativa. Por su lado, el modelo de la OIT plantea el siguiente esquema:



Ilustración 21: OIT 2017 - Enfoque de Planificación Estratégica para el Cumplimiento para Inspecciones del Trabajo (OIT, 2017, p. 1)

Conviene señalar también –como ya se aludió a esta idea previamente en relación a la concepción de gobernanza– que el modelo de enforcement propuesto por la OCDE termina siendo más completo que el propugnado por la OIT –como veremos a continuación–; ello, no solo por los aspectos que el primero cubre y los estándares que exige (como vimos la *Guía de la OCDE para el cumplimiento regulatorio y las inspecciones* es también una herramienta para medir en base a evidencia hasta qué punto la agencia reguladora está cumpliendo con los principios), sino porque, de cara a los principios políticos sobre cumplimiento y aplicación, los “pasos” propuestos por la OIT cubren o desarrollan un número limitado de subcriterios correspondientes a cada principio. Así, comparativamente, tenemos:

Modelo estratégico de cumplimiento de la OIT (OIT, 2017) Vs “Principios de la OCDE sobre políticas para la mejora de la aplicación y cumplimiento de la regulación”		
Modelo de la OIT = Guía de Intervención (pasos)	Contenido	Principio(s) de la OCDE sobre cumplimiento y aplicación que implican a cada etapa del modelo OIT
Primer Paso: Análisis de la Inspección del Trabajo	Examinar la inspección del trabajo, centrándose en tres áreas fundamentales: mandato (deberes formales e informales), recursos (humanos, financieros, tecnológicos, físicos e informativos) y datos (información cualitativa y cuantitativa recopilada de fuentes externas e internas, incluida la inspección del trabajo, otras entidades gubernamentales, las organizaciones de los trabajadores y de los Empleadores, los grupos comunitarios, los medios de comunicación y el mundo académico) relativos al control de la aplicación de normas y al cumplimiento.	Principio de riesgo y proporcionalidad (Subcriterios 3.3 y 3.4)
Segundo Paso: Análisis de Cuestiones y Destinatarios	Examinar las cuestiones y los destinatarios prioritarios de cumplimiento . Estas son las áreas de mayor preocupación que se han identificado basándose en el mandato de la inspección del trabajo y en los datos reunidos relativos al control de la aplicación de normas y al cumplimiento. Después de seleccionar las cuestiones y los destinatarios prioritarios, la inspección del trabajo debe identificar a los empleadores y sus modelos empresariales, lo que le permitirá centrarse y adaptar más en el plan estratégico de cumplimiento teniendo en cuenta estas diferencias.	Principio de riesgo y proporcionalidad (Subcriterios 3.3 y 3.4)
Tercer Paso: Análisis de Influencias	Examinar las influencias que afectan al cumplimiento. La inspección del trabajo debe identificar la causa o causas del cumplimiento o incumplimiento antes de establecer una intervención. Cuanto más comprenda la inspección del trabajo por qué un destinatario cumple o no una determinada cuestión, mayor será su capacidad de identificar partes interesadas e intervenciones adaptadas que influirán en el cumplimiento.	Principio de riesgo y proporcionalidad (Subcriterios 3.3 y 3.4) Principio de regulación responsable (Subcriterio 4.4)
Cuarto Paso: Análisis de Partes Interesadas	Examinar las partes interesadas (cualquier persona, grupo o entidad que ejerce o puede ejercer influencia para el cumplimiento) . Las intervenciones de la inspección, que frecuentemente consisten en multas y otros tipos de sanciones, no necesariamente son las que logran el mayor grado de cumplimiento perdurable. Muchas de las partes interesadas, tanto públicas como privadas, pueden ejercer una influencia más poderosa y permanente que la que ejerce la inspección del trabajo en la lucha contra las dificultades particulares de cumplimiento en destinatarios específicos. El aprovechamiento de esa influencia	Principio de selectividad (Subcriterio 2.2)

	puede ser una de las estrategias de cumplimiento más eficaces y sostenibles de la inspección del trabajo.	
Quinto Paso: Análisis de Intervenciones	<p>La promoción del cumplimiento requiere una combinación de intervenciones diversas. Para lograr el cumplimiento y mantenerlo, la inspección del trabajo no debe autolimitarse a utilizar las intervenciones previstas en sus estatutos y reglamentos, porque existe un número infinito de posibles intervenciones que pueden influir en el cumplimiento; aunque puede ser que esas intervenciones no estén consignadas en la legislación, tampoco ésta las prohíbe. Estas pueden agruparse en cuatro grandes categorías:</p> <ul style="list-style-type: none"> • Intervenciones educativas: programas de formación, evaluaciones, recomendaciones, orientación. • Intervenciones de comunicación: campañas de sensibilización organizadas por y para trabajadores, empleadores y/o ciudadanos en general, o bien por medio de campañas de denuncia/reconocimiento. • Intervenciones políticas: promover el cumplimiento ejerciendo presión política, por ejemplo, con la ratificación o cumplimiento de los convenios de la OIT • Intervenciones sistémicas: uso de condiciones o límites para acceder a determinados beneficios, incluida la obtención de certificaciones, permisos y licencias; la creación/ampliación de condiciones de acceso a prestaciones y privilegios, incluidos los contratos públicos, préstamos y subvenciones, así como la identificación y reducción de déficits en la legislación o la práctica 	Principio de Regulación Responsiva (Subcriterio 4.3)
Sexto Paso: Puesta en Práctica del Plan Estratégico para el Cumplimiento	<p>Se basa en los pasos anteriores a fin de trasladar la combinación adaptada de intervenciones a un calendario progresivo, preparar una estrategia de implicación de las partes interesadas, presupuestar el plan y elaborar indicadores para evaluar el desempeño. Al preparar el calendario progresivo, la inspección del trabajo debe tener en cuenta que cada intervención es una oportunidad para incentivar el cumplimiento de un objetivo. Por ende, organizar, combinar y coordinar las intervenciones es una forma de intensificar gradualmente la presión para fomentar el cumplimiento sostenido en toda la comunidad destinataria. "Ganarse a los adversarios puede demandar darles la oportunidad de participar en la búsqueda de la solución."</p>	Principio de Regulación Responsiva (Subcriterio 4.3) Principio de riesgo y proporcionalidad (Subcriterio 3.4)

Ilustración 22. Etapas del modelo estratégico de cumplimiento de la OIT y su ubicación desde los "Principios de la OCDE sobre políticas para la mejora de la aplicación y cumplimiento de la regulación"

Fuente: OIT (2017)

Elaboración propia

Como se puede ver, las intervenciones bajo el modelo de planificación estratégica de la OIT se subsumen esencialmente en algunos de los subcriterios de los principios políticos de selectividad, evidencia, enfoque responsivo y en parte también en el de riesgo y proporcionalidad (con más incidencia en este último, en especial); sin embargo, ello no resta valor al cambio de perspectiva que también viene adoptando la OIT con relación al cumplimiento de las regulaciones, intentando así superar los modelos dicotómicos de tipo activo/reactivo o punitivo/preventivo.

Sin perjuicio de ello, en todo caso, consideramos que la propuesta de la OIT sería plenamente compatible con el de la OCDE; más aún, la propuesta de guía de intervención de la OIT se vería potenciada y complementada con los demás subcriterios desarrollados en los principios de política al dotarle a la inspección del trabajo de máximas que garantizan el diseño de intervenciones inteligentes y un amplio margen de herramientas para generar el cumplimiento normativo –una “caja de herramientas”– las cuales, como hemos señalado, pueden ser utilizadas de forma escalonada en función a la reacciones e “historia” del sujeto inspeccionado en el caso

concreto. En ese sentido, vale la pena verificar también cómo la OIT propugna la superación del modelo tradicional de control de la aplicación de las normas, para pasar a un modelo estratégico de “aplicación y cumplimiento”, así:

	Modelo tradicional de control de la aplicación	Modelo estratégico de cumplimiento
Objetivo	Aplicación	Aplicación y cumplimiento
Enfoque	Reactivo (a menudo basado en denuncias) y sistemático	Proactivo, orientado (impulsado por la inspección del trabajo) y adaptado, basado en el diagnóstico de causas del incumplimiento
Intervenciones	Aplicación Educación Comunicación	Aplicación Educación Comunicación Políticas Sistémicas
Partes interesadas	Trabajadores y sus organizaciones Empleadores y sus organizaciones	Trabajadores y sus organizaciones Empleadores y sus organizaciones Entidades gubernamentales Entidades no gubernamentales Medios de comunicación Otros intervinientes (todo aquel que pueda influir en el proceso para lograr el cumplimiento)
Ejecutores	Inspección del trabajo	Inspección del trabajo y partes interesadas
Mediciones del desempeño	Aplicación eficaz y eficiente	Aplicación eficaz y eficiente y cumplimiento sostenido

Ilustración 23: OIT 2017 - Modelo tradicional Vs Modelo estratégico de cumplimiento (OIT, 2017, p. 3)

Para finalizar este punto, debemos notar que la propuesta de intervenciones del modelo de la OIT enfatiza y desarrolla profusamente medios novedosos para lograr la eficacia como cumplimiento; y, de cierta forma, deja de lado el rol de la autoridad inspectiva en la faceta de la aplicación de la Ley; es decir, más específicamente, no hace mayor desarrollo en lo que refiere a las herramientas de aplicación desde la fiscalización o la sanción, dejando de lado la posibilidad de introducir pautas en cuanto a innovaciones o nuevas perspectivas en lo que refiere a la temática de la eficacia como aplicación. En ese sentido, podemos decir que el modelo OIT parece incompleto cuando se lo compara con los subcriterios de la OCDE y de la regulación responsable. Dicho giro de enfoque en la OIT, que pone el acento en la eficacia como cumplimiento, se puede explicar en la medida que –si bien el modelo estratégico se pliega también al uso de algo así como una “caja de herramientas” en la inspección– se busca dejar atrás el estilo tradicional para lograr la eficacia normativa desde las herramientas incorporadas en los Convenios OIT de inspección del trabajo; los cuales, acentúan, ante todo, los modos y usos de herramientas tradicionales del poder disuasivo (sanción) y persuasivo (recomendación o advertencia) con el consiguiente debate en torno al “adecuado equilibrio” de estos.

Así, en base a las herramientas que provee el marco convencional de la OIT es que, por el lado de la eficacia como aplicación, el debate se ha centrado esencialmente en la determinación de la “sanción adecuada” y en la adopción de medidas de “aplicación inmediata” en caso de peligro inminente para la salud o seguridad de los trabajadores. Así, respecto de las implicancias de estar ante una sanción “adecuada”, Arce apunta que “[e]sta sanción proporcional y razonable le aporta credibilidad a la inspección laboral. Es suficiente porque no es ni tan alta (como para que

desaparezca la empresa) ni tan baja (para que las ignoren). Es efectivamente impuesta, porque no hay forma de librarse de la multa si se cometió el incumplimiento. Y cobrable, ya que si fue impuesta no es posible que falle el sistema de cobranza coactiva” (Arce, 2016, p. 810).

Al respecto, en el campo del estudio de la eficacia como aplicación, si bien nos parece fundamental el debate en torno a la sanción adecuada y efectivamente aplicada –o las medidas cautelares a cargo del inspector en materia de seguridad y salud en el trabajo–; siguiendo lo señalado previamente en el análisis del principio de regulación responsiva desde la SUNAFIL, consideramos que un debate de la mayor relevancia –y el cual no ha sido suficientemente desarrollado– refiere al del fortalecimiento y eficacia de las facultades remediadoras que pueda tener la IT.

Como está señalado en el C. 81 de la OIT, la inspección tiene habilitadas expresamente facultades punitivas (como facultad del inspector de recomendar o, de ser el caso, iniciar un “procedimiento” o la habilitación a la inspección –en nuestro caso, a los órganos sancionadores– de poder imponer sanciones adecuadas) y de tutela urgente en materia de seguridad y salud en el trabajo; sin embargo, la legislación convencional omite reglas respecto de las facultades remediadoras o reparadoras de las afectaciones a los derechos laborales. Dicha situación se hace patente por ejemplo cuando, cuando la recomendación sobre administración e inspección del trabajo de la OIT refiere a que la IT “goza de amplios poderes y responsabilidades consistentes, entre otras cosas, **en hacer cumplir la ley e imponer sanciones que sean lo suficientemente disuasorias como para impedir las infracciones a la normativa laboral**, proporcionando al mismo tiempo asesoramiento técnico, correctivo y en materia de desarrollo, herramientas de orientación y prevención, y promoviendo prácticas óptimas en los lugares de trabajo. Estas funciones deberían regularse y equilibrarse como parte de una estrategia integral de cumplimiento, a fin de lograr unas condiciones de trabajo decentes y un entorno de trabajo seguro” (OIT, 2011, p. 7) (Resaltado nuestro).

Como se ve en el ámbito de la OIT la alusión a la aplicación de la ley refiere esencialmente a las facultades punitivas; y, en todo caso, al debate que hay respecto de poder lograr el equilibrio entre las facultades punitivas y preventivas. Sin embargo, en toda la resolución del 2011, no se hace referencia alguna a las facultades de tipo reparador que pueda tener la IT. Es en este aspecto, que el principio de regulación responsiva cobra importancia al remarcar que **“es indispensable que la legislación permita explícitamente respuestas diferentes cuando se trate de promover el cumplimiento de las regulaciones (...), dependiendo de las circunstancias** (riesgo derivado de los incumplimientos, antecedentes y situación del administrado, disposición a cumplir y mejorar la conducta, o la falta de esta, colaboración, obstaculización, etc.)” (OECD, 2019a, p. 26) (Resaltado nuestro), ya que sobre la base dicha máxima se comprende claramente que las distintas herramientas de cara al cumplimiento tienen un valor propio, el cual, por cierto, desde la mirada del enfoque responsivo estará definido en función al tipo de administrado o sujeto obligado frente al cual la autoridad se encuentra. En ese sentido, consideramos que las facultades reparadoras tienen tanta o, en determinadas situaciones, más importancia inclusive que las facultades punitivas y de tutela de urgencia.

Como se ha visto, las facultades correctoras de la inspección están a medio camino entre la base (herramientas más blandas) y la cúspide de la pirámide de cumplimiento de la SUNAFIL; en ese sentido, esa característica que no les da una identidad ni claramente disuasoria ni claramente persuasiva hace que estas facultades compartan la propiedad de servir como herramientas con

vocación interventora de tono más ponderado o también, podríamos decir, de carácter más holístico (en cuanto a los estilos de enforcement implicados en la regulación responsiva) para abordar las problemáticas de incumplimiento de la regulación. En este sentido, el siguiente acápite analiza, principalmente, las referidas facultades en la IT con la finalidad de plantear aspectos en los cuales actualmente se ha restado valor al poder correctivo y reparador de la inspección. Asimismo, en línea con ello, se discuten aspectos de reforma regulatoria procedimental que se vinculan con la revaloración de las medidas reparadoras, y tienen como finalidad el planteamiento esquemas normativos que resulten coherentes con el principio de regulación responsiva. Como hemos venido indicando desde el capítulo I de este estudio, nuestra propuesta se centra en los cambios desde la “perspectiva desde abajo” desarrollada por Banerjee & Esther Duflo; y, en ese sentido, consideramos pertinente dar cuenta de ejemplos de cómo se podría materializar el principio de regulación responsiva en el último apartado del presente capítulo.

