

¿Qué es la fiscalización bajo el enfoque de cumplimiento normativo, de prevención y de gestión del riesgo?



Smart Regulation
Peru



¿Qué es la fiscalización bajo enfoque de cumplimiento normativo, de prevención y gestión del riesgo?

Documento elaborado por:

Jean Paul Calle Casusol. MSc en Regulación por London School of Economics and Political Science (LSE), Reino Unido.

Javier Roca Fabian. Especialización en análisis de impacto regulatorio del Colegio de Brujas - Bélgica.

© 2017 Smart Regulation Peru. Derechos reservados.

www.smartreg.pe

info@smartreg.pe

Está permitida la reproducción total o parcial de este documento por cualquier medio, siempre y cuando se cite la fuente y los autores.

Los comentarios o sugerencias pueden ser remitidos al correo electrónico:
jpcallec@smartreg.pe

I. Introducción

Mediante Decreto Legislativo N° 1272¹ se modificó la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General (LPAG), introduciéndose dentro del Título IV, una regulación expresa sobre la Actividad Administrativa de Fiscalización.

Así, el artículo 237.1 del TUO de la LPAG define tal actividad 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”.

La norma explicita con claridad el enfoque bajo el cual debe llevarse a cabo la fiscalización administrativa, término que es comprensivo de la inspección, supervisión, control o similares. Ese enfoque es el de cumplimiento normativo, de prevención y de gestión del riesgo. Sin embargo, ¿qué significa tal enfoque? ¿Cómo debe ser entendido?

II. ¿Ayuda el enfoque punitivo?

Desde una perspectiva tradicional se suele asumir que las sanciones administrativas son la única herramienta para asegurar, de una manera eficaz, el cumplimiento normativo. Así, en el ámbito del Derecho Administrativo Sancionador, se considera que la potestad sancionadora es el medio a través del cual el Estado materializa su “jus puniendi”, buscando con ello castigar a los agentes infractores. Ello ciertamente no significa que el derecho sancionador no busque, a través de la represión, desincentivar la realización de infracciones. De hecho, como también se ha reconocido, a través de la imposición de las multas administrativas, la potestad sancionadora persigue tanto un fin represivo (castigo) como un fin de prevención (desaliento de futuras conductas similares)².

Sin embargo, la visión que ofrece esta perspectiva no está exenta de críticas. El uso de la herramienta sancionadora ha sido cuestionado por su carácter altamente coercitivo, y su alto costo de “enforcement”, dada la asimetría informativa que enfrentan los entes estatales con respecto a las personas o empresas reguladas (pues se necesita información de los sujetos regulados para verificar si están cumpliendo la normativa) y el costo administrativo que involucra iniciar un procedimiento sancionador. Asimismo, se señala que un enforcement de este tipo requiere de normas precisas y detalladas que regulen las obligaciones cuyo cumplimiento se

¹ Publicado en el diario oficial El Peruano el 21 de diciembre de 2016.

² PEDRESCHI GARCÉS, Willy. “Análisis sobre la Potestad Sancionadora de la Administración Pública y el Procedimiento Administrativo Sancionador en el Marco de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General”. En: Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General – Segunda Parte, Ara Editores, Lima, 2003, p. 502. Asimismo, Vergaray y Gómez señalan que “La potestad sancionadora es el poder jurídico que detenta la Administración Pública para castigar a los administrados cuando éstos lesionan determinados bienes jurídicos reconocidos por el marco constitucional y legal vigente. Esta potestad, mediante la represión de ciertas conductas, busca incentivar el respeto y cumplimiento del ordenamiento jurídico, desincentivando la realización de infracciones”. VERGARAY BÉJAR, Verónica y GÓMEZ APAC, Hugo. “La Potestad Sancionadora y los Principios del Procedimiento Sancionador”, en: Milagros Maraví Sumar (Compiladora). “Sobre la Ley del Procedimiento Administrativo General. Libro Homenaje a José Alberto Bustamante”. Fondo Editorial de la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas, Lima 2009, p. 403.

quiere exigir o las conductas que se busca reprimir. No obstante, siempre existe el riesgo de que tales normas sean complejas, legalistas, rígidas, prescriptivas, difícil de entender y de aplicar, originando situaciones en las que existen (i) regulaciones excesivamente detallistas (“over-inclusive”) que desalientan conductas socialmente positivas, (ii) regulaciones que no comprenden suficientemente las actividades a regular (“under-inclusive”) y que, por tanto, fallan en prevenir conductas indeseables; así como (iii) regulaciones que son excesivamente represivas (“over-deterrence”) y (iv) regulaciones que generan efectos perversos o no deseados (“unintended effects”), entre otros; lo cual no induce, fomenta ni refuerza el cumplimiento voluntario³.

