

**PONTIFICIA UNIVERSIDAD
CATÓLICA DEL PERÚ**

Escuela de Posgrado



La intervención de la Superintendencia del Mercado de Valores en
la verificación de la gestión del modelo de prevención de delitos
de corrupción en las personas jurídicas

Tesis para obtener el grado académico de Magíster en Derecho
con mención en Política Jurisdiccional
que presenta:

Gilberto Félix Tasayco

Asesor:

Rafael Hernando Chanjan Documet

Lima, Noviembre 2021

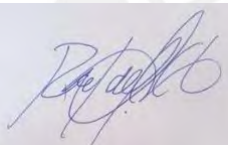
Declaración jurada de autenticidad

Yo, Rafael Hernando Chanjan Documet, docente de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, asesor del trabajo de investigación titulado “La intervención de la Superintendencia de Mercado de Valores en la verificación de la gestión del modelo de prevención de delitos de corrupción en las personas jurídicas” del autor Gilberto Félix Tasayco.

Dejo constancia de lo siguiente:

- El mencionado documento tiene un índice de puntuación de similitud de 30%.
Así lo consigna el reporte emitido por el software Turnitin el 17/12/2021.
- He revisado con detalle dicho reporte y confirmo que cada una de las coincidencias detectadas no constituyen plagio alguno.
- Las citas a otros autores y sus respectivas referencias cumplen con las pautas académicas.

Lugar y fecha:

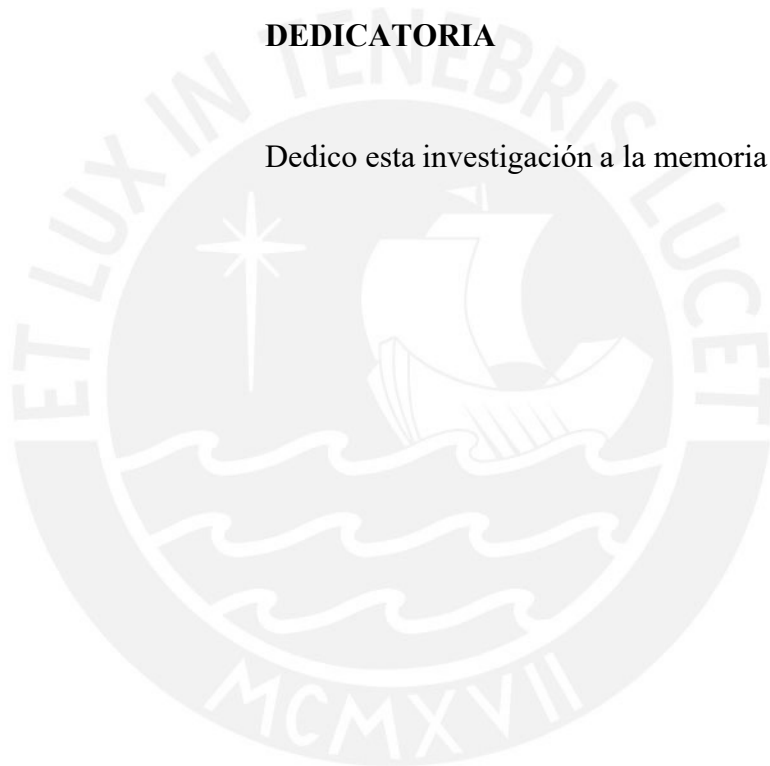
Apellidos y nombres del asesor: Chanjan Documet Rafael Hernando	
DNI: 45114559	
ORCID: https://orcid.org/0000-0002-1521-0321	
Firma:	

RESUMEN

La presente investigación tiene como finalidad determinar si la intervención de la Superintendencia del Mercado de Valores (en adelante SMV) a través de los informes técnicos sobre verificación de la idoneidad de la gestión del modelo de prevención de delitos de corrupción en las personas jurídicas, es razonable. En efecto, se demostrará que la Ley N° 30424 que regula la responsabilidad administrativa de las personas jurídicas, y que otorga carácter vinculante a los informes técnicos de la SMV, colisiona con las prerrogativas constitucionales del Ministerio Público como titular del ejercicio público de la acción penal. Dada la complejidad de los delitos de corrupción y las ventajas competitivas de la Contraloría General de la República (en adelante CGR) frente a la SMV, se propone que se modifique el artículo 18 de la Ley N° 30424 para que se excluya a la SMV de la verificación de la idoneidad de los modelos de prevención y se incluya a la CGR como organización oficial encargada de la emisión de los informes técnicos sin carácter vinculante para el Ministerio Público.

DEDICATORIA

Dedico esta investigación a la memoria de mi madre.



**LA INTERVENCIÓN DE LA SUPERINTENDENCIA DE MERCADO DE
VALORES EN LA VERIFICACIÓN DE LA GESTIÓN DEL MODELO DE
PREVENCIÓN DE DELITOS DE CORRUPCIÓN EN LAS PERSONAS
JURÍDICAS**

ÍNDICE

	Pág.
Introducción.....	6
CAPÍTULO I: Cuestiones fundamentales del cumplimiento normativo.	8
1. Cumplimiento normativo.....	8
1.1 Aproximación al concepto.....	9
1.2 Evolución histórica.....	11
1.3 Finalidad.....	15
1.4 Importancia.....	17
2 Prevención del delito en las organizaciones -----	18
2.1 Prevención del delito de corrupción.....	19
2.2 Corrupción y exclusión de responsabilidad en las administraciones públicas y partidos políticos.....	22
3 Relación del cumplimiento normativo con otras ciencias y fenómenos conexos ----	25
3.1 Cumplimiento normativo y cultura de integridad y ética empresarial -----	25
3.2 Cumplimiento normativo y ciencias penales -----	28
3.3 Cumplimiento normativo y gestión de políticas públicas -----	31
3.4 Cumplimiento normativo y liderazgo empresarial -----	33
CAPÍTULO II: Regulación normativa relacionada con los modelos de prevención en delitos de corrupción	
1. Regulación normativa internacional.....	36
1.1. Foreign Corrupt Practices Act (FCPA) -----	36
1.1.1. Caso Siemens.....	38
1.1.2. Caso Morgan Stanley.....	40
1.1.3. Caso Quad Graphics.....	43
1.2. Federal Sentencing Guidelines.....	45
2. Regulación normativa nacional.....	47
2.1. Ley N° 30424, que regula la Responsabilidad Administrativa de las Personas Jurídicas por el delito de cohecho activo transnacional -----	47
2.2. Decreto Legislativo N° 1352, Ley que amplía la Responsabilidad Administrativa de las Personas Jurídicas.....	56
2.3. Ley N° 30835, que modifica la denominación y los artículos 1, 9 y 10 de la Ley 30424, Ley que regula la responsabilidad administrativa de las personas jurídicas por el delito de cohecho activo transnacional.....	61
2.4. Reglamento de la Ley N° 30424, Ley que regula la Responsabilidad Administrativa de las Personas Jurídicas.....	65

CAPÍTULO III. Análisis y evaluación de la intervención de la SMV en la verificación de la gestión de los modelos de prevención de delitos de corrupción

1. La SMV y la intervención en la evaluación de los modelos de prevención -----	72
1.1 ¿Qué es la SMV?.....	72
1.2. Misión institucional de la SMV.....	74
1.3.Funciones.....	75
2. Competencias constitucionales y legales del Ministerio Público-----	78
2.1. La potestad investigadora del Ministerio Público -----	78
2.2. Desarrollo legislativo del ejercicio de la acción penal en los delitos tributarios y aduaneros.....	82
2.2.1. La acción penal en los delitos tributarios -----	83
2.2.2. La acción penal en los delitos aduaneros -----	86
2.2.2.1. Reconocimiento de la titularidad de la acción penal-----	86
2.2.2.2. Reducción de la titularidad de la acción penal -----	87
2.2.2.3. Restitución de la titularidad de la acción penal-----	88
3. El informe técnico de la SMV como factor vinculante para el Ministerio Público ----	90
3.1.Informe técnico como pericia institucional -----	91
3.2. Informe técnico como requisito de procedibilidad -----	96
3.3. Alternativas de valoración que posee el MP frente al informe técnico de la SMV-100	
3.3.1. Si el informe técnico establece que el modelo de prevención antes de la comisión del delito es adecuado, el fiscal dispone el archivo de lo actuado en las diligencias preliminares.....	101
3.3.2. Si el informe técnico establece que el modelo de prevención antes de la comisión del delito es inadecuado: 3.3.2.1. El fiscal dispone la formalización de la investigación preparatoria o el archivo de lo actuado. 3.3.2.2. El fiscal dispone la ampliación o aclaración del informe.....	104
3.3.3. En el Juicio oral: el informe técnico con valor probatorio de pericia institucional no vincula al juez ni al fiscal.....	108
4. Certificaciones de gestión de <i>compliance</i> . Perú y Derecho comparado -----	109
4.1. Certificación de <i>compliance</i> en Perú -----	110
4.2. Certificación de <i>compliance</i> en España-----	111
4.3. Certificación de <i>compliance</i> en Chile -----	113
4.4. Certificación de <i>compliance</i> en Italia-----	116
5. La eficacia en la evaluación de modelos de prevención de delitos de corrupción y los sistemas de informes técnicos para las personas jurídicas-----	118
Conclusiones y recomendaciones.....	131
Bibliografía.....	133

INTRODUCCIÓN

Las legislaciones que regulan la responsabilidad penal o administrativa de las personas jurídicas constituyen actualmente uno de los instrumentos fundamentales de gestión de políticas públicas que se orienta a evitar la tendencia de perpetuar el fenómeno de la corrupción en todo el mundo. Tradicionalmente, las legislaciones han sancionado únicamente a las personas naturales por la comisión de algún acto delictivo amparados en la máxima *societas delinquere non potest*. Sin embargo, actualmente, a través de una política legislativa expansiva los Estados sancionan no solo a las personas naturales sino también a las personas jurídicas –como se sostiene en la doctrina- bajo la máxima *societas delinquere potest o societas puniri potest*. Esta corriente legislativa y de gestión de políticas anticorrupción se ha implementado ya en nuestro país a través de la Ley N° 30424, Ley que regula la responsabilidad administrativa de las personas jurídicas.

Al respecto, la Ley N° 30424 trae un problema que se debe resolver. Así, para verificar la implementación y funcionamiento de los programas de cumplimiento de las personas jurídicas, nuestro legislador ha decidido otorgar facultades exclusivas a la SMV para que emita informes técnicos vinculantes para el Ministerio Público. Entiéndase por vinculante a toda disposición contenida en una ley que tiene el valor de regla; es decir, es de obligatorio cumplimiento. Sobre esta base nos planteamos la siguiente interrogante: ¿es razonable la regulación legislativa sobre la intervención de la SMV en la verificación de la gestión del modelo de prevención de delitos de corrupción adoptado por las personas jurídicas? Ese es el problema que pretendemos abordar en la presente investigación.

En el marco de este panorama jurídico global de pleno desarrollo dogmático y jurisprudencial, se ha seleccionado el tema que se intitula: “*La intervención de la Superintendencia del Mercado de Valores en la verificación de la gestión del modelo de prevención de delitos de corrupción en las personas jurídicas*”. Aquí trataremos de alcanzar el siguiente objetivo: Determinar si la intervención de la SMV a través de informes técnicos sobre la verificación de la idoneidad de la gestión del modelo de prevención de delitos de corrupción en las personas jurídicas, con efecto vinculante para el Ministerio Público, es razonable o si otras organizaciones públicas o privadas favorecerían la eficacia de la mencionada tarea.

En efecto, tal como aparece del texto del artículo 18° de la Ley N° 30424, el carácter vinculante de los informes técnicos de la SMV colisionaría con las prerrogativas

constitucionales del Ministerio Público como titular del ejercicio público de la acción penal. Asimismo, dada la complejidad de los delitos de corrupción por la diversidad de estructuras empresariales, se pone en tela de juicio la eficacia la intervención de la SMV en la evaluación de los modelos de prevención.

En lo que respecta a la estructura debemos señalar que la tesis tiene un esquema de tres capítulos. En el primer capítulo se hace un análisis de las cuestiones fundamentales del cumplimiento normativo. En el segundo capítulo abordaremos el marco normativo relacionado con la intervención de la SMV en la verificación de los modelos de prevención en delitos de corrupción. En el tercer y último capítulo se hace un análisis y evaluación de la intervención de la SMV en la verificación de la gestión de los modelos de prevención de delitos de corrupción.

En definitiva, la presente investigación da cuenta del estado de la cuestión sobre la intervención de la SMV en la verificación de los modelos de prevención de delitos de corrupción. Ello nos conducirá a exponer nuestra posición con relación al problema planteado, para finalmente, de ser el caso, proponer públicamente modificaciones legislativas en pro de la tutela idónea de un Estado constitucional de Derecho.

Finalmente, debo manifestar mis deudas de gratitud a Dios que está siempre conmigo. A mi Asesor de Tesis, Rafael H. Chanjan Documet, Máster en Derecho Penal y Política Criminal, por sus conocimientos y valioso respaldo académico. Un agradecimiento especial al Dr. Walter Albán Peralta, Director de la Maestría en Derecho con Mención en Política Jurisdiccional, para mí fue un privilegio tenerlo como profesor. Mi agradecimiento se extiende a Yahaira Rodríguez Olave, Magister en Derecho Penal, por su generosidad intelectual en los inicios de esta investigación.

CAPÍTULO I

Cuestiones fundamentales del cumplimiento normativo.

1. Cumplimiento normativo

El Derecho latinoamericano, en los últimos años, se ha reestructurado con los cambios extraordinarios que se han producido en sus sistemas jurídicos. Uno de los cambios, calificado por la doctrina como paradigmático, es la incorporación en los sistemas legales de la responsabilidad administrativa y penal de las personas jurídicas. Así, una herramienta *sine quanon*, en esta nueva materia, lo constituyen los *compliance programs*, denominados también modelos de organización y gestión. Conforme a esta realidad se ha afirmado que “*la naturaleza de los modelos de organización y gestión constituye una de las cuestiones de mayor interés en esta materia*”¹. Esta innovación legislativa, que se enmarca en la construcción de una cultura organizacional en la actividad empresarial, tiene su origen en Inglaterra y Estados Unidos de Norteamérica. Su expansión abarca no solo a los países europeos sino prácticamente a todos los países latinoamericanos² como Argentina, Brasil, Chile, Colombia, Venezuela, Uruguay, Costa Rica, entre otros.

Nuestro país no se ha quedado al margen de la emergente política legislativa asumida por el Derecho comparado pues, a partir de enero de 2018, se ha puesto en vigencia la Ley N° 30424, “Ley de responsabilidad administrativa de las personas jurídicas” (en adelante Ley N° 30424). El novedoso estatuto adopta los parámetros establecidos por la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico –OCDE- como acción de aporte al Grupo de Trabajo de Lucha contra la corrupción, cuya finalidad institucional es la mejora del bienestar económico y social de los países miembros.

¹ Palma Herrera, José Manuel (2017). Presupuestos jurídico-penales de la responsabilidad penal de los entes corporativos y del sistema de “*compliances*”. En, *Compliances y responsabilidad penal corporativa*. Thomson Reuters Aranzadi, Pamplona, p. 25.

² Téngase en cuenta la opinión de Nieto y García quienes sostienen que, en la última década, como de todos es conocido, prácticamente la totalidad de países de América Latina han introducido también la responsabilidad penal de las personas jurídicas, que tiene como claro epicentro la lucha contra la corrupción. Nieto Martín, Adán y García Moreno, Beatriz (2019). De la ética pública al *public compliance*: Sobre la prevención de la corrupción en las administraciones públicas. En, *Tratado sobre compliance penal. Responsabilidad penal de las personas jurídicas y modelos de organización y gestión*. Juan-Luis, Gómez Colomer (Director), Tirant lo Blanch, Valencia, p. 381.

La referencia al cambio antes mencionado es especialmente justificable si se tiene en cuenta que, en las empresas, existen riesgos de comisión de delitos de corrupción, lavado de dinero, financiamiento del terrorismo, entre otros, que afectan el desarrollo del país y la reputación empresarial. Para responder a estos riesgos el legislador ha diseñado modelos de prevención, programas de cumplimiento normativo o *compliance* cuya idoneidad en su diseño e implementación conduce, en primer lugar, a desarrollar una cultura organizacional de integridad y, en segundo lugar, a prevenirse con la eximente o atenuación de responsabilidad de la persona jurídica, frente a la posibilidad de la comisión de delitos conectados con la actividad empresarial. En ese sentido, el estudio de las cuestiones fundamentales de los programas de cumplimiento, nos va a servir de antesala al desarrollo del tema central seleccionado y relacionado con la intervención de la SMV.

1.1. Aproximación al concepto

La responsabilidad de las personas jurídicas no podría entenderse sin efectuar previamente una aproximación al concepto de cumplimiento normativo. En ese sentido, para Australian Standard, Compliance Programs (AS3806-1998), un programa de cumplimiento es un elemento importante en el gobierno corporativo y la diligencia debida de una organización, y debe: tener como objetivo prevenir, y, cuando sea necesario, identificar y sancionar las infracciones de las leyes, regulaciones, códigos o normas organizacionales internas, promoviendo una cultura de cumplimiento y ayudando a la organización a permanecer o convertirse en un buen ciudadano corporativo³. Australian Standard, Compliance Programs (AS3806-2006) propone que *compliance* supone cumplir con los requisitos de las leyes, normas y códigos de la industria y la organización, principios de buen gobierno y normas éticas y comunitarias aceptadas⁴.

Por otro lado, en la doctrina jurídico-penal, existen variadas definiciones del término. Kuhlen define al *compliance* como “las medidas mediante las cuales las empresas pretenden asegurarse de que sean cumplidas las reglas vigentes para ellas y su personal, que las infracciones se descubran y que eventualmente se sancionen”⁵. Nieto anota que

³ AS3806-1998. <https://www.saiglobal.com/PDFTemp/Previews/OSH/As/as3000/3800/3806.pdf> (Fecha de consulta: 18/10/2020)

⁴ AS3806-2006. <https://www.saiglobal.com/PDFTemp/Previews/OSH/as/as3000/3800/3806-2006.pdf> (Fecha de consulta: 18/10/2020)

⁵ Kuhlen, Lothar (2013). Cuestiones fundamentales de *compliance* y Derecho penal. En, *Compliance* y teoría del Derecho penal. Marcial Pons, Madrid, p. 51.

se trata de uno de los términos más vagos e inexpresivos que se haya acuñado jamás. Por sí sólo no dice nada, salvo lo evidente: actuar conforme a la legalidad, entendiendo legalidad en un sentido amplio, que abarcaría el cumplimiento de obligaciones procedentes de la ley (civil, penal, administrativa, laboral, del mercado de valores, etc.), pero también las directrices internas de la empresa y, en especial, su código ético⁶.

Arocena apunta que “el *programa de cumplimiento normativo* es el documento interno que las empresas implementan para cumplir con la normativa vigente, así como para prevenir y detectar las infracciones legales que pueden producirse dentro de las mismas o como parte de las actividades que realizan”⁷. En nuestro entorno, García Cavero anota que frente a la peligrosidad de la actividad corporativa en relación con los intereses colectivos, es lógico que el Estado, en tanto garante del bien común, se vea en la necesidad de establecer mecanismos adecuados de control para asegurar que el accionar de las empresas no traiga consigo consecuencias socialmente dañosas o, en todo caso, reducirlas a niveles tolerables⁸.

Como anota Bock, el *criminal compliance* se refiere a la evitación de riesgos de responsabilidad penal. La esencia del concepto del *compliance* se concentra en el deber de supervisión de la dirección empresarial. La ciencia del *criminal compliance* se ocupa por tanto de la cuestión de la responsabilidad empresarial, esto es, de las medidas que la dirección empresarial, en el marco de su deber de supervisión, debe haber adoptado para la evitación de infracciones de deberes jurídico-penales por parte de sus empleados⁹. Para Gallego, los programas de *compliance* son un conjunto de deberes de actuación y reglas técnicas que tienen que reflejar el “estado de la ciencia” en relación con la diligencia debida de una persona jurídica determinada en aras a la evitación de la lesión de bienes jurídicos-penales que se encuentren en su esfera de actuación (interna y externa). Esa

⁶ Nieto Martín, Adán (2015). El cumplimiento normativo. En, Manual de cumplimiento penal en la empresa. Tirant lo Blanch, Valencia, p. 25.

⁷ Arocena, Gustavo A. (2018). *Criminal compliance*. En, *Compliance y responsabilidad penal de las personas jurídicas. Perspectivas comparadas* (EE.UU., España, Italia, México, Argentina, Colombia, Perú y Ecuador). Director: Luis Miguel Reyna Alfaro. Ideas Solución Editorial, Lima, p. 19.

⁸ Cfr. García Cavero, Percy (2017). *Criminal compliance*. En: En especial *compliance anticorrupción y antilavado de activos*. Instituto Pacífico, Lima, p. 20.

⁹ Bock, Dennis (2013). *Compliance y deberes de vigilancia en la empresa*. En, *Compliance y teoría del Derecho penal*. Marcial Pons, Madrid, pp. 107-108.

reglas técnicas y deberes de actuación se dirigen a la organización, y tienen como finalidad el control de los riesgos organizativos y de las actividades que se desarrollen¹⁰.

Finalmente, Balcarce y Berruezo anotan:

El vocablo *compliance* puede bosquejarse en base al especial espectro legal en el que trasciende. Así se menciona, entre otros, al *anti-trust-compliance* con respecto a la normativa de defensa de la competencia, *tax compliance* en cuanto a la normativa tributaria, o *trade compliance* en tanto tenga relación con las normas de comercio exterior. Bajo esta lógica, se hace uso también de la expresión *criminal compliance* para referirse a aquel que pretende el cumplimiento particular de la normativa penal. No obstante, la taxonomía es sólo didáctica, puesto que a la corporación le interesa eliminar toda violación de regla jurídica, nacional o internacional, que pueda traer aparejados perjuicios económicos y que, en muchos casos, se adelanta la punibilidad para evitar mayores daños¹¹.

En definitiva, el *compliance* evoca un fenómeno moderno que se engarza en la gestión del buen comportamiento empresarial, cuya valía se encuentra en las motivaciones gerenciales conducentes a alcanzar una nueva cultura organizacional transformadora, que va más allá de la ética y más allá del cumplimiento del Derecho. Como resultante, y a partir de las diversas posiciones institucionales y doctrinarias que se han expuesto *supra*, nosotros consideramos que el *compliance program* o cumplimiento normativo es un instrumento de política pública estratégica de autorregulación, cuyo diseño, implementación y funcionamiento se orientan a acreditar que las medidas internas adoptadas por las personas jurídicas, son eficaces para lograr el objetivo de prevención de riesgos de delitos vía gestión y promoción de una cultura de integridad y de superación de los estándares de cumplimiento del Derecho.

1.2. Evolución histórica

Partimos de la idea de que el legislador peruano ha optado por la anglo-americanización de nuestra legislación sobre responsabilidad de las personas jurídicas. De modo similar,

¹⁰ Gallego Soler, José-Ignacio (2014). *Criminal compliance* y proceso penal: Reflexiones iniciales. En, Responsabilidad de la empresa y *compliance*. Programas de prevención, detección y reacción penal. Santiago Mir Puig, Mirentxu Corcoy Bidasolo y Víctor Gómez Martín (Directores). Editorial IBdeF, Madrid, p. 216.

¹¹ Balcarce, Fabián I. y Berruezo, Rafael (2016). *Criminal compliance* y personas jurídicas. Editorial IBdeF, Buenos Aires-Argentina, p. 157.

parece haber sucedido en Europa y Latinoamérica. De la literatura jurisprudencial extranjera, se puede apreciar que Inglaterra y Estados Unidos fueron pioneros en responsabilizar penalmente a las personas jurídicas. En esa línea, Pérez refiriéndose al modelo de responsabilidad por transferencia o vicarial señala: “Ejemplos judiciales de este modelo de atribución de responsabilidad a las corporaciones las encontramos en, Inglaterra, caso *Queen v. Great North of England Railway* (1846) o en, Estados Unidos, el caso *State v. Morris & Essex Railroad Co.* (1852). En ambas resoluciones se excluía la responsabilidad de la corporación si existía una previa mala intención criminal de la persona física que resultaba verdadero autor del delito”¹².

Sin embargo, debemos agregar que, en aquel siglo XIX, existía la posibilidad de sanción a las corporaciones por responsabilidad objetiva. Posteriormente, la Corte Suprema de Justicia de EE.UU. declaró la responsabilidad penal en el caso *New York Central & Hudson River Railroad v. United States* (1909)¹³. En términos generales, estos son los antecedentes históricos que explican el porqué del calificativo anglo-americanización de la responsabilidad penal de las personas jurídicas que hemos asumido.

Debemos advertir aquí que en parte de la literatura se destaca el importante aporte holandés, al considerarse como el primer país que adoptó la responsabilidad penal de las personas jurídicas en Europa. Así, Vervaele señala:

Hasta hace poco tiempo, Holanda era el único país del continente europeo que disponía de una responsabilidad penal general para las personas jurídicas. En el curso del siglo precedente ya se había previsto la punibilidad de las personas jurídicas en el Derecho penal fiscal y aduanero. El Derecho penal fiscal recurría al concepto de una responsabilidad penal de la persona jurídica sujeta al impuesto, mediante la cual la persona jurídica podía ser considerada penalmente responsable en calidad de autor por los actos cometidos en cuanto autor por sus empleados. El artículo 13 de la «Algemene

¹² Pérez Arias, Jacinto D. (2013). Sistema de atribución de responsabilidad penal a las personas jurídicas. Tesis Doctoral, Universidad de Murcia, p. 72.

¹³ La sentencia confirma la condena de una empresa ferroviaria y de dos de sus empleados por realizar prácticas prohibidas por la *Elkins Act* que prohibía que las compañías ferroviarias de transporte de mercancías ofrecieran determinados descuentos a sus clientes; calificando como delito la contravención e imponiendo multas, tanto a las compañías que los ofrecieran, como a los clientes que los aceptaran. El Tribunal acoge la doctrina del *respondeat superior* como estándar de imputación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas basado en la responsabilidad por el hecho de otro, concretamente de aquel que, trabajando para la entidad y en el ejercicio de sus competencias, comete el delito actuando en beneficio de esta. Villegas García, María Ángeles (2016). La responsabilidad criminal de las personas jurídicas. La experiencia de Estados Unidos. Thomson Reuters – Aranzadi, Pamplona, pp. 125 y ss.

Wet op de Douane» de 1870 preveía la responsabilidad en caso de fraude en materia de derechos de exportación (un delito comunitario anticipadamente): «Las sociedades y las compañías de armadores son responsables de los actos de sus administradores, contables, empleados, obreros u otras personas a su servicio, sobre la base del artículo 231 de la Ley general de 26 de agosto de 1822 relativa a todas las infracciones a las disposiciones legales que conciernen a la importación, exportación y tránsito así como a los tributos»¹⁴.

Ahora bien, en el específico caso de legislación contra la corrupción en las personas jurídicas se aprecia que el origen del fenómeno se encuentra luego de los escándalos de corrupción política ocurridos en EE.UU. en los 70s. Esta situación de inestabilidad política generó la promulgación de la *Foreign Corrupt Practices Act* (Ley de Prácticas Corruptas en el Extranjero, FCPA por sus siglas en inglés), que como se verá en el capítulo siguiente, sería la primera aproximación normativa de carácter extraterritorial que establece controles internos para prevenir los delitos de corrupción.

