



Luis Fernando Iberico Castañeda,
Socio de Caro & Asociados.

LOS BENEFICIOS DE CONTAR CON UNA DEFENSA PENAL-ADMINISTRATIVA INTEGRAL Y UNIFICADA



Cuando, al interior de una empresa, ocurre un suceso de probable connotación penal, amerita que de inmediato se haga una evaluación de posibles contingencias que abarque, en general, tres ámbitos: el ámbito personal, en el que se analice, de ser el caso, la defensa de los funcionarios o colaboradores involucrados; el ámbito económico, en el que se analice el impacto patrimonial para la empresa, que incluya no solo el costo de la defensa de sus funcionarios y/o colaboradores o de la propia empresa, sino también la posibilidad de tener que asumir el pago de una indemnización que busque resarcir o reparar el daño sufrido por la víctima, como producto del delito cometido; y finalmente, el ámbito sancionatorio, en el que debe evaluarse la posibilidad de que la empresa no solo sea incorporada al proceso penal, sino de cumplirse las exigencias de ley, ser pasible de recibir una sanción impuesta por el Juez penal, que puede ir desde el pago de una multa (independiente al pago de la reparación a favor de la víctima) hasta la disolución de la persona jurídica. Solo en la medida que se tenga un análisis que haya evaluado los tres escenarios mencionados, le permitirá a la empresa contar con un instrumento idóneo que mida el impacto que pueda tener el suceso de connotación penal, y asumir las providencias del caso.

Pero el esquema propuesto no estaría completo sino consideramos un cuarto escenario, que si bien no siempre esta-

rá presente, en el ámbito empresarial cobra una inusitada importancia, y está relacionado con la intervención de la administración pública, especialmente de los denominados órganos reguladores; intervención que genera la posibilidad de que la empresa se enfrente a otra contingencia: la de afrontar un procedimiento administrativo sancionador (PAS), y todo ello derivado del mismo suceso, que además de tener connotación penal, probablemente en alguna de sus aristas podrá ser considerado como un ilícito administrativo.

Veamos dos casos, el primero vinculado al denominado "Club de la Construcción", en el cual la Fiscalía, en líneas generales, atribuyó a los funcionarios de cierto grupo de empresas dedicadas al rubro de la construcción haberse concertado entre ellas, con la finalidad de repartirse o distribuirse las adjudicaciones de obras públicas, para evitar competir entre ellas, y lo que implicaba el uso de intermediarios que se coludieran con los funcionarios públicos a cargo de dichas adjudicaciones, a fin de que estos respetaran "los acuerdos" previamente adoptados entre las constructoras y adjudicaran la respectiva obra a la empresa seleccionada, todo ello en perjuicio del Estado.

Este suceso generó que la Fiscalía Especializada abriera la correspondiente investigación penal, en la que se incorporó no solo a los funcionarios de las empresas sino a estas mismas, e incluso el Es-

tado, a través de su procuraduría, solicitó el pago de la correspondiente reparación del daño que alegaba haber sufrido. De lo narrado, se evidencia la ocurrencia de los tres escenarios que mencionamos al inicio del presente artículo. Pero adicionalmente a que se iniciara el proceso penal, el Indecopi abrió un procedimiento administrativo sancionador, en el que incorporó tanto a las empresas constructoras como a sus funcionarios, imputando para tal efecto la existencia de prácticas anti competitivas consistentes en actos de colusión horizontal referidos a los acuerdos adoptados entre las empresas constructoras para repartirse determinadas obras viales del Estado, actos que como hemos indicado forman parte de los cargos efectuados por la Fiscalía (aun cuando con ciertas diferencias temporales, ya que el periodo de investigación administrativo es mayor al periodo de investigación penal).

