

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL PERÚ

Escuela de Posgrado



Programas de cumplimiento en el sector extractivo
pesquero industrial y su relación con el derecho
administrativo sancionador

Trabajo de investigación para optar el grado académico de Maestra en
Derecho de la Empresa que presenta:

Yasmin Vanessa Corzo Quinteros

Asesor:

Hebert Eduardo Tassano Velaochaga

Lima, 2023

Informe de Similitud

Yo, TASSANO VELAOCHAGA, HEBERT EDUARDO, docente de la Escuela de Posgrado de la Pontificia Universidad Católica del Perú, asesor del trabajo de investigación titulado Programas de cumplimiento en el sector extractivo pesquero industrial y su relación con el derecho administrativo sancionador de la autora CORZO QUINTEROS, YASMIN VANESSA, dejo constancia de lo siguiente:

- El mencionado documento tiene un índice de puntuación de similitud 15%. Así lo consigna el reporte de similitud emitido por el software *Turnitin* el 19 de setiembre de 2023.
- He revisado con detalle dicho reporte y la Tesis o Trabajo de Suficiencia Profesional, y no se advierte indicios de plagio.
- Las citas a otros autores y sus respectivas referencias cumplen con las pautas académicas.

Lugar y fecha:

Lima, 26 de octubre de 2023.

Apellidos y nombres del asesor: TASSANO VELAOCHAGA, HEBERT EDUARDO	
DNI: 10273696	Firma <i>Hebert Tassano V.</i>
ORCID: 0000-0002-9471-850	

A mis amados hijos, Mathías y Arantza, por su paciencia y comprensión durante las largas horas que estuve ausente persiguiendo esta meta. A mi esposo, por su apoyo incondicional siempre. A mis padres y hermana, por su amor infinito.

Yasmin Corzo



RESUMEN EJECUTIVO

El presente trabajo de investigación tiene como objetivo, plantear la necesidad de establecer un programa de cumplimiento en el sector pesquero extractivo industrial, que dote a los administrados de las herramientas para fortalecer el cumplimiento normativo al interior de sus compañías y provea al ente rector en materia sancionadora pesquera de las herramientas legales para evaluar adecuadamente el procedimiento administrativo sancionador. Para ello, se analiza doctrina y pronunciamientos de los órganos administrativos sancionadores en materia pesquera y los argumentos de defensa de los administrados, pasando además por un riguroso análisis de la aplicación del principio de culpabilidad, considerando los factores exógenos que aplican a esta actividad, como son el clima, salinidad del mar, corrientes marinas, otros. Estudiaremos así, el actuar preventivo de los administrados en esta actividad económica atípica y si éste, además de otras actuaciones diligentes, podrían conformar un programa de cumplimiento pesquero que conlleve a un tratamiento especial de la responsabilidad, ya sea la exoneración o la atenuación, conforme lo prevé la Ley de Procedimiento Administrativo General, arriesgándonos a afirmar entonces que un programa de cumplimiento en el sector extractivo pesquero industrial debidamente implementado podría variar el resultado del procedimiento administrativo sancionador, concluyéndose así que sería retador pero beneficioso para todos los actores de este rubro, regular programas de cumplimiento voluntarios.

Palabras clave: Programas de cumplimiento, procedimiento administrativo sancionador, principio de culpabilidad, regulación pesquera, actividad económica pesquera.

ÍNDICE

Resumen Ejecutivo	1
Índice	2
Introducción	3
CAPÍTULO 1: ESTADO DEL ARTE	8
1.1. De la Normativa Pesquera	9
1.1.1. Ley General de Pesca	9
1.1.2. Normativa sancionadora pesquera	12
1.2. Normativa Administrativa. Del PAS en la LPAG	14
1.2.1. Del principio de culpabilidad	14
1.2.2. De los eximentes y atenuantes de responsabilidad	16
1.3. De los Riesgos Legales	19
1.3.1. Autorregulación y Debida Diligencia	19
1.3.2. Programas de cumplimiento	23
CAPÍTULO 2: PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN	29
2.1. Presentación del problema	29
2.2. De los casos resueltos en última instancia administrativa pesquera	30
2.2.1. Expediente N° 6515-2016-PRODUCE/DGS	30
2.2.2. Expediente N° 0151-2020-PRODUCE/DSF-PA	32
2.3. De los riesgos legales en el sector extractivo pesquero industrial	34
CAPÍTULO 3: DISCUSIÓN	40
Conclusiones	48
Referencias bibliográficas	50

INTRODUCCIÓN

Hoy en día los programas de cumplimiento corporativos vienen siendo implementados por diversas empresas, principalmente para prevenir y tratar los riesgos que señala la Ley N° 30424, Ley que regula la responsabilidad administrativa de las personas jurídicas por el delito de cohecho activo transnacional.

En resumidas palabras, estos programas de cumplimiento corporativo exoneran de sanción a los representantes de las compañías que acreditan contar con políticas y requisitos mínimos que exige la norma, porque estos acreditan una organización al interior de la compañía para la prevención de delitos.

Como se advertirá el lector, la pregunta que nos hacemos los entendidos en distintas materias no penales será, por qué este buen modelo no se replica también en los sectores altamente regulados, como es el pesquero, donde también se puede contar con políticas y procedimientos para acreditar la debida diligencia.

Pues bien, el presente trabajo se plantea en el marco de la normativa del sector extractivo pesquero industrial, analizándose la importancia de contar con un programa de cumplimiento, al que denominaremos para efectos de simplificar su referencia “*Compliance Pesquero*”, que sirva como herramienta de prevención de comisión de infracciones, siendo el fin por supuesto, evitar el inicio de un procedimiento sancionador, pero en el supuesto que sea inevitable el inicio de éste, que se valore dentro del desarrollo del procedimiento la debida diligencia de actuación del administrado.

Cabe precisar que el presente trabajo se circunscribe a la actividad de extracción de recursos hidrobiológicos que realizan alrededor de 800 embarcaciones de mayor escala en aguas jurisdiccionales peruanas y cuya actividad es regulada por el Ministerio de la Producción, las cuales se encuentran contempladas en la Ley General de Pesca y su Reglamento, sin embargo, nos

referiremos a ellas indistintamente como “embarcaciones industriales” por ser la denominación más usada y conocida en el medio pesquero.

Así pues, delimitado mi área de trabajo procedí a plantearme como **problema: si es necesario o no regular la implementación de un “Compliance Pesquero” para las embarcaciones industriales**, el cual deje constancia de las acciones preventivas que adoptan y que evite la comisión de infracción, por ende, el inicio de procedimientos administrativos sancionadores.

El problema planteado obedece a la observación e intercambio de información con distintas empresas titulares de permisos de pesca de embarcaciones industriales, quienes coinciden que a la fecha tienen implementadas políticas y lineamientos para el cumplimiento normativo de la Ley General de Pesca, Decreto Ley N° 25997 y su Reglamento, aprobado por Decreto Supremo N° 012-2001-PE, sin embargo, tales buenas prácticas no son consideradas por los órganos administrativos sancionadores del Ministerio de la Producción al momento de resolver los procedimientos sancionadores.

Precisamente, esta inobservancia de las buenas prácticas que ejecutan algunas empresas titulares de embarcaciones industriales y que demuestra una debida diligencia, proviene de la falta de regulación de un *compliance pesquero*, que conmine a las autoridades a evaluar la debida organización al interior de la compañía y que tenga como consecuencia natural, aplicar adecuadamente los principios del derecho administrativo previstos en la Ley del Procedimiento Administrativo General, Ley N° 27444, la cual no sólo establece la valoración de la responsabilidad subjetiva, sino además que a falta de esta responsabilidad se apliquen los eximentes correspondientes, o al menos la atenuación de la sanción.

Por lo señalado, como hipótesis planteo que existe la necesidad de establecer un *compliance pesquero* en el ámbito del sector extractivo pesquero industrial. Cabe precisar acá, que al referirme a la necesidad de regularlo no me refiero a una autorregulación estimulada o coaccionada, más bien mi hipótesis está orientada a la necesidad de regular el tratamiento de un *compliance pesquero* bajo las prerrogativas de la autorregulación regulada, que permita a los actores pesqueros adaptarse y voluntariamente acogerse a las consecuencias favorables que ella puede traer.

Si bien la Ley del Procedimiento Administrativo General, Ley N° 27444 no prevé la implementación de los programas de cumplimiento como eximentes o atenuantes de responsabilidad, si es correcto afirmar que con su modificación en el año 2016 a través del Decreto Legislativo N° 1272, se incorporaron principios que hacen viable su regulación como herramientas adicionales para comprobar la falta de culpabilidad de los administrados.

En efecto, la modificación normativa referida trajo consigo la incorporación de un principio del derecho sancionador, específicamente el principio de culpabilidad, que estipula correctamente que la responsabilidad administrativa es subjetiva, salvo los casos que por Ley se disponga una responsabilidad objetiva. Esta incorporación no es en estricto una novedad, pues el Tribunal Constitucional peruano ya había reconocido a la responsabilidad subjetiva como requisito para ser pasible de sanción, y el Tribunal Constitucional español se había pronunciado en el mismo sentido hace larga data (Rojas, 2017).

Pese a este importante cambio normativo en el ámbito administrativo, el paradigma parece no haber variado mucho en el sector pesquero que es el que nos convoca, pues se advierte que poco o casi nada se ha avanzado en el análisis y en la correcta aplicación de la responsabilidad subjetiva, y esto se desprende de algunas resoluciones que se analizan en el presente trabajo.

De la mano con lo antes señalado, es preciso comentar que existen conductas típicas que no pueden ser evitadas pero que más allá de que la tipificación sea arbitraria (y eso podríamos analizarlo en otro trabajo de investigación sobre tipicidad) se observa que desde la modificación de la Ley del Procedimiento Administrativo General, se persiste en no aplicar correctamente el principio de culpabilidad, el cual, como bien resume en profesor Morón, tiene como finalidad establecer un límite al *ius puniendi* basándose en los principios de seguridad jurídica al imponer una sanción a quien actuó bajo parámetros y elementos requeridos para responder por esta comisión, señalando que en síntesis, la comisión de la infracción debe haberse cometido con el elemento subjetivo que es querer o desear cometer una infracción o al menos cometerla con un actuar imprudente (Morón, 2018, pp. 444-451).

Entonces, existe una distorsión en la aplicación del principio de culpabilidad en el sector pesquero, pues podrían no estarse valorando los medios de prueba alcanzados por las empresas que principalmente son informes científicos, evidencias de una correcta organización al interior de la compañía y de que las actividades pesqueras se desarrollan en tiempo y forma que lo dispone la autoridad, es decir, se sanciona al administrado por el mero resultado sin evaluarse adecuadamente si existió realmente incumplimiento al deber de diligencia.

La metodología que usaremos para analizar la hipótesis es el de análisis de casos a través de la revisión de actos administrativos emitidos por la Dirección de Supervisión, la Dirección de Sanciones y, segunda instancia administrativa, el Consejo de Apelación de Sanciones del Ministerio de la Producción, respectivamente, siendo el objetivo analizar si estas guardan uniformidad con énfasis en la observación si efectúan una adecuada aplicación del principio de culpabilidad y si el rumbo de ellas hubiese sido distinto si se hubiese considerado los programas de cumplimiento normativo pesqueros implementados, por lo que se tomarán casos específicos donde existan indicios razonables de una inadecuada argumentación jurídica, para finalmente sustentar si es necesario que la normativa contemple un *Compliance Pesquero*. Así también revisaremos el enfoque de riesgos legales para conocer cuáles son los que se mitigarían al implementarse estos programas.

Para lograr este objetivo, revisaremos bibliografía nacional y extranjera, específicamente española que es un referente en los entes resolutores y cuyas citas son incorporadas en las resoluciones administrativas, asimismo, sentencias del Tribunal Constitucional para comprobar la relevancia jurídica de las garantías que deben ser aplicadas dentro de los procedimientos.

