

jurídica

SUPLEMENTO DE ANÁLISIS LEGAL DE *EL PERUANO*

Nº
699



IGUALDAD DE GÉNERO

Protección a la madre gestante

Págs. 4, 5 y 6
Pamela Navarro Castaños -
Tino Piero Vargas Raschio

Págs. 2-3

GESTIÓN PÚBLICA. Una aproximación a la reforma del Estado. En la ruta de empleados públicos con capacidades. **Orlando Vignolo Cueva**

Pág. 8

COMPLIANCE. Programas de cumplimiento y la reputación de las empresas. Impacto de la Ley N° 30424. **Rosa Elena Heredia Mendoza**

APROXIMACIÓN A UNA REFORMA DEL ESTADO

En la ruta de empleados públicos con capacidades

**ORLANDO VIGNOLO CUEVA**

Coordinador del Programa Especializado en Derecho del Empleo Público y Regímenes Disciplinarios de la Universidad de Piura.

En nuestro país, varios políticos y otros tantos estamentos sociales repiten desde hace buen tiempo que urge plantear un proceso de reforma coherente del Estado. Y desde esas voces se han originado “procesos” de todos los contenidos, impulsores y comisiones [1]. Pero ninguno se ha referido al Estado, sus objetos fueron más bien modestos, puesto que se centraron en cuestiones exactas de las administraciones públicas o, con ya más dosis de heroísmo, intentaron cambiar a alguna puntual organización del poder público, como se pretende en la actualidad con el Poder Judicial. Por eso, la reforma del Estado constituye un concepto vacío y que no predica nada desde su grandilocuente nombre, haciendo falta siempre precisiones posteriores. A partir de lo indicado, en el presente escrito solo me referiré a nuestras organizaciones administrativas y a un aspecto específico de estas: el empleado público.

Ahora bien, al menos, en los últimos años he visto pasar muchos esfuerzos en ese sentido, algunos dedicados a simplificar pasos, otros a ganar eficiencia, transparencia, y en ciertos casos para alcanzar dosis de calidad en las heterogéneas actividades gestionadas por nuestras administraciones públicas [2]. Principalmente, estos esfuerzos se han centrado en las organizaciones administrativas vinculadas con el Poder Ejecutivo (sin ser tampoco una muestra magistral o envidiable), quedando muy rezagadas las posibilidades de cambio en las municipalidades o los gobiernos regionales (omisiones que prueban que las mentadas reformas no son nacionales).



Compromiso

El compromiso principal de todo lo explicado es el del gobernante de turno. Sobre los hombros del Presidente de la República descansa la posibilidad de plasmar la garantía de la burocracia profesional que revolucione –en serio– a nuestras organizaciones administrativas. Más si la cobertura normativa del servicio civil ya existe y se han gastado muchísimos fondos públicos y recursos en el inicio de ejecución. Por eso, vale la pena reclamarle por su nivel de trascendencia frente los peruanos, pidiéndole que

sus esfuerzos principales vayan dirigidos a darnos un logro de proporciones antes del bicentenario de nuestra República, esto es, el inicio de un modelo de empleo público que se construye desde un sistema libre de la partidización, de la crematística del mercado y los legítimos intereses sectoriales, humanista, que sepa gestionar a sus integrantes desde los límites jurídicos, centrado en los derechos constitucionales adentro y hacia afuera, detallista y cuidadoso del servicio, que se ocupe

de lo cotidiano con pasión, que le interesen los procedimientos como garantía, pues la legalidad y la eficacia van de la mano, que sea equilibrado ante los avatares democráticos y conyunturales, leal a la Constitución y, por sobre todo, que siempre aparezca guiado por la libertad con responsabilidad. En suma, el legado que se exige al Gobierno no es de gerentes, gestores o expertos públicos, sino solo de funcionarios, de buenos empleados públicos.

CUALQUIER REFORMA QUE SE EMPRENDA EN LAS ORGANIZACIONES ADMINISTRATIVAS, Y TAMBIÉN EN EL RESTO DE LOS PODERES PÚBLICOS, DEBE ASUMIR EL CAMBIO BASÁNDOSE EN PERSONAS SELECCIONADAS EN CONCURSOS ABIERTOS, CON COMPROBADAS Y PREVIAS CAPACIDADES MANUALES, TÉCNICAS O PROFESIONALES.

Evidentemente, los resultados no han sido los esperados, situación que se percibe en fracasos institucionales por extralimitación o por defecto en varios sectores de actuación sociales y económicos, una evidente falta de autoridad, en desmedro de pocas muestras de eficacia y eficiencia públicas que permitan un verdadero despliegue de los derechos ciudadanos y la correcta salvaguarda del bien común: el interés público.