Otro problema suele ser la alta discrecionalidad que se maneja en la determinación de las multas, de tal forma que, si los administrados no conocen adecuadamente los niveles de multas a los que se enfrentan, o no conocen metodológicamente el procedimiento que se seguirá para su determinación (predictibilidad en la determinación de la multa); la situación resultante será una en la que las multas impuestas serán percibidas como muy bajas o como “injustas”, dificultando que los administrados tomen conciencia de la necesidad de cumplir con las normas. Ello podría originar una situación de enforcement contraproducente⁴, ya que la multa terminaría generando un efecto totalmente distinto al que persigue: promover conductas infractoras (si la multa no es realmente disuasiva) o “actitudes desafiantes” del lado de los administrados, así como una cultura de “resistencia” o de “constante impugnación”, en lugar de incentivar el respeto y cumplimiento del ordenamiento jurídico.

A ello debe agregarse el hecho de que los sujetos regulados no necesariamente deciden cumplir las normas por una motivación racional (como lo asume la teoría económica del enforcement⁵), sino también por la sola obediencia a la ley (motivación normativa) o por el interés de obtener el respeto y aprobación de sus pares con quienes interactúan (motivación social)⁶, conductas que no son consideradas ni alentadas bajo un enfoque meramente punitivo del enforcement.

Lo antes expuesto también es reconocido por la OCDE en su estudio sobre los principales desafíos para el cumplimiento de la regulación (“Reducing the Risk of Policy Failure: Challenges for Regulatory Compliance”)⁷, en el cual destaca que el cumplimiento normativo usualmente falla porque los sujetos regulados no conocen o

³ Ver BALDWIN, R, CAVE, M and LODGE, M (2012), *Understanding Regulation. Theory, Strategy, and Practice* (Oxford: OUP), pp. 230-238 y BLACK, J., (1997) "Chapter 1 Using Rules" from Black, J., *Rules and Regulators* (Oxford: Clarendon Press) pp.5-45.

⁴ Ver GRABOSKY, P., (1995): “Counterproductive Regulation”, *International Journal of the Sociology of Law*, 23, pp. 347-369.

⁵ En simple, esta teoría asume que los agentes, bajo una motivación racional, optarán por cumplir con la normativa en caso exista una alta probabilidad de ser detectados, así como una alta probabilidad de ser sancionados con una multa severa. Ver BECKER, G. (1968). “Crime and Punishment: An Economic Approach”. *Journal of Political Economy*, University of Chicago Press, Vol. 76, pp. 169-217. SHAVELL, Steven (1993). ” The Optimal Structure of Law Enforcement”. *Journal of Law and Economics*, Vol. 36, No. 1, pp. 255-287 y POLINSKY, Michael y SHAVELL, Steven (2000). “The Economic Theory of Public Enforcement of Law”, *Journal of Economic Literature*, Vol. XXXVIII, pp. 45-76.

⁶ Ver WINTER, S and MAY, P (2001), “Motivation for Compliance with Environmental Regulations”, *Journal of Policy Analysis and Management*, Vol. 20, No. 4, pp. 675- 698.

⁷ Disponible en:

<https://www.oecd.org/gov/regulatory-policy/1910833.pdf>: consultado el 30 de julio de 2017.

entienden bien las normas por su complejidad, a pesar de su publicación formal; o porque las normas imponen costos de cumplimiento bastante altos, desalentando el cumplimiento voluntario y llevando a los individuos a que opten por el incumplimiento; o porque las normas no facilitan alternativas no regulatorias para facilitar un cumplimiento con bajo costo, o las autoridades no educan o informan a los sujetos regulados, o simplemente no tienen una fiscalización creíble.