Así pues, las modificaciones reglamentarias y criterios interpretativos que discutiremos a continuación son ejemplos de cómo se podría marcar la diferencia desde esta perspectiva o, al menos, representan un aporte en la línea de cambios en los modos en los cuales tradicionalmente se ha venido actuando en la IT; siempre con la idea de fondo de cambios que permitan compatibilizar el funcionamiento de la autoridad inspectiva con la búsqueda de la realización del principio de regulación responsiva.

3.3 El principio de “Regulación Responsiva” en la Inspección del Trabajo: ejemplos de temáticas de discusión pendientes y reformas regulatorias en orden a su materialización

Hemos venido sosteniendo que el fortalecimiento institucional es una condición necesaria para la mejora del cumplimiento normativo y que, bajo los parámetros brindados por los “Principios de la OCDE sobre políticas para la mejora de la aplicación y cumplimiento de la regulación”, dicho fortalecimiento institucional –desde la perspectiva desde abajo– puede materializarse en la introducción de cambios específicos a nivel de la regulación de la normativa sobre inspección del trabajo y también con la propuesta de criterios interpretativos que, en conjunto, coadyuven o signifiquen consolidar la interiorización del modelo de regulación responsiva a nivel normativo-institucional en la IT.

Asimismo, debemos notar que dichos cambios no incidirán específicamente en normativa sustantiva laboral, dado que estos supuestos se corresponden con la eficacia de la normativa de tipo jurídico (es decir, por el respeto por los principios fundamentales del derecho del trabajo). Pues bien, específicamente, en términos de eficacia jurídica como aplicación, los cambios a plantear deben centrarse en las denominadas “normas constitutivas” que, a efectos de nuestro trabajo, aluden a los poderes o facultades que la IT puede ejercer como actividad administrativa de limitación. Esta distinción es importante a efectos de resaltar la necesidad de la positivización de las referidas reformas regulatorias –y, por supuesto, también con la idea de buscar una mejor interpretación en el uso de las actuales reglas de la IT buscando con ello introducir o dar cuenta de criterios interpretativos que vayan en línea con la efectividad de la IT– en algunos supuestos, así pues:

Las normas deónticas o regulativas —sean principios o reglas — expresan lo que podemos denominar la «dimensión regulativa» del derecho: el derecho como

guía que obliga, prohíbe o permite (faculta) ciertas conductas o la obtención de ciertos fines o estados de cosas. Pues bien: junto a esa dimensión regulativa, el derecho posee también una «dimensión constitutiva». El derecho no es simplemente un sistema normativo (y, tomado en su conjunto, coactivo) que regula directamente la conducta social (esa es, desde luego, su función «primaria»), sino que además está «institucionalizado». Esto significa que el propio derecho se «autorregula» mediante normas jurídicas que establecen instituciones (autoridades) a las que confieren poderes jurídicos (aunque, en muchos ámbitos del derecho privado, esos poderes se dejan a los ciudadanos), poderes para «operar» de diversas maneras con las propias normas jurídicas; es decir, poderes para realizar actos jurídicos de creación y derogación de normas, de interpretación y aplicación de las mismas a casos concretos, de ejecución de las medidas coactivas previstas en las normas, etc. La dimensión constitutiva del derecho expresa ese carácter institucionalizado, que se realiza a través de un tipo especial de normas jurídicas, las «normas constitutivas». (Pérez Lledó, 2015, p. 27)

Por ende, partiendo de la premisa, de que una eventual propuesta regulatoria recaería sobre normas constitutivas del ámbito de la IT, cabe preguntarse si la incorporación de las premisas del enfoque de regulación responsiva responde únicamente a un esquema soft law a modo de guía en las actuaciones de las inspecciones nacionales (esto, sin perjuicio de que coincidamos con las posturas que encuentran fundamento legal desde el TUO de la LPAG para aplicar la regulación responsiva en el Perú), o si ya en el Perú es posible hablar de una recepción jurisprudencial de los criterios de la regulación responsiva. Lo señalado, no es un asunto de menor importancia, dado que ya hay un antecedente jurisprudencial, nada menos que del Tribunal Constitucional peruano, que según algunos autores evidencia la recepción del enfoque responsivo en el ámbito de las actuaciones de las autoridades administrativas sancionadoras.

El caso, en concreto, refiere a la determinación de la constitucionalidad del artículo 19 de la Ley 30230 que establece el denominado “Privilegio de la prevención y corrección de las conductas infractoras”. Las disposiciones de este artículo (muy similares a las reglas que establecieron el privilegio del enfoque preventivo en la inspección del trabajo con la Ley 30222), señalan lo siguiente:

En el marco de un enfoque preventivo de la política ambiental, establécese un plazo de tres (3) años contados a partir de la vigencia de la presente Ley, durante el cual el Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental - OEFA privilegiará las acciones orientadas a la prevención y corrección de la conducta infractora en materia ambiental.

Durante dicho período, el OEFA tramitará procedimientos sancionadores excepcionales. **Si la autoridad administrativa declara la existencia de infracción, ordenará la realización de medidas correctivas destinadas a revertir la conducta infractora y suspenderá el procedimiento sancionador excepcional.** Verificado el cumplimiento de la medida correctiva ordenada, el procedimiento sancionador excepcional concluirá. De lo contrario, el referido procedimiento se reanudará, quedando habilitado el OEFA a imponer la sanción respectiva (...). (Resaltado nuestro)

Pues bien, estando a esta disposición legal, los demandantes solicitaban la declaratoria de inconstitucionalidad de este artículo en la medida que consideraban que la Ley 30230 debilita la potestad sancionadora del OEFA. Al respecto, el TC se pronunció en la sentencia recaída en los expedientes 0003-2015-PI/TC y 0012-2015-PI/TC (acumulados), cuyos fundamentos⁵⁶ más saltantes sobre el tema son los siguientes:

8. (...) no se trata de postular que el Estado, a través de sus organismos competentes **tenga que necesariamente castigar como consecuencia inmediata de un comportamiento indebido o contrario a la ley, sino que se otorgue la posibilidad de adoptar medidas correctivas** a fin de que estas puedan ser cumplidas antes de utilizar el máximo poder que se ostenta y que no es otro que el sancionador.

9. Si las medidas correctivas fuesen eventualmente desacatadas o si las razones por las que aquellas se impusieron fuesen ignoradas por aquellos sobre quienes se aplican, es totalmente legítimo que se proceda a una sanción, pero **ello no significa que el Estado tenga que promover como exclusiva y excluyente bandera el castigo inmediato.**

10. No debe ignorarse que toda política pública, más allá de los intereses o bienes que resguarde, debe cumplir una finalidad de suyo pedagógica. Ello no se logra colocando sanciones como única posibilidad, sino fomentando comportamientos adecuados y estableciendo fórmulas intermedias que sólo de ser desacatadas, es que puedan legitimar una actuación radical y definitiva. (Resaltado nuestro)

En base a estos fundamentos se ha planteado que “frente a los alegatos de la demandante respecto de un supuesto debilitamiento de la potestad sancionadora y un favorecimiento a la impunidad, el Tribunal Constitucional ha defendido una noción **responsiva** de la potestad sancionadora. (...) Estos extremos de la sentencia revelan un atisbo de lo que se conoce como **pirámide regulatoria** (Ayres & Braithwaite, 1992), (...) el Tribunal añade que toda política pública debe cumplir una **finalidad pedagógica** que no se logra imponiendo sanciones como única posibilidad. Destaca así la necesidad de usar **fórmulas intermedias** que, sólo si son desacatadas, legitiman una actuación más radical” (Huapaya & Alejos, 2020) (El resaltado y las cursivas son de los autores originales).

Al respecto, en principio si coincidimos con la apreciación respecto de que el Tribunal, con esta sentencia, estaría empezando a tomar en cuenta los criterios del principio de regulación responsiva. Sin embargo, creemos que esta primera aproximación no es más que eso, una primera apreciación respecto de las implicancias del contenido el enfoque responsivo. Será importante que el tribunal puede matizar otros aspectos relacionados a la regulación responsiva en otros casos futuros; quizá, en la próxima ocasión, relacionadas –por ejemplo– con los criterios para determinar una sanción adecuada o los estándares regulatorios de las medidas administrativas dentro del PAS. La mencionado; sin embargo, no obsta que debamos aclarar que,

⁵⁶ Es pertinente también tener en cuenta lo señalado en el fundamento I I que señala: “Por lo demás y es pertinente mencionarlo a propósito del presente caso, la norma materia de cuestionamiento, ni siquiera ostenta una naturaleza permanente, sino que comporta un periodo de aleccionamiento que en este caso es sólo de tres años. Ello en pocas palabras significa, adentrar a los administrados a un comportamiento en pro del respeto del medio ambiente durante lo que podríamos denominar una fase estrictamente pedagógica. Transcurrida la misma ya no podrá alegarse por nadie desconocimiento de la ley y las sanciones serán utilizadas en todos sus alcances.”

a nuestra consideración, no es acertado asimilar el enfoque responsivo con aquellas políticas que determinan de manera prohibitiva –como en el caso de la Ley 30230– o a modo de amnistías – como, en el ámbito laboral con la Ley 30222– el privilegio de la política “preventiva y correctora”. Esta mirada limita las potencialidades que puede tener el enfoque responsivo respecto del conjunto de herramientas de las que puede agenciarse la autoridad pública en los escenarios en los que interactúa con el administrado. Más aún, esa asimilación no se condice con los propios postulados señalados en el Guía OCDE de inspecciones ya que ninguno de los criterios desarrollados en esta plantea la necesidad de un privilegio “rígido” de las herramientas blandas por sobre otras medidas alternativas para el cumplimiento (incluyendo la sanción, si bien de estas se menciona que los modos aplicación uniforme tipo “un incumplimiento= una sanción” deben ser superados bajo el enfoque responsivo); y que únicamente bajo un criterio de subsidiariedad, se puede recurrir al uso de las herramientas punitivas (al respecto un tener en cuenta los criterios 4.1 y 4.2 de la Guía OCDE sobre inspecciones). Por supuesto, coincidimos con que la inclinación por un enfoque netamente punitivo debe ser superado, puesto que representa un esquema simple de interpretación de la realidad y no contribuye a abordar de manera completa la problemática del incumplimiento de las normas.

Por ende, por lo señalado, resulta más relevante aún discutir los aspectos relacionados con la concretización de los postulados del enfoque responsivo en la Inspección del trabajo. Y estando a ello, en principio, hay que considerar que la posible positivización e incorporación de los principios de política de la OCDE (y en general, los institucionales y los de herramientas) como parte del listado de principios señalados en el artículo 3 del RLGIT –por ejemplo– constituiría un gran avance para el cambio de perspectiva de la IT. Ya que serviría como marco de actuación e interpretación de las distintas intervenciones de autoridad inspectiva; sea para la actividad de fiscalización o para el PAS⁵⁷. Esto con el agregado de que dicha regulación es más factible y expedita de darse a nivel reglamentario en tanto está dentro de las potestades únicas del Poder Ejecutivo (en concreto del MTPE) el reglamentar la LGIT y por ende el de modificar el RLGIT; mientras que una reforma legal, si bien implicaría una consolidación de los principios a un rango superior, requiere a su vez transitar y vencer diversos aspectos relacionados a la dinámicas propias del Poder legislativo (este mismo criterio “pragmático” será el que tendremos en cuenta a la hora de abordar algunos de los ejemplos sobre reformas regulatorias relacionadas a las facultades de la IT en los acápite siguientes). Teniendo en cuenta ello, conviene revisar primero algunas modificaciones regulatorias en el procedimiento del PAS, para luego revisar algunas cuestiones interpretativas y regulativas respecto de las medidas administrativas en la IT.

3.3.1 Aspectos de mejora procedimentales en la actividad de fiscalización y en el procedimiento sancionador de la Inspección del Trabajo

i) Propuestas de derogación en el RLGIT

Una medida regulatoria importante en línea con la regulación responsiva sería la derogatoria del artículo 3 del Decreto Supremo N° 007-2017-TR, Decreto Supremo que modifica el Reglamento de la Ley General de Inspección del Trabajo, aprobado mediante Decreto Supremo N° 019-

⁵⁷ Como sucede, por ejemplo, en el Reglamento de Supervisión de OEFA, el cual ha positivizado, entre otros, el principio de orientación de riesgos, el de promoción del cumplimiento, el de regulación responsiva y el de supervisión basada en evidencia, etc.

2006-TR sobre prohibición de duplicidad de inspecciones⁵⁸, la cual, afecta seriamente las facultades de intervención de la IT tanto en la actividad de fiscalización como en el PAS. Así, dicha regla está en franca contradicción con el principio de regulación responsiva y de enfoque de riesgos y proporcionalidad, ya que, en el primer caso, imposibilita un aspecto esencial de la regulación responsiva que es el seguimiento de la conducta del administrado bajo monitoreo; y, en el caso del enfoque de riesgo y proporcionalidad, afecta directamente la proactividad de la inspección en términos de “planificación”; ello, en la medida que –como señala la Guía OCDE de inspecciones en el subcriterio 3.3– “(...) se puede requerir una frecuencia de inspecciones de nivel básico para conservar la credibilidad de la supervisión”. Si bien la norma ha ido modulándose para exceptuar temática de derechos fundamentales; ello, no obsta que la prohibición afecte en general la capacidad de planificación de la inspección; esto, más aún si se establece una prohibición rígida que no toma en cuenta parámetros como la proporcionalidad o la razonabilidad, los cuales son esenciales en el enfoque de riesgo.

La propuesta derogatoria, a su vez, ya desde un aspecto jurídico-vinculante⁵⁹, se sustentaría también en la adecuación del RLGIT a las recomendaciones estipuladas en la Observación general núm. 23 (2016) –OG 23– sobre el derecho a condiciones de trabajo equitativas y satisfactorias (artículo 7 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales), la cual señala en su fundamento 57 que:

Toda persona que haya sido objeto de una vulneración del derecho a condiciones de trabajo equitativas y satisfactorias debería tener acceso a recursos judiciales efectivos u otros recursos apropiados, incluida una adecuada reparación, restitución, indemnización y satisfacción o **garantías de no repetición**. El acceso a la reparación no debería denegarse aduciendo que la persona afectada es un migrante irregular. **No solo los tribunales, sino también las instituciones nacionales de derechos humanos, las inspecciones de trabajo y otros mecanismos pertinentes, deberían tener autoridad para hacer frente a esas vulneraciones**. Los Estados deberían examinar y, de ser necesario, reformar su legislación y sus códigos de procedimiento para garantizar el acceso a la reparación, así como las garantías procesales (...). (Resaltado nuestro)

⁵⁸ “**Artículo 3.- Prohibición de duplicidad de inspecciones**

Dentro de un mismo año fiscal, la Autoridad Inspectiva de Trabajo no podrá programar más de una orden de inspección sobre una misma materia respecto del mismo sujeto inspeccionado. Las órdenes de inspección que se emitan en contravención de este artículo no pueden concluir con la emisión de un acta de infracción.

Esta disposición no es de aplicación cuando se trate de inspecciones en materia de seguridad y salud en el trabajo, derechos fundamentales laborales y registro de trabajadores en planilla; así como en los casos de denuncia sobre incumplimientos de obligaciones sociolaborales”.

⁵⁹ Respecto al fundamento sobre el carácter vinculante de los pronunciamientos de los órganos de control convencionales de los tratados de derechos humanos (como es en el caso de las Observaciones Generales del Comité DESC), se ha indicado que: “el carácter obligatorio de los dictámenes emitidos por los órganos de los tratados de derechos humanos de las Naciones Unidas se sustenta en los tratados que los crean y facultan a intervenir en las comunicaciones. Es decir, son los Estados quienes libremente adoptan la decisión de ser Estado parte de un determinado tratado, que además de crear un órgano para el tratado le atribuye competencia para conocer y examinar las denuncias. Este mandato es de carácter convencional y es indesligable del mismo tratado” (Burneo et al., 2018, p. 64).