Burocracia profesional

¿Pero por qué el fracaso de estas sucesivas reformas administrativas? En todos los casos, los gobiernos que han intentado gestionar estos emprendimientos se han ocupado de las formas y no del fondo, dejando de lado las cuestiones relevantes alrededor del sujeto sobre el cual pivota cualquier organización administrativa: el ser humano que trabaja o labora en ella. Si se quiere la trillada frase “reforma del Estado” solo es posible si se coloca en el centro de estos esfuerzos al ser humano que está puesto a su servicio. En suma, muy pocos se ocupan de los funcionarios y em-

pleados públicos; a ningún político, o líder de opinión o persona con cierta influencia pública le parece bien hablar y defender la instauración de la burocracia profesional [3], pues, evidentemente, muchos son los enemigos en la sombra y silenciosos de este esencial cambio. Estas anteriores razones han permitido que la implementación del servicio civil prácticamente se ralentice a niveles inconcebibles, sin que nada relevante se diga en contra. Y esto último no lo podemos permitir [4].

Frente a lo dicho, no me cansaré de repetir que cualquier reforma que se emprenda en las organizaciones administrativas, y también en el resto de poderes públicos, debe asumir el cambio tomando como base personas seleccionadas en concursos abiertos (no elegidas), con comprobadas y previas capacidades manuales, técnicas o profesionales, dirigidas, controladas y conducidas por los políticamente elegidos, pero no deudoras de su plaza a estos. Esto permitirá que el seleccionado tome al empleo público como una forma de llevar adelante su proyecto de vida, pues deberá ingresar a una carrera

EN TODOS LOS CASOS, LOS GOBIERNOS QUE HAN INTENTADO GESTIONAR ESTOS EMPREDIMIENTOS SE HAN OCUPADO DE LAS FORMAS Y NO DEL FONDO.

o proyección de carrera muy particular, en la que prima una mística profesional distinta, pues su vinculación y servicio exclusivo es hacia un solo fin: los objetivos de interés público.

Función pública

Entonces surgen así los componentes esenciales de la función pública: ingreso por selectividad, vida profesional con proyección y visión finalista hacia el bien común por vocación y libertad propia; estos últimos son los elementos fundamentales que permitirán cons-

truir lo que no tenemos hasta ahora o que solo se encuentra parcialmente confinado a ciertas instituciones.

Ahora bien, no conseguir una burocracia con las anteriores características no permitirá afrontar los desafíos ineludibles que exigen nuestros ciudadanos a los democráticamente elegidos. Peor aún, mantener la actual realidad de inmovilismo [5] podría llevar, como ha pasado en ciertos sectores sociales o económicos, al descabro o la completa inactividad pública, a pesar de que pueda existir la voluntad general del Congreso de la República o del Poder Ejecutivo al aprobar una ley o pretender implantar nuevas políticas públicas. Si no se cambia la esencia y conformación de la función pública peruana, nunca se podrán alcanzar las metas reclamadas por nuestra sociedad. Por tanto, la madurez institucional que se reclama todos los días siempre parte y regresa hacia la función pública. ▀



[1] El 13 de julio del 2018 se creó y conformó una nueva comisión para afrontar la problemática casi originaria de la corrupción y debilidad judicial. Qué duda cabe de que esta modalidad organizativa efectista de los políticos está acompañada de un visión reactiva, de mirada solo hacia los medios de prensa, pero sin ninguna perspectiva reflexiva de cambio; menos de respeto por los propios ciudadanos. En suma, estamos ante una técnica propia de la inmadurez política. Por el contrario, cuánta falta hace que los resultados de estas comisiones pudieran medirse de otra manera y siempre en periodos largos, quizás mostrando una visión de auctoritas sobre decisiones y políticas que deberán tomar posteriormente los que gobiernen. Finalmente, todo es cuestión de personas (de buenas personas entregadas a un objetivo de interés público).

[2] Para no perder la costumbre de las reformas normativas como gran medio para eliminar los problemas del país, que por cierto han sido la respuesta más repetida de los políticos nacionales, vale indicar que cada Gobierno posterior al 2001 ha tenido su propia Ley de Contrataciones Estatales, además de ser habilitado para legislar por parte del Congreso de la República luego de extensos y múltiples pedidos de facultades legislativas. Como no podía ser de

otra manera, el actual Gobierno, en sus dos periodos, ha seguido insistiendo con este tipo de esfuerzos. Por eso, y solo con el ánimo de aportar y también simplificarle la vida a las personas (en medio de un ordenamiento positivo cada vez más caótico), vale la pena recordar el título del libro del profesor francés M. Crozier: *No se cambia la sociedad por decreto*.

[3] En resumen, la función, empleo o burocracia profesional debe ser entendida como una garantía que tutela un estatuto profesional para el personal administrativo, desligado completamente de los humores y voluntad de los políticos o del mercado. Este estatuto solo debe basarse en el "mérito y capacidad como los únicos que deben regir el acceso a la función pública y en la garantía de imparcialidad del funcionario en el ejercicio de sus funciones". Vid. Sánchez Morón, Miguel: *Derecho de la función pública*, Tecnos, Madrid, 1996, p. 48.