Consecuentemente, el enfoque punitivo no ayuda necesariamente a fomentar el cumplimiento voluntario por parte de los sujetos regulados. En todo caso, de existir incentivos potentes que desalientan conductas infractoras, ello probablemente será a un alto costo. Esto, desde luego, no implica descartar la sanción como herramienta de enforcement. Por el contrario, como veremos a continuación, la multa debe utilizarse como última medida luego de que no haya sido efectiva la fiscalización bajo el enfoque de cumplimiento normativo, de prevención y de gestión del riesgo.

III. ¿Cómo fiscalizar para promover el cumplimiento normativo?

Las críticas al enfoque punitivo han llevado a descartar el paradigma de que el cumplimiento normativo se consigue necesariamente a través de la represión como única herramienta regulatoria; dando paso a otros enfoques alternativos que buscan promover el cumplimiento regulatorio de una manera “responsiva”, “inteligente” y por “gestión de riesgos”.

En efecto, a fin de evitar los problemas asociados al enfoque punitivo, se ha planteado utilizar esquemas regulatorios sensibles o adaptables (“responsive regulation”), en los cuales la entidad regulatoria mantiene su intervención (o fiscalización) en el mínimo nivel, pero reteniendo la capacidad de intervenir más cuando sea necesario, acorde con una “pirámide de estrategias regulatorias” (“pyramid of regulatory strategies”) y otra “pirámide de cumplimiento” (“enforcement pyramid”). Así, acorde con la primera pirámide, se parte de reconocer que las empresas reguladas o los agentes privados tienen la capacidad para autorregularse (“self-regulation”) pero el Estado retiene la posibilidad de ir escalando hacia la adopción de medidas de autorregulación supervisada (“enforcement self-regulation”) y luego de medidas más intrusivas y punitivas (“command and control”) cuando las primeras estrategias fallan. Por su parte, en la segunda pirámide, el regulador implementa el enfoque de la “zanahoria y el garrote” (“carrot and stick”), es decir, busca hacer cumplir la regulación utilizando en primer lugar la persuasión (“education and advice”) pero reteniendo la posibilidad de ir escalando hacia la adopción de advertencias (“warning letters”) y luego sanciones drásticas (“deterrence”) cuando la primera medida falla (“speaking softly while carrying a big stick”)⁸.

En esa misma línea, también se plantea la necesidad de que el Estado adopte esquemas de regulación inteligente (“smart regulation”), en el cual el regulador utilice un mix de técnicas de control estatales y no estatales (como por ejemplo controles instaurados por las propias empresas y organizaciones en general), así como una variedad de instrumentos e instituciones, para alcanzar el objetivo regulatorio,

⁸ Ver AYRES, Ian y BRAITHWAITE, J. (1992), *Responsive regulation: transcending the deregulation debate* (Oxford: University Press US), pp. 101-102.

prefiriendo medidas regulatorias menos intervencionistas pero ascendiendo en la pirámide para adoptar medidas más severas en la medida que sea necesario⁹.

Lo anterior es consistente también con un esquema regulatorio basado en un enfoque de mercado (market-based approach), que busca promover que las empresas reguladas, en contextos de industrias que enfrentan riesgos complejos e inciertos, planeen sus propias actividades con el fin de satisfacer el interés público (“Performance-based regulation”). En ese sentido, lo que le interesa al regulador es fiscalizar si la actividad desplegada por la empresa regulada alcanza el resultado (output) exigido, dejando amplia libertad a la empresa para utilizar cualquier medio que le permite obtener el resultado deseado¹⁰.

Todos estos esquemas alternativos parten de reconocer la limitada capacidad que tiene la Administración Pública para obtener información y procesarla con miras a diseñar, implementar y hacer cumplir las regulaciones de manera adecuada, debido a la asimetría informativa que enfrenta, por lo que la solución que se plantea radica en la utilización de alternativas a la regulación tradicional, en las cuales se busca que el Estado:

- (i) Promueva el cumplimiento voluntario, a través de la facilitación, educación y persuasión en lugar de la intrusión y coercividad como primera medida. Es decir, antes de aplicar una multa en primera instancia, debe procurarse utilizar medidas preventivas y no intrusivas.
- (ii) Reconozca la interdependencia con otros actores sociales (no gubernamentales) que tienen también capacidad para regular; e
- (iii) Implemente instrumentos alternativos a la regulación estatal (tales como la autorregulación, “soft law”, instrumentos contractuales, incentivos económicos, etc.).