Preliminarmente a lo mencionado, mostraré al lector cómo se encuentra normado el sector pesquero y el interés de desarrollar un trabajo de investigación dentro de este rubro, que principalmente reposa en la necesidad de mostrar que dentro de este sector existen casos de potente relevancia jurídica que pone en juego intereses de ambas partes, administrado y Administración, tal como son los riesgos en los que se coloca a los operadores jurídicos con la imposición de sanciones que soslayan su reputación pese a las buenas prácticas que podrían ejecutar y a la entidad por la adopción de criterios que podrían representar una innovación en su forma de analizar los

casos. Por este motivo, en el primer capítulo repasaremos la legislación nacional pesquera para, luego, desde ahí, explorar los principios del derecho administrativo sancionador.

Seguidamente mostraremos en el segundo capítulo como a partir de la herramienta metodológica a emplear abordaremos la situación compleja que se presenta entre los casos que analizaremos, que corresponden a actos administrativos emitidas en el último quinquenio (2017 – 2021), para finalmente discutir en el tercer capítulo si existe la necesidad de regular un *compliance pesquero*.



CAPÍTULO 1: ESTADO DEL ARTE

Conforme lo adelantamos en la hipótesis, del estudio de casos, con énfasis en las resoluciones administrativas emitidas desde la modificación de la LPAG que incorporó el principio de culpabilidad, se ha observado que durante el procedimiento sancionador se viene demostrando en muchos casos una debida diligencia por parte de los operadores del sector extractivo pesquero industrial, sin embargo, las medidas de prevención adoptadas para evitar la comisión de infracciones no viene siendo considerada por los órganos administrativos sancionadores del PRODUCE (Artículo 15 del D.S. N° 017-2017-PRODUCE) precisamente, porque no se cuenta con los programas de *Compliance Pesquero* regulados en la normativa pesquera, porque de ser así, ameritaría inclusive estar prevista como una eximente de responsabilidad.

Pero para entender la importancia de los programas de *Compliance Pesquero* es importante situarnos primero en la normativa pesquera y luego la administrativa sancionadora para conocer cómo funciona el sector extractivo pesquero industrial, cuyas actividades se desarrollan por disposición de la autoridad sectorial PRODUCE y las consecuencias de su actividad dependen de factores exógenos como los climatológicos y ambientales, presuponiéndose que una inadecuada aplicación del referido principio podría vulnerar los derechos garantistas de los administrados así como poner en riesgo su buena reputación la que finalmente tendrá impactos negativos en sus ingresos económicos.

En consecuencia, en el presente capítulo entregamos el marco teórico que nos sitúe en los procedimientos desarrollados dentro de este sector.

Asimismo, encontraremos doctrina y jurisprudencia que se pronuncia sobre la aplicación del principio de culpabilidad y sobre los programas de cumplimiento, la que compararemos con la forma en que el PRODUCE se pronuncia en los casos que resuelve, para finalmente profundizar en la autorregulación y los programas de cumplimiento.

1.1 Normativa pesquera.

1.1.1. Ley General de Pesca - D. Ley N° 25997

Conforme a la Ley General de Pesca, Decreto Ley N° 25997, los recursos hidrobiológicos son patrimonio de la Nación, y por este motivo el Estado regula su manejo integral y la explotación racional de ellos.

Esta normativa establece en qué condiciones debe efectuarse la actividad pesquera, ya sea extractiva, acuícola o de procesamiento, y en este contexto establece cuáles son las conductas que califican como infracción.

Por tanto, PRODUCE tiene el control del otorgamiento de las concesiones, permisos, licencias y autorizaciones en materia pesquera. En el caso de las embarcaciones industriales (mayor escala), esta entidad concede los permisos de pesca que permiten su operación. Estos títulos habilitantes los concede en el marco de Ley Orgánica para el Aprovechamiento Sostenible de los Recursos Naturales, Ley N° 26821.

Pero PRODUCE no solo otorga los títulos habilitantes, sino que además establece las zonas en las cuales se realiza la actividad extractiva, los períodos, los aparejos de pesca que deben usarse y las suspensiones preventivas de pesca.

Sobre esta facultad de PRODUCE regresaremos más adelante porque precisamente es la vinculada al tema de discusión del presente trabajo.

Oportunamente evaluaremos cómo la normativa pesquera avala la realización de actividades extractivas, pero a su vez sanciona cuando estas actividades se realizan incurriendo en infracciones cometidas de forma involuntaria, cuando lo que correspondería es exculpar al administrado de responsabilidad. Sobre este particular, el profesor Morón señala que “La exculpación de la responsabilidad supone la realización de la infracción, por ende, existe un autor que ha cometido la conducta calificada como infractora, pero que no responderá sobre ella.” (Morón, p. 515. Tomo II)

Si bien se observa en la Ley referida y en su Reglamento, Decreto Supremo N° 021-2001-PE, que existen buenas intenciones para prevenir el deterioro del hábitat marino y por ende, velar por la sostenibilidad de los recursos hidrobiológicos, no se aprecian diversas disposiciones categóricas en cuanto a prevención por parte de los administrados.

Claro está que PRODUCE trabaja en la prevención de la depredación de los recursos hidrobiológicos, pero la afirmación está referida a que no se promueve la prevención de parte, es decir, no se incentiva la adopción de medidas preventivas, al menos no en la Ley y su Reglamento.

En el entendido de algunos representantes del sector privado, esta omisión de premiar la ejecución de medidas preventivas obedecería a un sesgo que tendría la Administración hacia el sector industrial que opera las embarcaciones pesqueras.

De los mitos y verdades del sector pesquero. Es importante mencionar que existen diversos mitos en torno al sector pesquero, comenzando por el más conocido que es que las empresas extractivas depredan los recursos del mar peruano y que las plantas de procesamiento contaminan.

Existe deficiente difusión de los esfuerzos del sector pesquero y cómo éste contribuye a la economía peruana.

Solo por mencionar algunas cifras, el 1.5% del PBI es generado por la extracción e industria pesquera según informe de Apoyo Consultoría, y cuando se agrega el efecto indirecto, dicho impacto se eleva en 2.5%. Asimismo, el sector pesquero contribuye con 700 mil puestos de trabajo, de los cuales alrededor de la sexta parte corresponde a los puestos generados por la extracción y procesamiento industrial pesquera (Revista Pesca Sostenible, 2020).

A continuación, citaremos algunos de los aportes y cargas que tiene el sector pesquero, conforme lo difunde la Sociedad Nacional de Pesquería, a través de su presidenta, Cayetana Aljovín, en los medios de prensa (Aljovín, 2020):

Derechos de Pesca, en función a la cantidad de recursos extraídos, los mismos que luego componen el canon pesquero.

Financiamiento del Programa de Vigilancia y Control en el ámbito marítimo, que beneficia a todas las actividades pesqueras pero que es financiado únicamente por las plantas de procesamiento industrial.

- a) Mantenimiento del sistema de seguimiento satelital, tanto ante PRODUCE como ante la Autoridad Marítima DICAPI.
- b) Inversión en mejoramiento de los sistemas de tratamiento de afluentes y de sistemas de producción. Sólo entre el año 2009 y 2013 para la mejora tecnológica de las plantas de procesamiento, la industria pesquera invirtió US\$ 500 MM. (Inurritegui, 2015).
- c) Aportes a programas de jubilación de los trabajadores y al FONCOPES.

Sin embargo, existe asimetría de información respecto al funcionamiento de este sector. Siendo esto así, podrían inclusive darse arbitrariedades en la forma de resolver los procedimientos administrativos, pero podrían ser inadvertidos por la academia y sociedad civil, dado que no son discusiones mediáticas.

La emergencia sanitaria suscitada por el COVID 19, ha develado la importancia de este sector, primero porque se volvieron más visibles las contribuciones desplegadas a distintos públicos, ya sea de forma individual (cada empresa) o de su gremio, la SNP, y segundo, porque fue uno de los primeros sectores en ser reactivado, al ser considerada, a través del Decreto Supremo N° 044-2020-PCM, como una actividad esencial (Revista Pesca Sostenible, 2020).

Finalmente, se exige a este sector diversificar su producción, sin embargo, éste alega, según considero justificadamente, falta de incentivos precisamente por la falta de predictibilidad de la autoridad, que como vimos en líneas superiores, inclusive se procede a sancionar por causas ajenas al administrado.

1.1.2. Normativa sancionadora pesquera.

Dado que existen varias actividades que supervisa el PRODUCE, no sorprende que la autoridad haya previsto un frondoso número de infracciones, cuyas sanciones se encuentran contenidas en el Reglamento de Fiscalización y Sanción de las actividades pesqueras y acuícolas, aprobado por Decreto Supremo N° 017-2017-PRODUCE, el mismo que contiene 126 consecuencias para 126 conductas (ver Anexo 2, Cuadro de Sanciones).

Si bien su normativa sancionadora contempla, alineada con la LPAG, las atenuantes de responsabilidad, no desarrolla de qué forma se acreditan las eximentes de responsabilidad.

En definitiva, incentivar la prevención permitiría, más allá de ahorros en el cumplimiento de sanciones, una real mitigación de riesgos de poner en peligro los recursos hidrobiológicos que se extraen.

Es precisamente en este punto en que advertimos que podrían existir deficiencias en el análisis económico para el ejercicio del Ius Puniendi del sector pesquero, en el entendido que la autoridad podría aplicar para muchos casos el criterio de que mientras más sanciones se impongan se podría reducir el número de infracciones, sin embargo, esto podría deformarse en una finalidad recaudadora y no preventiva, que es lo que se busca con la imposición de sanciones, que es desincentivar a otros administrados y al sancionado, de cometer infracciones a las normas.

Mostrar un alto índice de sanciones no necesariamente implica una gestión eficiente en el aparato estatal, surgiendo las siguientes preguntas: primero, el por qué se permite que se generen tantos procedimientos sancionadores en vez de tomarse acción en labores preventivas y segundo, si es prudente resolver casos en tiempos acotados, “tiempos record”, sin tomar cuidado necesario para analizar cada medio de prueba alcanzado.

En las imágenes que se muestran a continuación¹, se observa una publicación del Ministerio de la Producción en la cual muestra como éxito el haber resuelto más de 10 mil expedientes sancionadores correspondientes al periodo 2013-2016 en 16 meses, lo que implica que el Director de Sanciones se haya tomado el tiempo de despachar, analizar, firmar y emitir alrededor de 31 actos administrativos por día (considerando que un mes tiene 20 días laborables aproximadamente), esto implica dedicarle a cada expediente un análisis de culpabilidad, verdad material, debida diligencia, entre otros, de 25 minutos (considerando 8 horas laborables ininterrumpidas o interrumpidas por día laborable), sin considerar además que el mismo funcionario debe firmar los expedientes de otros años más recientes y actos de administración propios de la gestión de una Dirección General.



¹ <https://www.gob.pe/institucion/produce/noticias/15467-produce-resolvio-en-16-meses-mas-de-10-mil-procedimientos-administrativos-sancionadores>



Se aprecia en la última imagen que el Ministerio de la Producción muestra en su publicación que recaudaron, sólo en los casos resueltos de los años 2017 y 2018, S/ 54,000,000.00 de soles, monto elevado si consideramos que algunas de las infracciones en el sector pesquero son cometidas por factores exógenos como los climatológicos, pudiendo encuadrarse inclusive en error de tipo toda vez que es la autoridad, Ministerio de la Producción, la que dispone las fechas y las zonas donde deben realizarse las actividades pesqueras, debiendo entonces efectuarse un análisis consciente de que ignorar los factores exógenos podría devenir en una transgresión a las garantías de los administrados y un delimitado ejercicio del Ius Puniendi del Estado (Gómez, 2018).

1.2 Normativa Administrativa. Del procedimiento administrativo sancionador en la LPAG.

Pasaremos de lo específico a lo general. Esto es, una rápida revisión de los principios previstos en la LPAG, por ser su estudio fundamental al momento de evaluar las conductas que podrían presumirse contrarias al ordenamiento pesquero.

1.2.1 Del principio de culpabilidad

Conforme lo señala el profesor Morón a través del principio de culpabilidad se debe comprobar que el administrado actuó con dolo o negligencia pero en esta oportunidad nos concentraremos en el principio de culpabilidad aplicado a las empresas pesqueras, esto quiere decir que vamos a analizar el déficit organizacional que es el factor a través del cual se puede determinar si existió culpabilidad o no en la persona jurídica (Morón, 2018).