[4] El desprecio por la función pública profesional proviene de muchos lados, pero podría contarse principalmente a los siguientes estamentos como los principales propulsores (sea por acción u omisión): (i) los malos operadores de mercado que quieren administraciones públicas desequilibradas y altamente corporativizadas (que se aparten de la defensa del bien común); (ii) los

malos sindicatos públicos que siempre atacan toda ley de reforma porque les suena muy mal el mérito, la igualdad y capacidad frente al derecho al cargo (de estabilidad siempre absoluta); (iii) los malos políticos (o remedos de estos) que siempre querrán las plazas administrativas como botín (para ofrecerlos a terceros); (iv) los malos funcionarios que no admiten la necesidad de cambiar; (v) los dirigentes públicos o designados políticos en el Poder Ejecutivo, muchos de ellos de raíz economicista, los cuales ponen al presupuesto público como el eje de la vida de todos, impidiendo que cualquier cambio sobre el empleo o función pública pueda ser financiada correctamente. Al respecto, solo basta ver las sucesivas leyes de presupuesto público desde la década de 1990 en adelante, que impiden el acceso al empleo público por concursos de mérito, pero que al contrario admiten y dan cobertura económica a diversos modelos informales y de dudosa reputación.

[5] La actual situación de dejadez frente al servicio civil demuestra que la batalla la están ganando los dos fenómenos más terribles que afronta nuestra función pública: la politización y la patrimonialización. De estos dos vicios capitales da cuenta el libro de Fuentaja Pastor, Jesús: *Pasado, presente y futuro de la función pública*, Civitas, Madrid, 2013.

IGUALDAD DE GÉNERO FRENTE A LA PROTECCIÓN PARA LA GESTANTE

Seguridad y salud para la trabajadora



**PAMELA
NAVARRO CASTAÑOS**

Directora en el Área Laboral en Philippi Prietocarrizosa Ferrero DU & Uría. Consultora en temas laborales y colectivos



**TINO PIERO
VARGAS RASCHIO**

Abogado Senior en Philippi Prietocarrizosa Ferrero DU & Uría. Consultor en temas laborales y de Seguridad y Salud en el Trabajo

El pasado jueves 8 de febrero, se publicó el Decreto Supremo N° 002-2018-TR, que reglamenta la Ley N° 30709, Ley que prohíbe la discriminación remunerativa entre varones y mujeres, estableciendo en las empresas la obligación de instaurar algún sistema de categorías y valorizaciones de puestos, de tal forma que permita aplicar en el ámbito nacional el principio de igual remuneración por igual trabajo, también en concordancia con el principio de igual remuneración por trabajo de igual valor.

Esta nueva norma supone un primer paso para reducir la brecha de género que existe en el Perú. A la fecha, las mujeres no solo se sienten discriminadas por cuestiones de género en lo que respecta a sus remuneraciones, sino que no existía normativa alguna que les garantice una igualdad al acceso al empleo, la prohibición de preguntas relacionadas a la maternidad en entrevistas laborales, la igualdad en la continuidad en el empleo para contratos modales y en general, alguna garantía a no ser discriminadas por cuestiones de género. Incidiremos en solo uno de los puntos señalados por el Decreto Supremo N° 002-2018-TR, esto es la incorporación del artículo 4-A en el Reglamento de la Ley N° 26772, referido a la prohibición de discriminación en las ofertas de empleo y acceso a medios de formación educativa.

El referido artículo 4-A, dispone que en virtud de la prohibición en materia de discrimi-

Aportes

■ Todo esto nos lleva a proponer una medida alternativa acorde a los derechos en conflicto. Por qué no se debe realizar la prueba de embarazo de manera obligatoria, una vez concluido el proceso de selección y determinada la ganadora del mismo.

■ Con dicha medida se alcanzaría que el empleador pueda diseñar medidas de prevención adecuadas para la posición, una vez concluido el proceso de selección y determinada la ganadora del mismo.

■ Esta medida está acorde a la defensa del derecho al trabajo, al mandato de no discriminación, y sin dejar de lado el deber de prevención de accidentes que tiene como obligación todo empleador para con su personal.

■ Asimismo, dicha medida se encontraría conforme al Convenio N° 183 de la OIT [4], referido a la protección de la maternidad donde se prohíbe la realización de pruebas de embarazo, excepto cuando esté previsto en la legislación nacional respecto de trabajos que

puedan presentar un riesgo reconocido o significativo para la salud de la mujer y su hijo.