Esta es también la posición de la OCDE, la que en su Estudio de 2014 sobre los principios aplicables al enforcement y las inspecciones (“Regulatory Enforcement and Inspections, OECD Best Practice Principles for Regulatory Policy”)¹¹, indica que una buena estrategia de enforcement¹² es aquella que provee correctos incentivos para los sujetos regulados y que fomenta el cumplimiento regulatorio a través de alternativas a la regulación tradicional, ayudando a reducir los esfuerzos de monitoreo que hacen los reguladores, los costos para las empresas y el sector

⁹ Ver GUNNINGHAM, N., Grabosky, P., y DARREN, S. (1998). *Smart Regulation: Designing Environmental Policy* (Oxford: Clarendon Press), pp. 381-385.

¹⁰ Ver COGLIANESE, C. and LAZER, D. (2003) “Management-Based Regulation: Prescribing Private Management to Achieve Public Goals”, *Law & Society Review*, Volume 37, Issue 4, pp. 691–730; PARKER, C., (2000): “Reinventing Regulation within the Corporation”, *Administration & Society* 32(5), pp. 529-565 y GILAD, S., (2010): “It runs in the family: Meta-regulation and its siblings”, *Regulation & Governance* 4, pp. 485–506.

¹¹ Documento disponible en:

http://www.keepeek.com/Digital-Asset-Management/ocde/governance/regulatory-enforcement-and-inspections_9789264208117-en#page4 consultado el 30 de julio de 2017.

¹² En este reporte el término “*Enforcement*” es utilizado en un sentido amplio para comprender todas las actividades estatales orientadas a promover el cumplimiento de las regulaciones y alcanzar ciertos resultados deseados como, por ejemplo, la reducción de riesgos a la seguridad, salud y medio ambiente, la protección de derechos, la promoción de la competencia en los mercados, entre otros objetivos de interés público. Estas actividades pueden consistir en la difusión de información, prevención, inspección, recolección de data, acción de enforcement en el sentido estricto, tales como advertencias, multas, etc. Es decir, el enforcement incluye la fiscalización. Asimismo, en este reporte los términos de “agencias regulatorias encargadas del enforcement”, “agencias de inspección” e inspectorías son sinónimos”. OCDE (2014), p. 11.

público, y haciendo que las inspecciones sean más efectivas, eficientes, menos gravosas para los sujetos regulados¹³.

Estos esquemas alternativos pueden ser útiles para darle contenido a la fiscalización bajo el enfoque de cumplimiento normativo, pues se debe partir de la premisa de que la misión del fiscalizador no es encontrar culpables, sino más bien fomentar que el cumplimiento normativo se haga de manera voluntaria por los sujetos regulados; para lo cual se debe utilizar un enfoque preventivo que evite la alteración del ordenamiento jurídico. Esto, por lo demás, no solamente encuentra sustento normativo en lo señalado en el artículo 237.1 del TUO de la LPAG, sino que también se deriva del artículo 243.2, que señala que “Las entidades procurarán realizar algunas fiscalizaciones únicamente con finalidad orientativa, esto es, de identificación de riesgos y notificación de alertas a los administrados con la finalidad de que mejoren su gestión”, con lo cual se consagra el rol preventivo de la fiscalización.

IV. ¿Cómo fiscalizar bajo un enfoque de prevención y gestión de riesgos?

En el contexto antes descrito, se ha planteado adicionalmente la necesidad de utilizar el concepto de riesgo para racionalizar el “enforcement” del Regulador.

La fiscalización bajo un enfoque de prevención y gestión de riesgos es considerada como una derivación de la llamada regulación por riesgos (“risk-based regulation”)¹⁴. Tiene por objeto identificar, evaluar, mitigar y monitorear el riesgo (“risk management”) - que para estos efectos implica no cumplir con las normas que regulan una determinada actividad -, de tal forma que la entidad pública pueda priorizar la frecuencia de fiscalización y la asignación de recursos para ello, de acuerdo con el nivel de riesgo que enfrenta.