Este concepto del déficit organización, mayormente desarrollado por el profesor Manuel Gómez en España, considera que la culpabilidad es distinta cuando hablamos de personas jurídicas la culpabilidad de éstas se mide por el nivel organizativo que se da al interior de las empresas entonces sí acredito ante la autoridad que estoy debidamente organizado para la prevención de la comisión de infracciones pues la autoridad debería al menos en teoría eximir me de la responsabilidad.

Esta definición de la falta de diligencia u organización deficiente, cobra particular importancia en los casos que se desarrollan en el sector pesquero en el cual se despliegan esfuerzos para que no se cometan infracciones y sin embargo estos se cometen por cuestiones no imputables a los operadores pesqueros, sin embargo, sobre esta materia los académicos no se han pronunciado.

Si bien el daño que se puede ocasionar con la infracción podría ser remediable, en la medida que los recursos hidrobiológicos son recursos renovables, ello no significa de ninguna manera que la autoridad deje impune todas las acciones vinculadas a la actividad extractiva, precisamente porque su rol muy bien establecido es la conservación de las especies marinas -y continentales-. Más bien nos referimos acá a que no existe un estudio científico – biológico – legal, que sustente que el daño ocasionado es de magnitud tal que sólo puede ser remediado con la sanción pecuniaria.

Dicho de otro modo, no se ha estudiado la razonabilidad de imponer sanciones pecuniarias frente a otro tipo de medidas que podrían adoptarse, como por ejemplo, ponerse énfasis a las medidas preventivas como la suspensión de actividades extractivas gracias a la información que proporcionen los infractores, como una suerte de colaboradores eficaces.

Entonces, existe una distorsión en la aplicación del principio de culpabilidad en el sector pesquero, pues no se valoran los medios de prueba alcanzados por las empresas que principalmente son informes científicos, evidencias de una correcta organización al interior de la compañía y de que las actividades pesqueras, tanto extractivas como de procesamiento pesquero industrial, se desarrollan en tiempo y forma que lo dispone la autoridad, es decir, se sanciona al administrado por el mero resultado sin evaluarse adecuadamente si existió realmente incumplimiento al deber de diligencia.

La relevancia de aplicar adecuadamente el principio de culpabilidad se sustenta en que muchas conductas del sector pesquero que son consideradas por sus autoridades como infracciones, no son ejecutadas con una intención o deseo de infringir la norma, sino que su ejecución depende de factores externos como climatológicos, naturales y sanitarios.

A modo de antecedente, es importante mencionar que las dependencias que participan del desarrollo del procedimiento sancionador en materia pesquera del Ministerio de Producción, como son la Dirección de Supervisión (etapa de instrucción), la Dirección de Sanciones (etapa sancionadora) y Consejo de Apelación de Sanciones (etapa recursal), no necesariamente conocen los esfuerzos de las personas jurídicas para no incurrir en una infracción o simplemente no conocen las unidades sobre las cuales toman decisión (instalaciones de una planta de transformación de recursos hidrobiológicos, estructura de las embarcaciones pesqueras, ubicación de los equipos tecnológicos, concesiones acuícolas, otros).

En este apartado, coincido plenamente con el profesor Gómez que señala que en aplicación del principio de culpabilidad, la autoridad está en la obligación de analizar si las empresas actuaron con culpa, es decir, con negligencia, faltando a su deber de cuidado, o diligencia. (Gómez, 2017, pp. 497-498)

No obstante, en algunas ocasiones la autoridad en materia sancionadora pesquera pareciera considerar que siempre existe un déficit organizacional, en el que todos son expertos en la operación y dirección del negocio, por lo que no cabe la posibilidad de quedar exento de responsabilidad.

1.2.2 De los eximentes y atenuantes de responsabilidad.

Dado el contexto y la información proporcionada hasta acá, seremos breves en describir qué actuaciones de los administrados califican como eximente o atenuante de responsabilidad.

Conforme al artículo 257° del TUO de la LPAG, son seis los supuestos en los que corresponde eximir de responsabilidad a los administrados². Por su parte, el mismo artículo prevé que es un supuesto en el que corresponde atenuar la sanción, siendo éste el reconocimiento de responsabilidad de forma expresa y por escrito, y hasta un monto no menor de la mitad de su importe en caso de sanciones de multa. Así también la norma contempla la adopción de otros supuestos atenuantes que deben ser establecidos por la norma especial.

De acuerdo con el profesor Morón, los eximentes de responsabilidad presuponen la comisión de una infracción, pero en atención a determinadas circunstancias previstas en la PLAG, la responsabilidad del autor es eliminada. (Morón, p. 505, Tomo II).

Otros investigadores señalan que se exculpará de sanción, es decir, se eximirá de responsabilidad, cuando no exista uno de los elementos que configuran la infracción, es decir, la tipicidad, la antijuricidad o la culpabilidad. (Zúñiga, 2020)

Por su parte, con relación a las atenuantes, precisa Morón “La finalidad principal de las condiciones atenuantes de responsabilidad es valorar de manera íntegra la conducta del sujeto infractor, luego de la comisión de la conducta infractora, a fin de determinar si en ella existen elementos que, por su trascendencia en el procedimiento administrativo sancionador, ameriten la disminución de la graduación de la sanción”. (Morón, p. 515, Tomo II).

² TUO de la LPAG, aprobado por D.S. N° 006-2017-JUS

“Artículo 257.- Eximentes y atenuantes de responsabilidad por infracciones

I.- Constituyen condiciones eximentes de la responsabilidad por infracciones las siguientes:

- a) El caso fortuito o la fuerza mayor debidamente comprobada.
- b) Obrar en cumplimiento de un deber legal o el ejercicio legítimo del derecho de defensa.
- c) La incapacidad mental debidamente comprobada por la autoridad competente, siempre que esta afecte la aptitud para entender la infracción.
- d) La orden obligatoria de autoridad competente, expedida en ejercicio de sus funciones.
- e) El error inducido por la Administración o por disposición administrativa confusa o ilegal.
- f) La subsanación voluntaria por parte del posible sancionado del acto u omisión imputado como constitutivo de infracción administrativa, con anterioridad a la notificación de la imputación de cargos a que se refiere el inciso 3) del artículo 253.”

El Ministerio de la Producción regula en el artículo 41 del Decreto Supremo N° 017-2017-PRODUCE³, Reglamento de Fiscalización y Sanciones Pesqueras y Acuícolas, el procedimiento para acogerse al beneficio de un pago con descuento por reconocimiento de responsabilidad, entendiéndose así, la condición atenuante prevista en la LPAG.

Al mismo tiempo, el artículo 45 del mismo Decreto Supremo N° 017-2017-PRODUCE, señala cuáles son los factores atenuantes para establecer la cuantía de las sanciones aplicables, siendo estos:

- Informar sobre la infracción cometida a la autoridad, aplicando un factor reductor de 50%.
- Carecer de antecedentes de sanción en el último año desde la fecha en que se detectó la infracción materia de infracción, aplicando un factor reductor de 30%.
- Adoptar medidas correctivas para reducir el daño, aplicando un factor reductor de 50%.

Es en este punto en que nos detenemos a preguntarnos ¿Y si en lugar de demostrar medidas correctivas que casi nunca son valoradas o entendidas por la Administración Pública en materia pesquera, demostramos la adopción de medidas preventivas que muestren una debida diligencia?

Es una interrogante que esperamos responder en este documento, dado que existe un vacío en la normativa pesquera o una manera distinta de analizar el principio de culpabilidad y por ende una forma particular de resolver los procedimientos administrativos sancionadores.

Lo que es cierto, es que, si bien las condiciones eximentes de responsabilidad se encuentran taxativamente señaladas en la norma, las condiciones atenuantes de responsabilidad mantienen un espacio de acción por parte de las entidades públicas, las cuales podrían establecer -de hecho hemos visto en otros sectores y lo comentaremos más adelante- al menos factores atenuantes.

³ **“Artículo 41.- Pago con descuento por reconocimiento de responsabilidad**

41.1 El administrado puede acogerse al beneficio del pago con descuento siempre que reconozca su responsabilidad de forma expresa y por escrito, para lo cual debe adjuntar además el comprobante del depósito realizado en la cuenta bancaria del Ministerio de la Producción o del Gobierno Regional, según corresponda.

41.2 En el supuesto señalado en el párrafo anterior, la sanción aplicable se reduce a la mitad. (...)

Pero, antes de pasar a revisar el marco teórico sobre los riesgos legales, dejemos para la discusión la posible interpretación que realizaremos a la norma - LPAG - en lo relacionado a los eximentes de responsabilidad, pues el literal a) del inciso 1 del artículo 255° de la LPAG prevé que el caso fortuito y fuerza mayor debidamente comprobada es una eximente de responsabilidad. Esto quiere decir que si un administrado demuestra que ha actuado cumpliendo con su deber de cuidado, pudiendo demostrar que no existe nexo causal, y que la única forma de infringir el ordenamiento se debe a una fuerza mayor o caso fortuito, debería ser exonerado de sanción.

También dejaremos para la discusión al literal e) del inciso 1 del artículo 255° de la LPAG que prevé como eximente de responsabilidad el error inducido por la Administración o las disposiciones confusas e ilegales, lo que implica que si un administrado acredita que actuó diligentemente y pese a ello incurrió en infracción porque siguió los lineamiento u órdenes de la Administración, debería ser exculpado.

En la actualidad hacen falta herramientas que demuestren el deber de cuidado y la debida diligencia de los administrados en materia pesquera y que haga comprender a los evaluadores y resolutores de procedimientos sancionadores que la única forma de infringir se debe a la falta de culpa, por supuesto en los casos en los que se demostraron las condiciones señaladas en este párrafo.

1.3 De los Riesgos Legales

1.3.1 Autorregulación y Debida Diligencia.

Siguiente esta línea argumentativa, ya podemos referirnos a la autorregulación en el ámbito pesquero, la cual podría ser definida como “una forma de autoimposición voluntaria de normas o códigos de conducta por parte de las organizaciones”. (Colom, 2015)

Sobre cómo surge la autorregulación de los administrados, entendidos como la sociedad civil, particulares o simplemente entes privados, comenta la profesora Darnaculetta que la autorregulación podría haber nacido con la discreta retirada de la Administración Pública ante una

posible incapacidad de regular todas las actividades privadas, o por el contrario, podría tratarse de una suerte de administrativización de la sociedad por la eficiente gestión de la Administración Pública. (Darnaculleta, 2003).

Complementando la idea sobre el fenómeno de la autorregulación, coinciden académicos con la segunda hipótesis de la profesora Darnaculleta, pues señalan que la autorregulación mas bien supondría una buena estrategia del estado de tomar como aliados a los privados, quienes con -supuestamente- mayores recursos cuantitativos y cualitativos, pueden implementar controles para regular su propia actividad y poder mantenerse así vigentes en el mercado dado las nuevas tendencias que derivan de la globalización como son las buenas prácticas corporativas y gobernanza, valiéndose entonces el Estado de éstos a modo de delegación de funciones, ahorrándose así recursos. (Coca, 2013)

Para Nieto, la autorregulación inclusive tiene sub categorías, obedeciendo éstas a la relación que tienen, en este caso, las organizaciones privadas, con las normas y los entes estatales, siendo estos, (i) la autorregulación voluntaria donde no media una normativa que la exija, (ii) la autorregulación regulada que implica seguir el lineamiento general de las autoridades para el desarrollo de la actividad y finalmente, (iii) la autorregulación estimulada o coaccionada, como sería el caso del compliance penal que está destinado a evitar una responsabilidad penal. (Nieto, 2015).

Profundizando en las categorías planteadas por Nieto, el profesor Ivó Coca señala sobre la autorregulación voluntaria que los privados se someten a documentos internos, lo que podría denominarse una “autolegislación” que estaría compuesta por una serie de documentos elaborados a su interior y bajo su discrecionalidad, no teniendo injerencia el Estado en ellos (no teniendo poder en su elaboración, supervisión o sanción). En una autorregulación voluntaria, cabrían dos subcategorías, una vinculada a instrumentos de gestión empresarial que preverían riesgos estableciendo documentos con obligaciones inclusive más rigurosas que la Administración y otra vinculada a instrumentos de orden ético y de sostenibilidad.