Como ha quedado señalado en la OG 23, la IT está llamada a instituirse como una autoridad que cautela el ejercicio del derecho a condiciones de trabajo equitativas y satisfactorias; pero, más aún, al tener esta calidad debería garantizar también “medidas de no repetición” tras la afectación del derecho. Estando a ello, la prohibición de duplicidad de inspecciones no solo iría en contra de la planificación de la inspección; sino que, no permitiría garantizar la obligación de no repetición en aquellos casos en los que justamente se requiera hacer un seguimiento de los incumplimientos detectados y eventualmente sancionados, pero de los que se requiere un continuo monitoreo a efectos de validar un cambio de conducta real por parte del incumplidor y, en este sentido, precisamente dar garantía de no repetición de las afectaciones de los derechos de los trabajadores.

Por otro lado, sin dejar de ser útil a efectos de contrarrestar las dilaciones procedimentales injustificadas en el PAS, pero en todo caso menos importante, viene a ser la derogatoria del literal a) del primer párrafo del artículo 55 del RLGIT que regula el recurso de revisión en el PAS de la IT. Esto se sustenta en tanto que, dada las características del recurso de reconsideración, suprimir su ejercicio no genera una afectación al derecho de impugnación por parte de los sujetos administrados y por consiguiente no afecta al debido procedimiento en el marco del PAS de la Inspección del Trabajo; ello, únicamente si es el caso que el procedimiento administrativo ya cuenta con el recurso de apelación, el cual, se constituye en una vía más idónea que ofrece igual o mayor espectro de revisión de un acto administrativo impugnado. En este mismo sentido, se ha pronunciado el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos a través de la Consulta Jurídica N° 30-2017-JUS/DGDNCR respaldando la no vinculatoriedad o necesidad de regular la revisión en los procedimientos sancionadores de acuerdo al marco del Texto Único Ordenado de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, aprobado mediante Decreto Supremo N° 004-2019-JUS (en adelante, TUO de la LPAG).

ii) Modificaciones sobre el inicio del procedimiento sancionador

Otras modificaciones reglamentarias importantes refieren a las modificaciones del párrafo 53.1 y 53.2 del artículo 53 del RLGIT que regulan el inicio del PAS en la IT; ello, atendiendo a que los cambios normativos tendrían como premisa la regulación de la estructura del PAS acorde con las modificaciones legislativas instauradas por el Decreto Legislativo N° 1272 en lo relativo a los principios establecidos en artículo IV del Título Preliminar y el 230⁶⁰ de la Ley 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General (en adelante, LPAG), así como los parámetros señalados en numeral 2 del artículo 2 del Título Preliminar y el artículo 229⁶¹ de la misma norma. En este contexto, lo importante es introducir reglas en el RLGIT que, en conjunto, permitan desplegar de manera autónoma, de ser el caso, la vía de inicio de un PAS en la IT.

En ese sentido, y en concordancia con las modificaciones implementadas por el D.L 1272 en el artículo 235⁶² de la LPAG, sería conveniente modificar el artículo 53 del RLGIT estableciendo en el numeral 53.1 disposiciones complementarias acorde con lo establecido en el artículo 255 del TUO de la LPAG ya que esta disposición establece, como regla estructural y general para todos los procedimientos sancionadores, la posibilidad de la realización de actuaciones previas

⁶⁰ En el T.U.O. de la LPAG establecido en el artículo 248, Principios de la potestad sancionadora administrativa.

⁶¹ En el T.U.O. de la LPAG establecido en el artículo 247, Ámbito de aplicación de este capítulo (entiéndase del Procedimiento Sancionador).

⁶² En el T.U.O. de la LPAG establecido en el artículo 255, Procedimiento sancionador.

de averiguación –de modo general– con anterioridad a la iniciación formal del procedimiento administrativo sancionador, regla que es aplicable en el ámbito de la inspección del trabajo. Así pues, en el ámbito laboral, dichas “actuaciones previas de averiguación” implicarían a aquellos actos que típicamente se realicen a través de las actuaciones inspectivas que culminan en acta inspectiva o informe, así como también a las actuaciones que se realizan sobre la base de lo definido como “acciones previas” en el artículo I de la LGIT y que refieren, entre otras conductas, a la “verificación o constatación de hechos y/o documentos” a fin de vigilar el cumplimiento de la normativa sociolaboral y de seguridad y salud en el trabajo; las cuales, son realizadas por “el personal que la autoridad inspectiva de trabajo competente designe”. Estando a ello, si producto de dichas actuaciones se tuviese suficientes insumos probatorios, para el caso en concreto, que puedan ser de utilidad a la autoridad instructora para formular una imputación de cargos, esta posibilidad no debería estar vetada, en la medida que con ello se permitiría una interacción y actuación flexible entre las distintas fases inmersas en la inspección del trabajo; y más que todo, en algunos casos, permitiría un uso expedito y responsivo de la sanción administrativa en aquellos casos que o ameriten.

En ese sentido, sumado a ello, una modificación del párrafo 53.2 del artículo 53 debería darse en el sentido de precisar que el procedimiento sancionador de la IT no inicia únicamente sobre la base de actas de infracción de la inspección; es decir, no debería haber obligatoriedad a iniciar el PAS únicamente sobre la base de actas de infracción; sino que como se ha señalado, por ejemplo, una denuncia suficientemente sustentada –que aporta indicios suficientes– y que tenga verosimilitud debería sin problemas poder dar inicio de manera directa al PAS. Desde el punto de vista de la regulación responsiva, actualmente, el modelo del “proceso inspectivo” es rígido y conlleva a etapas concatenadas, las cuales tradicionalmente han funcionado a manera de avance y preclusión de etapas sucesivas y lineales; sin embargo, desde la mirada del enfoque responsivo se necesita flexibilizar el margen de acción de las herramientas para la aplicación con las que cuenta la IT. En ese sentido, en el siguiente esquema podemos ver que las actuaciones de la SUNAFIL siguen el siguiente proceso (siguiendo el informe N° 54-2019-MTPE/2/16.5):

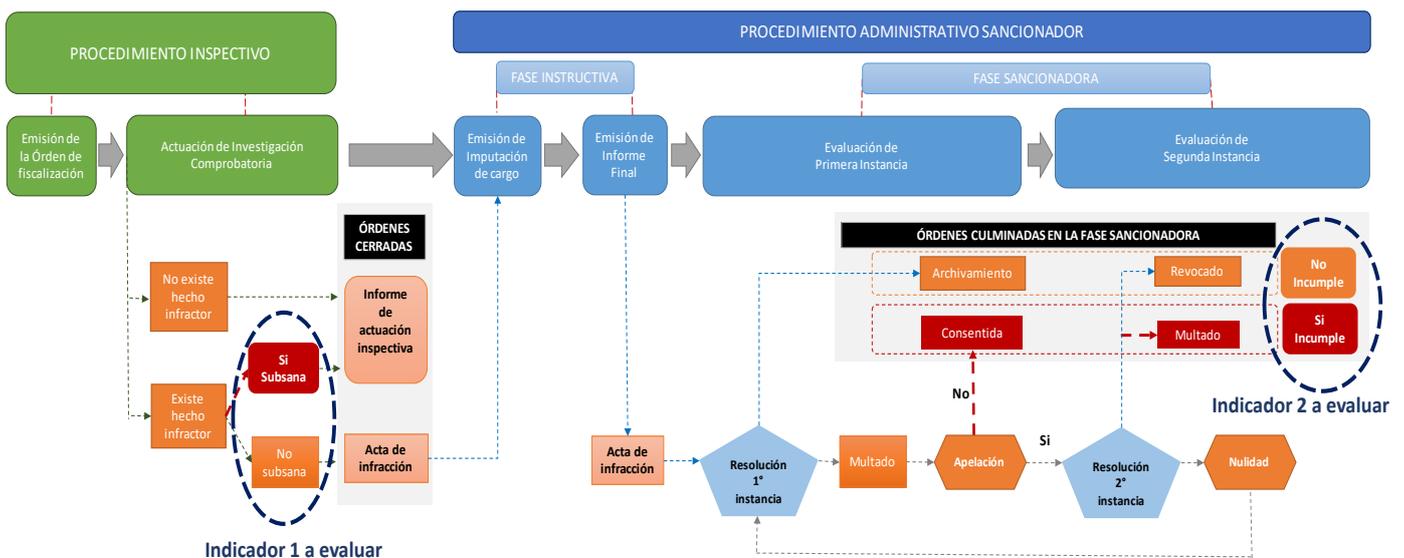


Ilustración N° 24. Perú: Proceso de Fiscalización Laboral

Fuente: Basado en el Plan Anual de Inspección del Trabajo (PAIT) 2019, aprobado mediante RS.225-2019-SUNAFIL.

Elaboración: MTPE - DGPIT - Dirección de Supervisión y Evaluación (DSE).

Como se puede evidenciar, el esquema del “proceso fiscalización laboral” actualmente es rígido dado que el RLGIT establece que el inicio del PAS está sujeto a la existencia de un acta de infracción (tal como lo retrata el gráfico, solamente con la no subsanación de la medida de requerimiento se puede dar lugar al acta de infracción, único medio con el cual se pasa al PAS sociolaboral). Con dicho esquema, que representa a la intervención tradicional de la inspección, no se garantiza la flexibilidad necesaria como para, en determinados contextos, y atención a los bienes o derechos protegidos, se pueda sancionar o corregir los incumplimientos o eventuales infracciones de manera más expedita. El hecho de que el PAS esté atado en todos los casos a la existencia del acta de infracción reduce el margen de acción de posibilidades y herramientas de intervención (en este caso más punitivas) que puede tener la IT.

Adicionalmente, en concordancia con lo señalado, para hacer posible estos cambios normativos también se requeriría de una modificación muy puntual en la definición de PAS en la IT que tiene el artículo I de la LGIT, el cual, lo define como “el procedimiento administrativo especial que se inicia siempre de oficio con la notificación del documento de imputación de cargos, que comprende los actos y diligencias conducentes a la determinación de la existencia o no de la responsabilidad administrativa en la comisión de infracciones en materia socio laboral y a la labor inspectiva, así como por infracciones en materia de seguridad y salud en el trabajo advertidas mediante **las actas de infracción derivadas de actuaciones de investigación o comprobatorias de la inspección del trabajo**” (Resaltado nuestro). La alusión a las actas de infracción en la definición debería ser coherente con lo establecido de modo general como “actuaciones previas de averiguación” en el 255 del TUO de la LPAG.

3.3.2 Aspectos de mejora relacionados al uso de las medidas administrativas en la fiscalización y el PAS de la Inspección del Trabajo

i) Respecto al uso de medidas provisionales del PAS en la IT

Se tiene que estas son una herramienta importante tanto para la autoridad instructora como sancionadora del PAS que se aplica a modo de actividad de limitación que detenta administración. Estas medidas se utilizan a manera de resguardo o en forma preventiva ante situaciones que, en el marco del PAS, pongan en peligro la decisión final del procedimiento, Dicha institución jurídica tiene existencia para la autoridad inspectiva en el marco de lo dispuesto por los artículos 157 y 256 del TUO de la LPAG, en el que se regula la habilitación legal de la adopción de medidas provisionales en el PAS en la administración. En tal sentido, acorde con la remisión señalada en el artículo 256 del TUO de la LPAG que establece la sujeción de la regulación de las medidas provisionales a las reglas generales de interposición de medidas cautelares del procedimiento administrativo, las medidas provisionales se deben sustentar explícitamente en los siguientes elementos: (i) Verosimilitud de la existencia de una infracción administrativa, (ii) Peligro en la demora y (iii) Razonabilidad de la medida. Serían ejemplos de medidas provisionales a ser adoptadas en el marco del PAS, las siguientes:

- I. Instalar distintivos, pancartas o avisos en los que se consigne la identificación del administrado, la denominación de la medida dispuesta y su plazo de vigencia.

2. Colocar precintos, dispositivos o mecanismos que impidan, restrinjan o limiten el desarrollo de la actividad.
3. Implementar sistemas o mecanismos de monitoreo y/o vigilancia.
4. Implementar mecanismos o acciones de verificación periódica.
5. Requerir la realización de reportes de situación o estado por los administrados.
6. El decomiso de los bienes que generan peligro o riesgo a la seguridad y salud de las personas.
7. El cese o restricción condicionada de la actividad causante del peligro o riesgo a seguridad y salud de las personas.
8. El retiro, tratamiento, almacenamiento o destrucción de los bienes o infraestructura causante del peligro o riesgo a la seguridad y salud de las personas.
9. El cierre parcial o total del local o establecimiento donde se lleve a cabo la actividad causante del peligro o riesgo a la seguridad y salud de las personas.
10. La entrega, inmovilización o depósito de todo tipo de bienes que generan peligro o riesgo a la seguridad y salud de las personas.
11. Todas aquellas acciones necesarias que ante el peligro en la demora pudieran generar un daño irreparable a la vida, seguridad o salud de las personas.

Actualmente, las reglas para la interposición de medidas provisionales no han sido implementadas en las normas de la inspección del trabajo; específicamente, en el RLGIT. Solamente hay una somera mención en la Directiva del PAS de la SUNAFIL, Directiva 001-2017-SUNAFIL/INII. Asimismo, no es posible acceder a información pública que dé cuenta de casos o indicadores respecto de su uso. Por ello resulta esencial introducir en el RLGIT un régimen de medidas administrativas en el PAS que, junto con la interposición de medidas correctivas doten de mayor efectividad al funcionamiento del procedimiento sancionador, sea para asegurar el resultado del mismo o para lograr remediación de los daños mediante las potestades administrativas.

ii) Respecto al uso de medidas correctivas en la actividad de fiscalización y en el PAS de la IT

Hemos visto en un acápite anterior que en el ámbito de las obligaciones internacionales que vinculan a la autoridad inspectiva y, especialmente, en las que dimanen del C. 81 de la OIT, no se especifican expresamente facultades que impliquen el restablecimiento de la legalidad como tal; es decir, de adoptar medidas correctivas; si bien queda claro que en nuestro ordenamiento interno dichas medidas han sido reguladas por LGIT tanto para la actividad de fiscalización (numeral 5.3 del artículo 5) como para el procedimiento sancionador (numeral 48.2 del artículo 48) de la IT.

Ahora bien, ello no obsta que desde el mismo ámbito internacional de los derechos humanos se hayan dado ya pautas respecto de la facultad que debería de tener autoridad inspectiva para poder ordenar el cumplimiento de la legalidad o reparar los daños causados por una infracción o incumplimiento en concreto. En ese sentido, los pronunciamientos contenidos en las Observaciones Generales 23 y 24 vendrían a complementar el marco jurídico internacional bajo el cual la autoridad inspectiva de trabajo, en específico la SUNAFIL, ejecuta la función inspectiva o despliega el PAS del ser caso. Así, debemos de tener en cuenta, como ya hemos referido en un acápite previo, al fundamento 57 de la O.G número 23 del Comité DESC, del cual, basta decir que con dicho pronunciamiento se da cuenta de que la inspección del trabajo debería de tener medidas de intervención reparadoras bien delimitadas. Por su parte, la Observación general núm. 24 (2017) sobre las obligaciones de los Estados en virtud del Pacto Internacional

de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en el contexto de las actividades empresariales expresa en su fundamento 41 lo siguiente:

Para dar plena efectividad a los derechos del Pacto, es imprescindible que haya recursos disponibles, efectivos y rápidos. Ello requiere que las víctimas que deseen obtener reparación tengan un acceso inmediato a una autoridad independiente, que debe tener la potestad de determinar si se ha producido una vulneración y ordenar su cese y la reparación del daño causado. La reparación puede adoptar la forma de restitución, indemnización, rehabilitación, satisfacción y garantías de no repetición y debe tener en cuenta la opinión de los afectados. Para garantizar la no repetición, un recurso efectivo puede requerir mejoras en la legislación y las políticas que han resultado ineficaces para prevenir las conculcaciones. (Resaltado nuestro)

Como se ve, consideramos que estos pronunciamientos del CDESC refieren un marco internacional de ineludible observancia para la IT, y que refuerzan la necesidad de tener facultades correctivas suficientes en términos de efectividad tanto en la fiscalización como en el PAS.