De otro lado, la evolución de la legislación sobre cumplimiento normativo en el Perú tiene sus inicios en el año 2002 con la promulgación de la Ley N° 27693, que crea la Unidad de Inteligencia Financiera (UIF), cuya función principal es la prevención de delitos de lavado de activos y financiamiento del terrorismo. Con la vigencia de la ley la UIF, una vez detectada la presunta comisión de delito de lavado de activos o financiamiento del terrorismo, se obliga a informar al Ministerio Público sobre dichas operaciones para los fines de ley. Luego, el 21 de abril de 2016 se promulga la Ley N° 30424, *Ley que regula la responsabilidad administrativa de las personas jurídicas por el delito de cohecho activo transnacional*. Con el Decreto Legislativo N° 1352 del 07 de enero de 2017, se amplía la responsabilidad administrativa de las personas jurídicas. Asimismo, la denominación que contenía la Ley N° 30424 se modifica por la Ley N° 30835 del 02 de agosto de 2018 bajo el título *Ley que regula la responsabilidad administrativa de las personas jurídicas*. Finalmente, por Decreto Supremo N° 002-2019-JUS del 09 de enero de 2019, se aprueba el Reglamento de la Ley N° 30424 sobre responsabilidad administrativa de las personas jurídicas. De este modo, se pone en vigencia un novedoso

¹⁴ Vervaele, J.A.E. (1998). La responsabilidad de y en el seno de la persona jurídica en Holanda. Matrimonio entre pragmatismo y dogmática jurídica. Traductor: Norberto J. de la Mata, Profesor Titular de Derecho Penal, Universidad del País Vasco, Revista de Derecho Penal y Criminología, 2, Época, núm. 1 (1998), pp. 2-3.

modelo de prevención de delitos denominado *programa de cumplimiento normativo o compliance*, basado en un sistema de *numerus clausus* para los siguientes delitos:

- Colusión simple y agravada
- Cohecho activo genérico
- Cohecho activo transnacional
- Cohecho activo específico
- Tráfico de influencias
- Lavado de activos, y,
- Financiamiento del terrorismo.

De esta manera, queda planteada la evolución histórica de los programas de cumplimiento normativo desde los ámbitos internacional y nacional, modelos que son de aplicación intensiva en la prevención de delitos por las personas jurídicas.

Finalmente, sobre la necesidad de adecuar los programas de cumplimiento a la realidad empresarial, Coca Vila sostiene que tradicionalmente se exponen dos modelos de cumplimiento normativo contrapuestos: a) modelo de comando y control (*command-and-control*), con dirección y control estatal; y b) modelo de autorregulación, en el que el diseño, evaluación y control de los mecanismos de prevención se encuentra de manera autónoma a cargo de la empresa¹⁵. Sin embargo, como también anota García Cavero, coincidiendo con el autor antes citado, a fines del siglo XX, ante la impracticabilidad de los dos modelos tradicionales, surgen propuestas intermedias como la autorregulación regulada¹⁶. En ese sentido, Nieto expone los tipos de autorregulación en base al grado de voluntariedad:

- la **autorregulación voluntaria**, en la que no hay intervención pública alguna destinada, ni tan siquiera a fomentar o estimular la autorregulación;
- la **autorregulación regulada**, en la que el Estado establecería el marco general de la autorregulación, es decir, construye metanormas que regulan cómo deben establecerse las normas de las empresas y cuáles deben ser sus principios básicos;

¹⁵ Cfr. Coca Vila, Ivó (2013). ¿Programas de cumplimiento como forma de autorregulación regulada? En, *Criminalidad de empresa y compliance*, Silva Sánchez, Jesús María (Director), Atelier, Barcelona, p. 44.

¹⁶ García Cavero, Percy, ob. Cit, p. 21

- la *autorregulación estimulada o coaccionada*, en la que el Estado, a través de sanciones positivas o negativas, incentiva a la autorregulación¹⁷.

1.3. Finalidad

Sobre la finalidad del cumplimiento normativo, concurren varias posturas doctrinarias. Así, Nieto anota que “la tarea de las empresas no es cumplir específicamente con el Derecho penal, sino contar con mecanismos de gestión y control internos que les permitan cumplir con toda la normativa que les afecta, sea de carácter administrativo, laboral, societario o penal. Las normas penales en el Derecho penal económico son accesorias de todos estos preceptos. El objetivo del *compliance* no es evitar ser castigadas por un delito contra el medio ambiente, sino cumplir con la legislación medio ambiental”¹⁸.

García Cavero distingue dos objetivos del cumplimiento normativo. Por un lado, se procura evitar la realización de conductas infractoras de la ley (función de prevención). Por otro lado, si las infracciones legales igualmente se producen, la actitud de fidelidad al derecho por parte de la empresa se traduce en la implementación de mecanismos y procedimientos para su oportuna detección, gestión de sus consecuencias y eventual comunicación a las autoridades correspondientes (función de confirmación del derecho)¹⁹.

Por otra parte, Gimeno señala que, para la propia sociedad, la finalidad de los programas de cumplimiento es principalmente eximir o atenuar la responsabilidad penal de la persona jurídica ante eventuales delitos. Tal exención (o, en su caso, atenuación) de la responsabilidad penal puede darse en tres estadios procesales diferentes: a) antes del enjuiciamiento; b) antes de dictar sentencia; y c) tras la sentencia²⁰.

Explica Lledó Benito, en definitiva, que el *compliance* supone contar con auditorías internas que detecten “mala praxis”, se documenten los fallos para preparar acciones correctoras y contar con planes anuales de *compliance*. Con este sistema, se busca

¹⁷ Nieto Martín, Adán, ob. Cit, p. 36.

¹⁸ Nieto Martín, Adán (2013). Problemas fundamentales del cumplimiento normativo en el Derecho penal. En, *Compliance y teoría del Derecho penal*, Lothar Kuhlen, Juan Pablo Montiel e Iñigo Ortiz de Urbina Gimeno (eds.), Marcial Pons, Madrid, p. 27.

¹⁹ García Cavero, Percy, ob. Cit, p. 32.

²⁰ Gimeno Beviá, Jordi (2016). *Compliance y proceso penal. El proceso penal de las personas jurídicas. Adaptada a las reformas del CP y Lecrim, Circular FGE 1/2016 y Jurisprudencia del TS*. Thomson Reuters, Pamplona, pp. 248-249.

introducir prácticas de ética empresarial de modo específico, para conseguir una buena reputación, lo que determina la existencia de un buen gobierno de la entidad que no solo se preocupe de producir y vender sino de hacerlo conforme a las pautas legales y éticas²¹.

Consolidando de modo breve las posturas indicadas *supra*, se puede apreciar que Nieto sostiene que la finalidad se sustenta en contar con mecanismos de gestión y control, así como cumplir con la legislación específica. García Caverro, en cambio, aprecia que se trata más bien de prevenir y confirmar el Derecho. Gimeno, por otra parte, se inclina por el extremo reactivo; es decir, la finalidad sería la eximente o atenuación de responsabilidad. Finalmente, Lledó Benito, se muestra partidario de la detección, corrección e introducción de la ética para lograr reputación empresarial.

Por nuestra parte, consideramos, que la finalidad tiene relación directa con una posición *ex ante*. Así, en la línea expuesta, el cumplimiento normativo consiste en la anticipación a las eventualidades o posibilidades delictivas con la finalidad de cumplir con la norma, salvaguardar el patrimonio, determinar los niveles de riesgos legales, operativos, económicos y reputacionales, así como desarrollar una política de responsabilidad social corporativa. Además, la eficacia en la implementación del programa de cumplimiento, la razonabilidad de las medidas adoptadas por la organización ante la detección de comisión de delito y el comportamiento de la organización luego de la sentencia, son estadios procesales fundamentales *ex post* que el juez debe valorar para tomar la decisión final de eximir o atenuar la responsabilidad de la persona jurídica.

En efecto, lo esencial del cumplimiento normativo *ex ante* es la prevención e identificación de riesgos de comisión de delitos, y, *ex post*, la identificación y sanción de infracciones por el incumplimiento de la regulación normativa estatal y de la organización. Claro está que el cumplimiento normativo se vale de un instrumento programático que busca promover una cultura ética y de integridad, orientando el comportamiento organizacional hacia la construcción de una reputada e idónea organización, bajo principios de buen ciudadano corporativo, debida diligencia y cumplimiento del Derecho. Con todo, con los programas de cumplimiento normativo se busca internalizar en la estrategia de la empresa una política de buen gobierno corporativo

²¹ Lledó Benito, Ignacio (2018). Corporate compliance: La prevención de riesgos penales y delitos en las organizaciones penalmente responsables. Editorial Dykinson, Madrid, p. 42.

que, de un lado, minimice riesgos de comisión de delitos y pérdida de reputación empresarial y, de otro lado, maximice los niveles de cumplimiento de normas, cultura organizacional y responsabilidad social.

1.3. Importancia

La importancia del cumplimiento normativo radica en que es un instrumento de política pública útil que, de un lado, contribuye a la mejora de la administración pública, y de otro, *crea valor* en la empresa a través de la promoción de una buena cultura de cumplimiento. Así, aun cuando la ley no obligue la implementación del *compliance* para delitos de corrupción, resulta a todas luces preferible hacerlo voluntariamente para salvaguardar la reputación y el prestigio de la empresa; tanto más si, como sostiene Sánchez-Málaga, pueden existir incentivos económicos, como la inversión en prevención de riesgos que no solo permite reducir costos de la gestión de estos últimos, sino que puede influenciar en la cotización de las acciones de la empresa en el mercado de valores (una empresa que tienen menos riesgos legales, financieros, operaciones o reputaciones vale más) y en la valoración de las primas de seguros contra riesgos de la compañía²².

Es decir, la decisión de implementar un programa de cumplimiento es de suma importancia porque, además, entraña mejores oportunidades de negocios, mayor competitividad y posibilidad de acceso a la financiación de proyectos de inversión. Al respecto, Nieto señala que el Banco Mundial o el Banco Europeo de Inversiones exigen a las empresas que participen en los programas que financian que cuenten con programas de cumplimiento, con el fin de evitar fraudes y prácticas corruptas²³.

En realidad, la empresa de hoy tiene que desarrollar en su interior la gestión de una cultura organizacional basada en la integridad y en la ética, direccionada a un objetivo común: fiel cumplimiento del Derecho. En contraste con lo anterior, debemos decir que con una omisión contraria a la gestión del riesgo y cumplimiento del Derecho se corre el riesgo de bloqueo de créditos, disminución de credibilidad y, lo más trágico, la probable consecuencia de salida del mercado.

²² Sánchez-Málaga Carrillo, Armando (2018). Compliance ¿Autorregulación o deber? Revista Iberoamericana de Derecho Penal y Criminología, <https://ar.lejister.com/mobile/pop.php?option=articulo&Hash=38a82ac842c706071fc4dd1a038ead7> (Fecha de consulta: 14/06/2021).

²³ Nieto Martín, Adán (2015), ob. cit., p. 29.

En efecto, las ventajas para las empresas que decidan implementar el compliance son notables, pues van a transparentar confianza y aparecerán ante su personal, proveedores, clientes y la sociedad, con una visión estratégica de cumplimiento normativo que destaca la integridad en los negocios. Paagman (2014) anota que, luego entonces, el establecimiento de directrices supone la clave para que el negocio sea percibido como atractivo ya que visiblemente, se trata de una organización mejor gestionada y dirigida. (...) Como conclusión a todo lo plasmado anteriormente en referencia al término Compliance, se puede exponer que cualquier acción llevada a cabo por la Junta Directiva en conjunto con otros órganos de la sociedad, incrementa la posibilidad de alcanzar las metas y objetivos establecidos y ello supone, sin lugar a dudas, una importante ventaja para las empresas, que ven mejorada su reputación²⁴.

Como ponen de manifiesto Madrid y Palomino, los modelos de prevención son un componente trascendental en el contexto normativo actual, lo que ha determinado que aquella tendencia empresarial por mejorar las políticas de gestión y de promover una cultura de cumplimiento en sus organizaciones se vea fomentada en atención al beneficio que estas representan. Definitivamente, una organización que identifica sus riesgos, que los gestiona y que imprime esta mecánica a su ADN corporativo tiene una ventaja competitiva indiscutible²⁵. He ahí la importancia de los programas de cumplimiento normativo que no solo aporta ventajas en integridad y reputación empresarial, si no, además, contribuye a generar ventajas competitivas macro y microeconómicas para el desarrollo del país y para las empresas adecuadamente organizadas, respectivamente.

2. Prevención del delito en las organizaciones

La prevención del delito ha florecido en una era de transferencia de responsabilidad del Estado al individuo y a las comunidades locales. El mensaje es claro: responder y prevenir el delito no es solamente responsabilidad estatal, sino que todos tenemos esa responsabilidad²⁶. Desde esa perspectiva, cuando queremos diseñar -en la persona

²⁴ Paagman Alonso, Sofía (2014). Compliance : ¿Qué implicaciones tiene en las empresas el cumplimiento de la normativa? El caso Helvetia. Universidad Pontificia Comillas, Madrid, p. 23.

²⁵ Madrid Valerio, Cecilia y Palomino Ramírez, Walter (2019). El rol y la importancia del cumplimiento normativo en materia penal en el contexto normativo peruano actual. Revista Electrónica del Estudio Oré Guardia, Año 1, Número 1, p. 42.

²⁶ Nash, Mike (2018). Los tribunales y las prisiones. En, Manual de prevención del delito y seguridad ciudadana. Compiladores: Mariano Tenca y Emiliano Méndez Ortiz, Prólogo de David Garland, Ediciones Didot, CABA, Argentina, p. 629.

jurídica o empresa- una política eficaz de gestión de la conflictividad, nos tenemos que remitir al análisis de “*tres métodos básicos: preventivos, disuasivos y reactivos*”²⁷. De hecho, en la persecución de delitos de corrupción cometidos por personas naturales se utilizan en mayor grado los métodos disuasivos y reactivos, quedando en un segundo plano los métodos vinculados con la prevención.

No obstante, la excepción aparece de la Ley N° 30424 sobre responsabilidad administrativa de las personas jurídicas, en la cual el legislador apuesta por una floreciente metodología preventiva antes que la de disuasión y reacción. Naturalmente, la línea preventiva en los delitos de corrupción –y en cualquier otro delito- resulta altamente beneficiosa y se presenta en la actualidad como la mejor alternativa en la lucha contra la criminalidad. En base a estos planteamientos pasaremos a desarrollar los aspectos que siguen: prevención del delito de corrupción; y, corrupción y exclusión de las administraciones públicas y partidos políticos del régimen de responsabilidad administrativa de las personas jurídicas.

2.1. Prevención del delito de corrupción

En la historia, la corrupción se entiende como el mal uso del poder político-burocrático por parte de camarillas de funcionarios, coludidos con mezquinos intereses privados, con el fin de obtener ventajas económicas o políticas contrarias a las metas del desarrollo social mediante la malversación o el desvío de recursos públicos, junto con la distorsión de políticas e instituciones²⁸. Recientemente, el radio normativo de la corrupción se amplía con la incorporación de los artículos 241-A y 241-B del CP, que sancionan los actos de corrupción entre privados que afecten el normal desarrollo de las relaciones comerciales y la competencia leal de las empresas. No obstante, la base histórica y el marco de política legislativa de lucha contra la corrupción, la consigna siempre fue la

²⁷ CEJA - Centro de Estudios de Justicia de las Américas (2005). Los desafíos de la policía en los sistemas reformados. Curso Interamericano de Formación de Capacitadores para la Reforma Procesal Penal, Módulo 6, Santiago de Chile.

²⁸ Ciertamente, Quiróz además afirma que la corrupción constituye en realidad, un fenómeno amplio y variado, que comprende actividades públicas y privadas. No se trata tan solo del tosco saqueo de los fondos públicos por parte de unos funcionarios corruptos como usualmente se asume. La corruptela comprende el ofrecimiento y la recepción de sobornos, la malversación y la mala asignación de fondos y gastos públicos, la interesada aplicación errada de programas y políticas, los escándalos financieros y políticos, el fraude electoral y otras transgresiones administrativas (como el financiamiento ilegal de partidos políticos en busca de extraer favores indebidos) que despiertan una percepción reactiva en el público. Quiróz, Alfonso W. (2013). Historia de la corrupción en el Perú. Instituto de Estudios Peruanos, Lima, p. 30.

reacción antes que la prevención. No destacamos la capacidad disuasiva de la pena como sanción porque si hacemos una comparación entre las penas previstas para las personas que cometen delitos contra el patrimonio con las penas previstas para los funcionarios o servidores públicos que cometen delitos de corrupción, resultan mucho más altas las penas que prevé la ley penal para los primeros y más benignas para los segundos. Por tanto, si el funcionario público efectúa un cálculo costo-beneficio de su actuar delincencial, la resultante será: un menor costo y mayores beneficios.

Esa es la razón que nos lleva a considerar que la pena conminada para los delitos de corrupción, si bien contiene un factor disuasivo, no va a impedir la actuación delincencial y probablemente el agente actuará asumiendo el riesgo de ser descubierto. De manera que, al Estado -que no puede prevenir a plenitud- solo le queda aplicar el método de reacción, el que se concreta con la imposición de penas no proporcionales con la gravedad de la infracción. El mismo resultado se podría obtener con los delitos que se cometen en las personas jurídicas. Así, en concordancia con la búsqueda de eficacia por parte del Estado en la lucha contra la corrupción, se ha promulgado la Ley N° 30424, "*Ley que regula la responsabilidad administrativa de las personas jurídicas*", dándose inicio con ella a la tercerización de la función preventiva en los delitos de corrupción.

De este punto de partida parece poder argumentarse que el mejor modelo, método o política para combatir la corrupción, es la prevención, la misma que "*constituye uno de los objetivos esenciales que define el Derecho penal contemporáneo*"²⁹. Apelamos aquí al mensaje que dice "*a más prevención, menos corrupción*". A este respecto se tiene que identificar los factores de riesgo que pueden ser: deficiente selección del personal, inadecuado sistema de control, ausencia de política de incentivos para el desarrollo profesional, sistema de remuneraciones, etc.

De otro lado, el problema que queda en pie es el *populismo*³⁰ y la opinión del pueblo votante, lo que podría hacer de la prevención de la corrupción una tarea imposible. En

²⁹ Alonso Rimo, Alberto (2019). Introducción. Derecho penal preventivo, orden público y seguridad ciudadana. Coordinador: David Colomer Bea, Thomson Reuters Aranzadi, Pamplona, p. 19.

³⁰ Sobre el populismo Kaiser y Álvarez identifican cinco desviaciones: la primera es un desprecio por la libertad individual y una correspondiente idolatría por el Estado; la segunda es el complejo de la víctima; la tercera es la paranoia "antineoliberal"; la cuarta es la pretensión democrática con la que el populismo se viste para intentar darle legitimidad a su proyecto de concentración del poder; y, la quinta es la obsesión igualitarista, que se utiliza como pretexto para incrementar el poder del Estado y, así, enriquecer al grupo político en el poder a expensas de las poblaciones beneficiando también a los amigos del

principio, ante la comisión de un delito y la internalización de una opinión publicada el pueblo exige reacción estatal con penas arbitrarias. Es decir, si las administraciones públicas publicitan políticas de prevención de delitos de corrupción, pero omiten una mayor severidad en las penas, la consecuencia segura será la pérdida de adhesión del pueblo votante. Entonces, aparece una situación anormal que podríamos denominar “*democracia inconsciente*”. Y, precisamente, el poder reactivo alejado del Estado de derecho es lo que hace feliz al pueblo votante. En la línea expuesta, el pueblo será feliz cuando la reacción y las penas a los corruptos sean brutales y no será feliz cuando se implementen políticas preventivas y la reacción estatal asuma penas razonables y técnicamente proporcionales al delito cometido.

En efecto, la pérdida de votos por asentar la prevención sin intimidación ni reacción con penas infamantes, infundiría cierto temor a los legisladores para proveer a la sociedad de normas con ánimo preventivo. A pesar de ello existe consenso en afirmar que se debe invertir en prevención para reducir la corrupción. Como anota Waller, el Departamento de Justicia de Estados Unidos publicó una síntesis del compendio del Centro Internacional para la Prevención de la Delincuencia (ICPC) en el que comparte los análisis y abundantes datos acerca del costo-eficacia de invertir en la prevención, y confirmar de ese modo el dicho popular: “más vale un gramo de prevención que un kilo de curación”, esto es “más vale prevenir que remediar”. Los gobiernos deberían tener la sensibilidad para elegir lo que es redituable en lugar de continuar con lo que no funciona³¹. Así, existen razones para admitir el predominio de la prevención. Por eso, la cooperación privada esperada por el Estado hace que los legisladores tomen en cuenta los modelos de prevención obligatorios o facultativos. En materia de corrupción nuestro legislador se decidió por el modelo facultativo, con la finalidad que la cooperación empresarial se comprometa en la lucha contra este fenómeno social.

populista y abriendo las puertas de par en par a una destacada corrupción. Kaiser, Axel/Álvarez, Gloria (2016). El engaño populista. Por qué se arruinan nuestros países y cómo rescatarlos. Ediciones Deusto, Barcelona, p. 25.

³¹ Waller, Irvin (2008). Menos represión. Más seguridad. Verdades y mentiras acerca de la lucha contra la delincuencia. Editorial Ubijus, México, p. 21.

2.2. Corrupción y exclusión de responsabilidad en las administraciones públicas y partidos políticos.

Cuando se habla de la comisión de un acto de corrupción inmediatamente se piensa que el hecho ha ocurrido en alguna organización pública. Es menos probable que aquel acto se haya producido en una empresa del sector privado³². Pese a la intuición asertiva de que existe mayor corrupción en las organizaciones públicas, se observa, de la regulación normativa sobre responsabilidad administrativa de las personas jurídicas, que la Ley N° 30424 no incluye en su ámbito de aplicación a las administraciones públicas. Es cierto que de ordinario existe un encuentro entre organizaciones privadas y públicas para la comisión de delitos de corrupción; pero también es cierto que las segundas son la base dinámica de la corrupción. Ahora bien, si como señalamos, la corrupción es una actividad ilícita que posee mayor dinámica en las organizaciones públicas ¿podría afirmarse que la Ley N° 30424 es un instrumento de política pública integral y eficaz en la lucha contra la corrupción? ¿cómo se pretende prevenir el fenómeno si se privilegia con la exclusión de la Ley N° 30424 a las organizaciones con mayor vulnerabilidad en delitos de corrupción?

Indudablemente, la política legislativa que rige en este extremo hará improbable la lucha eficaz contra la corrupción. Según Nieto, resulta sorprendente que mientras las medidas anticorrupción a implantar por las empresas se han globalizado, al menos en las grandes empresas transnacionales, no ha ocurrido lo mismo con las medidas a instalar en la administración pública. (...) Resulta incoherente que desde el “otro lado de la carretera”, el Estado como organización, no adopte medidas similares a las que obliga a implantar a las empresas³³. La explicación que parece plausible es que se pretendería salvaguardar de

³² En la XI Encuesta nacional anual sobre percepciones de corrupción. Informe especial preparado para Proética (2019) se pregunta: según lo que usted conoce, ¿cuáles son las tres instituciones más corruptas en nuestro país? Los resultados ubican a las empresas privadas -al igual que a los medios de comunicación- con 7 %, posición por debajo de organizaciones públicas como el Congreso de la República (76 %), Poder Judicial (47 %), Partidos Políticos (31 %), Policía Nacional (26 %), Fiscalía de la Nación (26 %), Municipalidades (24 %), Gobiernos regionales (21 %) y Gobierno de Vizcarra (10 %).

³³ Nieto Martín, Adán – García Moreno, Beatriz (2019), ob. Cit., p. 380. Véase otro trabajo de los mismos autores: “La exclusión de responsabilidad penal al Estado y las administraciones públicas es nota común que, en unos casos, la mayoría, se recoge de manera expresa (Estonia, Letonia Portugal, Austria, Bélgica, Proyecto de CP argentino y Chile), mientras que en otros es mantenida por doctrina y jurisprudencia (Alemania, Holanda y Brasil). Existen sin embargo ordenamientos con opciones diferentes. Merece especial mención, a este respecto, el caso de Francia, que sanciona la responsabilidad de las entidades de derecho público, pero limita las sanciones que le pueden ser impuestas, eliminando para este supuesto la disolución de la entidad y la supervisión judicial. Dinamarca menciona a los estados, municipios y autoridades estatales como sujetos de imputación de responsabilidad penal. Suiza, incluye también a las personas de derecho público a excepción de los entes territoriales. En el RU la

severas sanciones -como la disolución, clausura o inclusive la multa- que podrían afectar gravemente el funcionamiento de las administraciones públicas. En efecto, un ejercicio de ponderación del legislador parece ser: es mejor asegurar el funcionamiento de las organizaciones públicas excluyéndolas del ámbito de la ley, que incluirlas afectando su funcionamiento ante la posibilidad de la imposición de una gravísima sanción.

No obstante, como sostiene Nieto, existen sanciones con menos daños colaterales. Sería el caso por ejemplo de la publicación de las sentencias de condena contra una administración pública, pero sobre todo la intervención judicial. Esta sanción, prevista también para las empresas en numerosas legislaciones, tiene una finalidad fundamentalmente “resocializadora”³⁴.

Conviene asumir que son estrechas las conexiones entre gestión pública-gestión privada y gestión pública-*compliance*. Los procesos de adaptación de las mejores herramientas de la gestión privada y el *compliance* a la gestión pública, fundamentan el derecho a la buena administración. Ahora bien, si la gestión pública se nutre con éxito de la gestión privada, ¿por qué no podría hacerlo el *public compliance* en relación con el *compliance* privado? Desde luego, si el objetivo institucional es garantizar la mejora de la gestión pública, no hay razón que impida el recurso a los fundamentos y a la adaptabilidad del *compliance* privado al *public compliance*. En ese sentido, considera Martínez, “*el compliance y la lucha estatal podrían prestarse herramientas y criterios entre sí con notable eficacia y nulas contraindicaciones*”³⁵. Por tanto, la calidad del servicio *al público* y el derecho a la buena administración, desde las perspectivas ética, económica y social, hacen razonable la implementación y funcionamiento del *public compliance* anticorrupción en las administraciones públicas.

Con todo, la lucha contra la corrupción no puede quedar solo en manos de las empresas del sector privado, esa no debe ser la *ratio legis* de la Ley. La lucha es de todos, y todos

responsabilidad penal derivada de accidentes laborales (Corporate Manslaughter Act) se aplica a numerosos organismos públicos, como los Departamentos de Transporte y Salud”. (En, La responsabilidad penal de las personas jurídicas: una visión desde el Derecho comparado, europeo e internacional, trabajo realizado en el marco del proyecto de investigación PEII-2014-02PD, el Derecho penal europeo en el proceso de globalización jurídica, otorgado por la Junta de Comunidades de Castilla la Mancha, p. 6).

³⁴ Nieto Martín, Adán – García Moreno, Beatriz (2019), ob. Cit., p. 406.

³⁵ Martínez, Diego H. (2018). *Compliance* y el sector público: el caso de la Argentina. En, Tratado de *compliance*, Tomo I, Raúl R. Saccani /Gustavo L. Morales Oliver (Directores), Thomson Reuters, La Ley, Argentina, p. 390.

incluye ineludiblemente al sector privado y a las administraciones públicas. Como bien anotan Caro y Naval, el peso de la corrupción, de lo delictivo y su prevención, no puede cargarse solo sobre el sector privado, el Estado debe asumir su cuota de riesgo e implementar en todos sus estamentos programas de prevención o integridad³⁶. El cumplimiento normativo como autorregulación regulada en las administraciones públicas juegan un rol importante en la prevención de los delitos de corrupción, lo que contribuiría a reducir considerablemente los riesgos de su comisión.