El origen de este enfoque se encuentra en el Reporte Hampton de 2005¹⁵ sobre “la mejora de la inspección y el enforcement” (“HM Treasury Hampton Report –Reducing Administrative Burdens: Effective Inspection and Enforcement”), en el cual se destaca como principal carga administrativa para las empresas el costo en tiempo y dinero de las inspecciones y la ejecución de las regulaciones, por lo que se recomienda que las entidades públicas adopten principios comunes de enforcement regulatorio basado en la evaluación de riesgos (“risk assessment”), de tal forma que los recursos estén concentrados en las áreas supervisables donde más se necesita y donde el riesgo puede causar un gran impacto¹⁶.

De esta manera, la ventaja de este enfoque de prevención y gestión de riesgos es que permite que las actividades de fiscalización se lleven a cabo de manera eficiente, dado que facilita un manejo racional de las siguientes tres variables: (i) identificación de los problemas que ameritarán una fiscalización prioritaria

¹³ OCDE (2014), pp. 3-4.

¹⁴ Ver BLACK, J., (2005): “The emergence of risk-based regulation and the new public risk management in the United Kingdom”, *Public Law* (Autumn), pp. 512-549 y BLACK, J., (2010) “The Role of Risk in Regulatory Processes” from Lodge, M, Cave, Baldwin, R (eds) *The Oxford Handbook of Regulation* (Oxford Press): pp. 342-348.

¹⁵ Este reporte fue elaborado por Philip Hampton, empresario y ex Presidente del Directorio del Royal Bank of Scotland, a solicitud del Ministerio de Finanzas británico (HM Treasury).

¹⁶ BALDWIN, R., (2006) “Better regulation in troubled times”, *Health economics policy and law*, 1 (3), p. 204.

(aplicable, por ejemplo, a industrias contaminantes o sectores que implican riesgos para la salud o la seguridad); (ii) evaluación de la probabilidad de que el sujeto regulado pueda incumplir, así como (iii) evaluación de la probabilidad de que una infracción pueda ser detectada por la entidad durante la fiscalización; con lo cual la entidad fiscalizadora estará en capacidad de orientar sus esfuerzos y recursos a las áreas en las que probablemente encontrará más infracciones, reduciendo en general el costo de cumplimiento pero sin reducir, a la vez, el nivel de protección¹⁷.

Un ejemplo de la inspección o fiscalización por riesgo es la Tabla de los Once (Table of Eleven) existente en los Países Bajos, que busca identificar los factores de riesgo en las actividades de fiscalización durante el proceso de diseño de instrumentos regulatorios. Estos factores de riesgo - que afectan el cumplimiento normativo -, están basados en las determinantes identificadas por la academia y por la propia práctica de las agencias de inspección. Asimismo, identifica factores que afectan i) el cumplimiento espontáneo o voluntario (ausencia de enforcement), ii) factores de control que determinan la probabilidad de detección del no cumplimiento y iii) factores de sanción que determinan la graduación de las sanciones¹⁸. En el Perú, por ejemplo, con la reforma aduanera del 2008, se ha fortalecido el proceso mediante la introducción de mecanismos de asignación de riesgo (semáforos) a los embarques que llegan al puerto. Este mecanismo de gestión de riesgo ha permitido a la aduana, por ejemplo, reducir tiempos y concentrar esfuerzos en la fiscalización que impliquen un riesgo aduanero y tributario¹⁹.

Para simplificar, este enfoque parte definiendo al riesgo como la combinación de la probabilidad de que un evento adverso (peligro y daño) ocurra y de la magnitud potencial de ese peligro o daño causado (que comprende el número de personas afectadas y la severidad del mismo daño causado), de tal forma que el riesgo es el producto de esos dos elementos: la magnitud y la probabilidad.

Gráfico 1



Acorde con esta definición, la primera tarea que implica la prevención y gestión de riesgos en el ámbito regulatorio consiste en la identificación y evaluación del riesgo²⁰, lo cual se lleva a cabo en tres fases de análisis.

¹⁷ COOLIDGE, J (2006). “Reforming Inspections. Countering Corruption and Waste”, *Public Policy for the Private Sector*, Note N° 3, June 2006, The World Bank Group, p. 3.

¹⁸ OECD (2010), *Better Regulation in Europe: the Netherlands*, OECD Publishing, Paris.

¹⁹ Decreto Legislativo N° 1053, Ley General de Aduanas.