En línea con lo anterior, y relacionado a la suficiencia de las facultades correctoras en la actividad de fiscalización de la IT, ya en el ámbito de la relación entre el derecho interno y el derecho internacional, vale la pena plantear la temática respecto al alcance de la obligatoriedad del “eximente por subsanación” establecida con la modificatoria de la LPAG con el D.L 1272; la cual ha sido recogida por el RLGIT en su artículo 47-A. Frente a esta reforma de la LPAG, la cual, podemos inferir sigue la misma línea de política legislativa trazada con la Ley 30230 y la Ley 30222 –teniendo incluso la regla de la subsanación voluntaria, en relación a la presunción de escalonamiento, menos condiciones garantistas que estas normas que todavía introducen reglas de excepcionalidad–, ya se han señalado incisivas y pertinentes objeciones a una lectura formalista del literal f) del artículo 257 del TUO de la LPAG en función a los riesgos probables no contemplados ante la decisión de regular una especie de “presunción de escalonamiento” en la forma de la subsanación voluntaria como un eximente de responsabilidad administrativa; objeciones, que a groso modo, señalan que: “a) no permitiría que la sanción cumpla su finalidad preventiva general; b) aplicaría sólo a las infracciones permanentes; c) no ponderaría el riesgo o daño generado por la conducta; y d) no establecería un límite a la posibilidad de subsanación” (Torres, 2019, p. 95).

Asimismo, en lo que refiere al ámbito de la IT, consideramos que la referida obligatoriedad del “eximente por subsanación” implica otro tipo de afectación adicional a sus competencias, pues disminuye las facultades del inspector de, en determinados contextos, decidir a su juicio y de manera motivada por la configuración de la infracción con la correspondiente recomendación de un PAS en un acta de infracción. En ese sentido, así como hemos considerado y planteado la posibilidad de introducir reglas para la autonomía del inicio de un PAS que no esté atada necesariamente (en algunos casos donde haya evidencia suficiente) al acta de infracción y con ello recurrir de manera expedita a la sanción como herramienta disuasiva; consideramos que el inspector debe manejar con autonomía las distintas alternativas previstas mínimamente por el C. 81 de la OIT. Con lo que, puede resultar contrario al convenio 81 de la OIT que reglas como

la de la subsanación voluntaria (voluntaria para el administrado, pero, por mandato de la norma obligatoria para la autoridad) establezcan una única manera de actuar por parte del inspector.

Lo afirmado previamente, a su vez, no se condice con una propuesta *matizada y flexible* del enfoque responsivo para mejorar la aplicación de la normativa. Vale la pena señalar finalmente que, a este respecto, el numeral 2 del art. 17 del C. 81 de la OIT prescribe claramente que “Los inspectores del trabajo tendrán la facultad discrecional de advertir y de aconsejar, en vez de iniciar o recomendar un procedimiento”, una disposición convencional a la que claramente debe sujetarse la regla de la subsanación voluntaria establecida en el TUO de la LPAG.

Por otro lado, desarrollando otro aspecto controvertido sobre la suficiencia de las facultades correctoras en la actividad de fiscalización de la IT y respecto de las reglas que actualmente regulan a las medidas correctivas –o los requerimientos– en la actividad de fiscalización en la IT, consideramos importante incidir una la lectura interpretativa errada –a nuestro parecer– que se estaría dando en el Poder Judicial con relación al uso del requerimiento por parte del inspector.

Así, en relación a un caso que puede dar cuenta de cómo debería, a nuestra consideración, concebirse la naturaleza jurídica de las medidas de requerimiento en los casos regulados como simples “verificaciones de hecho” por parte del RLGIT, podemos analizar la temática de la denominada “facultad de reposición” ante el despido, atribución que estaría supuestamente negada al inspector del trabajo. El debate ha resurgido a partir de una sentencia emitida en segunda instancia por el poder judicial, específicamente tramitada con el expediente N° 00470-2009-0-1801-JR-LA-08. En esta sentencia el juez desarrolla un criterio respecto de las facultades del inspector⁶³ para ordenar la reposición de un trabajador despedido en su puesto de trabajo. En ese sentido, en dicha sentencia se señala que

El inspector de trabajo al haber verificado la afectación a la libertad sindical, con fecha 25 de febrero de 2009 requirió la reincorporación a sus labores habituales a los trabajadores despedidos, **sin embargo dicha atribución o facultad no ha sido contemplada en la norma, ya que la misma es exclusivamente jurisdiccional, siendo susceptible de ser ordenada por un juez constitucional en un proceso de amparo, o un juez laboral en un proceso de nulidad de despido** (...) siendo insuficientes los argumentos de la entidad demandada en las resoluciones recurridas, en estos extremos al afirmar que la aludida reincorporación constituye en el presente caso la única forma de garantizar el cumplimiento de las disposiciones vulneradas. (Resaltado nuestro)

El pronunciamiento no deja ver un análisis más profundo respecto de la aseveración citada, sino que presupone dicha afirmación como cierta para que funcione a modo de premisa para la justificación interna de la decisión judicial. A nuestro entender, dicho criterio es errado y,

⁶³ Téngase en cuenta que el numeral 5.3 del artículo 5 de la LGIT que a la letra establece:

Artículo 5.- Facultades inspectivas

En el desarrollo de las funciones de inspección, los inspectores del trabajo que estén debidamente acreditados, están investidos de autoridad y facultados para: (...)

5.3 Requerir al sujeto responsable para que, en un plazo determinado, adopte medidas en orden al cumplimiento de la normativa del orden sociolaboral, incluso con su justificación ante el inspector que ha realizado el requerimiento. (...)

evidentemente, estaría en contradicción también con el principio de regulación responsiva. Con lo que, evidentemente, la judicatura estaría estableciendo un criterio que, desde el aspecto técnico referido al enforcement de las normas laborales, socavaría el poder atribuido a la autoridad inspectiva para conseguir el “restablecimiento de la legalidad”.

En tal sentido, vale la pena analizar con mayor profundidad dicho criterio y, en todo caso, dar nuestras consideraciones sobre esta discusión importante en la que se determina si la IT tiene o no facultades y mandatos para corrección de conductas ilícitas que puedan restablecer la legalidad más allá de que estas se configuren como una infracción o no; ya que lo contrario, consideramos, implicaría aceptar que los inspectores, en el modelo actual de la IT, no pueden hacer uso de las medidas correctivas en supuestos que no han sido tipificados como infracciones (como es el caso de los supuestos de despido, donde la autoridad inspectiva solo tendría atribuciones para “verificar” o constatar hechos). Adicionalmente, desarrollaremos algunas apreciaciones en torno a la efectividad de estos mandatos de corrección o restablecimiento de la legalidad desde el diseño normativo actual de las facultades de la inspección del trabajo.

ii.a) Respecto al “requerimiento en orden al cumplimiento de la normativa del orden sociolaboral” como facultad administrativa en el marco del ejercicio de la potestad de fiscalización de la inspección del trabajo:

El artículo 246 del TUO de la LPAG dispone: “Las entidades **solo podrán dictar medidas cautelares y correctivas siempre que estén habilitadas por Ley** o Decreto Legislativo y **mediante decisión debidamente motivada y observando el Principio de Proporcionalidad**” (Resaltado nuestro).

En ese sentido, se reafirma una de las finalidades⁶⁴ de la potestad de fiscalización administrativa que refiere a la finalidad correctiva; así, “la misma supone una actividad reactiva que se produce como consecuencia de la detección de riesgos o de irregularidades, y que lleva a la adopción de medidas para restablecer la legalidad alterada” (MINJUS, 2017, p. 33); bajo dicha premisa, debemos tener en cuenta que “[e]n términos generales, la finalidad de las medidas correctivas es reestablecer la legalidad que se ha visto perturbada” (MINJUS, 2017, p. 55).

Es evidente que, en el marco de las competencias establecidas en la LGIT, la autoridad inspectiva ha sido habilitada legalmente para la adopción de medidas correctivas; así, en el ámbito de la inspección del trabajo, los inspectores del trabajo están facultados para adoptar la “medida inspectiva de requerimiento”; estando a ello, la LGIT señala:

Artículo 5.- Facultades inspectivas

En el desarrollo de las funciones de inspección, los inspectores del trabajo que estén debidamente acreditados, están investidos de autoridad y facultados para: (...) 5. Adoptar, en su caso, una vez finalizadas las diligencias inspectivas, cualesquiera de las siguientes medidas:

5.3 Requerir al sujeto responsable para que, en un plazo determinado, adopte medidas en orden al cumplimiento de la normativa del orden

⁶⁴ La otra finalidad, denominada “preventiva”, se enfoca en las atribuciones de prevención orientadas al cumplimiento normativo y la tutela de bienes jurídicos protegidos, lo que conlleva a utilizar las facultades de la fiscalización (de monitoreo y control, investigación o supervisión, entre otras) a fin de evitar el incumplimiento de la normativa o también potenciales riesgos y daños a bienes jurídicos protegidos (MINJUS, 2017, p. 31).

sociolaboral, incluso con su justificación ante el inspector que ha realizado el requerimiento.

5.4 Requerir al sujeto inspeccionado que, en un plazo determinado, lleve a efecto las modificaciones que sean precisas en las instalaciones, en el montaje o en los métodos de trabajo que garanticen el cumplimiento de las disposiciones relativas a la salud o a la seguridad de los trabajadores. (Resaltado nuestro)

Por su parte, el RLGIT establece en su numeral 20.3 del artículo 20 que “[l]as medidas de requerimiento son **órdenes dispuestas por la inspección del trabajo para el cumplimiento de las normas socio-laborales y de seguridad y salud en el trabajo. Pueden consistir en ordenar al empleador, que en relación con un trabajador, siempre que se fundamente en el incumplimiento de la normatividad legal vigente,** se le registre en planillas, se abonen las remuneraciones y beneficios laborales pendientes de pago, se establezca que el contrato de trabajo sujeto a modalidad es a plazo indeterminado y la continuidad del trabajador cuando corresponda, la paralización o prohibición inmediata de trabajo o tareas por inobservancia de la normativa sobre prevención de riesgos laborales, **entre otras**” (Resaltado nuestro).

Hasta aquí, el marco normativo que regula las medidas correctivas como facultad administrativa en el marco del ejercicio de la potestad de fiscalización de la inspección del trabajo implica que:

- estén habilitadas por ley o decreto legislativo
- se adopten mediante decisión debidamente motivada y observando el Principio de Proporcionalidad
- se fundamenten en el incumplimiento de la normatividad legal vigente respecto de normas socio-laborales y de seguridad y salud en el trabajo

Bajo dichas premisas, es pertinente analizar la afirmación que refiere que “*el inspector del trabajo no tiene la facultad de reponer a un trabajador, debido a que no se encuentra tipificada expresamente esta facultad en la LGIT ni en el RLGIT*”. Para ello, previamente, cabe señalar una distinción importante respecto de las competencias jurisdiccionales propias del juez laboral que importan la “*facultad de reposición*” de un trabajador ante supuestos de despidos lesivos de derechos constitucionales de las competencias administrativas propias del inspector del trabajo para disponer medidas de requerimiento (medidas correctivas) en orden al cumplimiento de la normativa del orden sociolaboral; ya que estas últimas se realizan como parte de las atribuciones legales que tiene la autoridad inspectiva de trabajo como autoridad administrativa en salvaguarda del interés público y en atención a la finalidad de corrección que tiene la actividad de fiscalización.

Ahora bien, respecto a las medidas correctivas en el marco del ordenamiento nacional, debemos tener presente que:

No obstante, podría existir un error de percepción respecto de la forma de conclusión de la actividad de fiscalización consistente en disponer la “*adopción de una medida correctiva*” confundiéndola con un acto administrativo. Lo cierto es que, en un procedimiento administrativo sancionador, la adopción de tal medida va aparejada a la determinación de la responsabilidad del administrado y a la imposición de una sanción, contenida en un acto administrativo que pone fin a dicho procedimiento. **Sin embargo, dado que en las actuaciones**

administrativas de fiscalización no existe la determinación de responsabilidad ni sanción, la disposición de la autoridad fiscalizadora para que el fiscalizado “adopte una medida correctiva” solo constituye una medida de naturaleza precautoria o preventiva acorde con la naturaleza de dicha función fiscalizadora, cuya inobservancia recién acarrearía la apertura de un procedimiento sancionador, no por la omisión en sí misma, sino por la conducta infractora que originó que se disponga la adopción de dicha medida correctiva.⁶⁵ (Resaltado nuestro)

En tal sentido, estando al marco normativo para la adopción de la medida de requerimiento señalado, podemos deducir que es viable disponer cualquiera de las medidas listadas de manera enunciativa en el numeral 20.3 del artículo 20 del RLGIT, ello, en tanto se fundamenten en el incumplimiento de la normatividad legal vigente respecto de normas socio-laborales y de seguridad y salud en el trabajo y se adopten mediante decisión debidamente motivada, observando el Principio de Proporcionalidad.

Así, ante incumplimientos de la normatividad vigente, la autoridad inspectiva laboral está habilitada a adoptar medidas correctivas al respecto; y, en ese sentido, se podría disponer, por ejemplo, como acción o conducta idónea y proporcional que se subsane el incumplimiento de la normatividad correspondiente, el ordenar proceder con el “registro en planillas” del trabajador (u otras medidas alternativas en orden al cumplimiento ya que el marco del TUO de la LPAG no exige la tipificación de estas en la actividad de fiscalización y de otro lado la RLGIT determina una lista abierta de tipos de medidas) del cual se ha comprobado que existe una afectación en sus derechos que tiene como presupuesto un incumplimiento de la normativa sociolaboral (pese a que dicha afectación no encaje en una infracción tipificada). Dicha actuación es viable en tanto dicha decisión responda a los parámetros de debida motivación y proporcionalidad relacionadas al incumplimiento respectivo. Aunado a ello, y acorde a lo señalado por el MINJUS en la Consulta Jurídica N° 005-2017-JUS/DGDOJ debemos recordar y tener en cuenta que la adopción de la medida de requerimiento **“solo constituye una medida de naturaleza precautoria o preventiva acorde con la naturaleza de dicha función fiscalizadora, cuya inobservancia recién acarrearía la apertura de un procedimiento sancionador, no por la omisión en sí misma, sino por la conducta infractora que originó que se disponga la adopción de dicha medida correctiva”** (Resaltado y cursiva nuestros).

Por ello, correspondería distinguir que pueden adoptarse requerimientos en orden al cumplimiento de la normativa laboral los cuales implican a su vez la configuración de posibles infracciones tipificadas de acuerdo a lo establecido por el RLGIT. En tal sentido, en aquellos casos en que el incumplimiento implique a su vez una infracción previamente tipificada en la RLGIT será posible incoar un procedimiento sancionador por la conducta infractora que originó que se disponga la adopción de dicha medida correctiva (posibilidad negada en aquellos supuestos de incumplimientos que no configuran una infracción establecida en el RLGIT como es el caso del supuesto de “verificación de despido” que analizamos a continuación).