■ Esto deja en discusión o en apertura de reevaluación de otras figuras jurídicas que pueden afectar la continuidad de la relación de la(s) candidata(s) que tomarán el puesto o los puestos de trabajo, como el período de prueba, que deberían ser reformuladas en este escenario para que no se activen, una vez conocido el resultado de la prueba de embarazo.

nación establecida en la Ley N° 26772, dentro de los procesos de selección, el potencial empleador no puede solicitar a las candidatas a un puesto de trabajo la realización de una prueba de embarazo. En aquellos casos en que el puesto de trabajo involucre un riesgo para la salud de las mujeres gestantes o el feto, el potencial empleador debe poner en conocimiento de las candidatas dichos riesgos a efectos que ellas determinen si estiman pertinente efectuarse una prueba de embarazo.

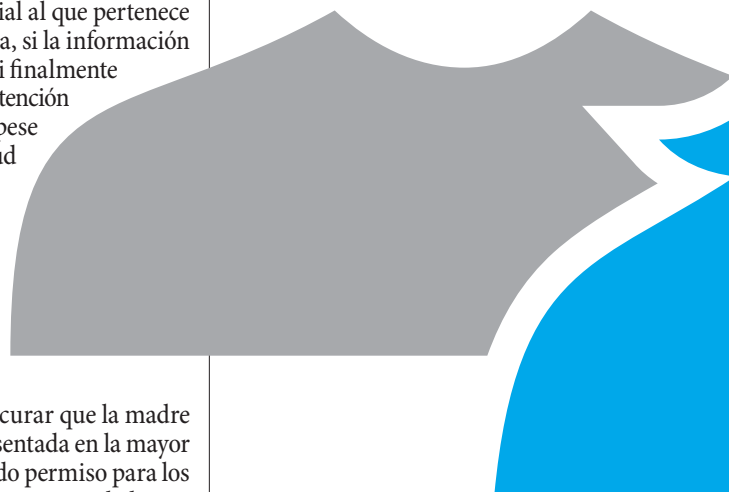
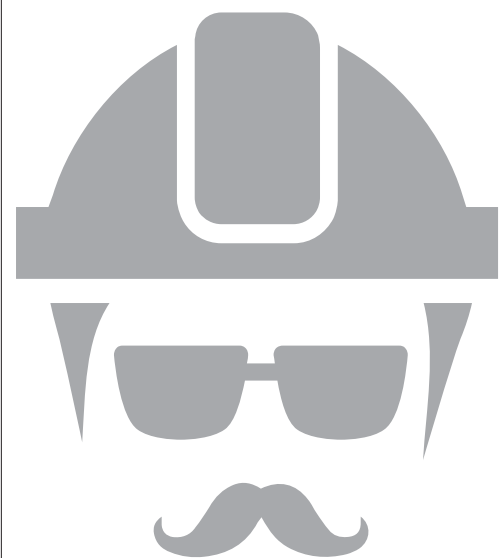
La norma señala que, en caso la postulante opte por practicarse dentro del proceso de selección la prueba de embarazo, y si esta resulta positiva y es seleccionada, esto no puede afectar el resultado de aquel proceso, debiendo aplicarse lo previsto en la Ley N° 28048, Ley de protección a favor de la mujer gestante que realiza labores que pongan en riesgo su salud y/o el desarrollo normal del embrión y el feto, y el Decreto Supremo N° 009-2004-TR, que dicta normas reglamentarias de la citada Ley.

La redacción de dicha disposición no es la más adecuada para proteger los bienes jurídicos en peligro y conflicto, léase el derecho a la vida, el derecho a la salud, el derecho al trabajo, el

respeto al mandato de no discriminación, y dentro de un entorno laboral que pueda involucrar un riesgo para la salud de las mujeres gestantes o el feto.

La discrecionalidad de practicarse la prueba o no, puede resultar contraproducente si la postulante no conoce a plenitud las particularidades del sector industrial al que pertenece la empresa a la que postula, si la información brindada no es íntegra o si finalmente decide dar prioridad a la obtención de una fuente de trabajo, pese al menoscabo para su salud y su proceso gestacional.

Esto se debe a que la mayoría de los no entendidos en temas de seguridad podemos considerar que los riesgos con ocasión del embarazo se circunscriben a los propios de ergonomía, con lo cual, al procurar que la madre trabajadora se encuentre sentada en la mayor parte de su jornada y dando permiso para los monitoreos de su proceso gestacional, damos por satisfechas dichas exigencias.





Sin embargo, existen entornos laborales donde la sola exposición a ciertos agentes físicos, químicos, biológicos y psicosociales ajenos a temas ergonómicos, pueden poner en riesgo el proceso de gestación, incluso en sus primeras semanas, donde la madre podría desconocer su estado de gestación. [1]

Situaciones como esta, exigen al empleador dar fiel cumplimiento al deber de prevención, cuya definición está contenida en el Título Preliminar de la Ley de Seguridad y Salud en el Trabajo, Ley N° 29783 (en adelante LSST), que le exige garantizar, en su centro de trabajo, los medios y condiciones que protejan la vida, la salud y el bienestar de los trabajadores, y de aquellos que, no teniendo vínculo laboral, prestan servicios o se encuentran dentro del ámbito del centro de labores. Deben considerarse factores sociales, laborales y biológicos, diferenciados en función al sexo, incorporando la dimensión de género en la evaluación y prevención de los riesgos en la salud laboral.