Con relación a la autorregulación regulada, Ívo Coca la denominaría co-regulación, dado que el Estado recurriría al privado para que éste elabore documentos que regulen en su interior. Podría parecer la categoría con menos dificultad de entendimiento, pero existe una delgada línea que la separa con la tercera categoría vinculada a la autorregulación estimulada, además que presentar subcategorías según la doctrina (Coca, 2013).

Finalmente, en su misma línea argumentativa, se describe a la autorregulación estimulada o coaccionada, como aquella en la que el Estado establece pautas para luego recompensarse a quien las cumpla, con incentivos o beneficios al momento de evaluar una eventual sanción.

Entonces, si adoptamos la clasificación antes desarrollada, el caso peruano, específicamente el sector extractivo pesquero industrial, encuadraría en la actualidad, en la autorregulación voluntaria, dado que no hay norma que en la actualidad exija de forma expresa que las empresas del rubro cuenten con documentos o “autolegislación” referidos a la autoimposición de buena conducta o a contar con un programas de cumplimiento pesquero.

Pero, la autorregulación no sería posible sin un previo proceso de debida diligencia. Entendemos que, solo atravesando este proceso, podríamos llegar a conocer los riesgos a los que nos encontramos expuestos como organización, y una vez identificados estos, recién podremos autorregularnos.

Para la OCDE, según se plasma en la Guía de la Debida Diligencia para una conducta empresarial responsable, la debida diligencia es “el proceso que deben llevar a cabo las empresas para identificar, prevenir, mitigar y explicar cómo abordar estos impactos negativos reales y potenciales en sus propias actividades”. (OCDE, 2018).

De hecho, la referida Guía señala por qué debe efectuarse o actuarse con debida diligencia, precisando que siendo algunas actividades intrínsecamente riesgosas, están sujetas a que se les vincule a impactos negativos, por ello, la prevención y mitigación son clave para el cumplimiento normativo en cualquier rubro.

En el rubro del sector extractivo pesquero industrial, no bastaría con acreditar una autorregulación compuesta por un buen código de conducta y un código de ética, sino, y sin desmerecerlos, consideramos que podría aportarse más para generar esa certeza en la Administración y se dejen de lado los sesgos comentados supra.

No debemos olvidar que la autorregulación y la debida diligencia debe ser probada por quien la alega. En este caso se invierten los roles, pues no será la Administración quien la requiera para probar algo, sino que corresponde a los administrados probar las normas autoimpuestas.

Para acreditar una debida diligencia, la OCDE nos comparte los lineamientos que deberían tenerse en cuenta para dicha demostración, tales como: tiene finalidad preventiva, implica tener un conjunto de procesos para identificar, prevenir y mitigar riesgos, es acorde al riesgo identificado en gravedad y probabilidad, además es dinámica porque el perfil de riesgo varía en el tiempo, y debe estar adecuada a la realidad de cada empresa.

Precisamente, sobre la demostración de una debida diligencia autoimpuesta, a modo de ensayo podríamos proponer, con cargo a discutirlos más adelante, que conforme a lo escrito en la doctrina podría hacerse la demostración con:

- Contar con un reporte anual de sostenibilidad que demuestre la transparencia de las actividades de la compañía.
- Acreditar fehacientemente la realización de capacitaciones y entrega de material que demuestre que el personal se encuentra informado de las infracciones y sus consecuencias.
- La adopción de autovedas, no solo declarando la ejecución de estas, sino tenerlas documentadas con el recorrido de las embarcaciones para que se transparente la zona de pesca (tracking del GPS del barco).
- Realizar autorías a los procedimientos de muestreo a bordo con personal técnico perteneciente a compañías externas.
- Elaboración de programas de buenas prácticas donde se documente el buen actuar de la tripulación en cuando a salvar especies marinas incidentales.
- Contar con ISO certificada para la actividad extractiva.

Como puede apreciarse, estas menciones corresponden a un buen gobierno corporativo pero quizá amerite concentrarlas para que la Administración tome conciencia de las medidas adoptadas.

Estas buenas prácticas califican como un Compliance regulatorio administrativo o en buena cuenta un Compliance pesquero. Para Artaza, “el programa de cumplimiento consiste en el conjunto sistemático de esfuerzos realizados por los integrantes de la empresa, tendientes a asegurar que las actividades llevadas a cabo por esta no vulneren la legislación aplicable (Artaza, 2014).

De este modo, nos hemos aproximado a los programas de cumplimiento, cuya implementación podría no ser sencilla si consideramos a los detractores de la autorregulación, ya sea del sector público -por su desconfianza en el sistema- o sector privado -por los elevados estándares que deben cumplirse y los costos que estos acarrea.

A esta discusión debe sumarse el despliegue de actividades que la implementación conllevaría, así como la discusión si amerita implementar un programa para cada materia. Desde mi perspectiva, si la empresa ya cuenta con un compliance penal, implementarlo en el resto de rubros podría no ser un imposible material.

Estos temas de discusión los analizaremos ampliamente en el capítulo 3, pero antes revisaremos en el siguiente capítulo el problema de discusión que está orientado a determinar la idoneidad de un Compliance pesquero y los efectos que podría tener este dentro del procedimiento administrativo sancionador.

1.3.2. Programas de cumplimiento

Habiendo tenido esta primera aproximación a los programas de cumplimiento, como bien señala Artaza, éstos concentran los esfuerzos de las compañías para que no se incumpla la legislación.

Otra definición que nos refiere bien del significado de los programas de cumplimiento es la que lo vincula a la autorregulación, esto es, la adopción de medidas organizadas de tal manera que hacen que su aplicación sea sostenible en el tiempo que sirven para prevenir y mitigar el incumplimiento de la normativa vigente (Zúñiga, 2020).

Sin embargo, pese a haber llegado a este punto, es importante repasar sobre qué es compliance, por qué es importante que una empresa tenga un programa de cumplimiento y finalmente, conocer por qué es importante que una empresa pesquera tenga uno.

Sólo a modo de introducción, comentaremos que hacia los años 70's, el compliance tuvo sus primeras referencias y regulación en Estados Unidos, esto en respuesta al descubrimiento de cientos de compañías dentro de las cuales se dieron actos de corrupción, a través del delito de cohecho, lo que propició que el senado aprobase la Foreign Corrupt Practices Act, la cual exige que las empresas tengan implementados eficientes sistemas de control interno para la prevención de delitos de corrupción de funcionarios, entre otros. (Remacha, 2016).

Así tenemos que el Compliance, conforme Artaza citado por Málaga, es el conjunto de medidas que adopta una empresa para controlar los peligros de infracción al ordenamiento jurídico que pueden derivar de su misma actividad. (Málaga, 2018).

De otro lado, conforme a los estándares internacionales (ISOs), el compliance es el también denominado “cumplimiento” de forma genérica, ya que contiene diferentes bloques normativos que afectan a la actividad de la empresa, así como los compromisos asumidos voluntariamente por la misma.

Es preciso comentar que compliance no solo puede ser visto como el cumplimiento de las normas, es decir, de un marco jurídico, sino que también es acertado señalar que el compliance involucra también el cumplimiento del Soft Law y sobre todo, implica la prevención de los riesgos.

Como vemos hasta acá, existe todo un despliegue para la puesta en marcha de un compliance, el cual derivará en un Programa de Cumplimiento, el cual debe ser gestionado desde la cabeza de la empresa, hasta el último colaborador.

Ívo Coca, señala que los Programas de Cumplimiento deben ser entendidos como un elemento esencial de una organización en Compliance, entendida a su vez ésta como el conjunto de medidas y normas internas que garantizan que todos y cada uno de los miembros de una empresa, esto es, desde el presidente del Directorio hasta el último empleado, cumplan sus obligaciones y deberes legales, debiendo ser sancionados si incumplieran aquellos.

Esto conlleva a la convicción, ya no solo de la academia, sino también de las empresas, que para instaurar un Programa de Cumplimiento, debe existir el compromiso del Directorio, de la Gerencia General, de un Comité de Auditoría si lo hubiera, y finalmente, de todos los trabajadores. Son piezas claves, además, la implementación y designación de un Oficial de Cumplimiento y/o un Comité de Riesgos y/o un Comité de Ética, que gestionen el riesgo, el buen gobierno corporativo, los códigos de conducta, supervisen la responsabilidad social corporativa, entre otras tareas.

En buena cuenta, el compromiso de todos estos actores implica que al instaurarse un programa de cumplimiento se mapeen los riesgos a los que se está expuesto en la compañía. Pero ¿qué son los riesgos y por qué tanto hablamos de ellos últimamente?

Es evidente que siempre han existido riesgos en el desarrollo de las actividades productivas y extractivas, pero no ha sido sino en la última década en que ponemos mucho énfasis en la prevención de ellos, especialmente de los legales.

Entonces, respondiendo a la interrogante, según el enfoque tradicional, los riesgos son la posibilidad de que suceda algo malo, pero no solo un evento aislado, sino que suceda una serie de eventos futuros malos. Según el enfoque moderno, los riesgos no son sólo las posibilidades de que sucedan algo malo sino las posibilidades de que ocurran algo bueno también, es decir, mide las consecuencias diversas que puedan darse (Whally, 2017).

Estos riesgos deben ser gestionados al interior de la organización, lo que implica planificar una serie de actividades para evitar que esos riesgos malos sucedan en el futuro (enfoque tradicional y más usado) y saber cuánto del riesgo la organización está dispuesta a asumir porque quizá es un riesgo inevitable y tras mayores ventajas que desventajas (enfoque moderno, menos usado). Sólo una adecuada gestión de los riesgos previene que los eventos desfavorables ocurran y que sus consecuencias favorables se concreten.

En el Perú, siguiendo el ejemplo europeo de España e Italia y latinoamericano de Chile, contamos con la Ley N° 30424 que regula la responsabilidad administrativa de las personas jurídicas. Este modelo busca responsabilizar administrativamente a las empresas que cometan determinados delitos previstos en el Código Penal.

Pero iremos con cautela, dado que no es tan simple entender por qué se necesita una norma de este tipo que nos coaccione, claro está que es en el ámbito penal, a contar con Programas de Cumplimiento.

Entonces, conforme se desprende de la Ley N° 30424, las personas jurídicas no pueden ser responsables de la comisión de delitos, lo serían en todo caso sus representantes o quienes ejecutan la conducta típica, antijurídica y culpable. Segundo, carecen de personería para ser autor de la comisión de un delito, se le atribuye una sanción administrativa que obedece a la falta de prevención y diligencia al interior de su organización. Tercero, se les permite trabajar sobre el fondo o llamémosle problema raíz, que es la prevención. Notemos como la Ley N° 30424, prevé, desde nuestro punto de vista, de forma equiparable a la Ley de Procedimiento Administrativo General los beneficios de atenuación o exoneración de sanción dependiente del momento en el cual se encontró implementado el programa. Así por ejemplo, si se implementó ex ante a la comisión de infracción, corresponderá eximir de responsabilidad, y se implementó ex post pero antes del juicio oral corresponderá la atenuación, algo parecido a la subsanación voluntaria en materia administrativa que se da antes del inicio del PAS y que deriva en un eximente de responsabilidad por implementación de la medida de mitigación.

La norma peruana entonces, nos pone en blanco y negro las consecuencias de una adecuada gestión de los riesgos, esto es, a través de un modelo de prevención de ellos. Claro está que no sólo la Ley N° 30424 es la que nos muestra el camino, sino que tenemos además una NTP sobre cumplimiento, y las herramientas ISO y COSO para complementarlas. Mas adelante comentaremos a mayor detalle estas.

Dicho esto, y con todo lo señalado hasta acá, es claro que la prevención de los riesgos tiene grandes beneficios para la compañía en distintos ámbitos, por lo que luego de haber repasado el estado del arte, la pregunta que nos llevaremos para discutir será, ¿por qué los programas de cumplimiento y sus consecuencias de tenerlo implementado no son también aplicables en los ámbitos administrativos sectoriales?