Lo antes descrito nos permite avizorar la importancia y sobre todo la eficiencia de contar con una defensa integral y unificada frente a ambos ámbitos procesales, ya que en el caso citado el tema de la concertación entre empresas resulta común a ambos procesos; por ende, conocer el material probatorio que se vaya incorporando a uno u otro proceso es de vital importancia en el diseño y ejecución de la estrategia legal integral corporativa. Pero, además de los elementos probatorios intercambiable entre uno u otro proceso, la posible resolución del



El Indecopi abrió un procedimiento administrativo sancionador, imputando la existencia de prácticas anti competitivas consistentes en actos de colusión horizontal.

procedimiento administrativo, que por su naturaleza es más expeditivo, podría ser utilizado por el Ministerio Público o la defensa, quienes aportarán la misma como un elemento valorativo, a fin de acreditar o amparar su posición procesal.

Tomemos como referencia otro caso, el derrame de petróleo ocurrido frente a una refinería en las costas del distrito de Ventanilla, en circunstancias que se realizaban labores de descarga de dicho hidrocarburo. Este suceso generó, por un lado, que la Fiscalía ambiental competente abriera la correspondiente investigación penal por delito de contaminación ambiental; pero de manera paralela, órganos reguladores como Oefa, Osinergmin, Serfor, entre otros, abrieron procedimientos administrativos sancionadores (PAS) contra la empresa operadora de la citada refinería. Es importante tener en cuenta que, en el delito de contaminación ambiental, existen dos elementos centrales que deben ser objeto de probanza; primero es que la conducta realizada contravenga las normas ambientales y que la misma haya causado, o pueda haber causado, un daño grave a los componentes del ambiente (ello lo diferencia de un mero ilícito administrativo).

Desde la práctica de la Fiscalía, la determinación de la contravención de la normatividad administrativa se construye en base a los informes técnicos (especialmente los fundamentados) que emiten los órganos reguladores competentes, o en función a lo que la autoridad administrativa resuelva en los respectivos procedimientos administrativos

sancionadores (PAS), y ahí radica la imperiosa necesidad de contar con una defensa integral corporativa, que maneje de manera coordinada la defensa en ambos frentes procesales: ante la Fiscalía y ante la administración.

Puede acontecer, en una defensa descoordinada, que a nivel administrativo la empresa sea sancionada con una multa, y que por el monto de la misma, y de acuerdo a un análisis de costo, la defensa a cargo del procedimiento administrativo sancionador decida no impugnar la decisión, sin percatarse que con ello, muy probablemente, esté aceptando haber incurrido en el incumplimiento de la normatividad administrativa, lo que sin duda alguna coadyuvará en la tesis de la Fiscalía, que contando con dicha decisión administrativa solo se abocará a tratar de acreditar la existencia o posible causación de un daño ambiental.



Desde la práctica de la Fiscalía, la determinación de la contravención de la normatividad administrativa, se construye en base a los informes técnicos que emiten los órganos reguladores.

Consideramos que ambos ejemplos desvelan la necesidad de que, frente a acontecimientos como los mencionados, se tome la decisión de contar con una defensa integral y unificada, que tenga la misma información y material probatorio para coordinar la estrategia y seguimiento de los intereses de la empresa, en ambos escenarios, cuyos vasos comunicantes son innegables. Se podría argumentar que se trata de procesos y disciplinas de distinta naturaleza, lo que no es correcto porque tanto el derecho penal como el derecho administrativo sancionador son mecanismos que se derivan de la atribución sancionatoria del Estado, que no es otra cosa que la potestad que tiene de poder seleccionar que conductas son o no ilícitas, de perseguir a las personas que las cometen y, en su caso, de sancionarlas; no debiendo perderse de vista que el derecho sancionatorio originario y primigenio es el derecho penal, que dado su efecto estigmatizante fue limitado a través de una serie de principios que han sido constitucionalizados y, que en general con algunos matices, son los mismos que han sido adaptados para la aplicación del derecho administrativo sancionador, que es un mecanismo sancionatorio de menor intensidad.

Esta similitud en la naturaleza de ambos mecanismos sancionatorios del Estado es la que, a nuestro criterio, facilita y posibilita una fluida defensa integral y unificada de la empresa frente a sucesos que pueden tener ribetes de delito o de infracción administrativa, defensa que permitirá desarrollar una posición y estrategia legal coherente y consistente, que minimice el riesgo de incurrir en contradicciones no deseadas.