Por su parte, la Decisión 584, Instrumento Andino de Seguridad y Salud en el Trabajo de la Comunidad Andina (CAN), dispone que las medidas de prevención son aquellas acciones que se adoptan con el fin de evitar o disminuir los riesgos derivados del trabajo, dirigidas a proteger la salud de los trabajadores contra aquellas condiciones de trabajo que generan daños que sean consecuencia, guarden relación o sobrevengan durante el cumplimiento de sus labores, medidas cuya implementación constituye una obligación y deber de los empleadores.

En virtud a estas definiciones, podemos resumir el deber de prevención como el conjunto de actividades o medidas adoptadas o previstas en todas las fases de la actividad empresarial, con el fin de evitar, disminuir o eliminar los riesgos derivados del trabajo.

Desde el aspecto de protección de la madre trabajadora, el deber de protección se articula de la siguiente forma.

Deber de prevención

El artículo 66 de la LSST señala que el empleador adopta el enfoque de género para la determinación de la evaluación inicial y el proceso de identificación de peligros y evaluación de riesgos anual. El empleador, asimismo, debe implementar las medidas necesarias para evitar la exposición de las trabajadoras en período de embarazo o lactancia a labores peligrosas, de conformidad con la ley de la materia.

Incluso, se establece el derecho de las madres trabajadoras en estado de gestación a ser transferidas a otro puesto que no implique riesgo para su salud integral, sin menoscabo de sus derechos remunerativos y de categoría.

Impacto del examen médico

Consideramos que los motivos de la redacción del artículo 4-A se sustentan en la desconfianza al sistema, al considerar que los resultados de los exámenes médicos no serán en los hechos necesariamente confidenciales. Esto es un hecho latente y presente para las mujeres desde hace muchos años.

A las mujeres, a diferencia de los hombres, se les pregunta por su estado civil, sus relaciones afectivas, su intención de tener hijos, la cantidad y las edades de los mismos. Todo ello para proyectar cuál será el nivel de “compromiso” o “disponibilidad” de la trabajadora en los siguientes años de su vida laboral.

Estas medidas deben mantenerse o modificarse para garantizar la protección de la trabajadora o del recién nacido durante el período de lactancia, al menos hasta el año posterior al parto, conforme lo dispone el artículo 100 del Reglamento de la LSST.

Sin embargo, estas no son las únicas medidas de carácter legal que en el ámbito nacional se exigen a las empresas que implementen en sus programas de prevención de riesgos laborales, en pro de la protección de las trabajadoras en período de embarazo.

De esta manera, tenemos la Ley N° 28048, Ley de protección a favor de la mujer gestante que realiza labores que pongan en riesgo su salud y/o el desarrollo normal del embrión y el feto, disposición que en su artículo 1 señala que las mujeres gestantes solicitarán al empleador no realizar labores que pongan en peligro su salud y/o la del desarrollo normal del embrión y el feto durante el período de gestación, dicha solicitud debe estar certificada por el médico tratante.

El empleador después de tomar conocimiento de lo solicitado asignará a la mujer gestante labores que no pongan en riesgo la salud o desarrollo normal del embrión y el feto durante el período de gestación, sin afectar sus derechos laborales.

Asimismo, el Reglamento de la Ley N° 28048, esto es, el Decreto Supremo N° 009-2004-TR, dispone como obligaciones del empleador en materia de seguridad y salud en el trabajo, en pro de la protección de la mujer gestante, las siguientes acciones:

i. Evaluar los riesgos por exposición a agentes físicos, químicos, biológicos, ergonómicos y psicosociales, procedimientos o condiciones de trabajo que, por el puesto de trabajo o por las labores que se realiza, puedan afectar la salud de la mujer gestante o el desarrollo normal del embrión y el feto, de manera cierta o potencial. Dicha evaluación debe contemplar:

a. Naturaleza, grado y duración de la exposición.



Conclusión

Consideramos de carácter primordial, respetar y garantizar el derecho al trabajo de las mujeres, pero el ejercicio de un derecho no debe promover la renuncia de otros tan relevantes para

el desarrollo de las mujeres como la maternidad y la salud. De esta manera, nos queda más que seguir trabajando como sociedad en la búsqueda de una verdadera igualdad para todos.