²⁰ En lo que sigue ver BLANC, Florentin; FRANCO-TEMPLE, Ernesto (2013). *Introducing a risk-based approach to regulate businesses: how to build a risk matrix to classify enterprises or activities*. Nuts & bolts. Washington, DC; World Bank Group; y Better Regulation Delivery Office (2012). “Proposals for Developing a Common Approach to Risk Assessment”, pp. 1-16, disponible en:

<https://www.gov.uk/government/publications/common-approach-to-risk-assessment> consultado el 30 de julio de 2017.

En la primera fase, se tiene que identificar el **nivel del evento adverso**, lo cual viene dado por las actividades económicas que son peligrosas o capaces de dañar algún bien jurídico protegido por el ordenamiento o el objetivo o misión que se le ha encargado a la entidad, siendo que el evento adverso luego tiene que ser analizado de acuerdo con un ranking de severidad, pudiendo terminar clasificado en actividades con impacto grave, moderado y leve.

En la segunda fase, se tiene que identificar y evaluar la **probabilidad de que ocurra el evento adverso**, es decir, que se llegue a concretar debido al incumplimiento de las normas a cargo del sujeto regulado. Esto supone evaluar varios elementos, entre los que se encuentran, el historial infractor del sujeto, su nivel actual de cumplimiento, la existencia de sistemas internos de gestión de riesgos, así como las competencias técnicas y de gestión de la compañía. Al igual que el nivel del evento adverso, la probabilidad de incumplimiento también tiene que ser analizado de acuerdo con un ranking, pudiendo categorizarse como incumplimiento alto, mediano o bajo.

Finalmente, en la tercera fase, tanto el nivel del evento adverso como la probabilidad de incumplimiento son usados para identificar el **nivel de riesgo** resultante de la actividad económica que supervisa o fiscaliza el órgano de inspección. En esta tercera fase, puede identificarse y puntuarse (“risk ratings”) distintos tipos de actividades acorde con su riesgo. Por ejemplo, actividades que son inherentemente más peligrosas que otras y, por tanto, con más probabilidad de que un accidente ocurra, serán puntadas de manera distinta a aquellas actividades que tienen una magnitud de peligro baja, así como una probabilidad de ocurrencia también baja.

Normalmente la aplicación de estos tres elementos toma la forma de una matriz de riesgos, en la que se combinan tanto severidad como probabilidad, a fin de determinar si la probabilidad de incumplimiento, de acuerdo con la categorización realizada (alta, mediana o baja), puede terminar influyendo en el nivel de riesgo. Por ejemplo, si la probabilidad de incumplimiento es alta, consecuentemente el nivel de riesgo enfrentado por la autoridad también será alto, lo cual permitirá identificar a los sujetos reguladas de alto impacto de riesgo y las de bajo impacto.

La segunda tarea que está detrás de la prevención y gestión de riesgos consiste en la mitigación del riesgo enfrentado (“risk-based targeting”), lo cual supone lograr el cumplimiento regulatorio (o, en otras palabras, reducir los niveles de incumplimiento), a través de la selección del tipo de fiscalización, las medidas a adoptar y su frecuencia. De esta forma, dependiendo del nivel particular de riesgo que se enfrenta, se podrían optar por medidas que van desde la educación, provisión de información, advertencias hasta inspecciones más intensas, asignando el presupuesto y frecuencia de fiscalización, según corresponda.

En ese sentido, la mitigación del riesgo facilita la determinación de las prioridades de la entidad pública en materia de fiscalización, así como la asignación de sus recursos acorde con el riesgo que enfrenta, de tal manera que habrá una inspección más frecuente con un mayor presupuesto para sujetos regulados consideradas de alto riesgo. Con ello se simplifica la fiscalización, dado que se pasa de una que es aplicado de manera uniforme a otra que se diseña según el nivel de riesgo. Así, según Blanc y Franco-Temple²¹:

²¹ Blanc y Franco-Temple, op.cit., p. 1.

“Adoptar un enfoque basado en riesgos puede simplificar los procesos regulatorios que se aplican a las empresas. Esto implica pasar de inspecciones, licenciamiento y otras herramientas regulatorias que se aplican de manera uniforme a un enfoque que ajusta los instrumentos regulatorios al nivel de riesgo. A mayor riesgo potencial de una determinada actividad empresarial, más estricto será el control a aplicarse, más necesaria será la exigencia de permisos y más frecuente será la realización de las inspecciones. Para actividades de bajo riesgo, una licencia normalmente no debería ser requerida y las inspecciones serán raras”²².