De otro lado, se amplía el privilegio de la exclusión del régimen de responsabilidad de las personas jurídicas a los partidos políticos. En realidad, los partidos políticos en los últimos años se han debilitado groseramente, su representación ha perdido militantes, lo que permite hacer una proyección en el sentido de que el problema de mínima militancia, se está profundizando. Ahora bien, la presencia de partidos políticos es signo de transparencia en un Estado de Derecho; sin embargo, para una mejor transparencia política deben determinarse límites. Así, apuntan Bacigalupo y Lizcano que “el objetivo de la lucha contra la corrupción en el área de la financiación de los partidos políticos no ha de ser recortar su financiación, sino garantizar que se están financiando de fuentes estrictamente legales, y que su procedencia, no tiene ninguna relación con la corrupción, ni con la ilegalidad en general”³⁷.

En nuestro país el caso Lavajato y otros casos mediáticos corroboran la vinculación partidos políticos - corrupción. Pero la debilidad no solo es representativa y de transparencia sino de estabilidad económica. Y ahí es precisamente donde se genera la corrupción. Maroto al respecto argumenta:

Los ingresos que los partidos reciben de sus militantes tienen una significación literalmente simbólica. Los partidos se han adaptado al nuevo contexto buscando fuentes alternativas de financiación, y lo han hecho principalmente a través de dos vías: de la financiación privada empresarial (tanto legal, particularmente en forma de créditos

³⁶ Caro Coria, Dino Carlos y Naval, Virginia del Pilar (2019). Compliance gubernamental y el cuento del doble muro. <http://www.worldcomplianceassociation.com/1456/articulo-compliance-gubernamental-y-el-cuento-del-doble-muro.html> (Fecha de consulta: 28/11/2019)

³⁷ Los autores anotan que además se debería exigir una eficaz aplicación de normas de cara a obligar a los partidos políticos a registrar y hacer públicas las donaciones recibidas. Bacigalupo, Silvina y Lizcano, Jesús (2013). Responsabilidad penal y administrativa de las personas jurídicas en delitos relacionados con la corrupción. Eurosociaal, Programa para la Cohesión Social en América Latina, Madrid, p. 71.

bancarios, como irregular, a través de la financiación oculta), y del establecimiento de regímenes de subvenciones estatales³⁸.

Indudablemente, existe el riesgo de delito en las organizaciones políticas; por lo que, conviene ampliar el catálogo de delitos de la Ley Nº 30424 de modo expreso y específico. Concretada la inclusión, y en la búsqueda de una mayor eficacia en la prevención, se debería analizar la posibilidad de fijar algunas medidas como la que propone Neira:

Parece adecuado, también, la posibilidad de que se obligue a la publicación de las sentencias de condena dictadas frente a partidos políticos. Nuevamente, el factor reputacional que, en este caso, se podría traducir en pérdida de votos, podría ser un incentivo importante para que los partidos políticos se tomen en serio sus obligaciones de autorregulación y sus deberes de prevenir, detectar y sancionar las prácticas corruptas que se produzcan en el desarrollo de su actividad³⁹.

En definitiva, hay que reconocer que la inclusión de las administraciones públicas y los partidos políticos en el régimen de responsabilidad de las personas jurídicas será una medida acertada en la lucha contra la corrupción, si se quiere garantizar los principios de equidad e igualdad de trato en la ley.

3. Relación del cumplimiento normativo con otras ciencias y fenómenos conexos

En el estudio del cumplimiento normativo resulta imprescindible efectuar un análisis de su relación con otras ciencias, disciplinas o fenómenos como la cultura ética, las ciencias penales, la gestión de políticas públicas y el liderazgo empresarial. A ello nos vamos a avocar en este apartado.

3.1. Cumplimiento normativo y cultura de integridad y ética empresarial

Uno de los instrumentos normativos internacionales que busca fortalecer la cooperación internacional para la mejora de la gestión de la estabilidad y la seguridad de las sociedades es la “Convención de las Naciones Unidas contra la corrupción”. En ella los Estados Parte preocupados por el grave fenómeno de la corrupción y convencidos que ya no se trata de

³⁸ Maroto Calatayud, Manuel (2015). La financiación ilegal de partidos políticos. Un análisis político-criminal. Marcial Pons, Madrid, pp. 123-124.

³⁹ Neira Pena, Ana María (2017). Colaboración público-privada como estrategia para combatir la corrupción: el sistema de responsabilidad penal de las personas jurídicas y los programas de prevención delictiva. En, La proyección de la corrupción en el ámbito penal: análisis de una realidad transversal. María Ángeles Fuentes Loureiro y Silvia Rodríguez López (Coords.). Editorial Comares, Granada, p. 112.

un problema local sino de un fenómeno transnacional, conviene en la necesidad de salvaguardar la integridad y fomentar una cultura de rechazo a la corrupción. Así, el artículo 1 de la citada Convención, prevé como una de sus finalidades: c) Promover la integridad, la obligación de rendir cuentas y la debida gestión de los asuntos y los bienes públicos. La idea que se anuncia para cumplir con aquella finalidad está relacionada con la integridad y la ética en el sistema organizacional público y privado, enfatizándose en el fortalecimiento de las capacidades de los Estados y creando instituciones eficaces en la prevención y combate de la corrupción.

Precisamente, la creación de instituciones que evoca la Convención tiene relación con los programas de cumplimiento normativo. Así, el desarrollo de una cultura de integridad y ética en la empresa tiene sentido si se quiere permanecer dinámica y exitosamente en el mercado. No se trata únicamente de leyes y, a veces, aventurarse con la cosmética. “Lo importante –y difícil- es que la norma se haga respetar. Hecha la ley... todos conocemos cómo continúa ese refrán. Se trata, entonces, no solo de hacer leyes, sino de prevenir la trampa”⁴⁰.

Esta doctrina aplicada a las modernas organizaciones empresariales pone de manifiesto que una empresa sin valores tiene como destino la desconfianza; en cambio, una empresa con valores tiene un gran poder en la confianza del mercado, razón por la cual se le reconoce el calificativo de “*buen ciudadano corporativo*” (good corporate citizen). De este planteamiento debe inferirse que frente a la visibilidad negativa de la ciudadanía se hace necesario una correcta gestión de la ética en los programas de cumplimiento. En realidad, ninguna empresa funciona correctamente si sus trabajadores y sus directivos no se comprometen con los valores éticos de la corporación.

En efecto, no solo se trata de la ética empresarial, sino también de su encaje con la cultura ética de las personas que conforman la corporación. Esa es la coherencia o coincidencia perfecta que se exige de modo imperativo para el buen funcionamiento de la empresa, en palabras de Nieto, “cuando hay coherencia entre los valores de las personas que la integran y los de la corporación”⁴¹. De manera que la gestión de la ética es un valor procedimental que necesariamente debe incluirse en los modelos de prevención con

⁴⁰ Caviglia Alessandro, Seifer Manuel y Valdéz Martín (2019). Ética de la función pública. En, Manual de principios y problemas éticos, Ciro Alegría Varona (Editor), Fondo Editorial PUCP, Lima, 256.

⁴¹ Nieto Martín, Adán (2015), ob. Cit, p. 44.

orientación a los valores, para cumplir los objetivos y la política de responsabilidad social de la corporación.

Por otra parte, la ética empresarial, como concepción específica de la integridad empresarial, supone suministrar información previa a los empleados y directivos en el sentido que se va a proceder al control y supervisión. Un proceder con prudencia y antelación en el deber de informar es un escudo de protección y garantía de los derechos fundamentales que solventa ética y constitucionalmente un modelo correcto de prevención. Es lo que en doctrina se denomina *ética explícita*. De ahí que, anota Goñi, “una cautela establecida por nuestra jurisprudencia para evitar que se produzca una forma prohibida de control, sea la exigencia de una explicitación previa de la existencia de tales mecanismos de control como condición de legitimidad del control”⁴². En efecto, es en la esfera de la ética explícita donde el control adquiere legitimidad, pues un sistema de control contenido en un programa de cumplimiento requiere ineludiblemente de salvaguardar alguna intrusión ilegítima que pueda crear riesgos contra la intimidad de los destinatarios del control.

Pero ¿cómo amalgamar la ética y los modelos de prevención? La respuesta sugiere analizar los dos modelos de prevención que aparecen en la doctrina: los orientados a los valores y los orientados a la vigilancia. Nieto al respecto anota:

No cabe duda de que el modelo de cumplimiento preferible debe ser orientado a los valores, y ello por dos razones. Primera: porque el *compliance* entendido como control y vigilancia convierte a la empresa en una suerte de panóptico que afecta seriamente a derechos fundamentales como la intimidad, secreto de las comunicaciones y el derecho a la protección de datos. Segunda: porque, debemos renunciar a un *criminal compliance*. Los programas de cumplimiento que provienen del Derecho administrativo, de la ética empresarial, de las normas de estandarización, etc., son claramente programas de prevención y no de vigilancia⁴³.

⁴² Goñi Sein, José Luis (2014). Programas de cumplimiento empresarial (*compliance programs*): Aspectos laborales. En, Responsabilidad de la empresa y *compliance*. Programas de prevención, detección y reacción penal. Santiago Mir Puig, Mirentxu Corcoy Bidasolo y Víctor Gómez Martín (Directores). Editorial IBdeF, Madrid, p. 394.

⁴³ Nieto Martín, Adán (2013), ob. Cit, pp. 33-34.

Sin embargo, no podemos descartar de plano la vigilancia y el control, pues solo cuando la regla es el uso irracional de ambos, debe excluirseles excepcionalmente, en su forma, del modelo de prevención.

Cobra sentido aquí el art. 30 del Reglamento de la Ley 30424 cuyo texto expresa: “*El modelo de prevención se orienta prioritariamente al fomento de una cultura de confianza, ética, integridad y de cumplimiento normativo, en todos los niveles de la persona jurídica, por sobre un enfoque represivo y de excesivo control*”.

En efecto, el reglamento expresa con claridad semántica y relevancia normativa su alejamiento a la represión y al excesivo control en los modelos de prevención. Desde luego, la descalificación excepcional del irrazonable control y vigilancia que estamos sosteniendo, guarda apoyatura en el planteamiento reglamentario del art. 30. Por ejemplo, a través de los canales de denuncias se llega a saber que en una de las oficinas de una empresa se cometen actos de corrupción. Indudablemente, en este caso sí se necesita hacer control y vigilancia razonables para comprobar la posibilidad de comisión del delito denunciado. Consecuentemente, el eclecticismo tiene cabida para asumir que la propuesta ideal sería un modelo de prevención *mixto* que amalgame algo más de supervisión y valores con razonable limitación de control y vigilancia.

3.2. Cumplimiento normativo y ciencias penales

Actualmente, se reconoce en la doctrina penal mayoritaria que el principio del derecho romano *societas delinquere non potest* está perdiendo vigencia en el plano legislativo frente al principio *societas delinquere potest*. o como sostiene Del Moral, *societas puniri potest*⁴⁴. En esa línea, la responsabilidad penal de las personas jurídicas parece ser la tendencia actual; sin embargo, se debe reconocer la contención de aquellos que sostienen que este modelo de responsabilidad debe ser administrativo o mixto. Esta doble dimensión de modelos legislativos sobre responsabilidad empresarial, trae como consecuencia la problemática de si conviene positivizar un modelo de responsabilidad penal o uno de responsabilidad administrativa. Países como Holanda, Suecia, Francia, Dinamarca, Suiza, Austria, España, Colombia, Chile, entre otros, han elegido el modelo de responsabilidad penal de las personas jurídicas. Desde una posición minoritaria,

⁴⁴ Del Moral García, Antonio (2019). Cuestiones generales. En, Tratado de Derecho penal económico. 1ra Parte. Antonio Camacho Vizcaíno (Director), Tirant lo Blanch, Valencia, p. 517.

Alemania asume la vía administrativa; sin embargo, Italia y Perú, de modo similar, asumen un modelo con resultante mixta: forma administrativa y fondo penal.

En efecto, en el Perú nuestro legislador ha renunciado a la denominación de responsabilidad penal y ha preferido adoptar la denominación de responsabilidad administrativa; no obstante, algunos autores consideran que se trata de una legislación que en la práctica transparenta su naturaleza eminentemente penal⁴⁵. Así, como anota Caro, “la determinación de dicha responsabilidad no se llevará a cabo en sede administrativa, sino en sede penal, por un juez penal, en el marco y con las garantías de un proceso penal, aplicándose las disposiciones pertinentes del Código penal y del Código procesal penal de 2004”⁴⁶. Por su parte, García Caveró apunta que “lo que se regula es una responsabilidad abiertamente penal. Y se pregunta ¿es posible decir algo distinto si trata de una responsabilidad que determina un juez penal en el marco de un proceso penal por la comisión de un delito?”⁴⁷.

De otro lado, Reyna contrariamente considera que:

La Ley N° 30424 reconoce una responsabilidad *sui generis* (penal/administrativa pero no estrictamente administrativa) que debe concurrir con la diseñada para las personas naturales. Agrega el autor que la naturaleza *sui generis* de la Ley se extrae de su semántica, pues pese a que el rótulo afirmarí su naturaleza meramente “administrativa”, la terminología utilizada por el legislador (también la semántica) evoca instituciones de naturaleza jurídico penal (atenuantes, agravantes, eximentes, consecuencias jurídicas como individualización y suspensión de ejecución de penas similares a las que corresponden a las personas naturales) y la fijación de competencia en los jueces penales que permite coincidir con aquel sector de la doctrina que se trata de un “*fraude de etiquetas*”⁴⁸.

Ahora bien ¿cuál es la relación entre el cumplimiento normativo y las ciencias penales? La respuesta sugiere explicar que para evaluar el *compliance* se tiene que recurrir al Derecho penal y al Derecho procesal penal. En efecto, el artículo 1 de la Ley 30424 modificado por la Ley 30835, establece: “La presente ley regula la responsabilidad

⁴⁵ Debemos anotar que nuestra investigación tiene un enfoque de Gestión de política de prevención de delitos; no obstante, el desarrollo de este capítulo exige el análisis de áreas conexas al cumplimiento normativo como el Derecho penal, entre otras ciencias penales.

⁴⁶ Caro Coria, Dino Carlos (2019). Derecho penal y procesal penal. Estudios. Gaceta Jurídica, Lima, p. 117.

⁴⁷ García Caveró, Percy (2017), ob. Cit, p. 111.

⁴⁸ Reyna Alfaro, Luis Miguel (2019). La defensa penal de la persona jurídica. Idemsa, Lima, p. 86.

administrativa de las personas jurídicas por los delitos previstos en los artículos 384, 397, 397-A, 398 y 400 del Código Penal, en los artículos 1, 2, 3 y 4 del Decreto Legislativo 1106, Decreto Legislativo de lucha eficaz contra el Lavado de Activos y otros delitos relacionados con la minería ilegal y el crimen organizado y en el artículo 4-A del Decreto Ley 25475, Decreto Ley que establece la penalidad para los delitos de terrorismo y los procedimientos para la investigación, instrucción y el juicio. Asimismo, en la tercera disposición final de la Ley N° 30424 modificada por el D. Leg. N° 1352, se prevé la vía procesal con el siguiente texto: “La investigación, procesamiento y sanción de las personas jurídicas, de conformidad con lo establecido en el presente Decreto Legislativo, se tramitan en el marco del proceso penal, al amparo de las normas y disposiciones del Decreto Legislativo 957, gozando la persona jurídica de todos los derechos y garantías que la Constitución Política del Perú y la normatividad vigente reconoce a favor del imputado”.

Si bien es cierto la doctrina mayoritaria encuentra una estrecha relación entre el *compliance* y las ciencias penales, hay algunos autores que opinan lo contrario. Así, por el lado de los que destacan la importancia de la responsabilidad administrativa sancionadora –en el caso del Derecho alemán- frente a la responsabilidad penal, se tiene en la doctrina española a Ortiz de Urbina, quien opina que:

La relación entre *compliance* y responsabilidad penal de las personas jurídicas es contingente y, en cualquier caso, no es decisiva. Es decir, puede haber *compliance* con o sin RPPJ, y no es claro que la RPPJ suponga una ventaja sobre el régimen administrativo sancionador dirigido a las empresas, menos aún que sea un grado tal de ventaja sobre otras posibilidades de intervención que permita superar la presunción normativa contra la intervención penal que sienta el principio de *ultima ratio*⁴⁹.

Con todo, si para responsabilizar a una persona jurídica, según la Ley N° 30424 se tiene un catálogo de delitos y no uno de infracciones administrativas, como vía procesal se dispone un proceso penal en el cual participa un Juez penal que emite el fallo y un Fiscal que formaliza la investigación preparatoria y acusa, no se entiende porqué el legislador optó por la denominación de responsabilidad administrativa y no responsabilidad penal. La opinión mayoritaria que se advierte en la doctrina es que se trata de un cambio de

⁴⁹ Ortiz de Urbina Gimeno, Íñigo (2013). Sanciones penales contra empresas en España (hispanica societates delinquere potest). En, *Compliance y teoría del Derecho penal*, Lothar Kuhlen, Juan Pablo Montiel e Íñigo Ortiz de Urbina Gimeno (eds.), Marcial Pons, Madrid, p. 264.

etiqueta, pues es evidente que la responsabilidad de las personas jurídicas, en la práctica, es eminentemente penal. Sin embargo, la postura que defiende la responsabilidad administrativa destaca que el procedimiento administrativo es más célere y menos burocrático que el proceso penal, es menos coactivo, se aplica con éxito en países como Alemania, y tendría los mismos o mejores efectos que la responsabilidad penal.

Entonces, cabe plantearnos dos preguntas. Primero: ¿conviene considerar la responsabilidad de las personas jurídicas como penal, administrativa o mixta? Consideramos que conviene la responsabilidad penal de las personas jurídicas en razón a que garantiza mejor los derechos del imputado y la afectación de bienes jurídicos más relevantes. Segundo: ¿es posible considerar que existe una relación entre el *compliance* con las ciencias penales? De la Ley N° 30424 se desprende que para cumplir con los preceptos legales que amparan dicha responsabilidad se han regulado los modelos de cumplimiento normativo que tienen consecuencias penales a través de sanciones, de eximentes y de atenuantes de responsabilidad de las personas jurídicas, por lo que la relación es evidente.

Es de destacar, además, como afirma Gómes de Magalhaes, “el aporte que los criminólogos pueden hacer con el fin de mejorar los sistemas de cumplimiento normativo, y ello con independencia de si existe o no responsabilidad penal de personas jurídicas, pues si los programas de cumplimiento hubieran sido estudiados y definidos por criminológicos, los hubieran designado como medios de control social, cuya finalidad es impedir conductas desviadas dentro de una organización”⁵⁰. En efecto, si bien de *lege lata* la responsabilidad es administrativa y el *compliance* es una herramienta de gestión administrativa, también lo es que el núcleo de los modelos de prevención en delitos de corrupción es la conjunción interactuante de gestión y ciencias penales.

3.3. Cumplimiento normativo y gestión de políticas públicas

Uno de los más importantes acuerdos en el que se manifiesta el deseo de prevenir y combatir la criminalidad es el Acuerdo Nacional del 25/05/2014 en el que se establecen 35 políticas de Estado, entre ellas la Política N° 26, etiquetada como “Promoción de la

⁵⁰ Gómes de Magalhães, George G. (2019). La responsabilidad penal de las personas jurídicas en el delito de lavado de dinero. Análisis de los casos “Lava Jato” y “Mensaláo”. Editorial IBdeF, Buenos Aires-Argentina, p. 271.

ética y la transparencia y erradicación de la corrupción, el lavado de dinero, la evasión tributaria y el contrabando en todas sus formas”. El texto de esta Política de Estado dice:

Nos comprometemos a afirmar, en la sociedad y el Estado, principios éticos y valores sociales que promuevan la vigilancia ciudadana y que produzcan niveles crecientes de paz, transparencia, confianza y efectiva solidaridad. Con este objetivo el Estado: (a) enfatizará los principios éticos que refuercen el cumplimiento ciudadano de las normas; (b) velará por el desempeño responsable y transparente de la función pública, promoverá la vigilancia ciudadana de su gestión y el fortalecimiento y la independencia del Sistema Nacional de Control; (c) desterrará la impunidad, el abuso de poder, la corrupción y el atropello de los derechos; (d) desarrollará una cultura de paz, de valores democráticos y de transparencia, que acoja los reclamos genuinos y pacíficos de los distintos sectores de la sociedad; (e) promoverá una cultura de respeto a la ley, de solidaridad y de anticorrupción, que elimine las prácticas violatorias del orden jurídico, incluyendo el tráfico de influencias, el nepotismo, el narcotráfico, el contrabando, la evasión tributaria y el lavado de dinero; y (f) regulará la función pública para evitar su ejercicio en función de intereses particulares.

Sin duda, el Acuerdo Nacional nos sitúa frente a diversos problemas que requieren soluciones inmediatas a través de una adecuada gestión de políticas públicas. Y uno de los grandes problemas que se identifican es el de la criminalidad. Debemos anotar, en lo específico, que la corrupción, el lavado de activos y cualquier otro delito no hay que combatirlos para obtener como objetivo –irreal- el resultado cero. En los países, por más o menos encumbrados económicamente que sean, el delito siempre va a existir. Por ello, en el ámbito de las personas naturales y también en el de las personas jurídicas, la reducción o la mitigación debe ser el objetivo real. En ese contexto, el Reglamento de la Ley N° 30424 hace bien en expresar en su artículo 1, que el modelo de prevención tiene como finalidad la prevención, detección y mitigación de la comisión de delitos en las personas jurídicas.

Como tendremos ocasión de comprobar, el Estado, siguiendo una estrategia de “*creación de valor público*”, incentiva al sector empresarial para que implementen modelos de prevención de delitos, cuya consecuencia favorece la aplicación de eximentes a atenuación de sanciones penales, si la persona jurídica crea una nueva cultura organizacional. Así, el artículo 30 del Reglamento de la Ley, establece que “el modelo de prevención se orienta prioritariamente al fomento de una cultura de confianza, ética, integridad y de cumplimiento normativo en todos los niveles de la persona jurídica, por

sobre un enfoque represivo y de excesivo control”. En términos concretos, el Estado motiva el cambio organizacional a través de la creación de una nueva filosofía en la empresa.

Otra perspectiva interesante que aparece en el Reglamento es lo relacionado al alejamiento del enfoque represivo y de excesivo control. Está claro que lo que predomina en el modelo es la prevención y no la represión; no obstante, el extremo que se relaciona con el excesivo control merece un breve comentario. Una de las propuestas de la Nueva Gestión Pública –y también del gerenciamiento privado- es precisamente la disminución del control y el incremento de la evaluación.

Como anota Olías de Lima, “una de las características de la Nueva Gestión Pública es el desplazamiento de los sistemas de control tradicionales –fundamentalmente los controles de legalidad y financiero contables- y su reemplazo por la evaluación. La evaluación permite conocer desde cómo se está haciendo o implementando un programa, hasta cuáles son realmente sus beneficiarios, pasando por el impacto o efecto conseguido”⁵¹. Ahora bien, no se quiere ser indiferente con el control de los programas de cumplimiento, tampoco se quiere que el control sea altamente coercitivo o de carácter simplemente simbólico, lo que se quiere es evitar caer en el excesivo legalismo en la función de control. En suma, los requisitos esenciales y combinables para mensurar y proyectar la marcha eficaz de un programa de cumplimiento son: control razonable, flexibilidad, algo más de supervisión y evaluación, y resultados.

3.4. Cumplimiento normativo y liderazgo empresarial

Una nota característica que merece ser tratada en esta investigación es que el éxito del *compliance* o cumplimiento normativo depende, inevitablemente, de la presencia del liderazgo empresarial. Sin embargo, el éxito de la gestión del *compliance* no solo depende del liderazgo, sino que se hace necesario y obligatorio el compromiso de todos (ambiente interno y externo) con la cultura de cumplimiento y la política de prevención. Desde una perspectiva general, y conforme a la doctrina de la Administración Científica, las funciones gerenciales fundamentales son: planeación (determinación y logro de los objetivos), organización (recursos y estructura orgánica), dirección (cargos, liderazgo, compromiso y motivación del personal) y, control (indicadores y medición del

⁵¹ Olías de Lima Gete, Blanca (2001). La nueva gestión pública. Prentice Hall, Madrid, p. 19.

desempeño, actos de corrección, y verificación de la realización de la planeación). Según estas funciones, el liderazgo se sitúa en la función de dirección.

El *compliance*, que aquí consideramos como una nueva herramienta de gestión de la política criminal, requiere de la designación de un *compliance officer* que dirija el cumplimiento normativo de la organización y que cuente con las cualidades de un líder. En este punto podemos convenir que “*el liderazgo pasa por la tolerancia y es esencial para reparar los sistemas de confianza rotos*”⁵². Ahora bien ¿qué condiciones debe tener un *compliance officer* líder? La condición *sine quanon* es que sea al mismo tiempo moralmente honrado y profesionalmente competente y eficaz. No obstante, el buen gerente no necesariamente es un mejor líder.

Y es que, como refiere Bolt, existen gerentes “*capaces de gestionar, pero inadecuados para liderar*”⁵³. En efecto, el *compliance officer* debe ser un buen gerente y mejor líder, un hombre honrado, honesto, íntegro, con capital moral, que sea capaz de lograr el compromiso de los demás miembros de la organización con la finalidad de alcanzar con eficacia los objetivos del programa de cumplimiento de la persona jurídica. Dicho en otras palabras, lo ideal es que coexistan gerencia y liderazgo, debiéndose tener en cuenta, además, que sin liderazgo ni compromiso integral se verá muy lejana una idónea cultura organizacional.

Sin embargo, la gestión y el liderazgo del *compliance officer* no lo es todo, se necesita el concurso y compromiso de los altos directivos o *Tone from de Top*, de los mandos medios o *Tone from the Middle* y del personal subalterno o *Tone from the Down*. Empero, la predicación del ejemplo vital lo deben transparentar los altos directivos. Al respecto, Núñez Miró, destaca en su exposición que, “*es de vital importancia que el encargado de cumplimiento cuente con la colaboración de la alta dirección a los efectos de llevar a cabo sus funciones. En ese sentido, la alta dirección promoverá la mejora continua y apoyará a los diversos roles de gestión para demostrar liderazgo en la prevención de delitos y en la detección de riesgos penales en lo concerniente a sus áreas de responsabilidad*”⁵⁴.

⁵² Ignatieff, Michael (2018). Las virtudes cotidianas. El orden moral en un mundo dividido. Penguin Random House Grupo Editorial, Madrid, p. 95.

⁵³ Bolt, James F. (2006). Formación de líderes tridimensionales. En, El líder del futuro. Ediciones Deusto, Bogotá, Colombia, p. 195.

⁵⁴ Núñez Miró, Anna (2018). El *compliance officer* y la empresa. En, El *compliance officer*, ¿un profesional en riesgo? Perspectiva penal, empresarial, procesal, de la fiscalía y jurisprudencial. Jorge Navarro (Director), Profit Editorial, España, p. 61.