De esta manera, nos preguntamos si ya existen disposiciones expresas que impiden que los resultados de un examen de embarazo puedan salir del entorno del conocimiento del médico ocupacional, nos preguntamos por qué se emite una disposición contraria a toda una serie de disposiciones que exigen al empleador evaluar y establecer medidas en pro de la defensa de la mujer gestante, conforme el deber de prevención de accidentes de trabajo, establecido en la LSST.

Finalizando el test, el principio de proporcionalidad en sentido estricto o ponderación exige acreditar que la medida es ponderada y equilibrada, por derivarse de ella más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicios sobre otros bienes o valores en conflicto. Consideramos que la medida del artículo 4-A del Reglamento de la Ley N° 26772 en realidad no resulta ponderada para la finalidad alcanzada, es indudable que en un país como el Perú, donde los índices de pobreza y de falta de oportunidades laborales son sumamente altos, exigirá a las mujeres el aceptar ofertas de empleo e incluso negarse a la realización de una prueba de embarazo para continuar en el proceso de selección, y no verse discriminadas por un tema de género, poniendo en riesgo así su propia vida, salud y gestación de su futuro hijo. Incluso la negativa a realizarse la prueba de embarazo puede ocasionar como efecto inverso, promover la no consideración de la candidata para el resto del proceso de selección. ■

b. Valores límite permitidos de exposición.
c. Posibles efectos en la salud de las trabajadoras expuestas a riesgos particulares.

ii. Poner en conocimiento del personal el resultado de la evaluación de riesgos que pueden afectar la salud de la mujer gestante y/o el desarrollo normal del embrión y el feto.

iii. Repetir la evaluación cada vez que se produzca un cambio en las condiciones de trabajo que pueda implicar una exposición de los trabajadores.

Como podemos observar, el deber de prevención del empleador con ocasión de la protección de la maternidad es fundamental. Siguiendo la línea de la regulación española [2], el empleador peruano debe proceder con la evaluación de los riesgos en su centro de labores, la determinación de la naturaleza, el grado y la duración de la exposición de las trabajadoras en situación de embarazo o parto reciente a agentes, procedimientos o condiciones de trabajo que puedan influir negativamente en la salud de las trabajadoras o del feto, en cualquier actividad susceptible de presentar un riesgo específico.

Si los resultados de la evaluación revelasen un riesgo para la seguridad y la salud o una posible repercusión sobre el embarazo o la lactancia de las citadas trabajadoras, el empresario deberá adoptar las medidas necesarias para evitar la exposición a dicho riesgo, mediante una adaptación de las condiciones o del tiempo de trabajo de la trabajadora afectada. Dichas medidas incluirán, cuando resulte necesario, la reubicación.

Todo parece indicar que la disposición contenida en el artículo 4-A del Reglamento de la Ley N° 26772 está acorde con el deber de prevención en materia de seguridad antes desarrollado, teniendo en consideración que las postulantes tras conocer los riesgos son las que deciden poner en conocimiento al empleador si estiman o no efectuarse la prueba.

Pero como lo indicamos previamente, consideramos que dicha discrecionalidad puede resultar contraproducente si la postulante no conoce a plenitud las particularidades del sector industrial al que pertenece la empresa a la que

postula, si la información brindada no es íntegra o si finalmente se da prioridad a la obtención de una fuente de trabajo.

Consideramos que la redacción del artículo 4-A del Reglamento de la Ley N° 26772 no es la mejor, al no haberse presentado un acertado test de ponderación de derechos, previa a su publicación.

Test de ponderación de derechos

Resulta obvio que la hipótesis planteada solo puede concebirse y resolverse, como ocurre en otros supuestos ajenos a la relación laboral, como una colisión de derechos fundamentales, conforme a las reglas que la doctrina y jurisprudencia han establecido, para esta clase de conflictos. [3]

En el ámbito de la redacción del artículo 4-A del Reglamento de la Ley N° 26772, referida a la facultad de las postulantes de decidir practicarse la prueba de embarazo en entornos laborales de alto riesgo, consideramos que la misma se basa en la protección del empleo y no discriminación. Esta postura parte del escenario que en la gran mayoría de los procesos de selección relegan o no consideran como candidata idónea a una mujer en estado de gestación. Bajo este escenario, el examen de idoneidad nos permite concluir que brindar la facultad a la postulante de optar por realizarse o no la prueba de embarazo resulta, valga la redundancia, idónea para promover que el estado de gestación no sea un factor que evaluar, dentro del proceso de selección.

El examen de necesidad, por su parte, se cumple si la restricción es necesaria, en el sentido de que no exista otra medida más moderada para la consecución de tal propósito con igual eficacia. En el presente caso, es nuestra opinión que la medida no pasa el test de necesidad por cuanto la LSST contiene una regulación que cumple dicho cometido. En ese sentido, tenemos el artículo 71 de la Ley N° 29783 que señala que los resultados de los exámenes médicos, al ser confidenciales, no pueden ser utilizados para ejercer discriminación alguna contra los trabajadores en ninguna circunstancia o momento.