La respuesta preliminar es que vamos camino a ello. Basta ver los ejemplos de INDECOPI y ahora OSINERGMIN, como lo mostramos a continuación:

- En Derecho de la Competencia, se cuenta con la Guía de Programas de Cumplimiento de las Normas de Libre Competencias, aprobada por Resolución N° 006-2020/CLC-INDECOPI, la cual tiene como objetivos incentivar que las empresas implementen políticas de cumplimiento normativo, y entre otras disposiciones, garantiza que contar con un Programa de Cumplimiento efectivo permitiría colaborar con la autoridad y obtener exoneración o atenuación de la sanción.
- En Derecho del Consumir, se cuenta con el Código de Protección y Defensa del Consumidor, Ley N° 29571, artículo 112°, modificado por Decreto Legislativo N° 1308, que señala que se considera una circunstancia atenuante especial que proveedor acredite tener un Programa efectivo de cumplimiento normativo en materia de protección al consumir, lo cual se demuestra con políticas y procedimientos cuya finalidad sea el cumplimiento de la norma, entre otros.
- En materia de energía y minas, se cuenta con el Reglamento de Fiscalización y Sanción de las actividades energéticas y mineras a cargo de OSINERGMIN,

Resolución de Consejo Directivo N° 208-2020-OS/CD, artículo 26°, que ha introducido a los Programas de Cumplimiento como un factor atenuante de la responsabilidad dentro del procedimiento administrativo sancionador, señalando que para que se de esta atenuación el administrado fiscalizado debe acreditar contar con el programa efectivo implementado de cumplimiento normativo.



CAPÍTULO 2: PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN

2.1 Presentación del problema.

El problema que abordaremos es determinar la necesidad de implementar en el sector pesquero extractivo industrial un programa de cumplimiento “*Compliance Pesquero*” y a su vez conocer cuáles serían los efectos prácticos dentro de un procedimiento administrativo sancionador (PAS), considerando que las alternativas podría ser la atenuación y exoneración de sanción, esto conforme a lo regulado por la Ley de Procedimiento Administrativo Sancionador.

Claro está que el objetivo de toda empresa, de cualquier rubro, debería ser, no encontrarse inmerso en un procedimiento sancionador si se tiene un eficiente programa de cumplimiento, sin embargo, siendo un sector complejo, asumiremos que pese a tenerlo, se llega a uno y en este le corresponde la carga de la prueba.

Las metodologías sobre las cuales trabajaremos son la de estudios de caso y la de riesgos legales.

A través de la primera revisaremos resoluciones de última instancia administrativa emitidas los últimos 4 años por el Consejo de Apelación de Sanciones (en adelante, CONAS) del Ministerio de la Producción (en adelante, PRODUCE). Analizaremos si el resultado hubiese variado si se hubiese valorado como prueba, la demostración de la implementación de un *Compliance Pesquero*.

La segunda, de riesgos legales, nos ayudará a comprender si la implementación de un *Compliance Pesquero* eficiente puede lograr mitigar impactos de diversa índole (carga laboral, económicos, medio ambientales), tanto en el ente privado (empresas pesqueras) como público (Ministerio de la Producción).

2.2 De los casos resueltos en última instancia administrativa sancionadora pesquera.

2.2.1 Expediente N° 6515-2016-PRODUCE/DGS (Tecnológica de Alimentos S.A., en adelante TASA).

En este expediente se sancionó a la TASA a través de la Resolución Directoral N° 2333-2020-PRODUCE/DS-PA por presuntamente incurrir en la infracción prevista en el numeral 6 del artículo 134° del Reglamento de la Ley General de Pesca, que tipifica “superar el porcentaje de tolerancia de tallas menores de recursos hidrobiológicos”, en este caso del recurso caballa. Los hechos de forma resumidos son los siguientes:

- El 26/08/2016, la embarcación pesquera industrial denominada “TASA 71” descargó 598.541 Tn. de caballa.
- Al realizar el fiscalizador el muestreo de las tallas del recurso en Puerto (a través de una herramienta de medición, ictiómetro), encontró que 82.64% eran recursos caballa en tallas menores (no llegaban a la talla mínima establecida de 29 cm).
- La tolerancia de tallas menores es de 40%, iniciándose PAS por superar la tolerancia en 42.64%, equivalente a 255.218 toneladas de pescado.
- La multa que se impuso fue de 40.835 UIT (equivalente a S/. 179,674.00).
- La última instancia administrativa resolvió a través de la Resolución del Consejo de Apelación de Sanciones N° 055-2021-PRODUCE/CONAS-2CT confirmando la sanción. Mas allá de que el administrado decidiese impugnar ante el proceso contencioso administrativo, la multa debió ser pagada como requisito previo, toda vez que por el Decreto Legislativo N° 1393 se establece que las impugnaciones ante el poder judicial no suspenden la cobranza de la multa, la misma que sólo puede ser suspendida a través de una medida cautelar dentro del proceso judicial la cual tiene como requisito el ofrecimiento de una Carta Fianza.

Sin embargo, lo que podría parecer un PAS común, tiene una particularidad y es que la extracción del recurso caballa se dio dentro de la temporada de pesca de este recurso, la que es dispuesta por el Ministerio de la Producción.

La administrada argumentó que esa temporada de pesca del recurso caballa, había sido autorizada por el Ministerio de la Producción, sin la evidencia suficiente del ente científico, Instituto del Mar del Perú - IMARPE. Asimismo, se evidencia que tan escasa o nula evidencia científica existió para autorizar la extracción del recurso caballa que inclusive luego de la indicada fecha de supuesta infracción, el mismo Ministerio de la Producción dispuso un periodo excepcional y temporal de una Pesca Exploratoria, que es aquella a través de la cual se recoge evidencia en campo del tamaño y cantidad de un recurso. Durante este periodo de Pesca Exploratoria, exoneró a los administrados de sanción porque lo que buscaba era recopilar información para adoptar una medida de manejo pesquero adecuada.

Otro argumento de defensa fue señalar que se habían dado los presupuestos de la LPAG para eximir de responsabilidad (artículo 255° del TUO de la LPAG).

Pero, principalmente, encontramos entre los actuados del PAS, que se alegó una debida diligencia de la administrada, equiparando los programas de Compliance Penal a los programas de cumplimiento en el ámbito administrativo.

Así, se hizo referencia:

- TASA implementó hace años una Jefatura de Oceanografía y Sostenibilidad Pesquera compuesta por reconocidos biólogos, ingenieros pesqueros, marinos y científicos del país, quienes concluyen que la extracción de tallas menores no pueden preverse (no puedo echar la red de pesca y elegir el tamaño de los peces que entran a la red).
- TASA viene siendo reconocida por distintas organizaciones y medios de comunicación por un programa de responsabilidad social y ambiental denominado CUIDAMAR.
- La compañía capacita permanentemente a los trabajadores de mar, sobre riesgos legales en los que se puede incurrir, riesgos de seguridad en el mar, entre otros.
- TASA se autoveda luego de cada incidente (bloqueo de un área de mar para que no se vuelva a pescar en el mismo lugar por el riesgo de extraer nuevamente tallas menores del recurso caballa).

- TASA está asociada a la Sociedad Nacional de Pesquería y con ella de forma conjunta, adoptan decisiones para la sostenibilidad de los recursos, como son las autovedas, siendo imperativas para todas las empresas asociadas.
- TASA proporciona Data a la Sociedad Nacional de Pesquería para que en su Comité de Armadores y de Investigación Científica, realicen los estudios correspondientes.

Lo señalado hasta acá podría ser considerado un programa de cumplimiento pesquero empírico, que debería haber generado certeza de la falta de culpabilidad del administrado. Sin embargo, pese a lo señalado, se confirmó la sanción de S/. 179,674.00, señalando que el administrado no cumplió con su deber de diligencia, omitiéndose considerar que los riesgos operacionales sí se encuentran mapeados, ex ante y ex post de la comisión de la infracción.

2.2.2. Expediente N° 0151-2020-PRODUCE/DSF-PA (Pesquera Exalmar S.A., en adelante EXALMAR).

En este expediente, se emitió la Resolución Directoral N° 3258-2020-PRODUCE/DS-PA y se sancionó a Exalmar por incurrir en la infracción prevista en el numeral 3 del artículo 134° del Reglamento de la Ley General de Pesca, que tipifica “presentar información incorrecta al momento de la fiscalización”. Los hechos de forma resumidos son los siguientes:

- El 16/12/2019, la embarcación pesquera industrial denominada “JUNIN 2” descargó 86.825 Tn. del recurso anchoveta
- A bordo de la embarcación, conforme exige la normativa pesquera, la tripulación realizó la medición del recurso anchoveta, conforme a los lineamientos de buenas prácticas impartido por la compañía, determinándose la existencia de 15.83% de ejemplares en tallas menores (menos de 12 cm).
- Sin embargo, al realizar el fiscalizador el muestreo de las tallas en Puerto (a través del ictiómetro referido antes), encontró la existencia de 58.37% de ejemplares en tallas menores, superándose la tolerancia establecida por la Administración de, a veces 10% u otras veces 20% de diferencia entre lo declarado o lo muestreado por el fiscalizador.
- Se inició PAS por superarse la tolerancia y se sancionó con multa de 10.273 UIT (S/. 45,201.2) y el decomiso de 86.825 toneladas (equivalente a S/. 57,592.33 soles).

- CONAS resolvió en última instancia administrativa a través de la Resolución del Consejo de Apelaciones N° 034-2021-PRODUCE/CNAS-ICT confirmando la sanción. Como lo hemos mencionado antes, existe un desincentivo importante para recurrir al Poder Judicial a impugnar estas sanciones y se trata del Decreto Legislativo N° 1393, el cual coaccionaría a los administrados, bajo la premisa de “pague ahora, reclame después”, a contradecir estos pronunciamientos.

No obstante, este procedimiento tiene una particularidad y se trata de que el muestreo que se realizó a bordo de la embarcación obedece a un procedimiento interno alineado a las buenas prácticas de la compañía dado que Ministerio de la Producción no emitió una norma que disponga la forma y modo en que debe realizarse el procedimiento de muestro. No fue hasta diciembre de 2020 en que se emitió una Resolución Ministerial con dicho procedimiento, es decir, posterior al incidente.

Por el contrario, el muestreo que realiza el fiscalizador se encuentra previsto en la Resolución Ministerial N° 353-2015-PRODUCE, que aprueba las disposiciones para realizar el muestro dentro de las fábricas que reciben el recurso hidrobiológico para procesarlo (dispone por ejemplo, que se toman muestras en la zona donde se encuentra la balanza de pesaje de materia prima y la poza donde se almacena ésta).

La administrada alegó en su apelación que debía aplicarse el principio de culpabilidad y legalidad. Pese a que se acreditó un nivel de cuidado, CONAS al confirmar la sanción señaló, parafraseó de forma fragmentada a juristas como Alejandro Nieto y a Ángeles de Palma del Tesso, señalando que la culpa consiste en no haber previsto lo que debía preverse, y que se estaría frente a un actuar negligente del administrado quien no habría actuado con diligencia.

Consideramos que la conducta fue inducida por la propia Administración quien obligó a realizar muestreos sin dictar el procedimiento, situación que a todas luces exime de responsabilidad al operador pesquero.

Como ya hemos advertido, no se trata de dejar sin sanción a quien haya cometido una infracción, sino de analizar si acreditada la debida diligencia y organización al interior de la compañía, se debe sancionar o no al administrado.

Esto pasa por la determinación si esta acreditación debe generarse a partir de tener implementado un Compliance pesquero que demuestre que no existió déficit organizacional.

Los casos analizados tienen en común la omisión de revisar el modelo de cumplimiento pesquero empírico que tienen muchas empresas pesqueras, modelo que acredita la falta de culpabilidad.

En el primer caso analizado, el de la compañía TASA, los órganos administrativos sancionadores no sólo no analizan la falta de culpabilidad, sino que no se sentían obligadas a valorar los medios de prueba que probarían esa falta de culpabilidad. Esta secuencia se repite en el segundo caso de la compañía EXALMAR.

2.3 De los riesgos legales en el sector extractivo pesquero industrial.

Los riesgos legales a los que las empresas pesqueras se encuentran expuestas son múltiples y ello no deriva de una victimización de dicho sector, sino de la observación del comportamiento del mismo.