Cabe advertir que la UNE 19601 (2017), Norma Española sobre Sistemas de Gestión de *Compliance* Penal, destaca la importancia del liderazgo y establece en su artículo 5.1. Liderazgo y compromiso: “*El liderazgo dentro de la organización (3.20) debe desempeñar un papel fundamental en la formación e implementación con éxito del sistema de gestión de compliance penal (3.31)*”. La norma española propone una nueva forma de gestión empresarial que refuerce al Estado en la lucha contra la criminalidad. El liderazgo influirá, en efecto, en la formulación e implementación de políticas de transparencia y responsabilidad social, pues si se trata de implementar un sistema de cultura ética en las empresas, el *compliance officer* deberá poner el mayor empeño para anteponer a la cultura individualista orientada a la obtención de utilidades, una cultura de sociología empresarial orientada a los fines de la comunidad.

Ante todo, es importante entender desde un punto de vista de políticas públicas que, si se trata de participar en un problema público, todos los momentos son ideales para comprometerse con aquel, máxime si de por medio estamos en la búsqueda de la solución a un problema que obstaculiza el bienestar general. Sin embargo, el mejor momento decisivo para hacerlo es cuando surgen eventualidades de riesgos graves que podrían generar una crisis de importancia que desestabiliza a la sociedad y que exige una inmediata política de prevención.

Uno de aquellos problemas es el fenómeno de la corrupción y un instrumento de política pública a utilizar es el cumplimiento normativo o *compliance* empresarial. En efecto, es ahí donde aparecen las oportunidades para el *liderazgo* en las organizaciones públicas y privadas que permiten afrontar la crisis comunicando e influyendo en los colaboradores en su compromiso con los cambios y con una gestión de buenas políticas públicas que tengan como objetivo mitigar o minimizar la criminalidad. Con todo, es importante internalizar la idea de que en la implementación y funcionamiento de los programas de *compliance* o de cumplimiento normativo se tengan en cuenta medidas orientadas a identificar oportunidades para aprovecharlas y debilidades para afrontarlas, exitosamente.

CAPÍTULO II

Regulación normativa relacionada con los modelos de prevención en delitos de corrupción

1. Regulación normativa internacional

Dentro del conjunto de normas internacionales sobre responsabilidad de las personas jurídicas que actualmente se encuentran vigentes, vamos a analizar aquí las que se aproximan a los delitos de corrupción. Pues bien, teniendo en cuenta que “en los últimos años, el DOJ y la SEC han mostrado un interés por investigar compañías de Latinoamérica, compañías extranjeras operando en Latinoamérica, con equipos del DOJ, persiguiendo la aplicación internacional de la FCPA de forma agresiva”⁵⁵, comenzaremos con el análisis de la Foreign Corrupt Practices Act, para luego pasar a analizar la Federal Sentencing Guidelines. Ambas, de relevancia en la lucha contra la corrupción en el comercio internacional.

1.1. Foreign Corrupt Practices Act (FCPA)

La Foreign Corrupt Practices Act (en adelante FCPA) es, entre las normas internacionales vinculadas con los delitos de corrupción empresarial, una de las más importantes disposiciones de fuente estadounidense que sanciona las prácticas corruptas en el extranjero. La norma tiene su causa a partir de los escándalos de corrupción política ocurridos en EEUU en los años 70s, lo que trajo como consecuencia la renuncia irrevocable del entonces Presidente Richard Nixon, el 8 de agosto de 1974. La necesidad de normalizar el orden político y legal, la preocupación por introducir políticas preventivas de evitación de actos de corrupción cometidos por personas naturales y jurídicas en el extranjero, la responsabilidad de generar una cultura ética y de reputación en el sector empresarial norteamericano, y los escándalos de corrupción política indicados *supra*, nos permiten inferir que éstas fueron las razones fundamentales para que el Presidente Jimmy Carter promulgue en 1977 la FCPA de carácter extraterritorial, con la finalidad de lograr los objetivos políticos y de prevención de los delitos de corrupción.

⁵⁵ Riviere-Bardell, Adriana y Couriel, John (2018). Implicancias de la Foreign Corrupt Practices Act (FCPA) en la República Argentina. En, Compliance, anticorrupción y responsabilidad penal empresaria, Dirs. Nicolás Durrieu y Raúl R. Saccani, Thomsom Reuters, La Ley, Buenos Aires, p. 446.

El delito al que se pone énfasis en la FCPA es el cohecho activo transnacional cometido por las empresas a partir de dos situaciones alternativas o conjuntas: 1) que coticen en la Bolsa norteamericana; y/o, 2) que no coticen en la Bolsa pero que se hayan constituido en los Estados Unidos. Es decir, para que la empresa –y sus miembros- se encuentre comprendida en la FCPA, el factor primordial para determinar la competencia es unidimensional o bidimensional: se debe cumplir una o ambas de las situaciones antes indicadas. Como explica Gadea:

El delito podrá ser cometido por empresas que coticen en bolsas estadounidenses – issuers– y por empresas no listadas pero constituidas en Estados Unidos –domestic concerns–, así como por sus directivos, agentes, empleados, administradores o accionistas. Por ejemplo, aquella empresa constituida en Alemania, pero que cotiza en la Bolsa de Nueva York y paga un soborno en Argentina para asegurarse un contrato con el Estado; otro ejemplo, aquella empresa constituida en Delaware Estados Unidos, pero que opera en Bélgica y realiza un pago en euros desde su cuenta en Mónaco a un funcionario público ruso para asegurarse un contrato. Ambas empresas cometerán el delito y serán susceptibles de persecución por el DOJ a pesar de no haber realizado la acción en Estados Unidos (criterios de territorialidad y nacionalidad)⁵⁶,

La FCPA contiene tres rasgos en materia de corrupción: 1) Los efectos perjudiciales de la corrupción no radican solo en el daño a la administración, sino que altera la competencia y daña a los inversores. 2) Se corresponsabiliza a las empresas en la prevención y detección de la corrupción. 3) Es la extraterritorialidad del derecho penal nacional⁵⁷. Por su parte, Carrión explica:

Los órganos competentes del *enforcement* de la FCPA lo conforman el Departamento de Justicia (DOJ) y la Comisión de Títulos y Valores de Estados Unidos (SEC). Ambas instituciones trabajan estrechamente con la Oficina Federal de Investigaciones (FBI) en los requerimientos necesarios para la investigación conjunta de violaciones a la FCPA. El rol protagónico del DOJ y de la SEC en la tradición jurídica del Estado estadounidense está determinado por su sistema de *plea bargaining*. Esta configuración procesal orientada al principio de oportunidad ofrece la posibilidad de llegar a un acuerdo previo al juicio entre el acusado y los órganos persecutores sobre los cargos y distintos aspectos

⁵⁶ Gadea Benavides, Héctor (2016). El Foreign Corrupt Practices Act y la responsabilidad penal de la empresa. THÉMIS-Revista de Derecho 68, PUCP, Lima, p. 155.

⁵⁷ Nieto Martín, Adán (2013). La privatización de la lucha contra la corrupción. En, Derecho penal económico en la era compliance, Dirs. Luis Arroyo Zapatero y Adán Nieto Martín, Tirant lo Blanch, Valencia, p. 191 y ss.

del proceso. Ello implica que serán estas autoridades las que decidan, de acuerdo con el interés público, qué casos se resolverán judicialmente y cuáles no, independientemente de la suficiencia probatoria⁵⁸.

En el Perú se encuentran bajo el ámbito del FCPA aquellas empresas que cotizan en la Bolsa de Nueva York, como son Graña y Montero, Buenaventura, Credicorp, Cementos Pacasmayo y otras. Asimismo, aquellas constituidas en Estados Unidos. Todas estas empresas podrían ser investigadas por el DOJ en caso realicen pagos prohibidos por el FCPA a funcionarios públicos extranjeros; por ejemplo, a funcionarios públicos del Perú⁵⁹. En efecto, ¿cuáles son los alcances internacionales de la FCPA en su aplicación práctica? La FCPA se aplica no solo a las personas naturales sino también a las personas jurídicas. Sus alcances normativos han sido aplicados en diversos casos de corrupción tales como Siemens, Morgan Stanley, Quad Graphics, etc., los cuales a continuación serán materia de un breve análisis.

1.1.1. Caso Siemens

El legislador alemán en su normativa empresarial ha confiado en que la responsabilidad de las personas jurídicas debe ser administrativa y no penal. La postura legislativa adoptada no ha sido óbice para que las organizaciones empresariales alemanas se liberen de responsabilidad por la comisión de actos criminales que configuran delitos de corrupción. Precisamente, uno de los casos emblemáticos que han hecho doctrina en la dogmática no solo alemana sino mundial, es el caso Siemens Aktiengesellschaft (en adelante Siemens AG). Así, “las autoridades norteamericanas de la *Securities and Exchange Commission* (SEC) y el Departamento de Justicia de EEUU asumieron competencia en la investigación que también llevó a cabo la fiscalía de Munich, toda vez que las acciones de Siemens se cotizaban en la bolsa de valores de Nueva York, por ende, la transnacional se encontraba sujeta a la “Ley de prácticas corruptas en el extranjero” (*Foreign Corrupt Practice Act* o FCPA)”⁶⁰.

Pero, ¿cuál es la trayectoria empresarial de Siemens? Según la resolución emitida por la Comisión de Valores e Intercambio de EEUU, “Siemens tiene sus orígenes en 1847 y

⁵⁸ Carrión Centeno, Andy (2014). Criminal compliance. Thomson Reuters, Lima, p. 32.

⁵⁹ Gadea Benavides, Héctor, ob. Cit., p. 156.

⁶⁰ Astudillo Meza, Guillermo (2016). Hacia la implementación de los programas de cumplimiento (compliance) en el Perú. En, Temas de derecho penal económico: empresa y *compliance*, Anuario de Derecho penal 2013-2014, Fondo Editorial PUCP, Lima, p. 246.

durante más de 160 años ha sido una de las empresas de conglomerados más exitosas de Alemania. Después de la Segunda Guerra Mundial, Siemens tuvo dificultades para competir por negocios en muchos países occidentales y respondió buscando oportunidades comerciales en ciertos países menos desarrollados donde las prácticas comerciales corruptas eran comunes⁶¹. Así, el éxito de Siemens se tornó complicado a partir del año 2001. Pues bien, considerando lo anterior, debemos de afirmar que, en el periodo comprendido desde el 12 de marzo del 2001 hasta 30 de septiembre de 2007, cambió la situación de Siemens. El DOJ, la SEC y la Fiscalía de Munich inician una investigación atribuyendo cargos a Siemens por haber infraccionado las disposiciones de la *Foreign Corrupt Practices Act* (FCPA), pagando hasta 1.4 millones de soborno a funcionarios públicos de diversos países del mundo.

Entre las transacciones en las que Siemens pagó sobornos estaban aquellas para diseñar y construir líneas de tránsito de metro en Venezuela; trenes de metro y dispositivos de señalización en China; plantas de energía en Israel; líneas de transmisión de alto voltaje en China; redes de telefonía móvil en Bangladesh; proyectos de telecomunicaciones en Nigeria; tarjetas de identidad nacionales en Argentina; dispositivos médicos en Vietnam, China y Rusia; sistemas de control de tráfico en Rusia; refinerías en México; y redes de comunicaciones móviles en Vietnam. Siemens también pagó comisiones ilegales a los ministerios iraquíes en relación con las ventas de centrales eléctricas y equipos a Iraq en virtud del Programa Petróleo por Alimentos de las Naciones Unidas. Siemens obtuvo más de \$ 1.1 mil millones en ganancias en estas catorce categorías de transacciones que comprendían 332 proyectos individuales o ventas individuales⁶².

Luego de efectuada la investigación, se llegó a determinar que, desde aproximadamente el 12 de marzo de 2001 hasta aproximadamente 2007, Siemens realizó pagos por un total de aproximadamente \$ 1,360,000,000 a través de varios mecanismos. De esta cantidad, \$ 805,500,000 fueron destinados en su totalidad o en parte a pagos corruptos a funcionarios extranjeros a través de varios mecanismos de pago, como se explica con más detalle en la información criminal de Siemens⁶³. En efecto, la gestión de Siemens estaba orientada a la obtención de grandes utilidades utilizando como herramienta actividades habituales

⁶¹ Caso: 1:08-cv-02167, Date: 12/12/2008, U.S. SECURITIES AND EXCHANGE COMMISSION (demandante) v. SIEMENS AKTIENGESELLSCHAFT (Demandado), Fundamento 11.

⁶² *Ibidem*, Fundamento 2.

⁶³ Case 1:08-cr-00367-RJL, p. 5, 12/12/2008. <https://www.justice.gov/archive/opa/documents/siemens-sentencing-memo.pdf> (Fecha de consulta: 17/04/2020)

de corrupción. La contabilidad de Siemens no se regía por los principios generalmente aceptados, se utilizaban facturas falsas para pagos indebidos, se contabilizaban los negocios simulados como gastos de consultoría, la teneduría de libros se basaba en una doble contabilidad con el objeto de ocultar pagos por sobornos, se efectuaban pagos mediante títulos con firma única cuando la regla era que los títulos con autorización de pago lleven doble firma. Estas maquinaciones ilegales se efectuaban no solo en la sede principal sino también en las afiliadas.

Como se sabe, la aceptación voluntaria de cargos, la implementación de programas de cumplimiento efectivos y la cooperación antes, durante y después de la investigación, tienen repercusiones importantes en la admisión de los acuerdos de culpabilidad a favor de las empresas investigadas por incumplir las normas de la FCPA. Se tratan de medidas positivas que incluso potencian la rebaja de la sanción por parte del DOJ, la SEC y otras autoridades. Precisamente, Siemens se sometió a un acuerdo de declaración de culpabilidad, aceptando los cargos atribuidos, lo que trajo como consecuencia la imposición de una multa de \$800 millones (DOJ: \$450 y SEC: \$350), una de las multas más altas en la historia del DOJ. A esta cantidad se debe sumar la impuesta por la fiscalía de Munich. Así, se anunciaba que “en relación con los casos presentados por el Departamento, la SEC y la Oficina del Fiscal Público de Munich, Siemens AG pagará un total combinado de más de \$1.6 millones en multas, sanciones y devolución de ganancias, incluidos los \$800 millones a las autoridades de los Estados Unidos”⁶⁴. Como anota Kuhlen: “Es notable que la dirección de la empresa acogiera este paquete de sanciones – de aproximadamente mil millones de euros- con gran alivio, toda vez que se había contado con la posibilidad de una sanción considerablemente mayor”⁶⁵.

1.1.2. Caso Morgan Stanley

Un caso que se califica por la doctrina como excepcional es el caso Morgan Stanley. Se trata de una empresa norteamericana con sede principal en Nueva York, dedicada a los negocios inmobiliarios que en su expansión comercial de bienes raíces, logró grandes inversiones en China a través de su Director Gerente Garth Ronald Peterson. Los hechos refieren que Peterson conjuntamente con un ex Presidente de la entidad estatal Yongye Enterprise Group Co., del distrito de Shanghai y un abogado canadiense, se coludieron

⁶⁴ DOJ (2008) <https://www.justice.gov/archive/doj-espanol/pr/2008/December/08-crm-1105-spanish.htm> (Fecha de consulta: 17/04/2020)

⁶⁵ Kuhlen, Lothar (2013). Compliance y teoría del Derecho penal. Marcial Pons, Madrid, p. 59.

para obtener autorizaciones orientadas a inversiones de bienes raíces. El objetivo de Peterson era lograr beneficios económicos personales para los involucrados y beneficios corporativos para la compañía. La ganancia obtenida alcanzó la suma de 2.5 millones de dólares.

Los hechos demuestran que Peterson, con fines económicos ilícitos, logró que Morgan Stanley venda sus intereses en proyectos inmobiliarios en China. En Morgan Stanley se creía que se estaba vendiendo a favor de Yongye Enterprise Group Co. (“Yongye”), cuando en realidad la venta estaba favoreciendo a Asiasphere Holdings Ltd., empresa de propiedad del funcionario chino (47 %), Peterson (43 %) y el abogado canadiense (10 %).

El resultado del juicio fue que Peterson, al declararse responsable, se hizo acreedor a una condena de 9 meses de prisión y una multa aprox. de \$ 250,000. De otro lado, a Morgan Stanley no se le procesó penalmente toda vez que el Departamento de Justicia decidió no formular acusación contra la compañía, liberándola de todo cargo al haber denunciado voluntariamente los actos de corrupción y cooperado con el debido esclarecimiento de los hechos. Según información de los expertos, este sería el primer caso en el que el Departamento de Justicia de EEUU (DOJ) y la Comisión de Bolsa y Valores (SEC) decidieron no promover un juicio oral contra una empresa estadounidense por violar la *Foreign Corrupt Practices Act* (FCPA).

Conforme aparece de la sentencia, un factor que influyó para que la DOJ y la SEC no decidieran responsabilizar a una persona jurídica es que Morgan capacitó a Peterson en políticas anticorrupción y FCPA al menos siete veces entre 2002 y 2008. Morgan dirigió a Peterson 35 recordatorios de cumplimiento que incluía políticas anticorrupción, exigiéndole reiteradamente que certificara su cumplimiento con el FCPA. Además, Morgan exigía anualmente a sus empleados declaraciones de intereses comerciales externos y llevaba a cabo la debida diligencia sobre sus socios comerciales extranjeros incluyendo a Yongye⁶⁶.

Una vez conocidos los hechos de corrupción Morgan de inmediato efectuó una exhaustiva investigación de control interno determinando la existencia de indicios razonables de la presunta comisión de delito de corrupción cometido por su Director Gerente Garth Peterson. Concluida la investigación, Morgan Stanley voluntariamente puso en

⁶⁶ Sentencia del Tribunal del Distrito de Estados Unidos Distrito Oriental de Nueva York, del 25 de abril de 2012.

conocimiento de los hechos al Departamento de Justicia de EE.UU., la que luego se encargó de dirimir la controversia. Lo que llama la atención es porqué con las suficientes políticas implementadas por la compañía no se detectaron los actos de corrupción de Peterson y los involucrados. Una de las fallas habría sido no considerar el alto nivel de riesgo de corrupción en China. Como anota Volkov, es evidente que, “durante el último año, más de la mitad de las investigaciones en el marco de la Ley FCPA han envuelto empresas radicadas en Japón, China, Malasia, Tailandia, Vietnam, Corea del Sur y Taiwán”⁶⁷. Al parecer, las diferencias culturales entre China y Estados Unidos no se habrían tenido en cuenta en la ejecución de una debida diligencia.

Además, en el caso de la capacitación y comunicación no se habrían desarrollado indicadores para medir la eficacia de dichas políticas. Al respecto, la Guía de Evaluación de Programas de Cumplimiento Normativo del DOJ, recomienda a los fiscales tener en cuenta para evaluar la efectividad de un programa de capacitación lo siguiente:

¿qué capacitación han recibido los empleados en funciones de control relevantes? ¿La compañía ha brindado capacitación personalizada para empleados de alto riesgo y control, incluida capacitación que aborde los riesgos en el área donde ocurrió la mala conducta? ¿Los empleados de supervisión han recibido capacitación diferente o complementaria? ¿Qué análisis ha emprendido la empresa para determinar quién debe ser capacitado y sobre qué temas? ¿Cómo ha medido la empresa la eficacia de la capacitación? ¿Se ha evaluado a los empleados sobre lo que han aprendido?⁶⁸.

Es de subrayar que nos encontramos frente a un caso típico en el cual el fiscal aplicó la facultad de declinación de la acción penal. En definitiva, el caso Morgan Stanley es una muestra de cómo una persona jurídica que previene, detecta y reacciona tempranamente puede quedar eximida de responsabilidad penal, al parecer, por haber implementado un efectivo programa de cumplimiento.

⁶⁷ VOLKOV, Michael (2012). FCPA Fusiones y Adquisiciones. Washington DC: World Compliance Office. Citado por Víctor Cabezas, La Ley FCPA, ¿un caso de jurisdicción universal? USFQ Law Review, Año 2, Vol 2, N° 1. https://www.usfq.edu.ec/publicaciones/lawreview/Documents/edicion003/law_review_005.pdf

⁶⁸ Vid. Guía de Evaluación de Programas de Cumplimiento Normativo (junio 2020). U.S. Department of Justice, p. 3. <https://justice.gov>

1.1.3. Caso Quad Graphics

Como se anota en la doctrina española:

Contra el prejuicio de que la corrupción afectaría tan sólo a algunos países previamente estigmatizados (típicamente Bulgaria, Rumanía, Hungría, Eslovenia, en fin, los venidos *del Este*), la corrupción rampa en Europa. Y no sólo en la Europa del Sur (Italia, España, Grecia), sino a todo lo largo y ancho. Lo que incluye, sin duda, a Francia, Reino Unido, Alemania, e incluso la propia Suecia..., sea por incursión en prácticas de algún modo corruptas, sea porque practican la *exportación* del problema corrompiendo a todo trapo, a funcionarios o políticos, en las subastas y licitaciones públicas ofertadas por terceros países⁶⁹.

Y, es verdad, pues la *exportación* de la corrupción transnacional ha llegado al Perú manifestándose en diversos casos, uno de los cuales es el caso Quad Graphics Inc., empresa norteamericana que entre sus filiales o subsidiarias tiene una en Perú: Quad Graphics Perú S.A. (en adelante Quad Perú). A esta empresa se le atribuye haber pagado o prometido pagar sobornos a funcionarios públicos peruanos para lograr contratos gubernamentales con diversas entidades estatales.

En el periodo comprendido entre los años de 2011 hasta el 2016, Quad Graphics Inc. y su subsidiaria Quad Perú pagaron o prometieron pagar sobornos a funcionarios peruanos con el propósito de obtener contratos de imprenta con reconocidas organizaciones estatales tales como el Instituto Nacional de Estadística (INEI), municipalidades y el Ministerio de Educación (MINEDU). Asimismo, se encontraron evidencias de presuntos sobornos en procesos judiciales relacionadas con deudas por impuestos a la SUNAT. Veamos un extracto de la sentencia:

Durante 2012-2013, Quad Perú también participó en un esquema de soborno judicial en Perú por una determinación impaga en su contra de más de \$ 12,000,000 en IVA, intereses y multas por ventas de libros al MINEDU. Quad Perú presentó una queja contra SUNAT para impugnar la evaluación de impuestos y entabló un litigio que duró años. A medida que el monto en disputa creció con el tiempo, la pérdida potencial era preocupante por su equivalencia de aproximadamente dos años de ganancias para Quad Perú. Así, en abril de

⁶⁹ López Aguilar, Juan Fernando (2017). La lucha contra la corrupción en la Unión Europea. En, Corrupción pública y privada en el Estado de Derecho (Drs. Queralt Jiménez, Joan y Santana Vega, Dulce M.) Tirant lo Blanch, Valencia, p. 29.

2010, Quad Perú contrata a un bufete de abogados peruano. En abril de 2013, la firma de abogados emitió una factura por \$ 407,100 para financiar sobornos adicionales a los jueces. Sin embargo, el 7 de junio de 2013, el bufete de abogados reembolsó \$ 173,181, aproximadamente dos tercios del pago original de \$ 230,000, a Quad Perú, manteniendo aproximadamente \$ 56,819. El bufete de abogados reembolsó el dinero porque su intento de sobornar a los jueces de apelación no tuvo éxito. Finalmente, en el verano de 2014, SUNAT ganó su apelación del fallo de la corte inferior a favor de Quad Perú. Alrededor del 3 de noviembre de 2014, Quad Perú presentó una apelación de la decisión ante la Corte Suprema peruana. El litigio finalmente concluyó alrededor del 20 de marzo de 2018, cuando la Corte Suprema de Perú decidió el caso a favor de Quad Perú”⁷⁰.

Pese a las manifestaciones de corrupción que se transparentaban en las ventas de Quad Perú a entidades del sector público peruano, la SEC respondió declinando de la persecución penal. Así, por carta del 19 de septiembre del 2019, la División Criminal del Departamento de Justicia de EEUU, comunica que ha tomado la decisión de declinar la persecución de Quad Graphics Inc., manifestando que, en la investigación efectuada por el DOJ, se habían encontrado suficientes evidencias de la comisión de delito de corrupción por parte de empleados de la demandada en el periodo antes indicado. De esta manera se determinó que el demandado pague dentro de los catorce días posteriores a la entrada de la Orden, una devolución de \$ 6,936,174, un interés de perjuicio de \$ 959,160 y una multa civil de \$ 2,000,000, lo que hace el pago total de \$ 9,895,334 a la Comisión de Bolsa y Valores para su transferencia al Fondo General de Tesorería de los Estados Unidos⁷¹.

Ahora bien, ¿cuáles fueron las deficiencias que motivaron los sobornos en Quad Perú? Entre las más relevantes se advierte el nombramiento de Director de Cumplimiento a una persona sin experiencia, no implementó un efectivo programa de cumplimiento, los sistemas de control interno y contabilidad eran ineficientes e insuficientes para detectar y evitar pagos con facturas falsas y sin órdenes de servicios que la respalden. Con todo, la solución vía conformidad, no afecta los principios de legalidad y proporcionalidad, pues “a pesar de haberse infringido la Ley FCPA, el DOJ justificó la declinación porque la empresa informó voluntariamente sus infracciones, cooperó con la investigación, remedió

⁷⁰ Extracto de: ORDER INSTITUTING CEASE-AND-DESIST PROCEEDINGS PURSUANT TO SECTION 21C OF THE SECURITIES EXCHANGE ACT OF 1934, MAKING FINDINGS, AND IMPOSING A CEASE-AND-DESIST ORDER. Del 26 de septiembre de 2019.

⁷¹ *Ibidem*.

sus faltas y restituyó los beneficios obtenidos a través de las sanciones impuestas por la SEC”⁷².

1.2. Federal Sentencing Guidelines

El fenómeno de la corrupción no es un problema público unilateral, tampoco es bilateral, es un problema global que se funda en el principio de justicia universal. De ahí que en países que estructuran su Derecho en el marco del sistema de *common law* hayan venido liderando en la dación de normas que perfeccionan los modelos de *compliance* desde una posición de carácter transnacional. Se afirma que la Federal Sentencing Guidelines (FSG), fue elaborada por la United States Sentencing Commission a petición expresa del Congreso estadounidense⁷³. Las primeras sentencing guidelines federales fueron aprobadas en 1987 y a partir de ahí han sido actualizadas progresivamente. La mayoría de los Estados, por su parte, han aprobado normas similares⁷⁴.

La *Federal Sentencing Guidelines* ha establecido estándares mínimos –parcialmente abstractos- que la organización empresarial deberá satisfacer para adscribir la efectividad al programa de cumplimiento, pero que en líneas generales se reconducen a la observancia de dos principios fundamentales: i) el ejercicio de la debida diligencia para prevenir y detectar conductas ilícitas y; ii) la promoción de una cultura organizacional que fomente una conducta ética y un compromiso *to compliance with the law*. De ahí que la expresión técnica aceptada al abarcar los fundamentos que se pretenden resguardar legalmente sea la de programa de ética y cumplimiento⁷⁵.

En efecto, la FSG desarrolló una política orientada a la evitación del delito de corrupción por las personas jurídicas, buscando que estas sean organizaciones empresariales fieles al Derecho. Es importante subrayar que el cumplimiento de tales objetivos generaba como contrapartida beneficios preventivos como la reducción de la sanción. Queda claro que la FSG surge para aliviar las disparidades en la determinación de las sanciones tratando que

⁷² Evan Epstein (2020). La Ley de prácticas corruptas en el extranjero (FCPA) en América Latina (2019). <https://medium.com/@evan.epstein/la-ley-de-pr%C3%A1cticas-corruptas-en-el-extranjero-fcpa-en-am%C3%A9rica-latina-2019-243428663b1e> (Fecha de Consulta: 17/04/2020)

⁷³ Carrión Centeno, Andy (2014). Criminal compliance. Thomson Reuters, Lima, p. 84.