El incumplimiento del deber de confidencia-

EL EMPLEADOR PERUANO DEBE PROCEDER CON LA EVALUACIÓN DE LOS RIESGOS EN SU CENTRO DE LABORES, LA DETERMINACIÓN DE LA NATURALEZA, EL GRADO Y LA DURACIÓN DE LA EXPOSICIÓN DE LAS TRABAJADORAS EN SITUACIÓN DE EMBARAZO O PARTO RECIENTE A AGENTES, PROCEDIMIENTOS O CONDICIONES DE TRABAJO QUE PUEDAN INFLUIR NEGATIVAMENTE EN LA SALUD DE LAS TRABAJADORAS O DEL FETO, EN CUALQUIER ACTIVIDAD SUSCEPTIBLE DE PRESENTAR UN RIESGO ESPECÍFICO.

lidad por parte de los empleadores es susceptible de acciones administrativas y judiciales a que dé lugar. Incluso el artículo 102 del Reglamento de la LSST, con ocasión de la disposición de confidencialidad del examen médico ocupacional, señala que los resultados de los exámenes médicos deben ser informados al trabajador únicamente por el médico del Servicio de Seguridad y Salud en el Trabajo, quien le hará entrega del informe escrito debidamente firmado.

[1] Para conocer más sobre el tema, se puede consultar la Resolución Ministerial N° 374-2008-TR, dispositivo que contiene el “Listado de los agentes físicos, químicos, biológicos, ergonómicos y psicosociales que generan riesgos para la salud de la mujer gestante y/o el desarrollo normal del embrión y el feto, sus correspondientes intensidades, concentraciones o niveles de presencia y los periodos en los que afecta el embarazo. Asimismo, dicho dispositivo contiene, el listado de actividades, procesos, operaciones o labores, equipos o productos de alto riesgo”, y los lineamientos para que las empresas puedan realizar la evaluación de sus riesgos.

[2] Ley de Prevención de Riesgos Laborales Española (Ley N° 31/1995).

[3] Expediente N° 045-2004-PI/TC. Caso referente al proceso de inconstitucionalidad interpuesto por el Colegio de Abogados del Cono Norte de Lima, contra el artículo 3° de la Ley N° 27466.

[4] El Convenio N° 183 de la OIT, referido sobre la protección de la maternidad. Convenio fue aprobado por el Perú por la Resolución Legislativa N° 30312 y ratificado mediante Decreto Supremo N° 012-2016-RE.



XIII Cumbre Mundial de Comunicación Política

1, 2 y 3 de Agosto 2018 | Lima

✉ informes@ispgrupo.pe | ☎ 946 889 358 - 938 125 219 | 📍 THE WESTIN LIMA HOTEL

EJES TEMÁTICOS:

- ☑ CAMPAÑAS ELECTORALES
- ☑ POLÍTICA Y NUEVAS TECNOLOGÍAS
- ☑ COMUNICACIÓN GUBERNAMENTAL
- ☑ MEDIOS Y OPINIÓN PÚBLICA
- ☑ MUJER Y POLÍTICA
- ☑ JÓVENES Y POLÍTICA
- OTROS

PRECIOS

GRUPOS DE 5

PREGRADO	\$ 270 ^{.00}	\$ 216 ^{.00} C/U
GENERAL	\$ 324 ^{.00}	\$ 252 ^{.00} C/U

Precios exclusivos de Grupo ISP. Aplica solo para pagos a Cuenta Cte de Grupo ISP. Aceptamos tarjeta Visa. (*)

Cta Corriente Interbank Dólares:

0413001397671 CCI: 00300139767114





COMPLIANCE Y REPUTACIÓN DE LAS EMPRESAS

Inversión en beneficio del negocio



ROSA ELENA
HEREDIA MENDOZA

Abogada y Maestra en Derecho Empresarial.
Compliance Officer y experta en gestión contra el soborno, certificado por la World Compliance Association.

Por lo general, cuando hablamos de compliance y de programas de cumplimiento los asociamos automáticamente a la aplicación del derecho penal, a la investigación fiscal y a la determinación de la responsabilidad administrativa por el juez penal.

Uno de los principios del compliance, de acuerdo con Enseñat [1], es el “observar el espíritu de las leyes y no su letra”. Esta frase describe lo que está pasando en la mayoría de empresas con la entrada en vigencia de la norma sobre responsabilidad administrativa de las personas jurídicas. Si solamente observamos la letra de la Ley N° 30424, haremos un programa de prevención para cumplir con la

norma y utilizarlo, de ser el caso, como un medio de defensa para “evitar” la responsabilidad dentro de un proceso penal; sin embargo, si observamos el espíritu de la norma, veremos que por medio del compliance se busca que las empresas sean organizaciones en las que exista una cultura corporativa basada en la honestidad e integridad, en la que los miembros de los órganos de administración y de la alta dirección actúen y se desempeñen de acuerdo a esos estándares [2].