Apreciamos que las empresas pesqueras extractivas industriales son altamente reguladas, estando sujetas a diferentes normativas y expuestas a diversos incumplimientos. Para este trabajo de investigación, recalcamos que los riesgos a analizarse son los que se presentan ante el Ministerio de la Producción – PRODUCE, dado que es la entidad que concede los títulos habilitantes para el desarrollo de las actividades.

Ante ello cobra relevancia la necesidad de contar con un Compliance pesquero, que desde nuestra perspectiva sería la herramienta idónea, primero para la prevención de la comisión de

infracciones, y segundo porque siendo imperante el inicio de un PAS, contribuirá en generar certeza en la Administración de la debida diligencia de la compañía.

No se trata pues de cargar a las empresas con más programas de cumplimiento a los ya, seguramente, establecidos, sino de optimizar el existente para que cubra los riesgos que surgen de la propia actividad pesquera.

Cabe precisar que no discutiremos en este trabajo si la norma que establece la tipificación y sanciones en el sector pesquero, necesita ser modificada y pasar por un análisis de calidad regulatoria, pues ello supone otro tipo de análisis quizá en otro trabajo de investigación, sino por el contrario, revisamos la situación actual con las normas que se encuentran vigentes y que pese a la actualización del Reglamento Sancionador sectorial en el año 2017 en materia pesquera, no han sido modificadas en el fondo, en lo que a aplicación de los principios del derecho administrativo nos referimos.

Volviendo entonces al análisis de los riesgos existentes en este rubro, vale la pena señalar algunos de los sectores que regulan la actividad extractiva pesquera industrial materia de estudio, como son: (i) Riesgos frente a la autoridad laboral, en el cumplimiento de las normas de seguridad y salud en el trabajo, además de las normas vinculadas a la retribución en la actividad privada (ii) riesgos frente a la autoridad tributaria, por la correcta declaración y pago de impuestos de la materia prima que entrega en calidad de proveedor a las plantas de procesamiento pesquero, fábricas (iii) riesgos frente a la autoridad de transportes y comunicaciones, por el correcto uso y pagos de derechos de las radios y frecuencias (iv) riesgos frente a la autoridad marítima, por las obligaciones de seguridad en el mar, orden y cuidado del medio ambiente marino (v) riesgos frente a la autoridad en materia de hidrocarburos, por el manejo adecuado y abastecimiento de los combustibles a bordo (vi) riesgos frente a la autoridad sanitaria, en el cumplimiento de contar con los documentos oficiales que le permiten almacenar recursos hidrobiológicos en sus bodegas a bordo y (vii) riesgos ante la autoridad sectorial pesquera, que es la que nos enfocaremos por las razones antes explicadas .

Nos concentraremos en esta última, siendo PRODUCE la que dispone las directrices para la operación de las embarcaciones pesqueras industriales, siendo uno de los riesgos que se generan ante ésta, la imposición de sanciones, las cuales tienen repercusión no sólo en el ámbito pecuniario, sino en el ámbito reputacional que es clave para este sector que siempre está en la mira de los stakeholders, ya sea por los clientes, por las áreas de influencia circundantes a las bahías donde operan, por las ONG's, por las autoridades locales y aspirantes a política en dichas jurisdicciones.

Conforme al Decreto Supremo N° 017-2017-PRODUCE, Reglamento de Fiscalización y Sanciones Pesqueras y Acuícolas, no se prevé la implementación de un programa de cumplimiento como atenuante de responsabilidad ni como eximente.

Por adelantado iremos señalando que como atenuante sí debería ser incorporada en la medida que el señalado reglamento sí prevé taxativamente cuáles son éstas y le asigna un nivel de graduación para el descuento correspondiente. Sin embargo, como eximente, no es necesario que sea incorporada toda vez que, aunque discutible para algunos entendidos en la materia sancionadora, la autoridad debería estar obligada a valorarla y si se acredita una correcta organización en la compañía para la prevención de la conducta, exonerarla por falta de culpabilidad. Estos temas serán ampliamente comentados en el siguiente capítulo sobre la discusión del problema de investigación.

Como comentamos en el marco teórico de este trabajo, los riesgos deben ser gestionados y contemplados en un programa de cumplimiento a través de un modelo de prevención.

Ahora bien, para identificar los riesgos legales en el sector pesquero extractivo industrial, así como en otras materias, podemos tomar como referencia el Reglamento de la Ley N° 30424, Ley que regula la Responsabilidad Administrativa de las Personas Jurídicas, aprobada por Decreto Supremo N° 002-2019-JUS, que establece que para la identificación de los riesgos se debe recurrir a distintas fuentes de información:

“Artículo 16.- Fuentes de información

Para la identificación de riesgos, la persona jurídica puede recolectar los datos e información de fuentes internas o externas, tales como la normatividad y procedimientos legales vigentes, auditorías internas o externas, procesos o casos anteriores relacionados a la comisión de delitos, entre otros.”

Para la doctrina, la identificación de los riesgos debe realizarse desde distintas fuentes de información. Como señala el Dr. García Cavero, las fuentes pueden producirse a interior o exterior de la compañía. Esquematizando sus recomendaciones, tendríamos:

- Recopilando las fuentes internas: registros de incidentes anteriores, reportes de auditoría, declaraciones de los directivos, trabajadores o stakeholders más cercanos como son los proveedores o consumidores.
- Recopilando las fuentes externas: estudios de mercado del sector donde se desarrolla la actividad económica, pronunciamientos de las autoridades, precedentes.

Este listado no es excluyente, sino mas bien es solo una aproximación de cómo se trabaja la recopilación de información para la identificación de riesgos. (García, 2016).

La academia nos muestra que los mecanismos para identificar los riesgos en las empresas serían los Workshops (revisando reportes de riesgo previos, ejemplo, reportes de cumplimiento, de auditoría, de legal), Priorización de riesgos realmente relevantes, eliminándose duplicidades en la identificación de los riesgos, Brainstorming (relevamiento centralizado, descentralizado y mixto, a través de sesiones que incluyan a especialistas en cada unidad estratégica, ejemplo, Legal, TI, Cumplimiento), Benchmarks locales e internacionales, categorizando los riesgos que aplican al giro del negocio, Cruce de información entre los especialistas dentro de la empresa, Registro del riesgo, considerando su causa, su vulnerabilidad, consecuencias.

En el sector extractivo pesquero industrial, usando los mecanismos antes mencionados, identificamos diversos riesgos, con énfasis en los relacionados a la actividad extractiva industrial,

que podríamos consolidar en el siguiente cuadro de elaboración propia basado en nuestra experiencia laboral desde el ámbito legal:

Tabla 1

Identificación del Riesgo					
N°	Área responsable en empresa	Descripción del riesgo	Impacto	Probabilidad de ocurrencia	Tipo
1	Gerencia de Gestión Humana	Contratar personal marítimo (tripulantes) no calificados ni titulados	Alto	Bajo	Regulatorio
2	Gerencia de Operaciones	Extraer recursos hidrobiológicos en zonas prohibidas o en veda	Alto	Bajo	Regulatorio
3	Gerencia de Pesca	Extraer recursos en tallas menores	Alto	Muy Alto	Regulatorio
4	Gerencia de Pesca	Extraer recursos en áreas naturales protegidas	Alto	Bajo	Regulatorio
5	Gerencia de Pesca	Declarar cantidad de recursos diferente a la cantidad registrada por las balanzas (superando la tolerancia de 10%)	Alto	Medio	Regulatorio
6	Gerencia de Pesca	Declarar cantidad de tallas menores diferente a la cantidad registrada por el fiscalizador (superando la tolerancia de 10%)	Alto	Muy Alto	Regulatorio
7	Gerencia Legal	Iniciar las temporadas de pesca sin haber capacitado en temas legales a los tripulantes	Alto	Bajo	Regulatorio
8	Gerencia de Pesca	No contar con políticas que establezcan las buenas prácticas del personal a bordo (tripulantes)	Alto	Bajo	Regulatorio
9	Gerencia de Pesca	No contar con indicadores de gestión ni objetivos que cumplir por parte de los tripulantes	Medio	Medio	Regulatorio
10	Gerencia de Oceanografía	No contar con participación en proyectos internacionales sobre buenas prácticas en sostenibilidad	Medio	Medio	Regulatorio

Para gestionar estos riesgos, debe contarse con un programa de cumplimiento pesquero, el cual tendrá consecuencias positivas, pero desde la percepción de los obligados, también podría tener consecuencias negativas en menor medida.

Comenzaremos por el último. Contar con programas de cumplimiento no es sencillo porque la empresa debe adoptar un modelo minucioso de prevención de riesgos para que valga la pena el esfuerzo. Así un programa de cumplimiento deberá cumplir con ciertos estándares, ya sea siguiendo los lineamientos de COSO o de ISO (Whalley, 2017).

Más o menos el esquema sería siempre el mismo: debe identificarse el riesgo o riesgos dentro de cada línea de negocio de la empresa o de área de dicha línea. Identificado el riesgo, debe analizarse el impacto, que puede ser económico, reputacional, regulatorio. Estos impactos deben pasar por una evaluación de priorización de medidas. Posteriormente, éstas medidas deben plasmarse en una matriz o mapa de riesgos para finalmente ser revisada de forma periódica para supervisar su eficacia o actualización.

Es innegable que el rol del área legal en cada una de ellas es importante y hasta imprescindible. Además, hoy en día existen muchos servicios legales que se brindan para lograr la implementación de estos programas de cumplimiento, auditarlos y hasta hacer las veces del canal de denuncias.

Lo descrito hasta aquí evidentemente tiene un desgaste de recursos, lo que podría ser considerada para algunas compañías una desventaja, pero si se evalúa con una visión estratégica, el gasto incurrido en implementar un programa no tiene comparación con el riesgo que se mitigaría.

Esto ya presupone que las ventajas son mayores a las desventajas, porque la implementación de programas de cumplimiento debe ser vista como una inversión que a largo plazo reeditará en grandes beneficios para la compañía. Por citar solo alguno, una compañía sin sanciones goza de una buena reputación, y ésta a su vez atraerá a más clientes quienes al tener seguramente también programas de cumplimiento, dan preferencia a contratar con empresas que cumplen estándares elevados de cumplimiento.

CAPÍTULO 3: DISCUSIÓN:

En el presente capítulo daremos respuesta a la hipótesis planteada en el presente trabajo de investigación, referente a si es necesario e importante regular un Programa de Cumplimiento en el ámbito del sector extractivo pesquero industrial y el rol que éste cumpliría dentro de un procedimiento administrativo sancionado en materia pesquera seguido ante el Ministerio de la Producción.

Como hemos advertido hasta acá, no contamos con literatura desarrollada sobre el denominado compliance pesquero, es por ello la discusión para determinar la necesidad e importancia señaladas deriva de la experiencia, comparación con otras materias y análisis de casos resueltos ante la referida autoridad sectorial así como de situaciones descritas en el capítulo.

Puedo adelantar que un Programa de Cumplimiento como el referido, no sólo es importante sino también necesario, porque genera grandes beneficios en las compañías y en la Administración Pública. En las primeras, porque sus beneficios se verían reflejados en un mejor manejo pesquero y contribución a la sostenibilidad de los recursos pesqueros. En la segunda, sus beneficios se verían reflejados en contar con más herramientas para hacer cumplir las normas, porque no sólo se valdrían de la imposición de multas para desincentivar que se incumplan las normas, sino además contarían con una herramienta que colabore con ella y por cuenta de los administrados, tales como costos de capacitación, concientización, otros.

Para lograr esa sinergia, por supuesto, debe contarse con un adecuado Programa de Cumplimiento, eficiente, el cual inclusive sea certificable inclusive, de tal modo que genere mayor confianza en el ente rector, evitándose sesgos y prejuicios, respecto a que todos los actores privados -administrados- del sector extractivo pesquero industrial actúan con un espíritu poco sostenible respecto a los recursos naturales, cuando la lógica nos debería llevar a suponer más bien que dichos actores necesitan de recursos naturales sostenibles para mantener sus actividades y giro de negocio, por lo que deberían ser los principales interesados de que la actividad pesquera sea duradera en el tiempo.