⁷⁴ Villegas García, María Ángeles (2015). Los criterios de imputación de la responsabilidad criminal de las personas jurídicas y sus efectos en los Estados Unidos de América. Tesis Doctoral, Universidad Complutense de Madrid, p. 260.

⁷⁵ Carrión Centeno, Andy (2017). La Ley de prácticas corruptas en el extranjero de EE. UU. y el riesgo para las empresas de acción internacional. <https://lexlatin.com/opinion/la-ley-practicas-corruptas-extranjero-ee-uu-riesgo-las-empresas-accion-internacional> (Fecha de consulta: 16/05/2020)

sean más proporcionales. Así, “se codificaron criterios para los jueces en casos de crímenes corporativos y se incluyó la existencia de un programa de cumplimiento normativo y acciones para atenuar o evitar la condena de una compañía que incorpore programas de cumplimiento o prevención de delitos mediante la inclusión de normas de Effective Compliance and Ethics Program”⁷⁶.

En la actualidad, las guidelines, que nacieron, según la Sentencing Reform Act, como normas vinculantes, de manera que su no aplicación permitía la formulación del correspondiente recurso, se han convertido en meramente orientativas a raíz de la sentencia dictada por el Tribunal Supremo Federal en el año 2005, en el caso *United States v. Booker*. No obstante, las sentencing guidelines no han perdido su protagonismo pues un estudio realizado por la Sentencing Commission sobre las sentencias impuestas después de Booker concluyó que el 62,1 % de las impuestas entre el 12 de enero de 2005 (fecha del dictado de la sentencia Booker) y el 15 de marzo de 2005 se mantenían dentro de los márgenes de las sentencing guidelines⁷⁷.

Hoy en día las Guidelines constituyen un referente muy importante para la ejecución de los Programas de Cumplimiento por parte de las empresas en los Estados Unidos⁷⁸. Al extremo que se habla de protagonismo. Ahora bien, el protagonismo indicado no solo se limita a las sentencias emitidas por los tribunales sino también se extiende a sus aportes que actualmente se vienen teniendo en cuenta en la elaboración de Guías de cumplimiento normativo. Es decir, si bien es cierto actualmente las FSG no vinculan a los jueces y solo orientan, también lo es que han servido de fuente normativa, por ejemplo, en la elaboración del Documento de Evaluación de Programas de Cumplimiento Normativo del Departamento de Justicia de los Estados Unidos (DOJ) de junio de 2020⁷⁹.

⁷⁶ Actuando para evitar la corrupción. *Cargo Security*, Año XI, 2018-35, p.5. file:///C:/Users/USUARIO/Desktop/FCPA/REVISTA_35.pdf (Fecha de consulta: 16/05/2020).

⁷⁷ Villegas García, María Ángeles, ob. Cit, p. 263.

⁷⁸ Canchari Palomino, Emma (2018). Consideraciones en torno a la eficacia en la adopción y ejecución de un programa de Compliance Penal, de cara al artículo 31bis del Código Penal Español. *Derecho y Sociedad*, Nº 50, Lima, p. 143.

⁷⁹ La parte introductoria del Guidance Document Updated señala: “Los Principios de la Fiscalía Federal de Organizaciones Empresariales” en el Manual de Justicia describen factores específicos que los fiscales deben considerar al realizar una investigación de una corporación, determinar si presentan cargos y negociar declaraciones u otros acuerdos (...). Además, las Federal Sentencing Guidelines aconsejan que se considere si la corporación había establecido en el momento de la mala conducta un programa de cumplimiento efectivo para calcular la multa penal organizacional apropiada”.

Como enseña García Cavero, el que la empresa haya implementado un sistema de cumplimiento normativo es tenido en cuenta a la hora de decidir la imposición de las sanciones. En un primer momento, se le consideró una circunstancia de atenuación de la pena como sucedió con las *US Federal Sentencing Guidelines* de 1991. Ahora la tendencia en muchas legislaciones es incluso a exonerarlas de responsabilidad penal si es que, con anterioridad al delito, adoptó un *compliance* idóneo⁸⁰. En suma, las Directrices o *Guidelines* para la estandarización de programas de cumplimiento en las personas jurídicas –sean vinculantes u orientativas– han calado hondo como estrategia motivacional en la regulación normativa de prevención de riesgos de delitos en las organizaciones empresariales y en la aplicación jurisdiccional de Estados como el Perú.

2. Regulación normativa nacional

La normatividad nacional esencial sobre modelos de prevención de delitos de corrupción se concentra en las disposiciones que siguen.

2.1. Ley N° 30424, que regula la Responsabilidad Administrativa de las Personas Jurídicas por el delito de cohecho activo transnacional.

Nuestra investigación se enfoca en los modelos de prevención de delitos de corrupción en las personas jurídicas y su relación con la SMV; sin embargo, en términos generales, es necesario precisar algunos insumos legislativos y pre-legislativos que crearon las condiciones políticas para consagrar la Ley 30424. En esa línea, los inicios de los modelos de prevención en Perú se retrotraen al 12 de abril de 2002, con la promulgación de la Ley N° 27693, Ley que crea la Unidad de Inteligencia Financiera (UIF) cuyo objeto es encargarse del análisis, el tratamiento y la trasmisión de información para prevenir y detectar el lavado de dinero o activos. Posteriormente, con la Ley N° 29038 publicada el 12 de junio de 2007 se incorpora a la UIF-Perú a la SBS. Asimismo, el 26 de noviembre de 2016 se publica el Decreto Legislativo N° 1249, denominado Decreto Legislativo que dicta medidas para fortalecer la prevención, detección y sanción del lavado de activos y el terrorismo, para luego dictarse el Reglamento de la Ley N° 27693 vía Decreto Supremo N° 020-2017-JUS promulgado el 6 de octubre de 2017.

⁸⁰ García Cavero, Percy (2017). Criminal compliance. En especial compliance anticorrupción y lavado de activos. Instituto Pacífico, Lima, p. 176.

Por otra parte, la SMV, teniendo en cuenta los principios proporcionados por la OCDE⁸¹, en noviembre de 2013 presentó al mercado societario peruano el “Código de Buen Gobierno Corporativo para las Sociedades Peruanas”⁸² que revisa de modo integral los “Principios de Buen Gobierno para las Sociedades Peruanas” dictado en julio de 2002 por la CONASEV (hoy SMV). Entre las diversas disposiciones de dicho Código, que para nosotros constituye un antecedente normativo de la Ley N° 30424, hay algunas que coinciden con los utilizados en la estructuración y gestión de los programas de cumplimiento, tales como: prácticas de buen gobierno corporativo (principio 16), directores independientes (principio 19), autoevaluación y evaluación externa (principio 20), Comités de Auditoría (principio 21), Código de ética y conflictos de interés que incluye la designación de un responsable del seguimiento del cumplimiento del Código de Ética, fomento y aprobación de programas de capacitación para el cumplimiento del Código de ética, y disposición de mecanismos de denuncias, (principio 22) y sistema de gestión de riesgos (principio 25), entre otros. Es evidente que se tratan de principios expresos y no expresamente titulados, que se transportan a los programas de cumplimiento de la Ley N° 30424. Es decir, aun cuando algunas disposiciones no se encuentran con el título de principios (Ejemplo: principios 16, 20 y 21); sin embargo, de su contenido se desprende la razón o el carácter concluyente de principios.

Conviene anotar que antes de la dación de la Ley N° 30424 se remitieron para dictamen al Congreso de la República: 1) Proyecto de Ley 3491/2013-CR que propone la Ley del Nuevo Código Penal, del 9 de diciembre de 2014, que aprueba la responsabilidad autónoma de las personas jurídicas por el delito de cohecho activo transnacional (art. 584), y fija elementos mínimos del modelo de prevención que puede ser certificado por terceros dentro del marco de los sistemas nacionales de acreditación y certificación de INDECOPI. 2) Proyecto de Ley 4054/2014-PE, del 26 de mayo de 2015, que regula la responsabilidad autónoma de las personas jurídicas en delitos de corrupción (arts. 384,

⁸¹ Desde la aprobación de los Principios en 1999, éstos han constituido la base de las iniciativas en el ámbito del gobierno corporativo puestas en práctica tanto en los países de la OCDE como en los países no-miembros. (...) Basándose en las deliberaciones del Grupo Directivo, en el *Estudio* y en los comentarios recogidos a lo largo del extenso procedimiento de consulta, se llegó a la conclusión de que los Principios de 1999 debían ser sometidos a revisión con el fin de adaptarlos a la evolución y a los problemas actuales. En, “*Principios de Gobierno Corporativo de la OCDE 2004*”. Ministerio de Economía y Hacienda para la edición española con la autorización de la OCDE, 2005, París, pp. 9-10.

⁸² El *Código de Buen Gobierno Corporativo Para las Sociedades Peruanas* se encuentra dividido en cinco pilares: a) Derechos de los accionistas; b) Junta General de Accionistas; c) El Directorio y la Alta Gerencia; d) Riesgo y cumplimiento; y, e) Transparencia de la información. [http://www.smv.gob.pe/Uploads/CodBGC2013%202 .pdf](http://www.smv.gob.pe/Uploads/CodBGC2013%202.pdf) (Fecha de consulta: 17/04/2020).

387, 397, 397-A, 398 y 400 CP), y faculta la certificación del modelo de prevención por terceros dentro del marco de los sistemas nacionales de acreditación y certificación de INDECOPI. 3) Proyecto de Ley 4054/2014-PE, Texto Sustitutorio, del 1 de marzo de 2016, que regula la responsabilidad administrativa de las personas jurídicas por el delito de cohecho activo transnacional, cuyos artículos 18 “Efectos jurídicos y valoración” y 19 “certificación del modelo de prevención”, son idénticos a los artículos 18 y 19 de la Ley N° 30424 en su versión original.

Es decir, los artículos 18 y 19 del texto sustitutorio del Proyecto 4054/2014 prevén que el fiscal o el juez –no la SMV- verifican la efectividad del modelo de prevención y que dicho modelo puede ser certificado por terceros. Asimismo, en los tres proyectos de ley antes mencionados se prevén elementos mínimos y se indica que el reglamento desarrolla y precisa los elementos y requisitos necesarios para la implementación del modelo de prevención. Como se ha podido advertir, este es el panorama de proyectos de ley que antecedieron a la promulgación de la Ley N° 30424, y que, con sus correspondientes modificaciones legislativas, actualmente se encuentra vigente.

En el gráfico que sigue se puede apreciar la evolución legislativa de la Ley N° 30424 y su reglamento.



Con la Ley N° 30424, “*Ley que regula la responsabilidad administrativa de las personas jurídicas por el delito de cohecho activo transnacional*”, cuya denominación se modifica por Ley N° 30835 con el siguiente título “*Ley que regula la responsabilidad administrativa de las personas jurídicas*”, se pone en vigencia, por primera vez en el país, un novedoso modelo de prevención de delitos de corrupción, entre otros, para las personas jurídicas denominado *programa de cumplimiento normativo* o *programa de “compliance”*. El radio de acción y de aplicación de esta ley comprende y sanciona solo a los delitos que aparecen en el catálogo normativo; si esto es así, entonces, podemos concluir que se trata de la puesta en práctica de un sistema de *numerus clausus*. Ahora

bien, si se compara el catálogo peruano con el listado que prevé el Código penal español, se va a verificar que el catálogo de delitos de la Ley N° 30424 resulta altamente restringido.

De hecho, como advierten Fernández y Chanján, a pesar de que el proyecto de ley 4054/2014-PE ya restringía el círculo de delitos que podían dar origen a la RPPJ a seis delitos de corrupción, el Dictamen de la Comisión de Justicia y Derecho Humanos, que recomendó por mayoría la aprobación de dicho proyecto de ley a través de un texto sustitutorio, restringió mucho más la aplicación de la RPPJ, dado que solo se circunscribió a un solo delito: el delito de cohecho activo transnacional⁸³. En esa línea, el delito de cohecho activo transnacional (Art. 397-A del CP) adquiere el derecho de exclusividad en el texto original de la Ley 30424, pues es el único delito taxativamente previsto en el cuerpo normativo materia de análisis. Así, el artículo 1 expresa: “*La presente Ley regula la responsabilidad administrativa de las personas jurídicas por el delito de cohecho activo transnacional previsto en el artículo 397-A del Código Penal*”.

Un punto que resulta neurálgico es el que se refiere a la denominación y al tipo de responsabilidad. Como se sabe, la ley en su cambiante recorrido legislativo siempre ha aparecido en el extremo de su denominación como reguladora de la responsabilidad administrativa de las personas jurídicas. Y esa es la política que el legislador peruano ha logrado materializar, renunciando a la postura que promueve la responsabilidad penal. Es decir, la política legislativa que se ha impuesto –aunque solo en la denominación– está fundamentada en el antiguo principio *societas delinquere non potest*. Sin embargo, lo que la ley invoca es una responsabilidad penal, una sanción penal por la comisión de un delito.

Como sostienen Chanjan y Puchuri:

El reconocimiento de la responsabilidad penal de la persona jurídica (*societas delinquere potest*) no es expreso en nuestro país. La Ley N° 30424, que regula la responsabilidad administrativa de las personas jurídicas por el delito de cohecho activo transnacional y que entró en vigencia el 1 de enero de este año con su posterior modificación, establece la responsabilidad administrativa a la persona jurídica por un grupo de delitos. Esto nos

⁸³ Fernández Díaz, Carmen Rocío y Chanján Documet, Rafael (2016). La responsabilidad penal de las personas jurídicas: un estudio comparado entre España y el Perú. Derecho PUCP, N° 77, Lima, p. 357.

da sustento para señalar que el 1 de enero de 2018, entró en vigencia, de manera implícita, la responsabilidad penal de la persona jurídica en el Perú⁸⁴.

A su turno García Cavero anota que, no se trata de una sanción administrativa, sino judicial. No solo por el hecho de que sea un juez el que la imponga, sino porque el fundamento de tal responsabilidad es la comisión de un delito. Si una persona es sancionada por la comisión de un delito, entonces su responsabilidad es, llámese como quiera, penal⁸⁵.

En lo que respecta al título de la Ley N° 30424 debemos señalar que en la doctrina y en la legislación se plantean posturas que defienden la denominación de “responsabilidad administrativa”, otros se conforman con las “consecuencias accesorias del artículo 105° del CP” y un sector más representativo postula la denominación de “responsabilidad penal”. Así, Balmaceda anota:

Es administrativa no solo porque la ley lo diga –como algunos suelen sostener “fraude de etiquetas”-, sino porque sus parámetros de atribución de la responsabilidad no se mueven con criterios del derecho penal: no son subjetivos (a pesar de que también por ahí leí que se requiere hacer subjetiva la responsabilidad, porque en derecho administrativo también se imputa subjetivamente), su “naturaleza” es administrativa. Puede confirmarse, entonces, que para Perú queda incólume el principio de *societas delinquere non potest*⁸⁶.

El profesor Pariona Arana, frente al fenómeno de la criminalidad empresarial, niega la posibilidad de admitir la responsabilidad penal de las personas jurídicas y anota además que, ante la exigencia de una inmediata respuesta al problema delictivo empresarial se ha planteado la posibilidad de atribuir sanción penal, sin embargo, aquella solución no pasa por introducir la responsabilidad penal de las personas jurídicas, sino que la respuesta del Estado debe estar orientada más bien a aplicar las reglas existentes, a mejorar el

⁸⁴ Chanjan Documet Rafael y Puchuri Torres, Flavio (2018). Criminal compliance empresarial: Nuevo mecanismo de la lucha contra la corrupción. Boletín N° 2-2018, Anticorrupción y justicia penal, Idehpucp, Lima, p.6.

⁸⁵ García Cavero, Percy (2017), ob. Cit., p. 194.

⁸⁶ Balmaceda Quirós, Justo (2017). Las personas jurídicas y su responsabilidad “administrativa” autónoma para los delitos de corrupción y lavado de activos visto desde el Decreto Legislativo N° 1352. Actualidad Penal, Número 33, Lima, p. 25.

sistema de sanciones a las personas jurídicas ya contempladas en la legislación, pero no modificar el sistema de imputación penal⁸⁷.

Por su parte Caro afirma:

No somos pocos los que consideramos que la ley recurre a una suerte de “fraude de etiqueta” al denominar “administrativa” a lo que en rigor es una responsabilidad penal corporativa. Estamos por tanto ante un régimen de responsabilidad autónoma de la persona jurídica, distinto y paralelo al de la persona física, y al que algunos preferirían llamar solo “administrativa” para evitar el estigma que la pena acarrearía para la reputación de la empresa: no es lo mismo concluir que una corporación fue sancionada administrativamente por el delito de corrupción cometido por uno de sus empleados, a sentenciar que la empresa fue condenada penalmente por un acto de corrupción cometido por ella⁸⁸.

Para tomar postura frente a los supuestos esbozados, debemos señalar algunos fundamentos adicionales. Gómez-Jara sostiene:

Si el legislador peruano ha precisado específicamente que se trata de responsabilidad administrativa, debe respetarse dicha decisión y, en su caso, proponer la correspondiente reforma si no se está de acuerdo con la misma. En cualquier caso, de *lege lata*, y a la vista de que en términos generales los principios de derecho penal rigen, *servata distantia*, en el ámbito administrativo-sancionador, se pueden proponer criterios interpretativos en este ámbito administrativo-sancionador que tengan inspiración jurídico-penal⁸⁹.

Por otro lado, García Cavero afirma que se debe ser también claro en que la Ley N° 30424 no regula una “responsabilidad administrativa” de la persona jurídica, sino una responsabilidad abiertamente penal. No hay otra manera razonable de entenderla. ¿Es posible decir algo distinto si trata de una responsabilidad que determina un juez penal en el marco de un proceso penal por la comisión de un delito?⁹⁰. En idéntica posición, Caro apunta, pero la determinación de dicha responsabilidad no se llevará a cabo en sede administrativa, sino en sede penal, por un juez penal, en el marco y con las garantías de

⁸⁷ Pariona Arana, Raúl (2016). Fundamentos dogmáticos sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Revista de Investigación Jurídica “Docentia et investigatio”, UNMSM, Vol. 18, N° 2, Lima, p. 97.

⁸⁸ Caro Coria, Dino Carlos (2019), ob. Cit., p. 117.

⁸⁹ Gómez-Jara Diez, Carlos (2018). Compliance y responsabilidad penal de las personas jurídicas en el Perú. Directrices para su interpretación. Instituto Pacífico, Lima, p. 24.

⁹⁰ García Cavero, Percy (2017), ob. Cit., p. 111.

un proceso penal, aplicándose las disposiciones pertinentes del Código Penal y del Código Procesal Penal de 2004⁹¹.

Así las cosas, importa poner de manifiesto una síntesis de las ideas esbozadas. Por un lado, se sostiene que la responsabilidad penal de las personas jurídicas es penal, porque quien juzga es un juez penal, no por la comisión de una infracción administrativa sino por la comisión de un ilícito penal, y lo hacen con el Código Penal y el Código Procesal Penal. Agréguese que quien investiga es un fiscal penal. Sin embargo, desde otra perspectiva se puede sostener que los programas de *compliance* son instrumentos netamente administrativos, las sanciones a excepción de la multa, son fundamentalmente administrativas, el proceso administrativo es más célere que el proceso penal y el centro del *compliance* es la gestión de prevención de riesgos, área vinculada más a las ciencias administrativas. Agréguese aquí también que quien emite el informe técnico que vincula al fiscal es una entidad administrativa como la SMV. Frente a razones que se contraponen pero que tienen equivalente valor, no cabe sino ponderar para decidir si la responsabilidad de las personas jurídicas debe ser explícitamente penal o seguir siendo explícitamente administrativa e implícitamente penal.

A partir de estas posturas críticas, parece defendible la postura mayoritaria orientada a la responsabilidad penal que afirma el principio *societas delinquere potest* y porque el Derecho penal es una garantía del debido proceso, que proscribe la responsabilidad objetiva y respeta la vigencia del debido proceso penal en un Estado de Derecho. Además, la responsabilidad penal expresamente formulada se justifica porque no se tratan de delitos o contravenciones de mínima gravedad, sino de delitos graves que lesionan y ponen en peligro bienes jurídicos necesitados de exclusiva protección penal.

De otro lado, en la búsqueda de la eficacia de la sanción se debe cuidar que la multa – cuya imposición posee efectos preventivos y reputacionales- sea suficientemente disuasiva pero respetuosa del principio de elasticidad y de los parámetros penológicos de la teoría preventiva mixta o de la unión. No le falta razón a Pérez Machío, cuando señala que, la incidencia no sólo en la reputación de la entidad con personalidad jurídica, sino en la existencia misma de antecedentes penales, así como su determinación para la aplicación, en su caso, de la agravante de reincidencia, resultan argumentos de peso, para

⁹¹ Caro Coria, Dino Carlos, ob. Cit., p. 117.

pensar en la mayor gravedad de las concretas sanciones jurídico-penales, así como en la concreta entidad de sus efectos, ajenos todos ellos a las respuestas administrativo-sancionadoras⁹².

Con todo, se puede pensar en hacer defensa bajo el argumento de la responsabilidad administrativa en aplicación del principio de intervención mínima o de *última ratio* del Derecho penal; sin embargo, este principio no calza por la gravedad de los delitos previstos en la Ley 30424. Con todo, si el legislador -aun cuando existen razones suficientes para cambiar el título de la responsabilidad- no decide modificar la denominación, y se continúa con la opción de “responsabilidad administrativa”, como en el sistema de responsabilidad administrativa alemán, se puede continuar la línea legislativa, judicial y de ejecución, sin dificultades. Que la rapidez y la eficacia de la sanción puede reforzar la responsabilidad administrativa de las personas jurídicas es posible; sin embargo, como anota Cerezo: “en la redistribución de la materia ha de tener en cuenta de un modo primordial la gravedad de las infracciones desde el punto de vista material (desvalor ético-social o cultural) y, sólo en segundo término, consideraciones de política criminal (la rapidez y eficacia de la sanción)”⁹³.

Desde la óptica de la gestión, la Ley N° 30424 prescinde de la evaluación y monitoreo continuo del programa de cumplimiento. Dejar de lado algunos elementos mínimos con categoría de obligatorios como el caso específico de la evaluación y control, evidencia un manifiesto apresuramiento legislativo si se tiene en cuenta que una gestión o gerencia eficaz necesita orientarse a resultados, lo que se concreta básicamente con el desarrollo de herramientas de medición –indicadores- y evaluación del programa de cumplimiento. Ahora bien, no se postula una evaluación y un control extremo o de corte policial, pues como anota Goena, “*en el marco de la responsabilidad penal corporativa, el papel de las personas jurídicas no se limita al de ser sus propios policías*”⁹⁴. En concreto, la exigencia de la evaluación y control comporta, además, el recojo de información, insumo que resulta fundamental para efectuar las acciones correctivas al haberse advertido que el programa implementado no está desarrollándose conforme a los objetivos proyectados. En efecto,

⁹² Pérez Machío, Ana Isabel (2017). La responsabilidad penal de las personas jurídicas en el Código penal español. A propósito de los programas de cumplimiento normativo como instrumentos idóneos para un sistema de justicia penal preventiva. Editorial Comares, Granada, p. 23.

⁹³ Cerezo Mir, José (2008). Derecho penal parte general. Editorial IBdeF, República Argentina, p. 49.

⁹⁴ Goena Vives, Beatriz (2019). El deber de vigilancia en el marco de la empresa. En, Comprender el Derecho penal. Pablo Sánchez-Ostiz (Director). Editorial IBdeF, Buenos Aires-Argentina, p. 134.

detectado el error procede la toma de decisiones, la misma que no debe quedarse en el ámbito interno, sino, debe considerar el ámbito externo, lo que se manifiesta con el impacto social o los valores colectivos del programa. Así, Olías de Lima anota que la evaluación permite conocer desde cómo se está haciendo o implementando un programa, hasta cuáles son realmente sus beneficiarios, pasando por el impacto o efecto conseguido⁹⁵. Como es obvio, una legislación sobre *compliance* técnicamente proyectada no puede prescindir, en la ley, de la evaluación y el control como elemento mínimo.

En el escenario de la verificación de los modelos de prevención, se advierte en el texto original de la Ley N° 30424 que no se prescribía disposición alguna respecto a la participación de la SMV como entidad calificadora de los modelos de prevención. Y esto es así, porque si nos remitimos al artículo 18 de la Ley de aquel entonces, vamos a apreciar que las facultades para verificar directamente los programas de cumplimiento recaían precisamente en el fiscal o el juez. Incluso el fiscal podía disponer el archivo de lo actuado, y el juez, en su caso, a petición del Ministerio Público, podía dictar auto de sobreseimiento por el delito de cohecho activo transnacional. Decía el art. 18°:

“El fiscal o el juez, según corresponda, verifican la efectiva implementación y funcionamiento del modelo de prevención. Si en el curso de las diligencias preliminares se acredita la existencia de un modelo de prevención implementado con anterioridad a la comisión del delito de cohecho activo transnacional, el fiscal dispone el archivo de lo actuado, mediante decisión debidamente motivada. En caso de que la investigación preparatoria se hubiese formalizado, el juez puede, a petición del Ministerio Público, dictar auto de sobreseimiento de conformidad con la normatividad procesal vigente”.

Otro de los puntos notorios que reconoce el legislador es el de las certificaciones de los modelos de prevención. Así, el artículo 19 establecía: *“El modelo de prevención puede ser certificado por terceros debidamente registrados y acreditados, con la finalidad de acreditar el cumplimiento de todos los elementos establecidos en el artículo 17.2 del artículo 17. El reglamento establece la entidad pública a cargo de la acreditación de terceros, la norma técnica de certificación y demás requisitos para la implementación adecuada de los modelos de prevención”.*

La certificación promovida en ese momento fue considerada conveniente por el legislador a fin de acreditar la implementación de programas de cumplimiento efectivos que entre

⁹⁵ De Lima Gete, Olías, ob. Cit, p. 19.

sus finalidades esenciales comprende la eximente o atenuación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Así, García Cavero considera que, si bien esta normativa no impone a las personas jurídicas la obligación jurídica de adoptar un *compliance* para evitar la comisión de determinados delitos por sus miembros individuales, hacerlo, tendría el efecto de un eximente de la responsabilidad⁹⁶. A estos efectos, se plantea la siguiente interrogante: si la PJ cuenta con un modelo de prevención certificado y sin embargo en su seno se produce la comisión de un delito ¿basta con ello para deducir la responsabilidad de la PJ por defectuosa organización? Goena expone la premisa del capítulo 8B2.1 de las *sentences guidelines* que estipula: “*la producción del ilícito penal no significa necesariamente que el programa no sea generalmente efectivo en la prevención y detección de la conducta criminal*”, sugiere que solo si nuestros jueces siguen esta premisa, harán un análisis válido en términos de imputación objetiva sobre la efectividad del *compliance* penal y, en definitiva, sobre la atribución de responsabilidad penal a la persona jurídica⁹⁷.

Como luego se verá, el D. Leg. 1352 derogó el artículo 19 de la Ley N° 30424 original. No obstante, el hecho de haberse producido tal derogación no significa que las personas jurídicas no puedan evaluar la relevancia probatoria de la certificación voluntaria para demostrar, con categoría de indicio, que en el momento de la comisión del delito el modelo de prevención era eficaz. El fundamento tiene su base en el derecho a la prueba que prevé el art. IX del Título Preliminar del CPP de 2004 y en el art. 49 del Reglamento de la Ley N° 30424. En definitiva, son estas algunas observaciones relevantes que fundamentan las dificultades legislativas sobre modelos de prevención en las personas jurídicas contenidos en la Ley N° 30424 original y que han sido superadas, en parte, por la legislación que se analizará a continuación.