⁶⁵ Fundamento 26, Consulta Jurídica N° 005-2017-JUS/DGDOJ, Opinión jurídica desarrollada en el marco del Decreto Legislativo N° 1272, Decreto Legislativo que modifica la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General y deroga la Ley N° 29060, Ley del Silencio Administrativo.

Por tanto, en el modelo de la IT peruano, las medidas correctivas están plenamente habilitadas por la LGIT y se han especificado sus parámetros de uso y supuestos de tipificación sobre su uso en el RLGIT. Por tal motivo, el criterio esgrimido en la sentencia recaída en el expediente N° 00470-2009-0-1801-JR-LA-08 a este respecto sería erróneo dado que, si la afectación a la legalidad puede restablecerse con el requerimiento de ordenar “la reincorporación a las labores habituales” de trabajadores afectados, entonces se estaría ejerciendo válidamente las competencias habilitadas que tiene el inspector del trabajo respecto de la adopción de medidas correctivas.

ii.b) Como corolario adicional, respecto de la “verificación del despido arbitrario” en el marco de las finalidades de la inspección del trabajo y el ejercicio en estricto de las actuaciones inspectivas por parte de los inspectores del trabajo:

Dicho lo anterior, conviene aclarar la naturaleza jurídica de las actuaciones inspectivas en el marco de la fiscalización ante supuestos de despido arbitrario dado que ello tiene una estrecha vinculación con la temática que venimos analizando. Al respecto, se tiene que el artículo 45 del Decreto Supremo N° 001-96-TR, Reglamento de la Ley de Fomento al Empleo, establece que:

La Autoridad Administrativa de Trabajo, a solicitud de parte, prestará su concurso para verificar el despido arbitrario que se configure por la negativa injustificada del empleador de permitir el ingreso del trabajador al centro de labores, lo que se hará constar en el acta correspondiente.

Igualmente, el trabajador podrá recurrir a la autoridad policial, a fin de que se efectúe la referida constatación, en la que se deberá especificar la identidad y cargo de las personas que intervinieron en el acto, el lugar donde se realizó la diligencia y la manifestación de las partes. (Resaltado nuestro)

A su vez, los artículos 6 y 9 del RLGIT respectivamente señalan:

Artículo 6.- Facultades inspectivas

(...) Los Inspectores de Trabajo o Inspectores Auxiliares, con prescindencia del número de trabajadores del empleador, centro o lugar de trabajo, **se encuentran facultados para realizar actuaciones inspectivas con la finalidad de verificar el despido arbitrario por negativa injustificada del empleador de permitir el ingreso al centro de trabajo o de labores, así como realizar actuaciones para el otorgamiento de la constancia de cese.** (...)

Artículo 9.- Inicio de actuaciones inspectivas

9.1. Las actuaciones inspectivas se inician por disposición superior, mediante la expedición de una orden de inspección o de orientación y asistencia técnica emitida por los directivos. La orden designa a los inspectores o al equipo de inspección del trabajo, quienes deben iniciar sus actuaciones inspectivas: (...) b) En los casos de despido arbitrario, (...) entre otras materias que requieran de una urgente e inmediata intervención de la inspección del trabajo se inicia las actuaciones inspectivas en el día de recibida la

orden de inspección o desde que se tome conocimiento del hecho (...).
(Resaltado nuestro)

De la lectura conjunta de las normas señaladas se tiene que establecen la obligación de la autoridad administrativa de trabajo (de acuerdo a la LGIT los inspectores de trabajo o inspectores auxiliares) de “realizar actuaciones inspectivas con la finalidad de verificar el despido arbitrario por negativa injustificada del empleador de permitir el ingreso al centro de trabajo o de labores” estando “a [la] solicitud de parte”.

En ese sentido, pese a la referencia hecha por el fraseo “a solicitud de parte” que podría dar la apariencia o alusión a la incoación de un procedimiento administrativo, consideramos que la verificación del despido arbitrario no puede ser considerada como un procedimiento administrativo, pues no concluye con la emisión de un acto administrativo, sino que concluye con la emisión de un instrumento (acta o informe de la autoridad inspectiva) cuya vinculación no produce efectos en sí mismo (no crea derechos u obligaciones), sino que sirve como instrumento principalmente de índole probatorio.

Ahora bien, acorde con lo señalado en el artículo 45 del Reglamento de la Ley de Fomento al Empleo entendemos que la actividad o función asignada no configura como un servicio prestado en exclusividad en los términos señalados en el numeral 43.2 del artículo 43 del TUO de la LPAG, por cuanto la actividad antes señalada la puede realizar también la autoridad policial. Más aún, con relación a esto último, debemos tener presente los criterios señalados en el Informe N° 002-2018-PCM/SSSAR-LAHB de la Subsecretaría de Simplificación y Análisis Regulatorio de la Secretaría de Gestión Pública de la Presidencia del Consejo de Ministros, que indican:

Es oportuno referir algunas características de los servicios prestados en exclusividad:

- La entidad puede efectuar los servicios de forma exclusiva, no pudiendo ser realizadas por otra entidad o tercero.
- Cumplidos los requisitos previstos en el TUPA y efectuado el pago del derecho de trámite, se genera la obligación de la entidad de cumplir con la prestación del servicio:
- En muchas ocasiones el resultado de estos servicios constituye requisitos que deben cumplirse como parte de la tramitación de un procedimiento administrativo, es decir, para la obtención de autorizaciones, licencias, permisos, o cualquier otro que constituya un título habilitante.
- **No pueden considerarse como servicios prestados en exclusividad algunas actividades que forman parte de las funciones de la entidad.**
(Resaltado nuestro)

En tal sentido, considerando que la “verificación de despido arbitrario” no es un procedimiento administrativo ni un servicio prestado en exclusividad por el Estado, para analizar su naturaleza jurídica debemos tener en cuenta la normativa especial que sustenta su realización.

Así, la LGIT señala en su artículo 3 (en coherencia con el Convenio 81 de la OIT) que las finalidades de la inspección del trabajo son dos: “1. De vigilancia y exigencia del cumplimiento de las normas legales, reglamentarias, convencionales y condiciones contractuales, en el orden sociolaboral, ya se refieran al régimen de común aplicación o a los regímenes especiales” y “2.

De orientación y asistencia técnica”. En ese orden de ideas, para dar concreción a dichas finalidades el RLGIT dispone respecto del inicio de actuaciones inspectivas que “[l]as actuaciones inspectivas se inician por disposición superior, **mediante la expedición de una orden de inspección o de orientación y asistencia técnica emitida por los directivos**” (Resaltado nuestro).

Con ello, y asimismo, estando a lo dispuesto en los artículos 6 y 9 del RLGIT, debemos concluir que la denominada “verificación de despido arbitrario” se da en el marco de la finalidad de “vigilancia y exigencia del cumplimiento de las normas legales, reglamentarias, convencionales y condiciones contractuales, en el orden sociolaboral” por lo que su naturaleza corresponde al de “actividades que forman parte de las funciones de la entidad”, específicamente, a la función de vigilancia y exigencia del cumplimiento del ordenamiento sociolaboral y de seguridad y salud en el trabajo acorde a la definición de función inspectiva establecida en el artículo 1 de la LGIT.

Por tanto, más allá de la denominación como “verificación” de despido arbitrario se debe tener en cuenta que esta actividad se da en el marco de la actividad de fiscalización de la inspección del trabajo, por lo que su inicio “a solicitud de parte” implica el ejercicio del derecho a formular denuncias de acuerdo a lo establecido en el artículo 116 del TUO de la LPAG. En ese sentido, dado el inicio de las actuaciones inspectivas ante la denuncia de despido arbitrario por negativa injustificada del empleador de permitir el ingreso al centro de trabajo o de labores, la autoridad inspectiva competente estaría en posibilidad de desplegar todas las facultades inspectivas (incluyendo el ordenar medidas correctivas) que correspondan acorde a la función (y finalidad) de la vigilancia y exigencia del cumplimiento del ordenamiento sociolaboral y de seguridad y salud en el trabajo los cuales se materializarán en la posible extensión de medidas de requerimiento, o eventualmente la expedición de un acta u informe de actuaciones inspectivas.

Estando a lo señalado previamente, en el caso del expediente N° 00470-2009-0-1801-JR-LA-08, si el inspector de trabajo, en el caso en concreto y como producto del despliegue de sus facultades, logra determinar la afectación del derecho al trabajo de un trabajador sindicalizado, estando a lo establecido en la cláusula abierta del numeral 20.3 del artículo 20 del RLGIT puede disponer como medida correctiva la reincorporación del trabajador. Si bien en este supuesto no existe en el RLGIT una infracción tipificada que subsuma la afectación al derecho al trabajo producto de la acción u omisión que acarree el incumplimiento de una norma imperativa que resguarda la protección del derecho al trabajo (primigeniamente de acuerdo a lo señalado en el artículo 22 y 27 de la constitución), lo que correspondería únicamente—bajo las reglas actuales— ante el incumplimiento de la medida de requerimiento es la extensión de un acta de infracción por la configuración de la infracción a la labor inspectiva.

En esa línea, cabrían situaciones especiales que podrían suscitarse en casos similares al del expediente estudiado, en la medida en la que, en los casos de afectaciones del derecho al trabajo de trabajadores sindicalizados que supongan la afectación a su derecho a la libertad sindical (piénsese por ejemplo en el despido arbitrario del secretario general de un sindicato), esta última afectación si está tipificada en el numeral 25.10 del artículo 25 del RLGIT. En este caso, en los denominados supuestos de “verificación de despido arbitrario” si cabría en el marco de las facultades del inspector emitir el requerimiento correspondiente y eventualmente considerar la constitución de una infracción por lesión a libertad sindical con la eventual sanción-multa correspondiente.

Finalmente, y relacionado con lo anterior, detengámonos a analizar el modo actual en que el ordenamiento jurídico de la inspección del trabajo vigente trata de garantizar la ejecución de la medida correctiva o requerimiento tanto en la actividad de fiscalización como en el PAS de la Inspección del Trabajo.

ii.c) Consideraciones en torno a la ejecutoriedad de los mandatos de restablecimiento de la legalidad y la nueva sanción de cierre temporal en la IT

Respecto a lo primero, se tiene que el criterio actual adoptado por el RLGIT es que, de manera general (a excepción de las medidas paralización y medida cautelar en materia de seguridad y salud en el trabajo) las actuaciones inspectivas y sus productos no generan actos administrativos; en ese sentido, la extensión de una medida de requerimiento no implica la producción de un acto administrativo (misma posición que tiene el MINJUS en el informe de la Consulta Jurídica N° 005-2017-JUS/DGDOJ previamente citado) por ende esta actuación carecería de la característica de “ejecutoriedad” propia de los actos administrativos.

En dicha medida, no podría exigirse la ejecución forzosa de la medida de requerimiento a través de los medios establecidos en el artículo 207 del TUO de la LPAG; y con esto nos referimos específicamente a la multa coercitiva (regulada en el artículo 210 del TUO de la LGAG) ya que lo lógico es que “[a]nte, el incumplimiento de una medida correctiva por parte de los administrados, se acarrea la imposición automática de una multa coercitiva, que no tienen, nada que ver con las multas-sanción”⁶⁶. En ese sentido, la imposición de multas coercitivas será el modo de ejecución forzosa idóneo para actos administrativos producto de la imposición de medidas correctivas en tanto se cumplan los requisitos establecidos en artículo 210 del TUO de la LPAG que refiere:

210.1 Cuando así lo autoricen las leyes, y en la forma y cuantía que éstas determinen, la entidad puede, para la ejecución de determinados actos, imponer multas coercitivas, reiteradas por períodos suficientes para cumplir lo ordenado, en los siguientes supuestos:

- a) Actos personalísimos en que no proceda la compulsión sobre la persona del obligado.
- b) Actos en que, procediendo la compulsión, la administración no la estimara conveniente.
- c) Actos cuya ejecución pueda el obligado encargar a otra persona.

210.2 La multa coercitiva es independiente de las sanciones que puedan imponerse con tal carácter y compatible con ellas. (Resaltado nuestro)

Como se ve, de lo señalado hasta aquí, el primer obstáculo para garantizar la debida ejecución de los mandatos contenidos en la medida de requerimiento refiere a la naturaleza jurídica que se le ha atribuido al requerimiento en el marco de la actividad de fiscalización administrativa (supuesto distinto es el de la “medida de paralización y/o prohibición de trabajos o tareas” que puede extender también el inspector, ya que en este caso es el propia normativa especial del RLGIT la que determina la posibilidad de su impugnación y por ende la naturaleza jurídica de acto administrativo de esta medida). Sin embargo; ello no obsta que sea la normativa especial la que pueda cambiar este criterio para darle al requerimiento la cualidad completa que tienen las

⁶⁶ Fundamento 24 del Informe Jurídico N° 010-2014-JUS/DGDOJ del MINJUS.

medidas correctivas, es decir, la de ser una medida de policía cuyo objeto sea acarrear efectos directos sobre la esfera jurídica de conducta del administrado en pro de la corrección de incumplimientos normativos.

En dicho contexto, actualmente en la IT el modo de generar una forma “sui generis” de compulsión sobre los mandatos de los requerimientos de los inspectores de trabajo es a través de la imposición de infracciones a la labor inspectiva tipificados bajo el artículo 46.7 del artículo 46 del RLGIT. Si bien este se constituye como un mecanismo de “compulsión” alternativo al de la imposición de multas coercitivas, no resulta –en comparación a la medida coercitiva– un instrumento suficientemente idóneo y efectivo que otorgue mayores garantías para doblegar la voluntad de los incumplidores de los mandatos de los requerimientos.

Por otro lado, respecto a la imposición de medidas correctivas en el PAS de la IT, previamente, es pertinente aclarar algunos aspectos conceptuales relacionados a la naturaleza jurídica distinta que tienen tanto la sanción administrativa como la medida correctiva en el marco del PAS y que tiene como trasfondo la diferencia entre los supuestos de ilegalidad que habilitan el uso de medidas correctivas y los supuestos de ilegalidad que están tipificados como infracción y son pasibles de sanción. En ese sentido, el Tribunal Constitucional Español, ha señalado en el fundamento jurídico I de su sentencia N° 214/2000 de 21 septiembre que:

sólo la sanción de multa impuesta a la recurrente queda sujeta al principio de legalidad en materia sancionadora (art. 25.I CE). No así la orden de demolición del cerramiento a costa del interesado por no ser las obras susceptibles de legalización, ya que, como se afirma en la Sentencia impugnada, se trata de una medida de protección de la legalidad urbanística, no de una sanción. En efecto, **reiteradamente tiene afirmado la jurisprudencia que ante una vulneración de la legalidad urbanística hay que distinguir entre la potestad administrativa para sancionar aquella vulneración, si está tipificada como infracción urbanística (como lo exige el art. 25.I CE) y la potestad administrativa para restaurar el ordenamiento urbanístico conculcado**, en cuanto el interesado lo ha perturbado al prescindir de la previa obtención de licencia municipal adecuada y suficiente para la realización de las obras que está llevando a cabo indebidamente. **De este modo, la orden de demolición es una medida de restablecimiento del orden urbanístico infringido que no tiene carácter sancionador, por lo que respecto de la misma no cabe hablar en ningún caso de lesión del principio de legalidad en materia sancionadora** al amparo del art. 25.I CE. (Resaltado nuestro)

Sin perjuicio de ello, en el ordenamiento nacional aplicable al PAS de la IT tanto de modo general (numeral 251.I del artículo 251 del TUO de la LPAG) como especial (como veremos en el artículo 48 de la LGIT) se restringe la imposición de medidas correctivas al restablecimiento o subsanación de una situación alterada por la existencia de una infracción administrativa. A su vez, tenemos que las limitaciones para garantizar la ejecutoriedad de los mandatos de las medidas correctivas en el PAS de la IT son diferentes a las de la fiscalización, ya que refieren específicamente a la falta de cobertura legal como requisito para su aplicación acorde con lo referido previamente en el artículo 210 del TUO de la LPAG. Así, se tenemos que, actualmente, el artículo 48 de la LGIT, dispone:

Artículo 48.- Contenido de la resolución

48.1 La resolución que impone una multa debe estar fundamentada, precisándose el motivo de la sanción, la norma legal o convencional incumplida y los trabajadores afectados.