Nieto [3] indica que la tarea de las empresas es implementar mecanismos de gestión y control internos para cumplir con las normas que regulan sus actividades, tales como societarias, laborales y de prevención de accidentes, ambientales, civiles, penales, etcétera; y que el objetivo del compliance no es evitar que las empresas sean responsabilizadas por la comisión de un delito ambiental, sino que cumplan con esta legislación.

Hay que tener presente que el compliance nace como una respuesta a los escándalos de corrupción en los que se vieron envueltas las empresas durante el siglo XX, ya que era necesario restaurar la confianza en las empresas

y en el sistema [4]. Es en la búsqueda de esta generación de confianza que se aprobaron la Foreign Corrupt Practices Act y la US Federal Sentencing Guidelines for Corporations, entre otras [5].

Con el establecimiento de estos programas de cumplimiento por parte de las propias empresas, el Estado les transfiere esta potestad regulatoria para que sean ellas las que incentiven el cumplimiento de las normas e investiguen las infracciones a las mismas [6].

Entonces, nos preguntamos si en el ejercicio de dicha regulación ¿es válido que las empresas copien o improvisen sus programas de cumplimiento? La respuesta obviamente es no, debido a que no pueden existir dos programas de cumplimiento iguales, pues estos deben ser elaborados sobre la base de los requerimientos reales de cada empresa, lo cual también nos lleva a concluir que tampoco serían válidos los programas realizados sin tener en cuenta la operación y la gestión real de la empresa; es decir, aquellos programas calificados como “programas de laboratorio” [7].

Si buscamos que las empresas sean organizaciones en las que exista una cultura cor-

Un agravante

Es importante tener en cuenta lo precisado por Juanes [9] para así evitar el fracaso del programa de cumplimiento: “En efecto, un programa de cumplimiento ajeno al ser real de la empresa, lejos de ofrecer consistencia para poder invocarse como una causa de exención o atenuación de la pena, puede convertirse en un motivo de agravación de la

misma, pues la acusación estará en condiciones de alegar que fue elaborado con el solo propósito de «maquillar» (make up) y ocultar propósitos delictivos tolerados por la organización o de camuflar defectos de organización perfectamente conocidos pero que su corrección comportaba una reducción de sus márgenes de beneficio”.

porativa basada en la honestidad e integridad y orientadas al cumplimiento de la norma, los programas de cumplimiento deben ser vistos como un *business benefit* (inversión en beneficio del negocio) y no como un gasto; ya que por medio de estos se podrán identificar los factores de riesgos de la empresa, prevenir conductas ilegales y mantener la reputación de una empresa en el mercado [8].

Por consiguiente, si aún no dispone de un programa de prevención, empiece a elaborarlo según los requerimientos reales de la empresa, pues en caso de que los empleados y los directivos de una empresa cometan delitos en beneficio de esta, el juez podrá exonerarla de responsabilidad si cuenta con un programa de prevención eficaz.

Recuerde que no es suficiente tener un papel que lleve por título “programa de prevención”, pues para que opere como causa de exoneración, previamente la Superintendencia de Mercado de Valores deberá emitir un informe. ►

[1] ENSEÑAT, S. (2016). Manual de compliance officer. Guía práctica para los responsables de compliance de habla hispana. Pamplona: Aranzadi, p. 24.

[2] Ob. cit.

[3] NIETO, A. (2013). Problemas fundamentales del cumplimiento normativo en el Derecho Penal. En Kuhlen, L., Montiel, J., Ortiz de Urbina, I. (Eds). Compliance y teoría del derecho penal. Madrid: Marcial Pons, p. 27.

[4] “Regulación jurídica y compliance officer”, p. 6. Material del Programa Ejecutivo Compliance Officer. campus. wolterskluwer.es.

[5] MAGRO, V. (2017). Guía práctica sobre responsabilidad penal de empresas y planes de prevención (Compliance). Madrid: La Ley. Grupo Wolters Kluwer.

[6] BANACLOCHE, P., ZARZALEJOS, J., Gómez - Jara, C. (2012). Responsabilidad de las personas jurídicas. Aspectos sustantivos y procesales. Madrid: La Ley. Grupo Wolters Kluwer.

[7] JUANES, A. (2017). Compliance penal. Madrid: Memento Experto. Francis Lefebvre, p. 37.

[8] MAGRO, V. (2017). Guía práctica sobre responsabilidad penal de empresas y planes de prevención (Compliance). Madrid: La Ley. Grupo Wolters Kluwer.

[9] JUANES, A. (2017). Compliance penal. Madrid: Memento Experto. Francis Lefebvre, pp. 37-38.