2.2. Decreto Legislativo N° 1352, Ley que amplía la Responsabilidad Administrativa de las Personas Jurídicas.

La exclusividad del delito de cohecho activo transnacional de la LRAPJ termina cuando el 07/01/2017 se promulga el Decreto Legislativo N° 1352 que amplía la responsabilidad administrativa de las personas jurídicas para los siguientes delitos:

⁹⁶ García Cavero, Percy (2017), ob. Cit. P. 31.

⁹⁷ Goena Vives, Beatriz (2017). Responsabilidad penal y atenuantes en la persona jurídica. Marcial Pons, Madrid, p. 364.

Cohecho activo genérico, artículo 397 CP.
Cohecho activo transnacional, artículo 397-A CP.
Cohecho activo específico, artículos 398 CP.
Lavado de activos, artículos 1, 2, 3 y 4 del D. Legislativo N° 1106.
Financiamiento del terrorismo, artículo 4-A del D. Ley N° 25475.

Así, vemos que aun cuando el número de delitos se amplía respecto a la legislación originaria, debemos de considerar que con la promulgación de la ley materia de comentario, el legislador no consigue satisfacer a plenitud las expectativas político-criminales sobre la conveniente adición de delitos de contenido esencial a la Ley 30424. Lo cierto es que -como tendremos ocasión de ver en el punto 2.3. de este capítulo- los hechos anuncian que la adición de otros delitos al único delito existente en la ley que antecede, es transitoria. Nótese, además, que se incluye en la ley como elemento mínimo la evaluación y el monitoreo continuo de los modelos de prevención.

Otra particularidad a valorar es la eximente de responsabilidad y su vinculación con los elementos mínimos que prevé el artículo 17 del D. Legislativo N° 1352 que suprime la expresión “responsabilidad administrativa” de la disposición originaria por la sola mención de “responsabilidad”. Ciertamente, el artículo 17 del Decreto Legislativo N° 1352 establece que la persona jurídica está exenta de responsabilidad por la comisión de los delitos comprendidos en el artículo 1, si adopta e implementa con anterioridad a la comisión del delito un modelo de prevención adecuado a su naturaleza, riesgos, necesidades y características, siempre que cuente con los siguientes elementos mínimos:

- 17.2. El modelo de prevención debe contar con los siguientes elementos mínimos:
 - 17.2.1. Un encargado de prevención, designado por el máximo órgano de administración de la persona jurídica o quien haga sus veces, según corresponda, que debe ejercer su función con autonomía. Tratándose de la micro, pequeña y mediana empresas, el rol de encargado de prevención puede ser asumido directamente por el órgano de administración.
 - 17.2.2. Identificación, evaluación y mitigación de riesgos para prevenir la comisión de los delitos previstos en el artículo 1 a través de la persona jurídica.
 - 17.2.3. Implementación de procedimientos de denuncia.
 - 17.2.4. Difusión y capacitación periódica del modelo de prevención.
 - 17.2.5. Evaluación y monitoreo continuo del modelo de prevención.
- El contenido del modelo de prevención, atendiendo a las características de la persona jurídica, se desarrolla en el Reglamento de la presente Ley. En caso de la micro, pequeña

y mediana empresa, el modelo de prevención será acotado a su naturaleza y características y solo debe contar con alguno de los elementos mínimos antes señalados.

Consecuentemente, si la empresa no cumple con los elementos mínimos que señala la ley, queda liberada la probabilidad de una sanción por la defectuosa implementación del modelo de prevención. De esta forma, la Ley N° 30424 determina los elementos mínimos con los que debe contar el modelo de prevención para ser beneficiada con la eximente de responsabilidad administrativa de la persona jurídica. Ampliando los supuestos, Caro concluye que:

En la propuesta legislativa se incorpora: i) un supuesto de exclusión de responsabilidad de la persona jurídica cuando con anterioridad a la comisión de un delito, la persona jurídica voluntariamente hubiere adoptado e implementado en su organización modelos de prevención con anterioridad a la comisión del delito, en atención a su naturaleza, riesgos, necesidades y características; ii) de atenuación de la responsabilidad de la persona jurídica cuando se hubiere adoptado e implementado por parte de la persona jurídica, después de la comisión del delito, un modelo de prevención; o, iii) de circunstancia atenuante privilegiada si se acreditasen parcialmente los elementos previstos en el modelo de prevención, pudiéndose reducir la medida hasta un tercio por debajo del mínimo legal establecido⁹⁸.

El D. Legislativo N° 1352 también destaca la importancia de focalizar la responsabilidad de las personas jurídicas en función a los lineamientos normativos de la prevención, detección y reacción. Como anota Gómez Jara, “una persona jurídica que ha tenido un fallo de prevención, pero que lo detecta tempranamente y reacciona adecuadamente frente al mismo, puede quedar exenta de responsabilidad penal”⁹⁹. He ahí la importancia de la prevención en la gestión de riesgos y en la aplicación del Derecho penal.

En la gestión del riesgo se anota por Zúñiga:

(...) que la empresa es uno de los principales agentes de riesgo de la sociedad actual. La utilización de mecanismos penales y administrativos en dicha prevención constituye un instrumento político-criminal clave para asegurar tal protección, donde los comportamientos más graves han de referirse al ámbito penal y los menos graves al ámbito sancionador. El papel del derecho administrativo sancionador para el control de los riesgos funciona como prevención de los daños que pudiera ocasionar la actividad de

⁹⁸ Caro Coria, Dino Carlos (2019), ob. Cit, p. 114.

⁹⁹ Gómez-Jara Díez, Carlos (2018), ob. Cit, p. 27.

riesgo; de ahí las sinergias entre derecho administrativo sancionador y derecho penal en las infracciones económicas y sociales de las empresas, donde se ha postulado una asimilación de los principios propios del derecho penal, por ser los que más se han desarrollado¹⁰⁰.

En efecto, la importancia de la prevención, aplicada adecuadamente reduce al mínimo la probabilidad de comisión de algún delito. Así, expone Husac que el Derecho penal es empleado adecuadamente no sólo cuando reduce un daño sino también cuando reduce el peligro de que ese daño se produzca¹⁰¹.

Otra cuestión a considerar es que el artículo 2 del D. Legislativo N° 1352 incorpora a las organizaciones no gubernamentales (ONG). Es decir, la ley no solo integra a las personas jurídicas que persiguen lucro, sino adiciona al ámbito de aplicación de la Ley N° 30424 a entidades sin fines de lucro y no gubernamentales como las ONG. En ese sentido, González refiere:

El término sin fines de lucro, se utiliza en el sentido de “distribución- sin-fines-de-lucro” que significa que cualesquiera de los beneficios son invertidos en la misión pública de la organización y no se han de distribuir entre la junta directiva, personal o accionistas –de este modo se distingue el sector de la ONG, del sector de los negocios. El término no gubernamental, se usa en el sentido de que la organización es independiente del gobierno- que no es controlada por ninguna entidad gubernamental, así como que tampoco es establecida por algún tratado o convenio inter-gubernamental¹⁰².

Nos encontramos entonces frente a una persona jurídica que maneja recursos provenientes de donaciones nacionales e internacionales para acciones humanitarias y sociales. Ahora bien, si de por medio existen recursos tales como donaciones, financiamientos, proyectos, obtención y otorgamiento de créditos orientados al desarrollo de causas benéficas y sociales, entonces, se justifica la evaluación y control de las ONG para prevenir, detectar, remediar o sancionar los riesgos de corrupción, entre otros delitos.

¹⁰⁰ Zúñiga Rodríguez, Laura (2018). La responsabilidad penal de las personas jurídicas como piedra de toque de la criminalidad organizada. En, Problemas actuales de política criminal. José Hurtado Pozo (Director), Fondo Editorial de la PUCP, Lima, p. 191.

¹⁰¹ Husak, Douglas (2013). Sobrecriminalización. Los límites del Derecho penal. Marcial Pons, Madrid, p. 244.

¹⁰² González González, Francisco Oliver (2019). Compliance en el tercer sector. Thomson Reuters Aranzadi, Pamplona, p. 31.

Debemos anotar, además, que uno de los puntos que no contenía el texto original de la Ley N° 30424 es la participación de la SMV en la verificación de los modelos de prevención. Es el D. Legislativo 1352 que excluye la participación del Fiscal y Juez, en su caso, e incluye a la SMV en tan especializada función. Decía el artículo 18° de la Ley N° 30424 que: *“El fiscal o el juez, según corresponda, verifican la efectiva implementación y funcionamiento del modelo de prevención. Si en el curso de las diligencias preliminares se acredita la existencia de un modelo de prevención implementado con anterioridad a la comisión del delito de cohecho activo transnacional, el fiscal dispone el archivo de lo actuado, mediante decisión debidamente motivada. En caso de que la investigación preparatoria se hubiese formalizado, el juez puede a petición del Ministerio Público dictar auto de sobreseimiento, de conformidad con la normatividad procesal vigente”*.

Dice el artículo 18° del D. Legislativo N° 1352 que amplía la responsabilidad administrativa de las personas jurídicas: *“El fiscal para formalizar la investigación preparatoria debe contar con un informe técnico de la SMV que analice la implementación y funcionamiento del modelo de prevención, que tiene valor probatorio de pericia institucional. Si el informe técnico de la SMV establece que la implementación y funcionamiento del modelo de prevención antes de la comisión del delito, es adecuado, el fiscal dispone el archivo de lo actuado, mediante decisión debidamente motivada”*. A partir de la normatividad antes glosada se discute la inconstitucionalidad del D. Leg. N° 1352, que como se verá en el Cap. III, el informe técnico de la SMV resulta vinculante para el Fiscal que es el titular del ejercicio público de la acción penal.

Por último, a través de la Octava Disposición Complementaria y Final del Decreto Legislativo 1352, se faculta a la SMV para que emita el informe técnico –siempre que lo solicite el fiscal- que cuenta con valor probatorio de pericia institucional y que constituye requisito de procedibilidad para la formalización de la investigación preparatoria. Téngase en cuenta que antes del Decreto Legislativo 1352, ninguna ley o proyecto de ley ha postulado la intervención de la SMV en la elaboración de informes técnicos. Conviene, por tanto, revisar en el capítulo que sigue este inequívoco “giro legislativo” con la finalidad de determinar respecto a la conveniencia o no de la SMV en la emisión del informe técnico para los delitos previstos en el artículo 1 de la Ley N° 30424.

2.3. Ley N° 30835, que modifica la denominación y los artículos 1, 9 y 10 de la Ley N° 30424, Ley que regula la responsabilidad administrativa de las personas jurídicas por el delito de cohecho activo transnacional.

Con la Ley N° 30835 publicada el 02/08/2018 se modifica la denominación de la Ley N° 30424, “Ley que regula la responsabilidad administrativa de las personas jurídicas por el delito de cohecho activo transnacional” por el siguiente título: “Ley que regula la responsabilidad administrativa de las personas jurídicas”. La exclusión en el título del delito de cohecho activo transnacional resulta acertada, lo que incluso debió efectuarse con el D. Legislativo N° 1352.

Una particularidad de la Ley N° 30835 es que con la modificatoria se adicionan los delitos de colusión y tráfico de influencias. Veamos el gráfico que sigue.

REGIÓN	N° DE CASOS	COLUSION	PECULADO	LAVADO DE ACTIVOS	COHECHO	TRÁFICO DE INFLUENCIAS
ÁNCASH	3	1	2			
HUAURA	3	2	1			
LA LIBERTAD	1	1				
LAMBAYEQUE	1	1			1	
LIMA (SEDE CENTRAL)	3	1		2		1
LIMA NORTE	2	2				
MOQUEGUA	3	3				
TOTAL	16	11	3	2	1	1

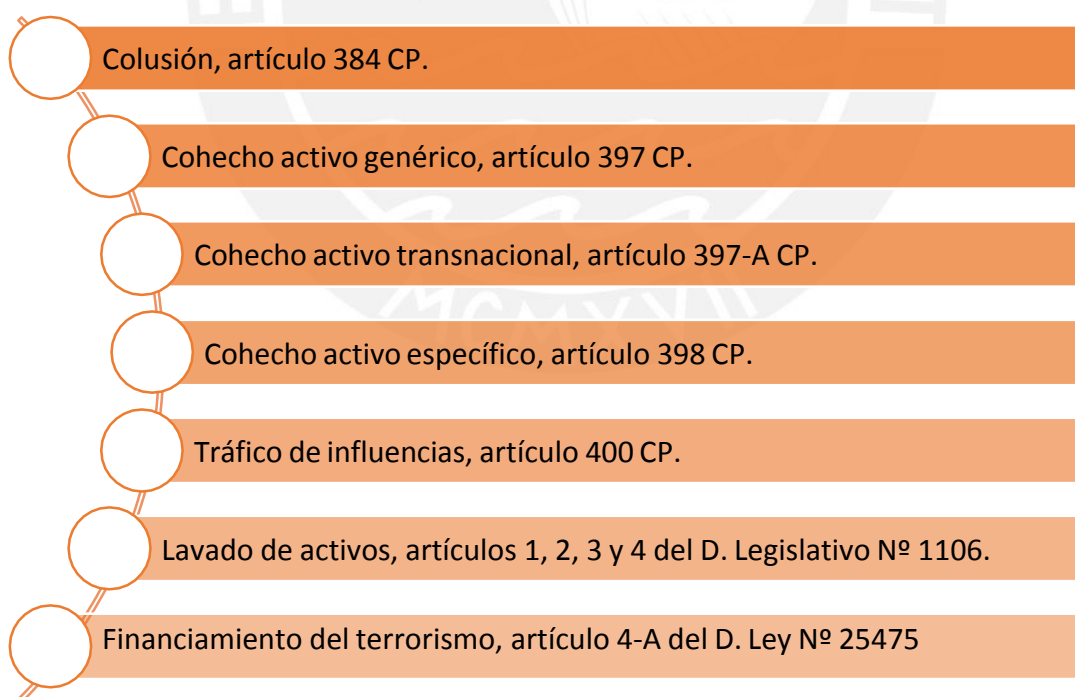
Cantidad de casos por delitos. Se precisa que en un caso puede haber más un delito contra la administración pública. Fuente: PPEDC Elaboración: PPEDC

Del gráfico que se expone, que abarca datos vinculados con las consecuencias accesorias del artículo 105 del CP, se puede apreciar que, conforme a los reportes estadísticos de la Procuraduría Pública Especializada en Delitos de Corrupción (PPEDC) de legajos en giro hasta diciembre 2018, los delitos de colusión son los de mayor incidencia en investigaciones contra personas jurídicas. Asimismo, se advierte que la carga procesal de las procuradurías en lo que respecta a delitos de cohecho y tráfico de influencias, es bastante baja. No obstante, debe tenerse en cuenta que “en el periodo julio-diciembre 2019 el principal problema del país que se percibe por la ciudadanía es la corrupción (62.1%)”¹⁰³, lo que aunado a la notable prevalencia del delito de colusión y la existencia –aunque en menor número- de delitos de tráfico de influencias por las personas jurídicas, nos permite concluir que se justifica la Ley N° 30835 que modifica el artículo 1 de la Ley

¹⁰³ Instituto Nacional de Estadística e Informática (INEI), Perú: Precepción ciudadana sobre Gobernabilidad, Democracia y Confianza en las Instituciones. Informe Técnico N° 1 – Febrero, 2020, p. 4.

Nº 30424, ampliándose el catálogo de delitos que suma a los delitos de cohecho ya existentes, los de colusión y tráfico de influencias.

En cuanto a la no inclusión del delito de peculado, la Ley 30835 ha seguido la línea trazada por la Exposición de Motivos del D. Leg. 1352 que señaló lo siguiente: “Cabe resaltar que si bien el delito de peculado es uno de los delitos más frecuentes en el ámbito de la corrupción del Estado, no está siendo incluido por ser un delito de infracción de deber imputable únicamente al funcionario público que se apropia para su beneficio o de terceros de bienes o caudales del Estado que están bajo su custodia o administración, lo que hace que la persona jurídica no pueda ser instrumentalizada para la comisión de este delito”¹⁰⁴. A contrario, en el peculado por apropiación o utilización (Art. 387 CP), el beneficiario o destinatario puede ser el propio agente de la apropiación o utilización, así como un tercero identificado en el tipo penal como “para el otro”, que bien puede ser una persona jurídica o particular u otro funcionario o servidor público¹⁰⁵. En efecto, con la Ley Nº 30835 se adicionan los delitos de colusión y tráfico de influencias previstos en los artículos 384 y 400 del Código Penal, quedando el número de delitos que actualmente se encuentra vigente, como se muestra en el siguiente gráfico.



¹⁰⁴ <http://spij.minjus.gob.pe/Graficos/Peru/2017/Enero/07/EXP-DL-1352.pdf>

¹⁰⁵ Salinas Siccha, Ramiro (2019). Delitos contra la administración pública. Editorial Grijley, Lima, pp. 416-417.

Como se aprecia, el número de delitos resulta restringido. En contraste, si revisamos los delitos que tienen protección en el Código Penal español vamos a verificar los siguientes:

DELITOS	ARTICULO C.P.
Tráfico ilegal de órganos humanos	156 bis.3
Trata de seres humanos	177 bis.7
Prostitución/ explotación sexual/ corrupción de menores	189 bis
Descubrimiento y revelación de secretos y allanamiento informático	197 quinquies
Estafas	251 bis
Frustración de la ejecución	258 ter
Insolvencias punibles	261 bis
Daños informáticos	264 quater
Contra la propiedad intelectual e industrial, el mercado y los consumidores	288
Blanqueo de capitales	302.2
Financiación ilegal de los partidos políticos	304 bis.5
Contra la Hacienda Pública y contra la Seguridad Social	310 bis
Contra los derechos de los ciudadanos extranjeros	318 bis.5
Urbanización, construcción o edificación no autorizables	319.4
Contra los recursos naturales y el medio ambiente	328
Relativos a las radiaciones ionizantes	343.3
Riesgos provocados por explosivos y otros agentes	348.3
Contra la salud pública	366
Contra la salud pública (tráfico de drogas)	369 bis
Falsificación de moneda	386.5
Falsificación de tarjetas de crédito y débito y cheques de viaje	399 bis
Cohecho	427 bis
Tráfico de influencias	430
Malversación	435.5
Delitos de odio y enaltecimiento	510 bis
Financiación del terrorismo	576

Fuente: kpmgabogados.es

Al catálogo de delitos que comprende los delitos al 12 de marzo de 2019, se agrega el delito de contrabando conforme a la Ley Orgánica 6/2011 de 30 de junio que modifica la Ley Orgánica 12/1995, de 12 de diciembre, de represión del contrabando.

Llegados a este punto debemos indicar que el número de delitos que actualmente regula la Ley N° 30424 debería ser ampliado. Cabe decir, eso sí, que no se trata de expandir irrazonablemente el número de delitos que contiene la Ley N° 30424, sino que se regulen los que en la práctica son los más recurrentes en el ámbito empresarial. En ese sentido, nos estamos refiriendo a la posibilidad de incorporar el delito de peculado (art. 387 CP), los delitos informáticos, tributarios, aduaneros, entre otros.

Como ya se ha anotado, en la Exposición de Motivos del Decreto Legislativo 1352 se descartó la incorporación del delito de peculado por las razones indicadas *supra*. Sin embargo, pensamos que debe insistirse en su incorporación, en razón a que el tipo penal

prevé la apropiación y utilización “para el otro” y ese otro puede ser una persona jurídica¹⁰⁶. Asimismo, entre 2016-2018 los delitos contra la administración pública más frecuentes han sido el peculado con 36,3% (6, 652), cohecho con 17,5% (3,219), colusión con 14,9% (2,733) y negociación incompatible con 13,5% (2,478),¹⁰⁷ lo que demuestra que el delito de peculado es uno de los más recurrentes, razones por las cuales debe incorporarse a la Ley 30424. A mayor abundamiento, en España, por Ley Orgánica 1/2019, de 20 de febrero, se modifica la Ley Orgánica 10/1995 del 23 de noviembre, del Código Penal, incorporando el delito de malversación -homólogo al delito de peculado del Código Penal peruano- al catálogo de delitos por responsabilidad penal de las personas jurídicas a partir del 13 de marzo de 2019.

En el mismo sentido, sería factible la incorporación de los delitos informáticos (Ley 30096) pues vienen incrementándose de modo sustantivo. Así, de marzo 2018 a marzo 2019 estos delitos se han incrementado en 102 %¹⁰⁸. Ahora bien, si como se afirma en la doctrina, “hoy en día se habla de “terrorismo cibernético” o “ciberterrorismo”, actividad delictiva que amenaza con colapsar tanto los mercados financieros internacionales como los sistemas de defensa de países avanzados en este terreno”¹⁰⁹; y si hoy las personas naturales y jurídicas pueden contratar por internet, interceptar las comunicaciones, cometer estafas informáticas y hasta poner en riesgo la seguridad del Estado, los delitos informáticos habrían de ser incorporados, sin más, a la Ley N° 30424.

Respecto a los delitos tributarios y aduaneros podemos afirmar que son los delitos típicos de comisión por parte de las personas jurídicas. Así, Adame Martínez anota que es en el ámbito de las personas jurídicas donde se produce el mayor número de delitos contra la Hacienda Pública, puesto que a través de ellas se desarrolla la mayor parte de las actividades económicas de producción, distribución y consumo de bienes y servicios¹¹⁰. No cabe duda que la clase empresarial, por la misma actividad comercial, industrial y de servicios que realiza, tiene posibilidades de encontrarse inmersa en delitos tributarios y

¹⁰⁶ Salinas Siccha, Ramiro, *ibídem*.

¹⁰⁷ Data del Ministerio Público obtenida por Idehpucp. Sistema de justicia, delitos de corrupción y lavado de activos. Chanjan Documet, Rafael/Solís Curi, Erika/Puchuri Torres, Flavio César (2018), Lima, p. 17.

¹⁰⁸ Según el Boletín Estadístico del Ministerio Público de Marzo del 2019, los delitos informáticos de la Ley N° 30096 arrojan un total de 769 delitos registrados a marzo 2018 y a marzo 2019 un total de 1,536 delitos en Fiscalía Provinciales penales y mixtas a nivel nacional.

¹⁰⁹ Abozo, Gustavo Eduardo y Zapata, María Florencia (2006). *Cibercriminalidad y Derecho penal*. Editorial IBdef, Montevideo-Buenos Aires, p. 42.

¹¹⁰ Adame Martínez, Francisco D. (2009). *Autoría y otras formas de participación en el delito fiscal. La responsabilidad penal de administradores y asesores fiscales*. Editorial Comares, Granada, p. 56.

aduaneros. Adviértase que la recaudación aduanera viene siendo afectada por el Procedimiento Simplificado de Restitución Arancelaria –Drawback- cuyo importe para el año 2018 fue S/ 1,006.0 millones frente al arancel efectivamente recaudado de S/ 1,454.5 millones¹¹¹. Es decir, del 100 % que recauda el Estado, el 69 % los restituye. Por ello, es conveniente mejorar de gestión de riesgos y recaudación de tributos, y la Ley 30424, es un instrumento jurídico ideal.

2.4. Reglamento de la Ley N° 30424, Ley que regula la Responsabilidad Administrativa de las Personas Jurídicas.

El 09/01/2019 se publicó en el Diario Oficial “El Peruano” el Reglamento de la Ley N° 30424, vía Decreto Supremo N° 002-2019-JUS (en adelante el Reglamento), para desarrollar las reglas contenidas en la ley y garantizar su correcta aplicación. El antecedente normativo del Reglamento es el Proyecto “Reglamento de la Ley N° 30424, Ley que regula la responsabilidad administrativa de las personas jurídicas por el delito de cohecho activo transnacional” (en adelante el Proyecto) dispuesto por Resolución Ministerial N° 0061-2018-JUS del 27/02/2018.

Uno de los aspectos que debemos destacar es la clasificación de las personas jurídicas en:

1. Gran empresa: ventas anuales superiores a 2,300 UIT.
2. Mediana empresa: ventas anuales superiores a 1,700 UIT y hasta el monto máximo de 2,300 UIT.
3. Pequeña empresa: ventas anuales superiores a 150 UIT y hasta el monto máximo de 1700 UIT.
4. Micro empresa: ventas anuales hasta el monto máximo de 150 UIT.

La regulación está destinada, en principio, a personas jurídicas públicas o privadas que persiguen fines de lucro; para las del tercer sector que no tienen esa finalidad, como por ejemplo las ONG, la clasificación se determinará por el número de trabajadores:

1. Gran empresa: más de 250 trabajadores.
2. Mediana empresa: de 51 a 250 trabajadores.
3. Pequeña empresa: de 11 hasta 50 trabajadores.
4. Micro empresa: de uno hasta 10 trabajadores.

¹¹¹ Datos extraídos del Informe N° 41-2019-SUNAT/320000 emitido por la Superintendencia Nacional Adjunta de Aduanas el 11 de julio de 2019, en el que se informa que “otras fuentes que afectan a la recaudación aduanera son las inafectaciones, exoneraciones y tratamientos especiales en los regímenes aduaneros, que están siendo objeto de análisis y evaluación por las unidades competentes de la SUNAT, así como en el Congreso de la República. De estos conceptos, uno de los más conspicuos es el Procedimiento Simplificado de Restitución Arancelaria, también denominado Drawback”.

En el Reglamento se destacan los principios que se deberán tener en cuenta para el diseño, análisis y ejecución de los modelos de prevención. Son 11 principios del modelo de prevención: 1) accesibilidad, 2) adaptabilidad, 3) compromiso y liderazgo, 4) continuidad, 5) documentación, 6) eficiencia, 7) evaluación continua del riesgo, 8) independencia, 9) proporcionalidad, 10) publicidad y comunicación preventiva, y, 11) razonabilidad.

Como se sabe, el Derecho no es simplemente un conjunto de reglas, sino de reglas y principios¹¹². En este caso, el Reglamento en su artículo 4º ha apelado a principios expresos que servirán de pautas para el diseño, aprobación, implementación, monitoreo y mejora continua de los modelos de prevención. El Reglamento hace alusión al *principio de accesibilidad* que mejora el Proyecto, pues facilita el acceso, promoción y conocimiento del modelo de prevención no solo a los trabajadores y socios comerciales sino se apertura a las partes interesadas. En otras palabras -encaminando el comportamiento empresarial hacia la “*responsabilidad social corporativa*” que dice relación con la cultura ética- se destaca la participación de los *stakeholders*.

Ciertamente, aunque la mayor parte de los contenidos de los códigos éticos o de las políticas de empresa pueden ser establecidas al amparo del poder de dirección, lo cierto es que serían más creíbles y efectivos si se redactaran a través de un proceso abierto donde tuvieran participación los representantes de los trabajadores, pero también otros *stakeholders* cuyos intereses puedan verse afectados por la actividad de la empresa¹¹³. Conviene completar la idea con el siguiente dato: según Bank of America Merry Lynch, el 2020 “es un punto de inflexión” a partir del cual los mercados de todo el mundo no serán los mismos¹¹⁴. Pues bien, todo ello determina que, se desatan cambios en el sector empresarial, lo que muy bien previene y adopta el Reglamento bajo el principio de

¹¹² Atienza, Manuel (2009). Sobre “Creación judicial del Derecho” de Alfredo Bulygin. En, Para una teoría postpositivista del Derecho, Manuel Atienza y Juan Ruíz Manero, Palestra-Temis, Lima-Bogotá, p. 208.