48.2 Contendrá expresamente tanto en la parte considerativa y resolutive **el mandato de la Autoridad Administrativa de Trabajo, dirigido al sujeto o sujetos responsables, para que cumplan con subsanar las infracciones por las que fueron sancionados. La resolución consentida o confirmada tiene mérito ejecutivo respecto de las obligaciones que contiene.** (Resaltado nuestro)

Como se puede ver la LGIT no ha habilitado el medio idóneo para lograr la ejecutoriedad de las medidas correctivas impuestas junto con la resolución sancionadora de la IT; por su parte, si bien se prevé la cualidad de que “la resolución consentida o confirmada tiene mérito ejecutivo respecto de las obligaciones que contiene”; dicha habilitación refiere al carácter de ejecución obligatoria y sumarásimas que se puede exigir respecto de los mandatos de la resolución administrativa en sede jurisdiccional. Esta condición puede ser una característica valiosa añadida como medio de protección judicial ante los incumplimientos de normas sociolaborales y los consiguientes derechos conculcados; sin embargo, no obsta de que la administración del trabajo como tal, ante la regulación actual, simplemente carezca de un medio autónomo mediante el cual garantice mínimamente el cumplimiento de los mandatos de las medidas correctivas del PAS de la IT. Por ende, está también debería de ser una medida importante y urgente a tomar en cuenta por el –en este caso– poder legislativo a fin de dotarle de contenido real a la función reparadora de la IT a través de su PAS que, como se ha visto, desde el punto de vista de las obligaciones internacionales en materia de DESC que tiene el legislador peruano; así como, teniendo en cuenta la teoría e incluso precedentes iniciales por parte del Tribunal Constitucional que refieren a la importancia del enfoque de regulación responsiva, realzan la necesidad de habilitar expresamente la regulación que permita asegurar la efectividad las facultades reparadoras de la IT.

Por su parte, resulta relevante dar cuenta de otro pronunciamiento del Tribunal Constitucional referido a la aplicación de la sanción administrativa por parte de INDECOPI junto con la determinación de una orden de cese de conductas anticompetitivas, en tanto que el razonamiento contenido en este pronunciamiento es contundente con relación a la importancia del uso de medidas en orden al restablecimiento de la legalidad como parte de las funciones de la administración pública. En ese sentido, el fundamento 26 de la Sentencia recaída en el expediente N° I 963-2006-PA/TC señala:

(...) Efectivamente, INDECOPI está facultado para establecer sanciones pecuniarias por las infracciones cometidas contra lo dispuesto en el Decreto Legislativo 701; pero ello no implica que se encuentre imposibilitado de dictar medidas complementarias -distintas a Las sanciones- justamente para hacer efectivo lo previsto en dicho dispositivo legal. **Afirmar que la actuación de INDECOPI deba restringirse únicamente a establecer sanciones**

pecuniarias y no otras medidas complementarias para garantizar el cumplimiento de la Ley y la Constitución, como, por ejemplo, ordenar el cese de las conductas infractoras sería tan absurdo como admitir que en nuestro sistema jurídico los infractores pueden continuar con sus conductas contrarias a Ley en la medida en que cumplan con pagar el costo económico de su infracción. (Resaltado nuestro)

Lo dicho, denota de forma clara la necesidad de que la administración pública –y, por ende, la IT– vaya más allá del solo uso de la potestad sancionadora. Finalmente, en el caso que hemos analizado respecto de la IT, como se ha visto se detenta un poder correctivo mermado e incompleto; y, más aún, contrario al criterio señalado por el TC, uno de los últimos reajustes legislativos de la LGIT introducidos con la dación del Decreto de Urgencia N° 044-2019 (modificación del último párrafo del artículo 39⁶⁷ de la LGIT e incorporación del artículo 39-A en la LGIT sobre la Sanción de cierre temporal del área de una unidad económica o una unidad económica) no ha hecho sino reforzar las potestades punitivas de la IT, a nuestra consideración, de forma deficiente dadas las posibles contingencias que se pueden generar respecto del principio de *Non bis in ídem*⁶⁸ y por las consideraciones que apuntaremos seguidamente.

En efecto, al habilitarse la imposición de las sanciones de multa administrativa y cierre temporal (de un área de una unidad económica o de una unidad económica per se) para el supuesto de incumplimiento de la normativa en materia de seguridad y salud en el trabajo imputable al empleador que produce la muerte como resultado de un accidente de trabajo, consideramos que, con ello, más allá de fortalecer las facultades correctivas de la IT para hacer efectivo un control robusto sobre la subsanación de incumplimientos (el cual, sea complementario a la cualidad de mérito ejecutivo de la resolución sancionadora y refuerce los aspectos de la ejecución forzosa de la medida correctiva), se ha regulado de forma restringida y para un supuesto muy concreto la imposición de una nueva forma de sanción que bien podría haber formado parte de un esquema de regulación amplio y comprensivo en el que distinga claramente entre tipos medidas correctivas y sanciones⁶⁹; y, respecto de estas, no solamente para los casos

⁶⁷ **Artículo 39.- Cuantía y aplicación de las sanciones**

(...) El incumplimiento de la normativa en materia de seguridad y salud en el trabajo imputable al empleador que produce la muerte como resultado de un accidente de trabajo; así como, la obstrucción a la labor de la Inspección de Trabajo para su investigación, **se sancionan con multa administrativa y el cierre temporal del área de la unidad económica o de la unidad económica a cargo del sujeto inspeccionado.** (Resaltado nuestro)

⁶⁸ Estipulado en el numeral II del art. 248 del TUO de la LPAG, el mismo que proscribe la imposición sucesiva o simultánea de dobles imputaciones, procesos sancionadores o sanciones administrativas por el mismo hecho y en casos en que se aprecie la identidad del sujeto, hecho y fundamento.

⁶⁹ A este respecto, es llamativa la confusión conceptual que se trasluce en la argumentación de la Exposición de motivos del Decreto de Urgencia N° 044-2019, la cual respecto a la sanción cierre señala: **“El cierre temporal como sanción tiene como principal objetivo la corrección (no la represión o castigo) del comportamiento indebido** y la prevención de actos similares en el futuro; es decir, desincentivar las conductas infractoras tanto en el sujeto como en terceros. Esta sanción tiene por finalidad evitar que el sujeto infractor desarrolle actividades comerciales durante el periodo en el que se aplique la sanción, dado su carácter temporal” (Resaltado nuestro). Aquí, la confusión radicaría en la finalidad que detenta la sanción administrativa en relación con la que le corresponde a una medida correctiva (en este último caso, nos referimos a la finalidad correctiva orientada al restablecimiento de la legalidad que se materializa justamente en la imposición de medidas correctivas; la otra finalidad que detenta la potestad de fiscalización viene a ser la finalidad preventiva que se orienta al cumplimiento normativo).

graves de seguridad y salud en el trabajo sino también para otras materias fundamentales. Esta última propuesta, si sería coherente con el enfoque de regulación responsable. Lo señalado, no obsta que podamos resaltar como aspecto positivo la intención de innovar las herramientas sancionadoras introduciendo un nuevo tipo de sanción.

Evidentemente, con lo previamente señalado, no queremos restar la importancia que amerita el tipo de casos previstos para la aplicación de la nueva sanción-cierre; sino que, primordialmente, queremos dejar en claro que, del conjunto de posibilidades regulatorias para hacer efectiva a la IT, con la dación del Decreto de Urgencia N° 044-2019 se optó por una fórmula restrictiva de la facultad correctora –en la medida que, por su naturaleza, esta medida administrativa es flexible y puede abarcar, para empezar, diferentes tipos de materias– y, ciertamente, cuestionable a la luz del principio *Non bis in Ídem* del procedimiento sancionador al configurarse dos sanciones ante un mismo supuesto. Por lo demás, pensando en la mejora de la regulación de las medidas correctivas en el PAS de la IT, se pudo introducir aspectos mínimos sobre la subsanación de incumplimientos producto de infracciones, estableciendo características adicionales de la medida correctiva que se encuentra establecida en el numeral 48.2 del artículo 48 de la LGIT. Así, por ejemplo, un aspecto a desarrollar podría estar relacionado con la exigencia de la “tipificación” de las medidas correctivas. Ello, en concordancia con lo dispuesto en el numeral 251.1 del artículo 251 del TUO de la LPAG.



CONCLUSIONES

Primera. Visto el diagnóstico de la problemática sobre la eficacia de la normativa sociolaboral en el Perú con base en indicadores y estudios en torno a su medición (al cual nos hemos aproximado en el capítulo II), urgen cambios en la mirada actual del diseño de los mecanismos de enforcement de la IT. Como se ha señalado en esta investigación, para reformar la IT no se requieren de reformas legislativas amplias con miras a “refundar” esta institución (como significó en su momento la dación del D.L 910 o la propia LGIT); sino cambios normativos concretos (desde la perspectiva “desde abajo” siguiendo a Banerjee & Duflo) que apunten a la mejora de la efectividad de sus intervenciones. Desde nuestra perspectiva, y teniendo en cuenta el ámbito de influencia directa de la IT sobre la concepción compleja de eficacia de la normativa sociolaboral (nos referimos a la *eficacia propiamente como tal* o eficacia entendida en los sentidos de cumplimiento y aplicación de la regulación), es conveniente que dichos cambios se planteen sobre la base de lo que en este trabajo hemos denominado los “Principios de la OCDE sobre políticas para la mejora de la aplicación y cumplimiento de la regulación”.

Ello, en la medida que dichos principios sintetizan máximas de utilidad y legitimidad técnica (son producto de la investigación prolongada de las mejores prácticas de enforcement en los países de la OCDE y en países que no pertenecen a la OCDE) para una fiscalización eficaz y parten de, lo que consideramos, el enfoque teórico más adecuado para consecución del cumplimiento normativo; es decir, el de la regulación responsiva. Mas aún, como se ha desarrollado en el capítulo III del presente trabajo, existen experiencias concretas en la propia SUNAFIL o en otros sectores como en el ambiental (con el OEFA) que dan evidencia de la implementación de mecanismos alternativos de enforcement emparentados con el enfoque responsivo, los cuales han arrojado resultados favorables en relación con los porcentajes de obediencia o acatamiento de las regulaciones. Asimismo, los principios se enmarcan dentro del esquema de mejora de la racionalidad legislativa que ha adoptado el Estado peruano con la aprobación del D.L 1448 que establece una “política de calidad regulatoria” alineada a los estándares internacionales de la OCDE la cual, como se ha explicado en el capítulo I del presente trabajo, implica también a los mecanismos de enforcement de las normas (sea como parte del ciclo de gobernanza regulatoria o también, más específicamente, como parte de los procesos de AIR de normas sustantivas).

Por último, y no menos importante, se tiene que mencionar que hay margen de interpretación de las actuales disposiciones del TUO de la LPAG (específicamente las del numeral 239.I del artículo 239 en el que se define la “actividad de fiscalización”) que pueden valer como fundamento legal para la aplicación de algunos de los principios analizados en este trabajo como son el de “enfoque de riesgo y proporcionalidad” y el de “regulación responsiva”. Asimismo, también hay fundamentos jurídico-interpretativos que, a nuestro criterio, pueden haber dado lugar a la recepción jurisprudencial de los primeros acercamientos al enfoque responsivo en la jurisprudencia del TC peruano con el pronunciamiento de la sentencia recaída en los Expedientes 0003-2015-PI/TC y 0012-2015-PI/TC.

Segunda. De acuerdo los índices e indicadores que dan cuenta de la situación de la institucionalidad democrática en el Perú de cara a su situación en el contexto regional y mundial; es clave promover la consolidación de una institucionalidad democrática inclusiva. Aspecto central en lo que refiere al rol de la administración pública en el progreso del desarrollo en el Perú no solo en términos del crecimiento en PBI sino también en términos de mayores

capacidades humanas y logro del desarrollo humano. La IT surge aquí como una institución democrática trascendental de la administración del trabajo en tanto que de su adecuado funcionamiento depende no solo el cumplimiento de la regulación laboral, sino ultimadamente la vigencia efectiva de derechos humanos laborales.

Tercera. En vista de los debates sobre el enfoque de enforcement normativo más adecuado de la teoría social y el ámbito de la administración del trabajo, se puede colegir que es necesario complementar y superar el enfoque de la regulación tradicional asentada en las técnicas de C/C en base a sanciones; y, a la par, superar también la dicotomía sobre los “estilos” de hacer cumplir las normas de forma punitiva o persuasiva (en lo que refiere al debate sobre el enforcement de la regulación laboral: la prevalencia de enfoques entre el preventivo versus el sancionatorio). El enfoque de la regulación responsiva resulta una propuesta pertinente para superar los defectos de los enfoques tradicionales –sea el punitivo o el persuasivo u orientador– ya que sus postulados proponen una perspectiva más holística respecto de la problemática del cumplimiento de normas. Así, con este enfoque se apunta a que la autoridad fiscalizadora implemente, planifique y utilice en su proceder una “caja de herramientas” que incluya distintos tipos de intervenciones organizadas bajo una pirámide de cumplimiento en la que, en principio, se aplique la *heurística* del escalonamiento –que prioriza actuaciones blandas sobre las más gravosas– tomando en cuenta el contexto y la tipología o perfil del comportamiento del sujeto administrado. Con la necesaria cualidad adicional, desde nuestra postura, de manejar estas herramientas y la *heurística* del escalonamiento de forma inteligente y flexible, tomando en cuenta una visión que sea congruente con la protección de los derechos humanos.

Cuarta. En el Perú está vigente ya un marco legal para la implementación de estándares de racionalidad legislativa (al menos desde las competencias del poder ejecutivo) con la dación del D.L 1448. Dichos estándares tienen como referencia a las prácticas internacionales promovidas desde la OCDE y que parten de un modelo conceptual denominado “ciclo de gobernanza regulatoria”, el mismo que incluye al AIR como una herramienta concreta de control en la racionalidad de la producción normativa. En ambos casos, el componente del enforcement de las normas es un componente central de su concepción. Por ello, la OCDE promueve los “Principios de la OCDE sobre las Mejores Prácticas para el Cumplimiento de las Normas e Inspecciones” (y en lo que refiere a nuestro objeto de estudio nos referimos, en particular, a un subgrupo de 4 de estos principios, al conjunto del cual denominamos “*Principios de la OCDE sobre políticas para la mejora de la aplicación y cumplimiento de la regulación*”).