Hasta acá podría seguir preguntándose el lector ¿pero, es realmente necesario un Programa de Cumplimiento en este sector? Y para ello, repasaremos a modo de ensayo, algunos de los beneficios que un Programa de Cumplimiento en el sector pesquero extractivo industrial podría traer, que serían preliminarmente los siguientes:

- Permite a la empresa pesquera industrial demostrar su responsabilidad y compromiso con el marco regulatorio dictado por el Ministerio de la Producción.
- Permite demostrar a los stakeholders su alto compromiso con la sostenibilidad de los recursos pesqueros. Acá encontrados no solo a las dependencias del Ministerio de la Producción, sino además de las comunidades de las zonas de influencia donde se desarrolla la actividad, a las autoridades locales con las que interactúa, a las fiscalías de medio ambiente al momento de realizar sus investigaciones preliminares por supuestos ilícitos contra el medio ambiente, a las entidades financieras al momento de realizar sus *Due Diligence* para realizar financiamientos.
- Permite mejorar la organización al interior de la compañía a través de su matriz de riesgos, a fin de atender de forma preventiva y eficiente estos.
- Permite minimizar la comisión de infracciones tipificadas por el ente rector, y en caso se cometieran éstas de forma inevitable, podría servir para que la autoridad evalúe la atenuación de la sanción o la exoneración.
- En buena cuenta, permite mejorar la reputación de la empresa pesquera lo que no solo trae las ventajas señaladas, sino que además implica un mejor posicionamiento frente a los clientes, proveedores, gremios, opinión pública en general.

Seguidamente, tendrá que evaluarse a qué costo se pueden obtener tales beneficios. Por ello, es importante revisar los costos de implementación de los programas de cumplimiento.

Precisamente, existe una discusión de larga data en cuanto a los actores del sector pesquero extractivo industrial, dado que tradicionalmente se divide la flota de acero, sujeta a la Ley N° 25977, y la flota de madera, sujeta a la Ley N° 26920. Que, si bien ambas son de mayor escala - embarcaciones industriales para efectos de este trabajo de investigación- conforme la clasificación establecida en el Reglamento de la Ley General de Pesca, la segunda flota, por el material de su casco, no deben exceder de los 110 m3.

Si bien, ambas flotas perciben ingresos similares por la comercialización de la materia prima que despachan a las plantas de procesamiento pesquero, es cierto que la segunda flota, de madera, podría contar con menos recursos para implementar un Programa de Cumplimiento.

No obstante, las empresas pesqueras de mayor escala (las embarcaciones industriales tanto de acero como madera) pueden soportar los costos de la implementación de Programas de Cumplimiento en el sector extractivo pesquero. Solo como referencia, cuando hay demora en el inicio de la temporada de pesca, se estima que existe pérdida de US\$ 30 millones diarios en la economía peruana. Esta cifra deriva de la actividad que desarrollan todos los acores pesqueros⁴.

De estas cifras se desprende que los actores pesqueros se encuentran en la capacidad de soportar procesos de mejora continua en sus operaciones, considerándose además que estos programas deben ser advertidos como una inversión y no un gasto, los mismos que traerán retorno a mediano plazo.

Es importante remarcar que un Programas de Cumplimiento en el sector pesquero extractivo industrial, debería ser adaptable tanto a empresas grandes y no tan grandes, siendo el objetivo final del programa su eficiencia y demostración a la autoridad que la empresa se autorregula para cumplir la normativa.

Pero encuentro un beneficio mayor aún en la implementación de estos programas en las empresas menos grandes, y es el hecho de que muchas de éstas podrían no contar con un Programa de Cumplimiento de mayor envergadura, como por ejemplo, el que cubra las materias anticorrupción y financiamiento del terrorismo, regidos por la Ley N° 30424, por lo que iniciar con un programa en materia pesquera, mas aterrizado a su actividad, quizá sea el mejor ejercicio para que se encamine en la autorregulación de las distintas materias que debe mapear como todo actor económico.

⁴ Fuente: <https://www.oannes.org.pe/noticias/peru-sin-temporada-de-pesca-de-anchoveta-us-30-millones-diaros-en-juego/>

Para el caso de las empresas más grandes, que cuentan mayormente con flota de acero, este Programa de Cumplimiento deberá ser incorporado a uno que ya tenga implementado o camino a ser implementado, integrándolo de tal modo que su Programa de Cumplimiento primigenio sea más robusto, cubriendo cada vez más materias que regulan su actividad. Además, esta perspectiva en concordante con lo señalado por OCDE que señala que la agenda de cumplimiento cada vez cubre más áreas dentro de la compañía, tales como son, por citar sólo algunos ejemplos, las materias de competencia, impuestos, medio ambiente, laboral, otros. (OCDE).

El modelo que se sugiere para un Programa de Cumplimiento en el sector pesquero extractivo industrial es el de autorregulación regulada, toda vez que partiendo de la premisa que todo programa obedece a un compromiso voluntario de autorregulación, ésta deberá preverse por lo menos en una Guía que establezca los requisitos mínimos que debería contemplarse. Nuevamente, insistimos que no resulta relevante el tamaño de la empresa, la Guía debería adaptarse a cualquier tipo, siendo lo más relevante el nivel de compromiso que se asuma.

A través de la autorregulación regulada se lograría, que luego de dictada la Guía para la elaboración del programa de cumplimiento, que las empresas pesqueras ejerzan por cuenta propia y conscientemente, el control del cumplimiento de tal programa.

Recordemos que en el marco conceptual señalamos que en la actualidad en el sector pesquero extractivo industrial hay una suerte de autorregulación voluntaria, dado que no hay normas mandatorias que obligue a los operadores pesqueros a contar con programas de cumplimiento y peor aún, guías o lineamientos que los instruya en el camino de la autorregulación para la mitigación de riesgos.

Sin embargo, como señala Málaga, podría ocurrir que al preverse en el sector pesquero en la normativa, los programas de cumplimiento, exista una transición entre la autorregulación regulada hacia una autorregulación estimulada o coaccionada (Málaga, 2022). Esto dependerá de la intención del Estado de establecer, por ejemplo, atenuantes a las sanciones que incentiven su implementación para acceder a ellas, tal como lo estableció en la Ley N° 30424 que “ha establecido un modelo de autorregulación estimulada o coaccionada al establecer la responsabilidad de las

empresas por delitos que se cometan en su organización y, al mismo tiempo, cláusulas de exoneración o mitigación de dicha responsabilidad cuando se haya implementado un modelo de prevención de riesgos adecuado”. (Málaga. 2022).

No obstante, llegado a este punto, debemos enlazar la adecuada implementación del Programa de Cumplimiento con el procedimiento administrativo sancionador. Y ello implica, analizar qué papel jugará el programa dentro de este.

Ahora bien, para la doctrina, principalmente española, un programa de cumplimiento eficiente ex ante que esté concebido para evitar la comisión de infracciones administrativas debería excluir de responsabilidad o por lo menos debería atenuar la sanción porque a través de éste se acreditaría que no existe defecto de organización o que de existir sería mínimo.

Ya que hemos venido refiriendo los modelos de autoregulación en la doctrina, desde nuestra perspectiva, considero que basta con establecer un Programa de Cumplimiento que siga el modelo de la autorregulación regulada, porque bastará una implementación eficiente y no una implementación fachada, para que la autoridad tenga certeza del buen actuar de los administrados.

Quizá pueda leerse en estas líneas un exceso de confianza o buena fe, pero precisamente, si los principios del derecho administrativo sancionador son correctamente aplicados, bastará comprobar la falta de intencionalidad, la falta de culpabilidad en buena cuenta, para proceder a aplicar las atenuantes y eximentes. Encontramos en los Programas de Cumplimiento una forma más idónea para acreditar la debida diligencia, la falta de déficit organizacional de la empresa.

Para ello el Programa de Cumplimiento debería seguir, como ya se indicó, por lo menos una Guía, y asimismo, seguir los lineamientos de los Sistemas de Gestión de Compliance, norma recientemente aprobada en el 2021 (ISO 37301:2021).

Recapitulando, la Guía establecerá los requisitos mínimos que son específicos para el sector pesquero y la Certificación ISO plasmará las cuestiones formales que todo instrumento internacional debe contener.

De otro lado, otra interrogante que surge, será la relacionada a si un Programa de Cumplimiento en el sector pesquero industrial puede lograr el objetivo principal, que es finalmente la no comisión de infracciones e ilícitos, para así contribuir con la sostenibilidad de los recursos y cuidado del medio ambiente, que es el fin supremo para los actores del sector -o al menos debería serlo de todos- y la respuesta es afirmativa.

En el ámbito pesquero estamos convencidos que un Programa de Cumplimiento, más allá de la contribución que pueda realizar al procedimiento administrativo sancionador, puede contribuir a un ordenamiento del sector en general, siendo algunos de los requisitos mínimos indispensables para su elaboración:

- Acreditar que el personal a cargo de realizar la actividad, los denominados, personal bajo dirección, la realizar contando con las herramientas necesarias para ello, esto es:
 1. Contar con las capacitaciones necesarias sobre normativa pesquera que difunda sus obligaciones previstas en la normativa pesquera. Por supuesto sus derechos también. Éstas podrían ser realizadas por la misma empresa, de forma documentada o por una empresa especialista en el rubro, acreditada por el Ministerio de la Producción.
 2. Contar con las herramientas necesarias para realizar sus tareas como con materiales que establecen las normas pesqueras, tales como ictiómetros para la medición de recursos hidrobiológicos, bitácoras para anotar resultados y eventos, recipientes para realizar tomas de muestras de recursos hidrobiológicos, balanzas debidamente calibradas para pesas las muestras, tablets o celulares para enviar la información en línea a través del SITRAPESCA.
 3. Documentar y difundir, los mantenimientos realizados a la embarcación pesquera, motores, sistemas eléctricos, sistemas hidráulicos, redes, sistemas satelitales para la correcta emisión de la señal satelital, otros.
 4. Comprometer a través de Políticas a los trabajadores, para el cumplimiento de sus obligaciones, como alejamiento de zonas vedadas, entre otros.

Se concluye entonces, que es necesario regular un programa de cumplimiento en el sector pesquero no solo por lo valioso que es dentro de un procedimiento sancionador para generar

certeza en la autoridad de un buen comportamiento del administrado, sino por las ventajas preventivas y económicas que ésta representa para la empresa, como son: reducción en pagos de multas, incremento de reputación de la compañía frente a los clientes, mejor posicionamiento frente a financiamientos en las entidades financieras y acceso a bonos verdes.

La posibilidad de elaborar Programas de Cumplimiento pesqueros debe preverse en una norma, por lo que el Reglamento de la Ley General de Pesca y el Reglamento de Fiscalización y Sanciones Pesqueras y Acuícolas deberían prever su constitución, y por qué, la atenuación de sanciones a través de la comprobada implementación de estos programas de cumplimiento, por lo que la modificación normativa es una propuesta de ese trabajo, pasando de este modo a lo que denominamos una transición de la autorregulación regulada a una regulación estimulada o coercitiva.

En mi entendido, y como ya se expuso en el presente trabajo, deberían aplicarse las consecuencias de contar con un adecuado Programa, inclusive si la norma específica no lo prevé, sino por una analogía con el Derecho Penal y con la comprobada ausencia de culpabilidad en el ámbito administrativo pesquero, pero, lamentablemente, no hemos llegado a ese nivel de exhaustividad en el análisis de los expedientes sancionadores que se ventilan en los órganos resolutores pesqueros en el ámbito nacional peruano.

Por paradójico que parezca, en el ámbito penal se observa un mayor análisis de las medidas internas adoptadas por las compañías, determinando las autoridades penales, en los casos a los que hemos accedido para este trabajo, que las embarcaciones sí cumplen y actúan sin culpa respecto de las directrices que emite el Ministerio de la Producción, procediendo inclusive a archivos de casos en los cuales también se analiza la intencionalidad de la comisión de delitos de pesca ilegal.

Pero volviendo a nuestro análisis sobre regular o no un programa de cumplimiento, me atrevo a apartarme de la tradicional clasificación de la autorregulación, insistiendo que contar con un programa de cumplimiento, implementado para las actividades extractivas -poner detalle que no me refiero a todas las actividades pesqueras como el procesamiento en fábricas pesqueras ni el transporte de sus productos terminados- debe conllevar a la exculpación de la pena.