¹¹³ Nieto Martín, Adán (2016). Problemas fundamentales del cumplimiento normativo en el Derecho penal. En, Temas de Derecho penal económico: empresa y *compliance*, Anuario de Derecho penal 2013-2014, José Hurtado Pozo (Director), Fidel Mendoza Llamapconcca (Coordinador), Fondo Editorial de la PUCP, Lima, p. 186.

¹¹⁴ El confidencial (2019): se acerca un cambio de década y, con él, nuevos desafíos para el mundo. Los coletazos finales de la última apuntan, según algunos analistas, a un cambio de ciclo. Desde Bank of America Merrill Lynch (BofAML) afirman que 2020 “es un punto de inflexión” a partir del cual los mercados de todo el mundo no serán los mismos. Los temas que ahora mismo los vertebran cambiarán y, toda la población, aunque en especial los inversores, van a tener que adaptarse a un nuevo entorno. https://www.elconfidencial.com/mercados/2019-11-17/2020-bank-of-america-globalizacion-economia_2335312/ (Fecha de consulta: 20/04/2020)

accesibilidad. Por tanto, el objetivo en las empresas ya no se debe concentrar solo en la maximización de utilidades para los *shareholders* (accionistas) en el marco de un capitalismo económico, sino, en democratizar la política empresarial, facilitando el acceso, promoción y conocimiento del modelo a los trabajadores y a los *stakeholders*, desde una perspectiva progresista de capitalismo moral.

Se incluye, además, el *principio de independencia* que garantiza que las decisiones y acciones que tome el encargado de prevención no se encuentren condicionadas a intereses inadecuados del Consejo de Administración y la alta Dirección. Así, Núñez Miró al referirse a la independencia funcional u operativa anota que el órgano de administración y la alta dirección de la empresa deben permitir que el encargado de cumplimiento pueda tomar decisiones en el marco de la supervisión del modelo de prevención de delitos, sin recibir presiones inadecuadas, aunque a su vez deban trabajar estrechamente con este a los efectos de desempeñar eficazmente sus funciones¹¹⁵. Por cierto, el reglamento se refiere de modo expreso al encargado de prevención, quien debe gozar de plena autonomía para el desarrollo de sus funciones de supervisión y control de los modelos de prevención.

Importa también remitirnos al artículo 6 y siguientes del Reglamento en el que se prevé un proceso clave: gestión de riesgos. En él se destaca la identificación del riesgo que consiste en identificar las actividades de la empresa y determinar en cuales de ellas existe la posibilidad de comisión de delitos. Sin embargo, como refiere Bock, la identificación de riesgos no es por ello un proceso único, sino que precisa de la evaluación e iteración en forma de una ininterrumpida vigilancia¹¹⁶. Para ello, previamente se deben precisar los objetivos siguiendo la metodología SMART¹¹⁷ (específicos, medibles, alcanzable, relevante, a tiempo). Una consideración de forma que se advierte en el Reglamento es que el Capítulo IV dice: evaluación y análisis de riesgo; y, teniendo en cuenta que lo que se analiza luego se evalúa y no a la inversa, debería decir: análisis y evaluación de riesgos.

En la Guía de la DOJ (2019) se sugiere que en la etapa de evaluación de riesgos el evaluador considere si la compañía ha analizado y abordado los riesgos variables presentados, entre otros factores, por la ubicación de sus operaciones, el sector industrial,

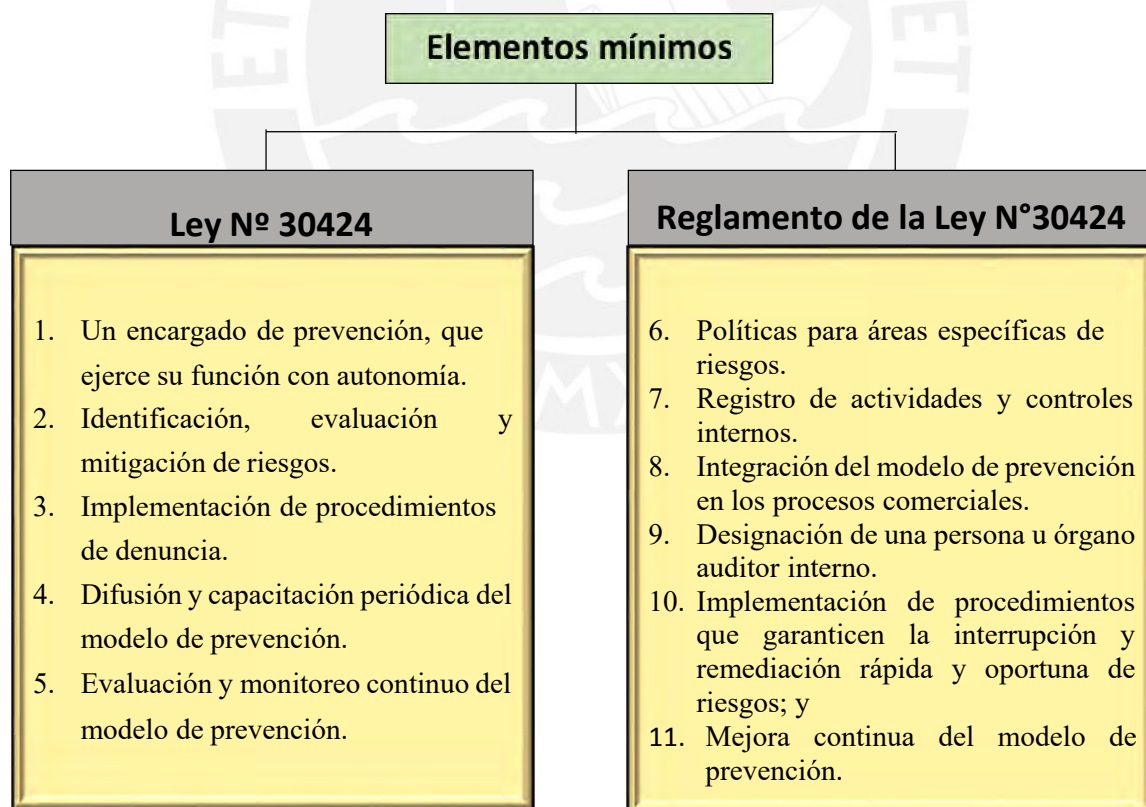
¹¹⁵ Núñez Miró, Anna (2018). El compliance officer y la empresa. En, El compliance officer, ¿un profesional en riesgo? (Director: Jorge Navarro/Coordinadora: Raquel Montaner), Profit Editorial, España, p. 56.

¹¹⁶ Bock, Dennis (2013). Compliance y deberes de vigilancia en la empresa. En, Compliance y teoría del Derecho penal, Marcial Pons, Madrid, p. 114.

¹¹⁷ Acrónimo: specific, measurable, achievable, relevant and time.

la competitividad del mercado, el panorama regulatorio, el potencial clientes y socios comerciales, transacciones con gobiernos extranjeros, pagos a funcionarios extranjeros, uso de terceros, obsequios, gastos de viaje y entretenimiento, y donaciones caritativas y políticas¹¹⁸. En definitiva, la evaluación o valoración como parte de la gestión del riesgo, según Nieto¹¹⁹, consiste en determinar cómo la aparición del riesgo afectaría a los **objetivos económicos o estratégicos** de la empresa o del sector o actividad que se analiza.

Otro de los puntos que se debe destacar es el de los elementos mínimos de los modelos de prevención. El problema central es simple. Para el Poder Ejecutivo, los elementos mínimos de la Ley N° 30424 que se debían considerar para acceder a la eximente o atenuantes de responsabilidad, no eran suficientes. La adición a los elementos ya existentes (05) se hacía imperativa. Esta deficiencia normativa se trató de subsanar con el Reglamento que regula 06 elementos mínimos adicionales para estructurar los modelos de prevención de acuerdo a las necesidades y complejidad de la empresa, y conforme al siguiente cuadro:



¹¹⁸ U.S. Department of Justice Criminal Division. Evaluation of Corporate Compliance Programs. Guidance Document Updated: junio 2020, p. 3.

¹¹⁹ Nieto Martín, Adán (2015). Fundamentos y estructura de los programas de cumplimiento. En, Manual de cumplimiento en la empresa. Tirant lo Blanch, Valencia, p. 156.

Lo que se puede verificar, desde un análisis constitucional de jerarquía de normas,¹²⁰ es que los elementos mínimos con los que deben contar los modelos de prevención aparecen en normas de *segundo orden* tales como la Ley N° 30424 y sus modificatorias; sin embargo, los elementos en mención se amplían por una norma de *tercer orden* como es el Reglamento de la Ley N° 30424 dictado vía Decreto Supremo N° 002-2019-JUS. Aquí, resulta ilustrativa la opinión de Caro, quien afirma que no se trata de un reglamento de toda la Ley N° 30424. La Ley entró en vigor el 1 de enero del 2018, y su contenido, por su alcance punitivo/penal, no puede ser desarrollado por un reglamento. El principio de legalidad impide que una norma de rango inferior a una ley desarrolle los elementos del tipo penal o las sanciones, estas deben establecerse en una ley en sentido estricto.¹²¹

A partir de esta irregular regulación normativa se derivan problemas vinculados con la determinación de los elementos mínimos imprescindibles de los programas de cumplimiento, conforme a los mandatos de la Constitución y de cara a la eficacia de la prevención de delitos en las personas jurídicas y a la contrastación y evaluación de los elementos mínimos de los programas de cumplimiento que se exigen en el Derecho comparado. En efecto, esta situación anómala tendrá que superarse legislativamente con la determinación y ubicación de los más relevantes elementos mínimos en la Ley N° 30424.

Por todo lo anterior, ¿son suficientes los elementos mínimos de la Ley N° 30424? Pensamos que con los elementos mínimos de los programas de cumplimiento normativo que se regulan en la ley materia de comentario, no sería posible lograr la eficacia en la prevención de delitos en las personas jurídicas. Téngase en cuenta que en la ley no se destaca como elemento mínimo el código de conducta o la debida diligencia -“*due diligence*”- los cuales no deberían exceptuarse de la literalidad de los elementos *sine qua*

¹²⁰ El artículo 51º de la Constitución Política del Perú, establece: “La Constitución prevalece sobre toda norma legal; la ley, sobre las normas de inferior jerarquía, y así sucesivamente. La publicidad es esencial para la vigencia de toda norma del Estado”.

¹²¹ Agrega el autor que tenemos un reglamento para las grandes empresas, que en su mayoría ya cuentan con programas de cumplimiento, bien porque son sujetos obligados, porque la regulación transnacional se los exige (FCPA, UKBA, etcétera), o acaso porque el mercado de las buenas prácticas corporativas se los demanda. Sin embargo, quedan aún en la penumbra los grupos empresariales más necesitados del compliance: las micro, pequeñas y medianas empresas aún podrán o deberán esperar los formatos del Produce para hacer el cálculo costo/beneficio en torno a un modelo de prevención tailor made o a la medida. Caro Coria, Dino Carlos (2019). A propósito del nuevo reglamento de responsabilidad “administrativa” (penal) de la persona jurídica. Diario Oficial El Peruano <https://elperuano.pe/suplementosflipping/juridica/721/web/corporativo.html> (Fecha de consulta: 20/04/2020)

non que sirven de base para el análisis, evaluación y calificación de los modelos de prevención. Al respecto, Nieto ha afirmado que el código ético o de conducta es un elemento estructural¹²², y como tal, pienso que se debe positivizar en la ley, no en el reglamento.

No obstante, convendría considerar algunos elementos conforme a la interpretación que realice el investigador y a las directrices, guías o circulares sobre modelos de prevención que se describen en la normativa internacional. A partir de tales consideraciones, se podrían estimar dos situaciones inmediatas: 1) ofrecer una respuesta jurisprudencial de primer orden en la interpretación de los elementos mínimos de los casos que se pongan en conocimiento de los órganos jurisdiccionales; y, 2) proceder a una modificación sistemática de orden legislativo con la finalidad de lograr la eficacia de la prevención de delitos por las personas jurídicas.

Finalmente, es necesario efectuar un breve análisis de los parámetros que se regulan para la emisión del informe técnico. Así, encontramos en el artículo 48 del Reglamento, 42 parámetros recogidos textualmente del Proyecto del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Resolución Ministerial N° 0061-2018-JUS, los que servirán a la SMV para la evaluación de la implementación y funcionamiento de los modelos de prevención y, consecuentemente, a los fines de la emisión del informe técnico. En la evaluación antes aludida se determinará si el programa es materialmente adecuado o no. En este punto, anota Caro que “*el reglamento es excesivamente regulatorio*”¹²³. En realidad, se trata de un reglamentarismo exagerado que contrasta con un modelo normativo discrecional y reflexivo. Con todo, parece que es mejor pocos parámetros eficaces que abundantes pero repetitivos e inútiles.

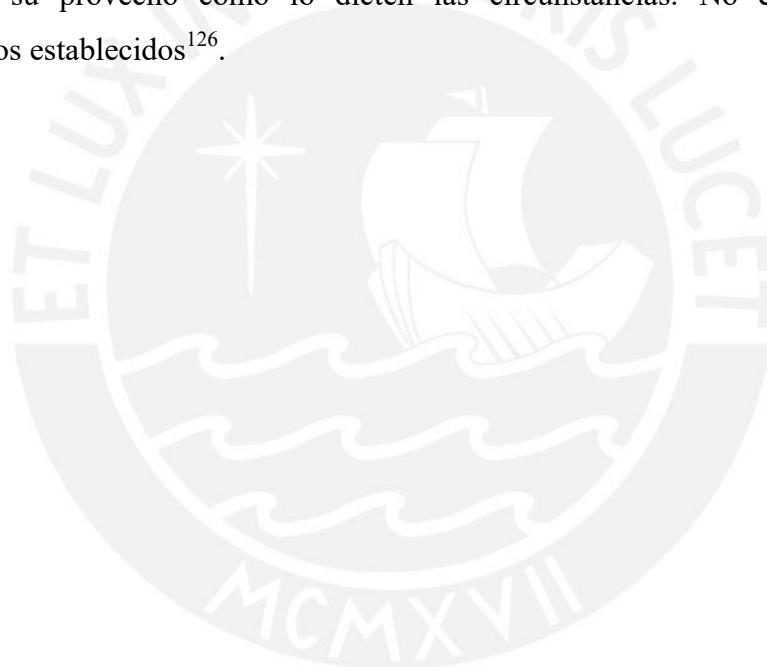
Con todo, se advierte que el excesivo reglamentarismo no conjuga con las propuestas modernizadoras de la Nueva Gestión Pública (en adelante NGP)¹²⁴. Esto nos lleva a

¹²² Nieto Martín, Adán (2015). Ob. Cit., p. 121.

¹²³ Expresa el autor, se esperaba que el Reglamento de la Ley N° 30424 traiga consigo un modelo mucho más flexible, menos exigente, más acotado, pero el resultado es el contrario. Se mantiene la crítica al proyecto, el Reglamento es excesivamente regulatorio, especialmente en la parte final, el art. 48 establece un *check list* de hasta 43 parámetros para validar un *compliance program* (...). Caro Coria, Dino Carlos (2019). Reglamentarismo “Non tailor-made”. Sobre el nuevo reglamento de la Ley 30424 de responsabilidad “administrativa” (penal) de la persona jurídica. Legis.pe.

¹²⁴ Las propuestas en las que se basa la Nueva Gestión Pública (NGP) pasan por una perspectiva tradicional que se encumbró hacia los años 90s. Una de aquellas propuestas es la “desregulación” que trae implícita la flexibilidad en la gestión pública. De ahí que el interés colectivo por una mejora continua en las

considerar que era preferible determinar criterios generales en la ley, en vez de la excesiva especificidad en la reglamentación. Esta regulación reglamentaria es contraria al modelo de autorregulación y no responde a la motivación necesaria para la implementación de los modelos de prevención. Indudablemente, esta política normativa que se gesta en el Poder Ejecutivo, elimina el criterio discrecional de los emisores del informe técnico, del juez y del fiscal. En todo caso, se trataría de la confirmación de que la SMV no está preparada técnicamente para emitir el informe técnico y necesita de un pliego abundante de parámetros para cumplir a cabalidad con la función encomendada. A mi entender, y postulando una gestión flexible y orientada a resultados¹²⁵, habría que darle la razón a Sun Tzu quien considera que hay ocasiones cuando los mandatos de un soberano no necesitan ser obedecidos (...) El general debe confiar en su habilidad para controlar la situación en su provecho como lo dicten las circunstancias. No está atado por procedimientos establecidos¹²⁶.



organizaciones, inste al uso de reglas básicas, pero no excesivas. En esa línea, una alternativa sin trabas burocrático-reglamentarias es compatible con la eficacia y con la gestión por resultados. Es preciso advertir que el ejercicio de la jurisdicción o de la función fiscal se rige por disposiciones legales, diversas directivas, circulares, entre otras reglamentaciones que cuando son excesivas recortan la discrecionalidad del juez o fiscal en el manejo de los recursos. El juez no necesita limitaciones extremas en el ejercicio de la gestión y jurisdicción. El fiscal no necesita de reglamentos sobredimensionados que minimicen su criterio discrecional, su iniciativa y su creatividad en la gestión y en el ejercicio de la función fiscal. Félix Tasayco, Gilberto (2018). Gestión Pública de la Administración de Justicia. Editorial Grijley, Lima, pp. 62-86.

¹²⁵ Inicialmente el rechazo al gerencialismo o nueva gestión pública fue total, para luego intentar morigerar sus efectos proponiendo modelos alternativos. Una corriente reactiva fue el denominado modelo neweuberiano que pretende la modernización del derecho administrativo, fomentando una orientación hacia el logro de los resultados antes que hacia el cumplimiento estricto de los reglamentos. González Guarda, Claudio J. (2018). Gestión, gerencialismo y sistema penal. Editorial IBDeF, Buenos Aires-Argentina, pp. 122-123.

¹²⁶ Tzu, Sun (2004). El arte de la guerra. Panamericana Editorial. Colombia, p. 158.

CAPÍTULO III

Análisis y evaluación de la intervención de la SMV en la verificación de la gestión de los modelos de prevención de delitos de corrupción

1. La SMV y la intervención en la evaluación de los modelos de prevención

1.1. ¿Qué es la SMV?

A la determinación del concepto de lo que es una organización pública o privada no le es ajeno presentar previamente sus antecedentes. Originariamente, la SMV recibía el nombre de Comisión Nacional Supervisora de Empresas y Valores (CONASEV); actualmente se le denomina Superintendencia del Mercado de Valores (SMV)¹²⁷. Así, por Ley N° 17020 del 21 de mayo de 1968 se creó la Comisión Nacional de Valores encargada de la ordenación, reglamentación y vigilancia del mercado de valores, Bolsas de comercio y Agentes de Cambio y Bolsa. Luego, mediante Decreto Ley N° 18302 publicado el 3 de junio de 1970, se crea la Comisión Nacional de Valores que debe Normar las Actividades Bursátiles del Mercado.

Posteriormente, por Decreto Ley N° 26126 publicado el 30 de diciembre de 1992 se aprobó el Texto Único Concordante de la Ley Orgánica de la Comisión Nacional Supervisora de Empresas y Valores, que fue modificado mediante Ley de Fortalecimiento de la Supervisión del Mercado de Valores, aprobada por Ley N° 29782, publicada el 28 de julio de 2011, la cual sustituyó la denominación de Comisión Nacional Supervisora de Empresas y Valores (CONASEV) por la de Superintendencia del Mercado de Valores (SMV), otorgándole a su vez mayores facultades para el cumplimiento de sus funciones.

Según el artículo 1° del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica de la Superintendencia del Mercado de Valores (SMV), Decreto Ley N° 26126, publicada el 30/12/1992, *“la SMV es un organismo técnico especializado adscrito al Ministerio de Economía y Finanzas que tiene por finalidad velar por la protección de los inversionistas, la*

¹²⁷ En otros países, algunas organizaciones homólogas a la SMV-Perú son: España: Comisión Nacional del Mercado de Valores (CNMV); Italia: Commissione Nazionale per le Società e la Borsa (CONSOB); Estados Unidos: U. S. Securities and Exchange Commission (SEC); Chile: Comisión para el Mercado Financiero (CMF); Argentina: Comisión Nacional de Valores (CNV); Bolivia: Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero (ASFI); Brasil: Comissão de Valores Mobiliários (CVM); Colombia: Superintendencia Financiera (SFC); Ecuador: Superintendencia de Compañías (SC); etc.

eficiencia y transparencia de los mercados bajo su supervisión, la correcta formación de precios y la difusión de toda la información necesaria para tales propósitos, a través de la regulación, supervisión y promoción”.

En efecto, la SMV es una institución pública¹²⁸ dependiente del Poder Ejecutivo – Ministerio de Economía y Finanzas- que garantiza el desarrollo y transparencia del mercado de valores brindando protección a los inversionistas¹²⁹. Debe tenerse en cuenta que a dicho mercado concurren emisores e inversores. Los primeros son aquellos que captan recursos de terceros, y los segundos, son los que poseen los recursos y financian a los emisores. Asimismo, en el mercado de valores no solo participa la SMV sino también las entidades del sistema bancario.

Pues bien, ante la interacción de la SMV y del sistema bancario en el mercado de valores, nos resta identificar algunas diferencias y ventajas que se derivan de ellas. Para el efecto, nos planteamos la siguiente pregunta: ¿Cuál es la diferencia entre el mercado de valores y el sistema bancario? El Ministerio de Economía y Finanzas en su Portal de Transparencia Económica señala:

Una diferencia importante es que aquella empresa que solicita un préstamo al banco recibe el dinero sin saber de dónde viene, es decir, sin tener ningún contacto con aquel depositante cuyo dinero le es entregado en préstamo. De la misma manera, el ahorrista que realiza un depósito en una cuenta no sabe qué hará el banco con su dinero ni a quién se lo entregará en préstamo. El banco asume el riesgo en ambos casos. Esto es lo que se conoce como *“intermediación indirecta”*. En el caso del mercado de valores, por el contrario, sí interactúan de manera directa la empresa que capta recursos y el inversor que se los proporciona. Esto se denomina *“intermediación directa”*, y tiene algunas consecuencias. En principio, y bajo ciertas condiciones, el mercado de valores busca ser una fuente de financiamiento más barata que el sistema bancario en razón de que no tiene "la intermediación indirecta". En cambio, el banco, al ser intermediario entre el depositante y el prestatario, es responsable por los fondos prestados, lo que se traduce en que paga menos por el dinero que recibe y cobra más por el dinero que coloca o presta. A ello hay que agregar el margen de utilidad para el banco. En ese sentido, un mercado de valores eficiente, permitirá que los emisores puedan financiarse a un menor costo y que los inversionistas reciban una mejor retribución por su dinero.

Existe una diversidad muy grande de mercados financieros. Por un lado, se encuentran aquellos mercados en los cuales la relación entre oferentes y demandantes de fondos no

¹²⁸ Véase el primer párrafo del artículo 7º del Texto Único Ordenado de la Ley del Mercado de Valores (LMV), Decreto Legislativo N° 861 que establece: *“La Comisión Nacional Supervisora de Empresas y Valores (CONASEV) es la institución pública encargada de la supervisión y el control del cumplimiento de esta ley”*.

¹²⁹ El artículo 1 de la LMV prevé: *“La finalidad de la presente ley es promover el desarrollo ordenado y la transparencia del mercado de valores, así como la adecuada protección del inversionista”*.

ocurre directamente, sino a través de intermediarios financieros como los bancos, los fondos mutuos y los fondos de pensiones. Por otro lado, tenemos los mercados de bonos y de acciones en los que la relación puede ser directa, llamados también mercado de capitales¹³⁰. Es aquí donde se ubica el mercado de valores en el cual interactúan los agentes de manera directa.

De otro lado, el art. 1ª del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica de la SMV (Decreto Ley N° 26126) estipula: “La Superintendencia del Mercado de Valores (SMV) tiene por domicilio legal la ciudad de Lima y puede establecer oficinas en cualquier otro lugar de la República, para el mejor cumplimiento de sus fines. El establecimiento de dichas oficinas desconcentradas no altera la determinación de su domicilio real en la ciudad de Lima para los fines de su emplazamiento en procesos judiciales”.

1.2. Misión institucional de la SMV

Resulta fundamental para toda organización que se identifique la razón por la que ella está en el mercado. Para ello se tiene que efectuar un diagnóstico situacional a fin de establecer el propósito básico, la filosofía o la misión de la organización. Así como en la interpretación se utiliza el método de *ratio legis* para desentrañar la razón de ser de la norma jurídica, en la administración estratégica la identificación de la misión es la etapa que tiene el propósito de determinar la razón de ser de la organización¹³¹. Corresponde además señalar que “la misión se relaciona con una serie de preguntas necesarias para llevar a cabo la planificación. Entre otras, cuál es el propósito de la organización, es decir, su razón de ser¹³²”. Una vez aclarado el concepto cabe preguntarse, ¿cuál es la misión institucional que la SMV presenta al público? Es la siguiente:

*“Promover a través de la regulación, supervisión y educación el desarrollo, transparencia e integridad de los mercados de valores, productos y sistema de fondos colectivos, velando por la protección de los inversionistas, de manera eficiente y oportuna”*¹³³.

¹³⁰ Camacho Zegarra, María Augusta (2019). Derecho económico, financiero y bancario. Grijley, Lima, p. 78.

¹³¹ Félix Tasayco, Gilberto (2017). Manual Autoinstructivo Curso “Gestión del Despacho Fiscal”, Nivel I, Academia de la Magistratura, Lima, p. 85.

¹³² Gonzáles Guarda, Claudio J., ob. Cit., p. 71.

¹³³ Plan Estratégico Institucional 2017 - 2023 de la Superintendencia del Mercado de Valores. Aprobada y actualizada por Resolución de Superintendente N° 055-2020-SMV/02 del 26 de junio de 2020, p. 5. Cabe

En similar sentido, el Ministerio Público funda su misión así: Definimos la misión como el rol central del Ministerio Público, en el marco de las funciones establecidas en el Decreto Legislativo N° 052, siendo la siguiente:

“Prevenir y perseguir el delito, defender la legalidad, los derechos ciudadanos y los intereses públicos tutelados por la ley; representar a la sociedad, al menor y a la familia en juicio; velar por la recta y efectiva administración de justicia”¹³⁴.

Pues bien, al examinar las misiones estratégicas de la SMV y del MP, se deriva una clarísima diferencia: la SMV promueve un mercado de valores transparente, eficiente e íntegro, mientras que el MP previene y persigue el delito. Ahora bien ¿podrían complementarse? Si la Ley N° 30424 incluiría a los delitos contra el orden financiero, ambas instituciones podrían efectuar una labor complementaria, la SMV encargada de la elaboración de los informes técnicos en su especialidad y el MP en el ejercicio de la acción penal. Sin embargo, actualmente la Ley N° 30424 no incluye a los delitos contra el orden financiero. Como se puede advertir, en lo que respecta a la misión, ambas instituciones públicas poseen funciones y objetivos absolutamente diferentes. Importa señalar en este extremo, que reconocer una misión institucional opuesta a la misión natural de una organización pública, es configurar una desmejora de la calidad del servicio en la administración pública.