En esta línea, cabe acotar que, con la reforma de la Ley 27444 –Ley de Procedimiento Administrativo General– establecida con el D.L 1272 e inspirada también en los lineamientos y recomendaciones de la OCDE –en particular, en los del estudio “*Política Regulatoria en el Perú. Uniendo el marco para la calidad regulatoria (2016)*” como lo señala su exposición de motivos–, se instaura en el Perú la regulación del marco general sobre la actividad administrativa de fiscalización al que está sujeto también la IT. Definiéndosela en el numeral 239.I del artículo 239 del TUO de la LPAG como “(...) el conjunto de actos y diligencias de investigación, supervisión, control o inspección sobre el cumplimiento de las obligaciones, prohibiciones y otras limitaciones exigibles a los administrados, derivados de una norma legal o reglamentaria, contratos con el Estado u otra fuente jurídica, **bajo un enfoque de cumplimiento normativo, de prevención del riesgo, de gestión del riesgo y tutela de los bienes jurídicos protegidos**” (Cursivas y resaltado añadidos). Con ello, teniendo en cuenta los fundamentos de la reforma, podemos colegir que el enfoque de “cumplimiento normativo, de prevención del riesgo, de

gestión del riesgo y tutela de los bienes jurídicos protegidos” se vincula con los fundamentos teóricos de los principios y lineamientos que recomienda la OCDE para las inspecciones; más específicamente, con los “Principios de la OCDE sobre políticas para la mejora de la aplicación y cumplimiento de la regulación” en cuanto se refiere a la eficacia de las normas como cumplimiento y aplicación (ello, especialmente, en relación con el enfoque de riesgo y proporcionalidad, y el de regulación responsiva).

Quinta. Es conveniente analizar y tener presente una noción compleja de efectividad de las normas ya que ello coadyuva a comprender de manera más clara y realista que se puede hacer desde las capacidades de la IT en el propósito de abordar la problemática del incumplimiento de la normativa sociolaboral. De los distintos sentidos que implican a la categoría “eficacia” nos hemos centrado primero en la “eficacia sociológica”; y, como parte de esta, hemos considerado primordiales a la eficacia como cumplimiento, como aplicación y como éxito. Las dos primeras aluden a “la eficacia propiamente como tal” y por su definición están directamente vinculadas a la acción de la inspección del trabajo. Por su parte, la utilidad de la eficacia como éxito que se materializa a través del cumplimiento o la aplicación, resalta en tanto que es el parámetro que asumen los lineamientos de la OCDE al momento de medir la efectividad de las regulaciones.

En esta línea, los estudios e indicadores presentados e interpretados en el capítulo II de la presente investigación dan cuenta de dos aspectos urgentes: (i) hay evidencia relativamente sólida (aunque no estudios y mediciones sistematizadas) que da cuenta no solo de un bajo nivel de cumplimiento de la normativa sociolaboral en el Perú, sino, más aún de que la IT no llega a cumplir un rol preponderante en aquellos aspectos de la eficacia en que tiene incidencia, ni tampoco parece tener influencia en lograr cambios de comportamiento sostenidos en los administrados fiscalizados bajo su ámbito de acción. Por otro lado, (ii) no hay mecanismos institucionalizados de medición de la efectividad de las normas en el Perú; y, en particular, en el sector trabajo respecto de las regulaciones laborales. Si bien en este último aspecto, merece destacarse que se ha dado algún avance con la aprobación del D.L 1448, el cual regula y abre la posibilidad a instaurar el análisis ex post de las regulaciones (mecanismo de medición de la eficacia de las normas como éxito) para medir y determinar su efectividad. Ello, como parte de la saludable decisión aprobada con el D.L 1448 de instaurar el Análisis de Impacto Regulatorio Ex ante y Ex post como instrumentos de aplicación del proceso de mejora de la calidad regulatoria en el Perú.

Al respecto, en lo que atañe la normativa del sector trabajo y al funcionamiento del SIT, debemos señalar que –a diferencia de otros organismos reguladores– no se han incorporado ni tomando en cuenta los métodos de mejora regulatoria salvo la implementación del Análisis de Calidad Regulatoria dispuesto por el D.L 1310 y cuyo proceso es conducido por la PCM. Asimismo, y probablemente como producto de la ausencia de metodologías de racionalidad legislativa en el parlamento y en el sector trabajo, se debe resaltar que la normativa sociolaboral parece adolecer de una situación de “inflación normativa”, dado los rasgos de dispersión y diversificación que la doctrina le ha atribuido. Aunado a ello, la autoridad de trabajo carece de información oficial o una base de datos actualizable y pública que brinde datos básicos sobre, por ejemplo: identificación y cantidad total de las normas sustantivas vigentes por tipo y por materia, o cantidad total e identificación de normas principales en el ámbito del SIT (directivas, protocolos o lineamientos) que estén vigentes por tipo y materia (ello a propósito de que, previo a la creación de SUNAFIL, desde el MTPE se aprobaron sendas normas de diverso tipo que regulaban

el funcionamiento de la IT, y que, al día de hoy, en varios casos no hay certeza sobre su vigencia, más aun teniendo en cuenta que en el Perú no aplica el desuetudo).

Sexta. La transformación de la Administración Pública que devino del Estado prestador de servicios al Estado garante y regulador implicó un cambio en el seno modelo de Estado administrativo que conllevó a la reconfiguración de las relaciones entre el sector estatal y los privados. Al asentarse un modelo de Estado garante y regulador (como categoría instrumental para la realización del Estado social de derecho) se dio paso a nuevas formas de interrelación con el sector privado en las que este sector tiene mayores niveles de participación y coordinación con los poderes públicos, y en las que es el Estado el que respalda y garantiza en última instancia la plena vigencia de las leyes y la protección del interés público.

En ese entender y bajo dicho contexto, cobra gran relevancia la función de regulación ya no solo como un instrumento vertical que canaliza un poder normativo de ordenación y control sobre los privados, sino como un poder de intervención en sentido comprensivo pues *“abarca una variedad de instrumentos mediante los cuales los gobiernos establecen requerimientos para empresas y personas (...) [que] incluyen leyes, órdenes formales e informales y reglamentos subordinados que emanan de todos los órdenes de gobierno, así como normas procedentes de organismos no gubernamentales o autorreguladores en los que los gobiernos han delegado facultades en materia de regulación. La gobernanza regulatoria efectiva maximiza la influencia de la política regulatoria para generar regulaciones que tengan un efecto positivo en la economía y la sociedad, y que alcancen los objetivos implícitos de política pública. Se ocupa del diseño y la implementación de la regulación, así como de asegurar su cumplimiento. Conlleva un enfoque integral para el uso de políticas, herramientas e instituciones regulatorias”* (OECD, 2012, p. 21) (Cursivas añadidas). Bajo esta concepción de regulación, la IT se instituye como un instrumento de la administración pública que busca garantizar el cumplimiento de la regulación sociolaboral; y, más aún, es una institución que puede conllevar al logro de mayores niveles de la igualdad de oportunidades y bienestar social. Si bien sus finalidades aluden a la vigilancia del cumplimiento de la legislación laboral y la orientación a empleadores y trabajadores, es indiscutible la vocación garantista de derechos fundamentales tras la praxis del ejercicio de la función inspectiva que, a nuestra consideración, se traduce también en la integración del principio protector del Derecho del Trabajo en el diseño reglas y garantías procedimentales de la actividad de fiscalización y el PAS de la IT.

Séptima. Los principios de buenas prácticas en fiscalización de la OCDE son 11 (12, si tomamos en cuenta la última versión publicada con la Guía OCDE sobre inspecciones del 2019) y se les denomina “Principios de la OCDE sobre las Mejores Prácticas para el Cumplimiento de las Normas e Inspecciones”. Tomando en cuenta la noción compleja de eficacia de la regulación que hemos analizado en este trabajo; y, centrándonos en las dimensiones de la eficacia normativa en que tendría incidencia directa un órgano de adjudicación –como, en este caso, una autoridad o agencia fiscalizadora– como la SUNAFIL (nos referimos a la eficacia como cumplimiento y aplicación), en nuestra investigación nos hemos centrado en el análisis de 4 principios de buena fiscalización de la OCDE –al conjunto de los cuales hemos denominado “Principios de la OCDE sobre políticas para la mejora de la aplicación y cumplimiento de la regulación”– los cuales son: (i) cumplimiento basado en evidencia, (ii) selectividad, (iii) enfoque de riesgo y proporcionalidad, y (iv) regulación responsiva. Desde nuestro análisis, y como ya lo mencionamos en nuestra primera conclusión, hay suficientes razones para postular la necesidad de reformar el modelo de enforcement de la IT teniendo como parámetro a estos principios; ello, con el fin de

fortalecer las facultades y capacidades de la IT que tienen relación con su campo de acción directa sobre la eficacia de las normas laborales. Bajo esta premisa que alude a la legitimidad de los 4 principios estudiados como parámetro de garantía para la consecución de intervenciones inspectivas que logren mejoras en los niveles de eficacia de la normativa sociolaboral, es que en el acápite 3.2 del capítulo III de nuestro estudio se llevó a cabo un análisis de diagnóstico del estado situacional de la SUNAFIL desde la evaluación de los “Principios de la OCDE sobre políticas para la mejora de la aplicación y cumplimiento de la regulación”. Dicha evaluación dio cuenta de los siguientes resultados sobre el grado de desarrollo de la IT de acuerdo a estos parámetros:

- *Del total de 15 subcriterios analizados del conjunto de los 4 principios objeto de estudio, podemos afirmar que la evaluación de la SUNAFIL muestra evidencia de un cumplimiento, en algunos casos relativo (por ejemplo, los subcriterios 3.3, 3.4, 3.5, 4.3 y 4.4) y en otros contundente (por ejemplo, los subcriterios 1.2, 3.1 y 4.1) de un total de 8 subcriterios. Debemos aclarar que el “cumplimiento” relativo en este caso ha sido considerado tomando en cuenta de que haya al menos un ejemplo –a modo de evidencia– acorde a lo solicitado en la Guía OCDE sobre inspecciones en relación con el respectivo subcriterio.*
- *Del total de 15 subcriterios analizados del conjunto de los 4 principios objeto de estudio, podemos afirmar que hay 7 subcriterios que no tienen ningún desarrollo institucional en la SUNAFIL. El principio que se ve más afectado sin evidencia de cumplir ningún subcriterio es el principio de selectividad.*
- *Los 7 subcriterios en que no hay muestra de cumplimiento son: 1.1, 1.3, 1.4, 2.1, 2.2, 3.2 y 4.2.*
- *Vistas las aseveraciones previas, consideramos que, actualmente, la SUNAFIL parece mantener aún vestigios propios –y notorios– de un modelo tradicional de enforcement normativo (que se inclina más por el enfoque punitivo). Marcadamente, delimitan esta aproximación del modelo actual, por ejemplo, la persistencia de un sistema de multas tasadas en el RLGIT, las deficiencias en la regulación de nuevas sanciones en desmedro del fortalecimiento de las medidas correctivas en la LGIT, la regulación insuficiente a nivel del RLGIT, de la Directiva sobre función inspectiva o la Directiva del PAS de SUNAFIL respecto de la focalización de intervenciones basadas en la evaluación del nivel de riesgo (lo cual implica, al menos, tener también una concepción clara de la categoría “riesgo” en el sector), la falta de desarrollo de reglas sobre el uso de medidas administrativas sobre todo en el PAS, la inexistencia de mecanismos alternativos de promoción del cumplimiento –como los analizados a partir del principio de selectividad–, entre otros.*

De manera que, si bien la SUNAFIL ha mostrado algunos primeros avances en la línea de los principios de la OCDE; estos no resultan suficientes para garantizar estándares adecuados de cumplimiento normativo. Por ello, es imprescindible avanzar hacia la integración y consolidación de la óptica de los principios de la OCDE al menos en lo que refiere a las competencias inspectivas que tienen repercusión directa en la eficacia propiamente como tal de las normas sociolaborales.

Octava. Finalmente, en una última sección de nuestro trabajo, sobre la base de las premisas teóricas, fácticas y jurídicas previas, se han sustentado algunos ejemplos de temáticas

interpretativas de discusión y reformas regulatorias pendientes en orden a la materialización del principio de “Regulación responsiva” en la IT. Dentro de estas, consideramos que resalta la propuesta de introducir regulaciones conceptualmente claras y puntuales sobre la implementación de las medidas administrativas en la actividad de fiscalización y el PAS de la IT; en particular, hemos hecho hincapié en la necesidad de introducir cambios que, siendo coherentes con el enfoque de regulación responsiva, den cumplimiento a la finalidad correctiva que tiene la actividad de fiscalización y, sobre todo, –en este caso vinculando a todas las competencias y facultades de la IT– den cumplimiento a obligaciones internacionales de las que el Perú es estado parte. Esto último, en referencia a los criterios interpretativos que devienen del órgano de control técnico del PIDESC, los cuales están contenidos en las Observaciones Generales 23 y 24 del CDESC. Así pues, si bien el C.81 de la OIT no hace mayor referencia a las facultades correctivas que podría tener la IT, en el ámbito internacional, esta omisión es relevada por los criterios contenidos en las referidas Observaciones generales; las cuales, consideramos, fijan un marco jurídico internacional de ineludible observancia por parte de la autoridad inspectiva peruana.



Bibliografía

- Acemoglu, D., & Robinson, J. A. (2012). *Por qué fracasan los países: Los orígenes del poder, la prosperidad y la pobreza* (1ª ed.). Deusto.
- Álvarez del Cuívillo, A. (2012). Una aproximación metodológica al problema de la eficacia de las normas laborales. *Revista de Derecho Social*, 59, 53–86.
- Arce, E. (2016). Luces y sombras de la inspección del trabajo. In Sociedad Peruana de Derecho del trabajo y de la Seguridad Social (Ed.), *Libro del VII Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social* (de, pp. 807–817).
- Ayres, I., & Braithwaite, J. (1992). *Responsive regulation: Transcending the deregulation debate*. *Oxford socio-legal studies*. Oxford University Press.
- Balbín, E. (2010). Regímenes especiales en la legislación laboral peruana. In Sociedad Peruana de Derecho del trabajo y de la Seguridad Social (Ed.), *IV Congreso Nacional SPDTSS. Retos del Derecho del Trabajo Peruana: Nuevo Proceso Laboral, Regímenes Especiales y Seguridad y Salud en el Trabajo* (pp. 615–630). El búho.
- Banerjee, A. V., & Duflo, E. (2012). *Repensar la pobreza: Un giro radical en la lucha contra la desigualdad global*. *Pensamiento*. Taurus.
- Barnés Vázquez, J., & Schmidt-Assmann, E. (2012). *Innovación y reforma en el derecho administrativo* (2ª ed., renovada y amp). *Serie blanca (libros de pensamiento)*. Global Law Press; Instituto Nacional de Administración Pública.
- Bensusan, G. (2014). Legislación laboral en América Latina: La brecha entre diseño y realidad. In T. Teklè (Ed.), *Derecho del trabajo y protección de los trabajadores en países en desarrollo* (1st ed., pp. 157–204). Plaza y Valdés; Oficina Internacional del Trabajo.
- Bensusán, G. (2009). Estándares laborales y calidad de los empleos en América Latina: Estándares laborales y calidad de los empleos en América Latina. *Revista Perfiles Latinoamericanos*, 17(34), 13–49.
<https://perfilesla.flacso.edu.mx/index.php/perfilesla/article/download/158/102UR> -
<https://perfilesla.flacso.edu.mx/index.php/perfilesla/article/view/158>
- Bueno, C. (2018). Inspecciones del Trabajo. In J. M. Salazar-Xirinachs & J. Chacaltana (Eds.), *Políticas de formalización en América Latina: Avances y desafíos* (pp. 71–105).
https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---americas/---ro-lima/documents/publication/wcms_645159.pdf
- Burneo, J., Cook, R., Alvarez, B., Luque, L. A., Cárdenas, M., Chávez, S., & Guerrero, R. (2018). *L. C. vs. Perú, memoria del litigio: La disputa jurídica por el derecho al acceso al aborto legal de las niñas víctimas de violación sexual* (1a edición). PromSex, Centro de Promoción y Defensa de los Derechos Sexuales y Reproductivos.
- Calle, J. P. (2018). Regulando con calidad: el aporte de la OCDE. *Foro Jurídico*(17), 47–70.
- CEPLAN. (2015). *Perú 2021: País OCDE*. https://www.ceplan.gob.pe/wp-content/uploads/files/Documentos/peru_2021_-_pais_ocde-_espanol_impresion_09-02-2015_final_0.pdf
- CEPLAN. (2016). *El Perú en los Indicadores Mundiales*. https://www.ceplan.gob.pe/wp-content/uploads/2016/08/INDICADORES_MUNDIALES_2016.pdf