Cabe anotar que los eximentes de responsabilidad no son mencionados en el Reglamento Sancionador del Ministerio de la Producción porque éstos están previstos en una norma de mayor rango legal (LPAG), no obstante, no son considerados en la actualidad, salvo la “subsanción voluntaria” que sí es tomada en cuenta para exonerar de sanción.

Considerándose que la debida diligencia es un componente clave para acreditar el caso fortuito, el contar con el programa de cumplimiento idóneo y certificado por una entidad ex ante, concebido para evitar la comisión de infracciones, debe conllevar a la exculpación, exoneración de sanción, por lo que no es necesario regularla desde la perspectiva tradicional de “el deber de emitirse una norma que contenga los programas de cumplimiento y sus consecuencias”, sino más bien “el deber de contar con programas de cumplimiento para que la Administración cuente con las herramientas necesarias para resolver los procedimientos sancionadores teniendo a la vista la falta de culpa”. En esta medida, el compliance pesquero no debe ser imperante, sino voluntario si el administrado desea ser merecedor de una evaluación 360 de su expediente, es decir, colaborar con la Administración para que cuente con las herramientas necesarias para resolver su caso concreto.

La atenuación es desde mi perspectiva la más controvertida. Apartándome de experiencias nacionales, considero que debería ser aplicada de forma residual, sólo reservada cuando no se acredita un Programa idóneo y un defecto en él. No me detengo en la atenuación de la sanción toda vez que su aplicación sí implica un cambio sustancial en la normativa pesquera, pues primero porque debe ser incluida en un Decreto Supremo – Reglamento Sancionador – como atenuante, y segundo, porque su incorporación debe ir acompañado de los supuestos en los cuales califica si o no como una atenuante.

CONCLUSIONES

Del primer capítulo, estado del arte, podemos concluir que si bien en el ámbito nacional hay un desarrollado sistema de cumplimiento normativo en materia penal, específicamente para los delitos previstos en la Ley N° 30424, este sistema de cumplimiento normativo no es explorado aún en el ámbito administrativo de distintas materias, siendo actualmente considerada por algunos sectores como el del derecho de consumidor, energético y de propiedad intelectual, mas no en sectores productivos como el pesquero, el cual es un motor importante de la economía peruana.

De este primer capítulo, podemos concluir entonces que al no encontrarse regulados los programas de cumplimiento en la norma sectorial pesquera, el ente rector en esta materia no contará con las herramientas que le instruyan sobre su proceder cuando los administrados tengan la capacidad de demostrar fehacientemente su debida diligencia, principalmente, dentro de un procedimiento administrativo sancionador.

Con relación al problema de investigación desarrollado en el segundo capítulo, de la revisión de casos, se advierte que existen administrados en el sector extractivo pesquero industrial muestran su debida diligencia, los cuales no son denominados de programas de cumplimiento, pero cumplirían dicha función, dado que sirven para evitar el incumplimiento de sus obligaciones, evitando que se configuren infracciones y por lo tanto que se inicien procedimientos administrativos sancionadores.

Se evidencia en el segundo capítulo entonces, que los administrados en el ámbito pesquero están expuestos a diversos riesgos legales, pero van en camino a la demostración de que implementan sistemas para la prevención y mitigación de los mismos.

En el último capítulo reservado para la discusión, se concluye que existe la necesidad de establecer un *compliance pesquero* en el ámbito del sector extractivo pesquero industrial.

La implementación de programas de cumplimiento pesquero en las empresas grandes, pueden integrarse al programa matriz con el que la mayoría de las empresas cuenta (modelo penal) y las

empresas menos grandes pueden implementarla de forma independiente, siendo un gran aporte para que más adelante elaboren si lo consideran, programas de distintas materias o cuando tengan el modelo penal, absorba a este y otros.

Siendo uno de los fines de los programas de cumplimiento la disminución de procedimientos administrativos sancionadores en materia pesquera, se espera con ello ejecutar menor gasto en el Estado por la reducción de carga de los evaluadores y un desembolso menor de parte de las empresas pesqueras por concepto de multas y grandes beneficios en sus relaciones con sus stakeholders (entidades financieras, comunidades de las áreas de influencia, medios, otros), lo que implica mayor orientación a trabajos de prevención.

La implementación de un programa de cumplimiento eficiente debería conllevar a que la comisión de una infracción sólo podría suscitarse por causal de caso fortuito o fuerza mayor, debiendo demostrarse para ello la debida diligencia.

La demostración de la debida diligencia debería exonerar de sanción al administrado por la falta de culpa. No consideramos que amerite una nueva regulación para que se proceda a la exculpación del administrado, sólo una correcta aplicación del principio de culpabilidad por la causal de caso fortuito o fuerza mayor sustentada en un programa de cumplimiento implementado (autorregulación regulada).

Sólo y únicamente, ante la resistencia del ente rector en materia pesquera de la exculpación del administrado, debería modificarse vía Decreto Supremo la normativa sancionadora pesquera para incorporar a la implementación de los programas de cumplimiento como causal de atenuación (autorregulación estimulada o coaccionada)

Los Programas de cumplimiento no deben ser complejos ni costosos, deberán seguirse las guías o términos de referencia que debería proveer el Ministerio de la Producción dentro de lo que compete a una autorregulación regulada, debiendo pasar el filtro revisor de una entidad que verifique el cumplimiento mínimo de su composición.

Referencias Bibliográficas

- Aljovín, C. (5 de febrero de 2021). Carga pesada. Diario Correo. Recuperado de <https://diariocorreo.pe/opinion/carga-pesada-noticia/?ref=dcr>
- Artaza, O. (2013). Sistemas de prevención de delitos o programas de cumplimiento. Breve descripción de las reglas técnicas de gestión del riesgo empresarial y su utilidad en sede jurídico penal. Chile: *Revista de Política Criminal*, 8(16), pp. 544 - 573. Recuperado de <http://policrim.com/otros-numeros-others-issues/2013-volumen-8-numero-16/>
- Baca V. (2018). El principio de culpabilidad en el derecho administrativo sancionador, con especial mirada al caso peruano. Colombia: *Revista Digital de Derecho Administrativo*. pp. 313-34. Recuperado de <https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/Deradm/article/view/5708/7537#info>
- Coca, I. (2013). ¿Programa de cumplimiento como forma de autorregulación regulada? España: *Criminalidad de empresa y Compliance*. pp. 43-76. Recuperado https://www.researchgate.net/publication/235935350_Programas_de_cumplimiento_como_forma_de_autorregulacion_regulada
- Colom, J. (2015). Compliance Legal y Autoregulación. Blog de Govertis. Recuperado de: <https://www.govertis.com/2015/09/21>
- Consejo de Apelación de Sanciones. Primera Área Especializada Colegiada Transitoria de Pesquería (22 de febrero de 2021). Resolución del Consejo de Apelaciones N° 034-2021-PRODUCE/CNAS-1CT. Recuperada de: <https://cdn.www.gob.pe/uploads/document/file/1693345/RCONAS-034-2021-PRODUCE-CNAS-1CT.pdf.pdf>
- Consejo de Apelación de Sanciones. Segunda Área Especializada Colegiada Transitoria de Pesquería (11 de marzo de 2021). Resolución del Consejo de Apelación de Sanciones N°

055-2021-PRODUCE/CONAS-2CT.

Recuperada

de:

<https://cdn.www.gob.pe/uploads/document/file/1737927/RCONAS-055-2021-PRODUCE-CONAS-2CT.pdf.pdf>

Darnaculleta, M. (2003). Derecho Administrativo y Autorregulación: la autorregulación regulada. Tesis Doctoral. España. Recuperado de <https://www.tdx.cat/handle/10803/7681#page=1>

Informe Económico (2019). Derechos de Pesca: hacia un esquema predecible. Revista Pesca Responsable. Lima: Revista Institucional de la Sociedad Nacional de Pesquería. Año XXI (109), pp. 6-10. Recuperado de https://www.snp.org.pe/revista-pesca-responsable/#RevistaSNP-df_15549/1/

Informe Económico (2020) Misión Cumplida. Revista Pesca Sostenible. Lima: Revista Institucional de la Sociedad Nacional de Pesquería. Año XXI (113), pp. 6-9. Recuperado de https://www.snp.org.pe/revista-pesca-responsable/#RevistaSNP-df_15644/1/

Inurritegui, R. (2019). Avances ambientales del sector pesquero. *Forseti. Revista De Derecho*, (4), 48-52. Recuperado de <https://revistas.up.edu.pe/index.php/forseti/article/view/1156/1336>

García, p. (2016). Las políticas anticorrupción en la empresa, *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, 47, pp. 234.

Guía de la OCDE de Debita Diligencia para una conducta empresarial responsable (2018). Recuperado de <https://mneguidelines.oecd.org/Guia-de-la-OCDE-de-debita-diligencia-para-una-conducta-empresarial-responsable.pdf>

Guía de Programas de Cumplimiento de las normas de libre competencia (2020). Recuperado de <https://img.lpderecho.pe/wp-content/uploads/2020/06/Guia-de-programas-de-cumplimiento-de-las-normas-de-libre-competencia-LP.pdf>

Gomez, M. (2017) La Culpabilidad de las personas jurídicas por la comisión de infracciones administrativas, especial referencia a los programas de cumplimiento. Revista de Administración pública, 2017 (203), pp. 57-88. Recuperado de <https://doi.org/10.18042/cepc/rap.203.02>

Gómez, M. & Sanz, I. (2017). Derecho administrativo sancionador. Parte general. 4ta. Ed. Madrid: Thomson Reuters – Aranzadi.

Málaga, A. (2018). Compliance ¿Autorregulación o deber? Recuperado de <https://ar.lejister.com/mobile/pop.php?option=articulo&Hash=38a82ac842c706071fc4dd1a038eaaad7>

Málaga, A (2022). Prevención de riesgos y dinámica empresarial: apuntes acerca de los modelos de prevención de la corrupción. Sistema Penal y Corrupción. Pp. 43-59. Lima. Ius Et Veritas. Disponible en: Ius Et Veritas

Ministerio de la Producción. Nota de Prensa, recuperado de: <https://www.gob.pe/institucion/produce/noticias/15467-produce-resolvio-en-16-meses-mas-de-10-mil-procedimientos-administrativos-sancionadores>

Morón, J. (2018). Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General. Tomo I y Tomo II. 12va. Ed. Lima: Gaceta Jurídica.

Nieto, A. (2019). El Cumplimiento Normativo. Manual de Cumplimiento Penal en la Empresa. Valencia. pp 25-48.

Oannes. 2022. Recuperado de: <https://www.oannes.org.pe/noticias/peru-sin-temporada-de-pesca-de-anchoveta-us-30-millones-diarios-en-juego/>

OCDE (2021), Competition Compliance Programmes, OECD Competition Committee Discussion Paper. Recuperado de: <https://www.oecd.org/daf/competition/competition-compliance-programmes.htm>

Rebollo, M. (2016). Responsabilidad sancionadora de personas jurídicas, entes sin personalidad y administradores. *IUS ET VERITAS*, 24(53), 220-245. Disponible en: <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/viewFile/16545/16891>

Remacha, M (2016). Compliance, Ética y RSC. Cuadernos de la Cátedra “la Caixa de Responsabilidad Social de la Empresa y Gobierno Corporativo. 31 (junio) Recuperado de <https://media.iese.edu/research/pdfs/ST-0411.pdf>

Rojas, V. (2017). La responsabilidad administrativa subjetiva de las personas jurídicas. *Revista de Direito Econômico e Socioambiental*. 8 (2), 3-25. Recuperado de <http://dx.doi.org/10.7213/rev.dir.econ.soc.v8i2.16523>

Whally, M. (2017). *The legal risk management handbook*. Cogan Page Limited, London, 53 – 78.

Zúñiga, G., y Vilca, L. (2020). La implementación de un programa de cumplimiento efectivo como eximente o atenuante de responsabilidad por infracciones administrativas. *Derecho & Sociedad*, 1(54), 397-412. Recuperado de <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoysociedad/article/view/22428/21656>