Finalmente, el riesgo y las medidas de mitigación deben ser objeto de monitoreo y evaluación ex post, a efectos de hacer los ajustes que correspondan de manera oportuna, de tal manera que se asegure su efectividad. Con ello se logra finalmente que los propios sujetos regulados reciban retroalimentación de los órganos de inspección respecto a su nivel de cumplimiento, los criterios que se utilizan para evaluar su desempeño y sobre cómo mejorarlo, así como otros elementos del sistema en general, influyendo todo ello en una mejora de los niveles de cumplimiento normativo.

No obstante, es importante precisar que la prevención y gestión de riesgos no opera en el vacío, sino que tiene que sujetarse a otras condiciones de tipo operativo e institucional. Por ejemplo, para elaborar una matriz que identifique y evalúe los riesgos para asignar frecuencia de supervisión y asignación de presupuesto, será necesario que las entidades fiscalizadoras implementen una serie de instrumentos que les permitan (i) recolectar datos de la actividad y su cumplimiento, de la efectividad de fiscalizaciones pasadas y sobre los perfiles de riesgo de los sujetos regulados; (ii) identificar la mejor estrategia de cumplimiento (pirámide de cumplimiento²³); (iii) revisar los protocolos de supervisión y monitoreo por riesgo; y (iv) medir los impactos ex post, entre otros aspectos.

Asimismo, en el plano organizacional, será necesario asignar responsables dentro de los órganos de fiscalización y capacitarlos de manera adecuada, para implementar correctamente el enfoque de prevención y de gestión de riesgos, y con ello tener un sistema de fiscalización creíble que fomente el cumplimiento normativo y garantice la tutela de los bienes jurídico-protegidos.

V. A modo de conclusión

Para obtener el respeto del ordenamiento jurídico no siempre es preciso (ni aconsejable) que la Administración Pública haga uso de su potestad sancionadora como primera medida. Tal respeto, por el contrario, puede ser logrado de una manera más efectiva a través de la fiscalización bajo el enfoque de cumplimiento normativo y de prevención y gestión de riesgo, en los términos antes señalados.

Lo anterior, sin embargo, no significa que se debe tratar la potestad sancionadora y la fiscalización como compartimentos estancos. En realidad, ambas son estrategias

²² Traducción simple de *“Adopting a risk-based approach can simplify key regulatory processes that govern business activities. This fundamental step involves moving from inspections, licensing, and other regulatory tools that cover all business uniformly to an approach that tailors the instruments used for regulation and control based on the level of risk. The higher the potential risk posed by a specific business activity, the stricter the control and the greater the need for licensing or permitting and more frequent inspections. For low-risk activities, a license or permit should generally not be required, and inspections should be rare”*.

²³ Para la explicación de la pirámide de cumplimiento ver acápite anterior.

del enforcement regulatorio, por lo que, desde una perspectiva integral, debe buscarse, por un lado, la aplicación de mecanismos preventivos (como la información y educación) así como de incentivos (no punitivos) de bajo costo, pero de gran impacto para los sujetos regulados (como premios, reconocimientos públicos, entre otros), que promuevan, a través de un enfoque valorativo como el de reputación y prestigio de la empresa, el cumplimiento normativo. Por otro lado, este esquema no punitivo debe complementarse con el esquema punitivo donde la multa (diseñada de manera predecible y creíble) sirva para disuadir, cuando sea necesario, las conductas infractoras.

La Proporcionalidad y Razonabilidad - como principios rectores de la actividad estatal-, no solo deben encontrarse reflejados al momento de graduar una sanción, sino por el contrario, también deben aplicarse al momento de decidir qué opción no-punitiva (incentivo) es preferible aplicar antes que una medida gravosa (multa), por lo que deben ser la base para establecer los criterios para una adecuada armonización de ambas estrategias de enforcement.

VI. Bibliografía

AYRES, Ian y BRAITHWAITE, J. (1992), *Responsive regulation: transcending the deregulation debate* (Oxford: University Press US).

BALDWIN, R, CAVE, M and LODGE, M (2012), *Understanding Regulation. Theory, Strategy, and Practice* (Oxford: OUP).