- Cívico, J. G. (2014). Indicadores y eficacia de los derechos. In M. J. Bernuz Benítez & M. Calvo García (Eds.), *La eficacia de los derechos sociales* (1st ed.). Tirant lo Blanch.
- Dancourt, Ó., & Jiménez Sotelo, R. (2010). *Perú: Lecciones de la recesión de 2008-2009* (Vol. 2010). <https://mpr.ub.uni-muenchen.de/74889/1/73-2010.pdf>
- Deva, S. (2014). *Regulating corporate human rights violations: Humanizing business* (First edition in paperback). *Routledge research in human rights law*. Routledge.
- Drummond, J. (2020, June 8). Cómo la ciencia del comportamiento puede promover la cultura de seguridad. *Apolitical*. https://apolitical.co/en/solution_article/how-behavioural-science-can-promote-safety-culture
- Esteve, J. (2015). *Estado garante. Idea y realidad* (1ª ed.). *Innap investiga. Serie Innovación administrativa*. Instituto Nacional de Administración Pública. https://play.google.com/books/reader?id=n9mCCgAAQBAJ&hl=en_US&pg=GBS.PTI
- Galbraith, J. K. (2017). *Desigualdad: Lo que todo el mundo debería saber sobre la distribución de los ingresos y de la riqueza* ((l. Barbeitos, Trans.)) (1ª ed.). Deusto.
- García Villegas, M. (2014). *La eficacia simbólica del derecho: Sociología política del campo jurídico en América Latina* (Segunda edición). *Debate*. Instituto de Estudios Políticos y Relaciones Internacionales, Universidad Nacional de Colombia; Penguin Random House Grupo Editorial.
- García Villegas, M. (2017). *El orden de la libertad*. Fondo de Cultura Económica.
- Grupo de las Naciones Unidas para el Desarrollo. (2014). *Implementación de la Agenda para el Desarrollo después de 2015, oportunidades a nivel nacional y local*. https://www.undp.org/content/dam/undp/library/MDG/Post2015-SDG/Delivering%20the%20Post-2015%20Development%20Agenda_Spanish_web.pdf
- Guay, J. (2019, April 4). What is behavioural insights? *Apolitical*. https://apolitical.co/en/solution_article/what-is-behavioural-insights
- Guayo, Í. d. (2017). *Regulación*. Marcial Pons.
- Hierro, L. L. (2003). *La eficacia de las normas jurídicas* (1ª ed.). Ariel.
- Holmes, S., Sunstein, C. R., & Mastrangelo, S. (2011). *El costo de los derechos: Por qué la libertad depende de los impuestos*. *Derecho y política*. Siglo Veintiuno Editores.
- Huapaya, R., & Alejos, O. (2020). *Sobre la necesidad de usar menos garrotes y más zanahorias. A propósito de una reciente sentencia del Tribunal Constitucional | Enfoque Derecho | El Portal de Actualidad Jurídica de THEMIS*. <https://www.enfoquederecho.com/2020/06/17/sobre-la-necesidad-de-usar-menos-garrotes-y-mas-zanahorias-a-proposito-de-una-reciente-sentencia-del-tribunal-constitucional/>
- Jatobá, V. (2002). *Inspección del trabajo en el marco de la modernización de la Administración del Trabajo*. *Serie Conferencia Interamericana de Ministros del Trabajo Proyecto CIMT-OIT*. Oficina Regional para América Latina y el Caribe. http://www.oit.org.pe/WDMS/bib/publ/doctrab/dt_148.pdf
- Kanbur, R., & Ronconi, L. (2018). El control del cumplimiento importa: La regulación laboral efectiva. *Revista Internacional Del Trabajo*, 137(3), 369–395. <https://doi.org/10.1111/ilrs.12095>

- Landa, C. (2016). La constitucionalización del derecho administrativo. *THEMIS-Revista De Derecho*(69), 199–217. <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/themis/article/view/16725>
- Marina, J. A. (2014). *La recuperación de la autoridad: Claves para la familia y la escuela* (1ª ed. junio 2014). *Psicología: Vol. 338*. Debolsillo.
- Marinakis, A. (2016). Incumplimiento del salario mínimo en América Latina. La importancia de los factores institucionales. *Revista Internacional Del Trabajo*, 135(1), 143–168. <https://doi.org/10.1111/ilrs.12005>
- MINJUS. (2017). *Guía práctica sobre la actividad administrativa de fiscalización: Guías para asesores jurídicos del Estado*. <https://www.minjus.gob.pe/wp-content/uploads/2017/08/Guia-de-Fiscalizaci%C3%B3n-08-08-2017.pdf>
- MINJUS. (2020). *II Encuesta Nacional de Derechos Humanos (informe completo)*.
- MINJUS – Dirección General de Derechos Humanos. (2013). *Encuesta para medir la opinión de la población peruana en relación con los derechos humanos: resumen ejecutivo*.
- Moreno Castillo, L. F. (2019). *Teoría de la regulación: Hacia un derecho administrativo de la regulación*. Colección de Estudios en Derecho Minero y Energético. <https://ebooks.uexternado.edu.co/>
- Mórtola, Í., & Mendoza, L. (2019). informalidad laboral e inspección del trabajo: reglas nuevas para un viejo problema. In e. la (Ed.), *El derecho del trabajo en la actualidad : problemática y perspectiva. Estudios en homenaje a la Facultad de Derecho PUCP en su centenario* (pp. 325–338). Pontificia Universidad Católica del Perú, facultad de Derecho.
- Muñoz, S. (2015). *Tratado de derecho administrativo y de derecho público general* (4ª ed. act. 2015). Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado.
- Ochoa, F. (2016). ¿Es posible hacer cumplir la ley sin sancionar? Aplicando de manera «responsiva» la regulación en el Perú, a propósito del caso de abogacía de la competencia sobre las barreras burocráticas en el mercado de servicios públicos. *Derecho PUCP*(76), 151–180. <https://doi.org/10.18800/derechopucp.201601.006>
- Ochoa, F. (2018). Alternativas a la regulación tradicional: más allá del comando y control. In Óscar Súmar Albújar (Ed.), *Más allá del análisis económico de la regulación: Mejora regulatoria y enfoques multidisciplinarios* (pp. 99–136). Grupo de Investigación en Derecho Económico, Themis editorial jurídica, Regulación racional.
- OECD. (2002). *Glosario de los principales términos sobre evaluación y gestión basada en resultados*. Organisation for Economic Co-operation and Development. <https://www.oecd.org/dac/evaluation/2754804.pdf>
- OECD. (2012). *Recomendación del Consejo sobre Política y Gobernanza Regulatoria*. Organisation for Economic Co-operation and Development. <https://www.oecd.org/gov/regulatory-policy/Recommendation%20with%20cover%20SP.pdf>
- OECD. (2014). *Regulatory enforcement and inspections. OECD best practice principles for regulatory policy*. OECD.
- OECD. (2016a). *El ABC de la mejora regulatoria para las entidades federativas y los municipios: Guía práctica para funcionarios, empresarios y ciudadanos*.

- <http://www.oecd.org/gov/regulatory-policy/abc-manual-for-regulatory-reform-spanish-version.pdf>
- OECD. (2016b). *Estudios de la OCDE sobre Gobernanza Pública: Perú: Gobernanza integrada para un crecimiento inclusivo*. OECD Publishing.
- OECD. (2018a). *OECD regulatory enforcement and inspections toolkit*. OECD Publishing.
- OECD. (2018b). *Política Regulatoria en el Perú: Uniendo el Marco para la Calidad Regulatoria*. OECD Publishing. <https://doi.org/10.1787/9789264279001-es>
- OECD. (2019a). *Guía de la OCDE para el cumplimiento regulatorio y las inspecciones*. OECD Publishing. <https://doi.org/10.1787/0fe43505-es>
- OECD. (2019b). *Implementación del Análisis de Impacto Regulatorio en el Gobierno Central del Perú* (2018th ed.). OECD Publishing. <https://doi.org/10.1787/9789264305809-es>
- OECD. (2020a). *Panorama de las Administraciones Públicas América Latina y el Caribe 2020*. OECD. <https://doi.org/10.1787/1256b68d-es>
- OECD. (2020b). *Regulatory Enforcement and Inspections in the Environmental Sector of Peru*. OECD. https://www.oecd-ilibrary.org/governance/regulatory-enforcement-and-inspections-in-the-environmental-sector-of-peru_b26bc7b6-en
<https://doi.org/10.1787/54253639-en>
- OIT. (2010). *La eficacia de la legislación laboral: Un análisis multidimensional para el caso de Chile*. Serie de investigación: Vol. 118. OIT/IIEL.
- OIT. (2011). *Resolución y conclusiones sobre la administración y la inspección del trabajo*. Oficina Internacional del Trabajo. https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_dialogue/---lab_admin/documents/meetingdocument/wcms_167751.pdf
- OIT. (2015a). *Sustitución de multas por capacitación para micro y pequeñas empresas en Chile*. Notas sobre tendencias de la inspección del trabajo. OIT.
- OIT. (2015b). *Tendencias de la inspección del trabajo frente a la formalización: Experiencias de América Latina y el Caribe*. Notas sobre tendencias de la inspección del trabajo. https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---americas/---ro-lima/documents/publication/wcms_370261.pdf
- OIT. (2017). *Orientaciones de la OIT para la Planificación Estratégica para el Cumplimiento para Inspecciones del Trabajo*. Oficina Internacional del Trabajo. https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_dialogue/---lab_admin/documents/briefingnote/wcms_606474.pdf
- OIT. (2018). *Nuevas perspectivas para la gobernanza del trabajo*. https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/---cabinet/documents/publication/wcms_618376.pdf
- Pérez Correa, C. (2014). Por qué las personas obedecen al derecho: desincentivo, normativismo y cumplimiento del derecho. In *La obediencia del derecho* (pp. 11–53).
- Pérez Lledó, J. A. (2015). Normas Constitutivas: Reglas que confieren poderes y reglas puramente constitutivas. Las definiciones. In Daniel González Lagier (Ed.), *Filosofía y derecho. Conceptos básicos del derecho*. Marcial Pons.

- Pfarr, N. (2016). Aplicando la Economía del Comportamiento y la Psicología Cognitiva al Proceso de Diseño: Diseñando para cambiar comportamiento. In E. Díaz & C. del Valle (Eds.), *Guía de Economía del Comportamiento: Volumen I : Políticas Públicas* (pp. 17–40).
- Presidencia del Consejo de Ministros, PCM. (2013). *Perú: tercer informe nacional de cumplimiento de los objetivos de desarrollo del milenio*.
https://alicia.concytec.gob.pe/vufind/Record/CEDR_5927185278fdccd0379d4fa053e7e6d8
- Querbach, T., & Arndt, C. (2017). *Política regulatoria en América Latina*.
<https://doi.org/10.1787/940ec5c6-es>
- Rojas Rosco, R., Moraleja Moraleja, E., & Gutiérrez Arranz, R. (2017). *Compliance laboral* (Act. a 14 de jul. de 2017). *Claves prácticas Francis Lefebvre*. Francis Lefebvre.
- Schauer, F. (2015). *Fuerza de ley* (Primera edición). *Postpositivismo y derecho. Serie mayor: Vol. I*. Palestra.
- Soto, P. (2016). Sanciones administrativas como medidas de cumplimiento del Derecho: un enfoque funcional y responsivo aplicado al régimen sancionatorio ambiental. *Ius Et Praxis*, 22(2), 189–226. <https://doi.org/10.4067/S0718-00122016000200007>
- Sunstein, C. R. (2016). *La revolución en los derechos: Redefiniendo el estado regulador*. Editorial Universitaria Ramón Areces.
- Thaler, R. H., & Sunstein, C. R. (2017). *Un pequeño empujón (nudge): El impulso que necesitas para tomar mejores decisiones sobre salud, dinero y felicidad*. Taurus.
- Tombs, S., & Whyte, D. (2016). *La empresa criminal: Por qué las corporaciones deben ser abolidas* (1ª ed.). *Icaria antrazyt Análisis contemporáneo: Vol. 447*. Icaria.
- Torres, T. (2019). ¡Sálvese quien pueda! la elusión de la subsanación voluntaria como eximente de punición por parte de la administración. *THĒMIS-Revista De Derecho*(74), 91–105. <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/themis/article/download/21235/20938UR> - <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/themis/article/view/21235>
- Torres, T., Fiestas, J., Neira, J. C., Oscco, C., & Aguilar, F. (2020). *Promoviendo mejores decisiones: El caso de la subsanación de incumplimientos en el sector minero*. OEFA.
<https://www.oefa.gob.pe/be-oefa/wp-content/uploads/2020/09/promoviendo-mejores-decisiones.pdf>
- Trebilcock, M. J., & Prado, M. M. (2017). *Derecho y desarrollo: Guía fundamental para entender por qué el desarrollo social y económico depende de instituciones de calidad* ((E. Odriozola, Trans.)) (1a ed.). *Colección Derecho y política*. Siglo Veintiuno Editores Argentina.
- Tyler, T. (2014). *La obediencia del derecho*. Siglo del Hombre Editores; Universidad de los Andes, Facultad de Derecho; Pontificia Universidad Javeriana.
- Uribe Mallarino, C. (2008). *Un modelo para armar: Teorías y conceptos de desarrollo* (1ª ed.). Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.
- Viollaz, M. (2018). Eficacia de la inspección laboral cuando la normativa varía según el tamaño de la empresa. El caso del Perú. *Revista Internacional Del Trabajo*, 137(2), 233–263. <https://doi.org/10.1111/ilrs.12088>

- Viollaz, M. (2019). Incumplimiento Múltiple de Regulaciones Laborales en el Perú: Patrones e Impacto de las Inspecciones de Trabajo. *REVISTA DE TRABAJO*, 18(4).
- weller, J. (2009). Avances y retos para el perfeccionamiento de la institucionalidad laboral en América Latina. In J. weller (Ed.), *El nuevo escenario laboral latinoamericano: regulación, protección y políticas activas en los mercados de trabajo* (pp. 19–20). Siglo Veintiuno Editores; CEPAL.
- Wilkinson, R., & Pickett, K. (2019). *Igualdad: Cómo las sociedades más igualitarias mejoran el bienestar colectivo*. Capitán Swing Libros.
- World Justice Project. (2019a). *Índice de Estado de Derecho 2019: Rule of law index 2019*. https://worldjusticeproject.mx/wp-content/uploads/2019/08/GROLI-Spanish.pdf?utm_source=google&utm_medium=pdf&utm_campaign=rolindex_spa
- World Justice Project. (2019b). *Perú Ocupa el puesto 70 de 126 países en el Índice de Estado de Derecho, bajó siete lugares*. https://worldjusticeproject.org/sites/default/files/documents/Peru%20%28Spanish%29_0.pdf