BALDWIN, R., (2006) “Better regulation in troubled times”, *Health economics policy and law*, 1 (3).

BECKER, G. (1968). “Crime and Punishment: An Economic Approach”. *Journal of Political Economy*, University of Chicago Press, Vol. 76.

Better Regulation Delivery Office (2012). “Proposals for Developing a Common Approach to Risk Assessment”, <https://www.gov.uk/government/publications/common-approach-to-risk-assessment>.

BLACK, J., (1997) "Chapter 1 Using Rules" from Black, J., *Rules and Regulators* (Oxford: Clarendon Press).

BLACK, J., (2005): “The emergence of risk-based regulation and the new public risk management in the United Kingdom”, *Public Law* (Autumn).

BLACK, J., (2010) “The Role of Risk in Regulatory Processes” from Lodge, M, Cave, Baldwin, R (eds) *The Oxford Handbook of Regulation* (Oxford Press).

BLANC, Florentin; FRANCO-TEMPLE, Ernesto (2013). “Introducing a risk-based approach to regulate businesses: how to build a risk matrix to classify enterprises or activities”. *Nuts & bolts*. Washington, DC; World Bank Group.

COGLIANESE, C. and LAZER, D. (2003) “Management-Based Regulation: Prescribing Private Management to Achieve Public Goals”, *Law & Society Review*, Volume 37, Issue 4.

COOLIDGE, J (2006). “Reforming Inspections. Countering Corruption and Waste”, *Public Policy for the Private Sector*, Note N° 3, June 2006, The World Bank Group.

GILAD, S., (2010): “It runs in the family: Meta-regulation and its siblings”, *Regulation & Governance* 4.

GRABOSKY, P., (1995): “Counterproductive Regulation”, *International Journal of the Sociology of Law*, 2

GUNNINGHAM, N., Grabosky, P., y DARREN, S. (1998). *Smart Regulation: Designing Environmental Policy* (Oxford: Clarendon Press)

OECD (2010), *Better Regulation in Europe: the Netherlands*, OECD Publishing, Paris.

OECD (2014). *Regulatory Enforcement and Inspections, OECD Best Practice Principles for Regulatory Policy*, OECD Publishing, Paris.

PARKER, C., (2000): “Reinventing Regulation within the Corporation, *Administration & Society* 32(5).

PEDRESCHI GARCÉS, Willy. “Análisis sobre la Potestad Sancionadora de la Administración Pública y el Procedimiento Administrativo Sancionador en el Marco de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General”. En: Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General - Segunda Parte, Ara Editores, Lima, 2003.

POLINSKY, Michael y SHAVELL, Steven (2000). “The Economic Theory of Public Enforcement of Law”, Journal of Economic Literature, Vol. XXXVIII.

SHAVELL, Steven (1993). “The Optimal Structure of Law Enforcement”. Journal of Law and Economics, Vol. 36, No. 1, pp. 255-287.

VERGARAY BÉJAR, Verónica y GÓMEZ APAC, Hugo. “La Potestad Sancionadora y los Principios del Procedimiento Sancionador”, en: Milagros Maraví Sumar (Compiladora). “Sobre la Ley del Procedimiento Administrativo General. Libro Homenaje a José Alberto Bustamante”. Fondo Editorial de la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas, Lima 2009.

WINTER, S and MAY, P (2001), “Motivation for Compliance with Environmental Regulations”, Journal of Policy Analysis and Management, Vol. 20.

Smart Regulation Peru

Somos apasionados de la buena regulación y la buena gobernanza, para lo cual buscamos diseminar conocimientos, buenas prácticas, y desarrollar capacidades para el diseño e implementación de regulaciones e instituciones de una manera inteligente y de alta calidad, en beneficio de los sectores público y privado.

El modelo de gestión Smart se basa en la aplicación de herramientas de la Mejora Regulatoria, en línea con la mejor experiencia internacional, para garantizar que las decisiones regulatorias alcancen los siguientes estándares:

- Base empírica sólida.
- Simplicidad, claridad y facilidad de entendimiento y aplicación
- Efectividad para resolver los problemas de política pública.
- No generación de costos innecesarios.
- Coherencia con el marco normativo.
- Respaldo de stakeholders relevantes (empresas, usuarios, ciudadanos, gobierno).
- Evaluación periódica de su efectividad y eficiencia.