1.3. Funciones

En el ítem anterior, hicimos referencia a la importancia de la misión en el desarrollo de las organizaciones tales como la SMV y luego comparamos la misión de dicha organización con la del Ministerio Público. Ahora precisaremos las funciones de la SMV que, como se verá, tienen estrecha relación con la misión de aquella. Según el Diccionario de la Real Academia Española, “función”, en su segunda acepción significa tarea que corresponde realizar a una institución o entidad, o a sus órganos o personas. En líneas generales, las funciones determinan y delimitan la misión de las organizaciones y, en específico, la misión de la SMV. De acuerdo con lo que dispone el artículo 1° del Texto Único Concordado de la Ley Orgánica de la Superintendencia del Mercado de Valores,

agregar que la SMV destaca como valores institucionales los siguientes: 1. Integridad. 2. Vocación de servicio público. 3. Respeto. 4. Imparcialidad. 5. Confidencialidad. 6. Eficiencia.

¹³⁴ <https://portal.mpfm.gob.pe/ministerio/visionymision.php> (Fecha de consulta: 28/09/2020)

las principales funciones que se le asigna a la Superintendencia del Mercado de Valores (SMV) son las siguientes:

a. Dictar las normas legales que regulen materias del mercado de valores, mercado de productos y sistema de fondos colectivos.

b. Supervisar el cumplimiento de la legislación del mercado de valores, mercado de productos y sistemas de fondos colectivos por parte de las personas naturales y jurídicas que participan en dichos mercados.

Las personas naturales o jurídicas sujetas a la supervisión de la Superintendencia de Banca, Seguros y Administradoras Privadas de Fondos de Pensiones (SBS) lo están también a la Superintendencia del Mercado de Valores (SMV) en los aspectos que signifiquen una participación en el mercado de valores bajo la supervisión de esta última.

c. Promover y estudiar el mercado de valores, el mercado de productos y el sistema de fondos colectivos.

Asimismo, corresponde a la Superintendencia del Mercado de Valores (SMV) supervisar el cumplimiento de las normas internacionales de auditoría por parte de las sociedades auditoras habilitadas por un colegio de contadores públicos del Perú y contratadas por las personas naturales o jurídicas sometidas a la supervisión de la SMV en cumplimiento de las normas bajo su competencia, para lo cual puede impartir disposiciones de carácter general concordantes con las referidas normas internacionales de auditoría y requerirles cualquier información o documentación para verificar tal cumplimiento.

Es evidente que, conforme a las funciones legales que aparecen del Texto Único de la Ley Orgánica de la SMV (en adelante LOSMV), en ninguna de sus disposiciones se atribuyen funciones de calificación de modelos de prevención de delitos en las personas jurídicas, que decidan respecto a una investigación penal. En un sentido obvio, esto es así porque aun cuando efectuemos una interpretación en abstracto del artículo 1 de la LOSMV, no cabe considerar una mínima posibilidad de que la función de verificar y calificar la implementación y funcionamiento de los modelos de prevención de las personas jurídicas investigadas por la presunta comisión de delitos, ha sido legítimamente encomendada a la SMV. No obstante, cabe plantear la siguiente interrogante, ¿qué dice la Ley N° 30424 sobre las funciones de la SMV? En la Octava Disposición Complementaria Final dice lo siguiente:

OCTAVA. Funciones de la Superintendencia de Mercado de Valores – SMV:
“Dispóngase que la SMV está facultada para emitir el informe técnico con calidad de pericia institucional y que constituye un requisito de procedibilidad para la

formalización de la investigación preparatoria por los delitos cometidos en el artículo 1 de la presente norma.

El informe que analiza la implementación y funcionamiento de los modelos de prevención debe ser emitido dentro de los 30 días hábiles desde la recepción del pedido fiscal que lo requiera”.

Lo relevante aquí es que, si bien en la LOSMV es indistinguible la función relacionada con la prevención o con la participación en la investigación del delito, en la Ley N° 30424 sí se identifican funciones asignadas a la SMV vinculadas con la intervención decisiva en investigación de delitos. En efecto, la función de la SMV se orienta de manera puntual a la regulación normativa, promoción y supervisión del mercado de valores. No debe dejarse de anotar que la funcionalidad acotada, en principio, aparece con una redacción similar en el D.S. N° 216-2011-EF que aprueba el Reglamento de Organización y Funciones de la SMV (en adelante ROF) en el que además se señala en el art. 1 que la finalidad de la SMV es velar por la protección de los inversionistas, la eficiencia y la transparencia de los mercados bajo su supervisión, la correcta formación de precios y la difusión de toda la información necesaria para tales propósitos, a través de la regulación, supervisión y promoción.

La aseveración, que en realidad la función de la SMV es lo relacionado con el mercado de valores, se puede corroborar con la función de una entidad homóloga del sistema financiero español. En palabras de Mariño, la Comisión Nacional del Mercado de Valores (CNMV) es un ente de derecho público con personalidad jurídica propia y plena capacidad pública y privada. Los objetivos que legalmente tiene encomendados son: la transparencia de los mercados de valores, la correcta formación de los precios y la protección de los inversores¹³⁵. Ahora bien, es importante mencionar que el mercado de valores es una institución que facilita la financiación pública y privada a través de la facilitación de la negociación de los valores mobiliarios inscritos, ofreciendo a los emisores e inversionistas los servicios de negociación, instrumentos financieros y mecanismos necesarios para invertir de manera justa, confiable, eficiente, competitiva, ordenada, continua y transparente¹³⁶.

¹³⁵ Mariño Garrido, Teresa (2017). Los mercados de valores. En, Los mercados financieros, Ana Belén Campusano, Fernando Conlledo Lantero y Ricardo J. Palomo Zurdo (Directores), segunda edición, Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 359-360.

¹³⁶ Camacho Zegarra, María Augusta, ob. Cit., p. 111.

En efecto, y adelantando conclusiones que analizaremos más adelante, debemos concluir que, si la función de investigación del delito corresponde constitucionalmente al Ministerio Público (art. 159, numerales 1, 4 y 5), una subordinación en la toma de decisiones de éste por mandato de la ley, no podría legitimar el archivo de una investigación preparatoria y la subsecuente exoneración de responsabilidad de una empresa fundado en un informe técnico de la SMV, por la sencilla razón de que la ley N° 30424, en este extremo, no se ajusta a la Constitución.

2. Competencias constitucionales y legales del Ministerio Público

En nuestro medio, el Ministerio Público interviene en el proceso penal asumiendo y ejercitando roles específicos que le encomienda la Constitución y la ley. Esta formulación plantea una colisión de intereses en la actividad probatoria. Así, en el proceso penal son intereses contrapuestos los que se defienden; por un lado, aparecen los intereses sociales garantizados por sujetos que acusan, y por otro, intereses del acusado que tiene derecho a la defensa desde que es citado o detenido por la autoridad competente.

Como se sabe, el Ministerio Público de Perú, representado por el fiscal, aun cuando posea el monopolio de la acción penal pública, solo debe ejercitar la acción penal si y solo si existe *causa probable* de la comisión de un delito. Una muestra representativa de países como Alemania, Francia, España, Portugal y Venezuela, estructurados sobre la base de un Estado social y democrático de Derecho, demuestra que se ha asentado en la mayoría de países de tradición romano-germánico el reconocimiento constitucional y legal del ejercicio de la acción penal como monopolio del Ministerio Público. A ello nos vamos a ocupar en lo que sigue.

2.1. La potestad investigadora del Ministerio Público

En la legislación peruana se prevé que el Ministerio Público es el titular del ejercicio de la acción penal. Así, el artículo 159 de la Constitución de 1993 establece que: “Corresponde al Ministerio Público: 4. Conducir desde su inicio la investigación del delito. 5. Ejercitar la acción penal de oficio o a petición de parte”. De otra parte, el artículo 11 de la Ley Orgánica del Ministerio Público expresa: “El Ministerio Público es el titular de la acción penal pública, la que ejercita de oficio, a instancia de la parte agraviada o por acción popular, si se trata de delitos de comisión inmediata o de aquellos contra los cuales

la ley la concede expresamente”. Cerrando el círculo, el artículo 322.1 del CPP de 2004¹³⁷ prevé que el Fiscal dirige la Investigación Preparatoria.

De las referencias normativas antes invocadas se debe señalar que el Ministerio Público asume competencias constitucionales y legales para ejercitar la acción penal en los delitos de persecución pública. Cabe anotar, además, que los artículos 60.1. y 61.2 del CPP de 2004 disponen que el Fiscal conduce desde su inicio la investigación del delito; para lo cual practicará u ordenará practicar los actos de investigación que correspondan, indagando no sólo las circunstancias que permitan comprobar la imputación, sino también las que sirvan para eximir o atenuar la responsabilidad del imputado.

Ahora bien, qué debe de entenderse por “dirigir la investigación”. Esta facultad otorgada al Ministerio Público no implica de manera alguna que los Fiscales se conviertan en especialistas en criminalística, ni mucho menos que desarrollen pericias de diversa índole, aunque sí se requiere cierto conocimiento básico; su función tal como lo manda el texto constitucional y el nuevo ordenamiento procesal penal debe encuadrarse en diseñar el plano sobre el cual la Policía deberá realizar las labores que requiere la investigación¹³⁸. Sobre la utilización de los términos “conducir” y “dirigir” como potestad de dirección de la investigación por el fiscal, Salinas señala que por mandato de la ley fundamental conducir no es otra cosa que dirigir, ser el titular, amo y señor de toda la investigación del delito desde que se inicia, ya sea en sede fiscal o policial¹³⁹. En efecto, rige el principio acusatorio que garantiza un cambio de paradigma: el fiscal posee la misión monopólica del ejercicio público de la acción penal.

Hemos de observar, además, el aporte jurisprudencial del Tribunal Constitucional que sostiene:

41. (...) En efecto, siendo el Ministerio Público el que por mandato constitucional posee la prerrogativa de la investigación, le corresponde practicar o hacer practicar todas las diligencias y actuaciones que sean necesarias para el esclarecimiento de los hechos delictivos, es decir, le corresponde reunir y examinar los elementos de juicio que revelen la existencia del delito y la vinculación de los imputados con los hechos delictivos, y esta actividad termina cuando la causa está tan aclarada que el fiscal puede decidir si debe o

¹³⁷ Art. 322.1. CPP: “El Fiscal dirige la Investigación Preparatoria. A tal efecto podrá realizar por sí mismo o encomendar a la Policía las diligencias de investigación que considere conducentes al esclarecimiento de los hechos, ya sea por propia iniciativa o a solicitud de parte, siempre que no requieran autorización judicial ni tengan contenido jurisdiccional”.

¹³⁸ Gimeno Sendra, Vicente (2006). El Ministerio Fiscal – Director de la Instrucción. Iustel, Madrid, p. 169.

¹³⁹ Salinas Siccha, Ramiro (2007). Conducción de la investigación y relación del fiscal con la policía en el Nuevo Código Procesal Penal. Publicado en la Revista JUS-Doctrina Nº 3, Grijley, Lima, p. 2.

no formalizar la denuncia o la investigación preparatoria. (Sentencia del TC. Exp. N° 05811-2015-PHC-Lima-Nadine Heredia Alarcón)

Un factor colateral en la investigación del delito es la independencia en la actuación de los fiscales, para lo cual existe un fundamento normativo previsto en el artículo 5° de la LOMP cuyo texto expresa: “Los Fiscales actúan independientemente en el ejercicio de sus atribuciones, las que desempeñarán según su propio criterio y en la forma que estimen más arreglada a los fines de su institución. Siendo un cuerpo jerárquicamente organizado deben sujetarse a las instrucciones que pudieran impartirles sus superiores”. Ésta obligada cita normativa tiene como objetivo central advertir respecto a la salvaguarda de la independencia funcional de los fiscales, quienes deberán actuar en defensa de los intereses con objetividad, imparcialidad y uniformidad de criterios¹⁴⁰.

En efecto, es de entender que la autonomía del Ministerio Público, a diferencia de la independencia judicial, funciona no individualmente respecto de cada Fiscal, sino del conjunto de la institución cuya presidencia radica en el Fiscal de la Nación¹⁴¹. De lo que se puede colegir que el principio de independencia es inherente a la función del fiscal como la autonomía es al Ministerio Público. Por último, en atención al principio de jerarquía el fiscal deberá acatar las directrices legítimas de la superioridad, no las ilegítimas. Sentado lo anterior, hay que tener en cuenta lo que enseña Sainz Moreno: El Ministerio Fiscal no puede perseguir lo que es lícito ni dejar de perseguir lo que es delito, pero tampoco puede prescindir de la realidad social, de la valoración de las circunstancias y de las consecuencias sociales y morales de su acción¹⁴².

Veamos ahora la regulación de la titularidad de la acción penal por el Ministerio Público en una muestra representativa de países.

En Alemania, se reconoce la titularidad de la acción penal al MP y las investigaciones no solo se orientan a la dirección de la investigación para acusar sino también para recoger

¹⁴⁰ Félix Tasayco, Gilberto (2018). Curso “Investigación del delito y medidas cautelares. Manual Autoinstructivo, Academia de la Magistratura, Lima, pp. 22-23.

¹⁴¹ San Martín Castro, César (2014). Derecho procesal penal. Grijley, Lima, p. 212.

¹⁴² Sainz Moreno, Fernando (1985). El Ministerio Fiscal y la defensa de la legalidad. Dialnet, Revista de Administración Pública, N° 108, Madrid, p. 156.

pruebas para el archivo¹⁴³. Como anotan Roxín y Schünemann, la fiscalía debe dirigir o conducir el proceso de investigación¹⁴⁴.

En Francia, la Ley Sapin II, de 9 de diciembre de 2016, incorpora al ordenamiento amplias y poderosas medidas de *Corporate Compliance* en lo que a las personas jurídicas concierne. Ello permite que el MP (recordemos, acusador en régimen de monopolio) pueda, llegado el caso, optar entre ejercitar la acción penal a través del proceso penal, o la implementación de otro tipo de medidas con el objetivo de sanear y proteger a la persona jurídica –con todas las implicancias que ello tiene, por ejemplo, en relación a las víctimas-.¹⁴⁵

En España, el Ministerio Fiscal tiene la misión de ejercitar la acción penal en todas las sospechas de delito, con las excepciones de ley. Así, el art. 124.1 de la Constitución española prevé que el Ministerio Fiscal, sin perjuicio de las funciones encomendadas a otros órganos, tiene por misión promover la acción de la justicia en defensa de la legalidad, de los derechos de los ciudadanos y del interés público tutelado por ley, de oficio o a petición de los interesados (...). Gimeno Sendra hace la siguiente aclaración: A diferencia de la mayoría de los países europeos, en los que la acción penal es oficial y la ejercita exclusivamente el Ministerio Público, en nuestro ordenamiento procesal cabe distinguir dos tipos de acciones: las públicas o populares y las privadas¹⁴⁶.

En Portugal, la Constitución Portuguesa de 1976 establece: Artículo 219: Funciones y Estatuto 1. Al Ministerio Fiscal le corresponde representar al Estado y defender los intereses que la ley establece, así como, con observancia en lo dispuesto en el apartado siguiente y en los términos de la ley, participar en la ejecución de la política criminal definida por los órganos de soberanía, ejercer la acción penal orientada al principio de

¹⁴³ La Ordenanza Procesal Penal alemana establece: Art. 160. 1. La Fiscalía tan pronto como tenga conocimiento de la sospecha de un hecho punible, mediante denuncia o por otra vía, deberá averiguar las circunstancias para decidir sobre el ejercicio de la acción pública. 2. La Fiscalía deberá investigar no sólo las circunstancias que sirven para la inculpación, sino también las que sirven para la exculpación, y recoger las pruebas cuya pérdida debe evitarse.

¹⁴⁴ Roxín, Claus y Schünemann, Bernd (2019). Derecho procesal penal. Traducción de la 29ª edición, Ediciones Didot, Argentina, p. 125.

¹⁴⁵ Esparza Leibar, Iñaki (2019). La responsabilidad de las personas jurídicas y el rol del *corporate compliance* en el ordenamiento francés. Un interesante ejemplo de lucha contra la corrupción. En, Tratado sobre *compliance* penal. Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas y Modelos de Organización y Gestión, Tirant lo Blanch, Valencia, p. 1410.

¹⁴⁶ Gimeno Sendra, Vicente (2012). Derecho procesal penal. Editorial Aranzadi, Pamplona, p. 239.

legalidad, y defender la legalidad democrática. 2. El Ministerio Fiscal goza de estatuto propio y autonomía en los términos de la ley.

En Venezuela, el ejercicio de la acción penal está a cargo del Ministerio Público. Así, el artículo 285 numeral 3 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela dice: 4. Ejercer en nombre del Estado la acción penal en los casos en que para intentarla o proseguirla no fuere necesaria instancia de parte, salvo las excepciones establecidas en la ley. Pero también en el art. 16.4 de la Ley Orgánica del Ministerio Público prevé que el MP puede requerir a organismos públicos o privados altamente calificados la práctica de peritajes o experticias pertinentes para el esclarecimiento de los hechos objeto de investigación, sin perjuicio de la actividad que desempeñe el Cuerpo de Investigaciones Científicas, Penales y Criminalísticas o los órganos con competencia especial y de apoyo en materia de investigaciones penales.

Como se ha podido advertir, la regulación legislativa que predomina es que el ejercicio de la acción penal en delitos de persecución pública está a cargo del Ministerio Público. De la muestra representativa se aprecia que España, a diferencia de Perú, viene a ser la excepción pues a la acción penal oficial se le adiciona la acción penal popular. No obstante, debemos agregar que el ejercicio de la acción penal y la autonomía del Ministerio Público tienen plena vigencia, lo que significa que ningún poder del Estado y ninguna organización pública que se precie respetuosa de los postulados constitucionales, puede vulnerar la potestad legítima del Ministerio Público. El amparo es absolutamente constitucional, y como anota Eugenio Zaffaroni, *el saber del derecho penal debe estar sujeto siempre a lo que informe el saber del derecho constitucional*¹⁴⁷.

2.2. Desarrollo legislativo del ejercicio de la acción penal en los delitos tributarios y aduaneros.

Un breve análisis de la evolución legislativa de los delitos tributarios y aduaneros nos muestra que estos aparecen en el Perú con la promulgación del Código Tributario de 1966. Luego, por Decreto Legislativo N° 635 del 8 de abril de 1991, se promulga el Código Penal que, en base a una gestión legislativa innovadora, incluye entre sus preceptos legales a los delitos tributarios y aduaneros. Finalmente, se extraen estos delitos a través de dos leyes especiales, el Decreto Legislativo N° 813, Ley Penal Tributaria (en adelante

¹⁴⁷ Zaffaroni, Eugenio Raúl (2005). En torno de la cuestión penal. Editorial IBdef, Montevideo-Buenos Aires, p. 121.

LPT) del 20 de abril de 1996 y la Ley N° 28008, Ley de los Delitos Aduaneros del 19 de junio de 2003.

En este apartado nos vamos a ocupar de la acción penal en los delitos tributarios y aduaneros, y su relación con el ejercicio de la acción penal en las personas jurídicas contenida en la Ley N° 30424. Así, se podrá verificar que en ambos delitos se afectó también la titularidad en el ejercicio de la acción penal al MP, aunque de forma transitoria pues nuestro legislador tomó la decisión de restituir la titularidad afectada a través del CPP de 2004, numerales 5, 6 y 7 de la Segunda Disposición Modificatoria y Derogatoria del Decreto Legislativo 957 del 29/07/2004. En efecto, proyectando que el legislador y, en su caso, el Tribunal Constitucional, consecuentes con el principio de unidad del orden jurídico, podrían evaluar la modificación del artículo 18° de la Ley N° 30424 o su inconstitucionalidad, respectivamente, analizaremos estos antecedentes que se constituyen como fuente legal de evaluación obligada para aquellos fines. Se amplía el análisis en el apartado 3.3. de este capítulo.

2.2.1. La acción penal en los delitos tributarios

Como ya se ha anotado, los delitos tributarios aparecen originariamente en el Código Tributario, el mismo que otorgaba facultades discrecionales a la Administración Tributaria para formular denuncia penal ante el Ministerio Público. Así, el artículo 192° establecía: “(...) La Administración Tributaria, de constatar hechos que presumiblemente constituyan delito tributario, o estén encaminados a éste propósito, tiene la facultad discrecional de formular denuncia penal ante el Ministerio Público, sin que sea requisito previo la culminación de la fiscalización o verificación, tramitándose en forma paralela los procedimientos penal y administrativo, y a constituirse en parte civil en el proceso respectivo (...)”¹⁴⁸.

¹⁴⁸ Decreto Legislativo N° 816 del 20 de abril de 1996. Asimismo, por Decreto Legislativo N° 953 del 4 de febrero de 2004 se estipula: Artículo 98.- De la Facultad Discrecional para Denunciar Delitos Tributarios y Aduaneros.

Sustitúyase el Artículo 192 del Código Tributario por el texto siguiente:

“Artículo 192.- Facultad Discrecional para Denunciar Delitos Tributarios y Aduaneros.

Cualquier persona puede denunciar ante la Administración Tributaria la existencia de actos que presumiblemente constituyan delitos tributarios o aduaneros.

Los funcionarios y servidores públicos de la Administración Pública que en el ejercicio de sus funciones conozcan de hechos que presumiblemente constituyan delitos tributarios o delitos aduaneros, están obligados a informar de su existencia a su superior jerárquico por escrito, bajo responsabilidad.

La Administración Tributaria, de constatar hechos que presumiblemente constituyan delito tributario o delito de defraudación de rentas de aduanas; o estén encaminados a dichos propósitos, tiene la facultad

Frente a estas facultades discrecionales administrativas, se ha afirmado críticamente que en el Perú, el Ministerio Público es la única entidad que puede presentar una denuncia penal y su exclusividad ha sido limitada en los delitos tributarios, porque sólo puede ejercerla a pedido de la Administración Tributaria; de modo tal que, en la práctica y por transitividad, la acción penal la ejerce la Administración Tributaria¹⁴⁹. Asimismo, se ha dicho que en el artículo 192° se consagra el monopolio de la SUNAT para denunciar o no, a su discreción el delito tributario ante el Ministerio Público. Es decir, se consagra la “facultad discrecionalidad absoluta”. Nadie garantiza que mañana se haga uso arbitrario de facultades inconstitucionales; o se derive su accionar con fines políticos, puesto que depende del Poder Ejecutivo¹⁵⁰.

En efecto, si seguimos revisando los antecedentes legislativos y doctrinarios sobre los delitos tributarios vamos a encontrar que el Código penal de 1991 –en su versión original– los preveía en el Título XI: Delitos Tributarios; Capítulo II: Defraudación Fiscal; Sección II: Defraudación Tributaria. Cabe señalar que la Exposición de Motivos de dicho código expresa: “Los Delitos Tributarios constituyen otra innovación que presenta el nuevo texto punitivo. Constitucionalmente todos los ciudadanos tienen el deber de pagar los tributos que les corresponden y de soportar equitativamente las cargas establecidas por la ley para el sostenimiento de los servicios públicos”.

Ahora bien, en lo que respecta a la acción penal, el artículo 270° estipulaba que “no procede la acción penal si el agente paga el tributo dentro de los diez días siguientes a la

discrecional de formular denuncia penal ante el Ministerio Público, sin que sea requisito previo la culminación de la fiscalización o verificación, tramitándose en forma paralela los procedimientos penal y administrativo. En tal supuesto, de ser el caso, emitirá Resoluciones de Determinación, Resoluciones de Multa, Órdenes de Pago o los documentos aduaneros respectivos que correspondan, como consecuencia de la verificación o fiscalización, en un plazo que no exceda de noventa (90) días de la fecha de notificación del Auto de Apertura de Instrucción a la Administración Tributaria. En caso de incumplimiento el Juez Penal podrá disponer la suspensión del procedimiento penal, sin perjuicio de la responsabilidad a que hubiera lugar.

En caso de iniciarse el proceso penal, el Juez y/o Presidente de la Sala Superior competente dispondrá, bajo responsabilidad, la notificación al Órgano Administrador del Tributo, de todas las resoluciones judiciales, informe de peritos, Dictamen del Ministerio Público e informe del Juez que se emitan durante la tramitación de dicho proceso.

En los procesos penales por delitos tributarios, aduaneros o delitos conexos, se considerará parte agraviada a la Administración Tributaria, quien podrá constituirse en parte civil”.

¹⁴⁹ Luna-Victoria León, César (1998). Criminalización de las infracciones tributarias – El delito tributario.

Revista del Instituto Peruano de Derecho Tributario, Nº 34, Lima, p. 23.

¹⁵⁰ Flores Polo, Pedro (1996). Delitos económicos y delitos tributarios, Lima, p. 38 y ss.
http://www.ipdt.org/uploads/docs/03_Rev31_PFP.pdf (Fecha de consulta: 30 de abril de 2020)

fecha en que conoce el requerimiento de la autoridad administrativa correspondiente”¹⁵¹. Es decir, el dispositivo legal se identificaba con la finalidad recaudadora del tributo.

Luego, por Decreto Legislativo N° 813, se promulga la Ley Penal Tributaria (LPT), del 20 de abril de 1996. A partir de esta ley, los preceptos penales y procesales penales previstos en el Código Tributario y en el Código Penal pasan a formar parte de la Ley Penal Tributaria, que sobre la acción penal establecía:

“Artículo 7º.- El Ministerio Público, en los casos de delito tributario, podrá ejercitar la acción penal sólo a petición de parte agraviada. A efecto se considera parte agraviada al Órgano Administrador del Tributo”.

Atendiendo al dispositivo acabado de citar, no puede dejarse de anotar que en la Exposición de Motivos de la LPT se exponen las razones por las que se otorga la facultad exclusiva a los órganos administradores del tributo para denunciar ante el Ministerio Público por delito tributario, centrándose en la especialización de sus funciones y en la información reservada que poseen. Además, no debe perderse de vista que de la lectura del artículo 7 de la LPT originaria se desprende que la SUNAT se convierte en persecutor del delito tributario. Así, San Martín¹⁵² anota que la LPT excluye el ejercicio público de la acción penal y, por consiguiente, hace del delito tributario únicamente perseguible a instancia de la Administración.

Por último, el numeral “5” de la Segunda Disposición Modificatoria y Derogatoria del Decreto Legislativo N° 957 (29/07/2004), Nuevo Código Procesal Penal, modifica los artículos 7 y 8 de la LPT conforme a los textos siguientes:

Art. 7: Requisito de procedibilidad. 1. El Ministerio Público, en los casos de delito tributario, dispondrá la formalización de la Investigación Preparatoria previo informe motivado del Órgano Administrador del Tributo. 2. Las Diligencias Preliminares y, cuando lo considere necesario el Juez o el Fiscal en su caso, los demás actos de la Instrucción o Investigación Preparatoria, deben contar con la participación especializada del Órgano Administrador del Tributo.

Artículo 8º. Investigación y promoción de la acción penal. 1. El Órgano Administrador del Tributo cuando, en el curso de sus actuaciones administrativas, considere que existen

¹⁵¹ Artículo derogado por el artículo 2 del Decreto Ley N° 25495 del 14 de mayo de 1992.

¹⁵² San Martín Castro, César (1997). La persecución del delito tributario. Derecho y Sociedad N° 12, PUCP, Lima, p. 35.

indicios de la comisión de un delito tributario, inmediatamente lo comunicará al Ministerio Público, sin perjuicio de continuar con el procedimiento que corresponda. 2. El Fiscal, recibida la comunicación, en coordinación con el Órgano Administrador del Tributo, dispondrá lo conveniente. En todo caso, podrá ordenar la ejecución de determinadas diligencias a la Administración o realizarlas por sí mismo. En cualquier momento, podrá ordenar al Órgano Administrador del Tributo le remita las actuaciones en el estado en que se encuentran y realizar por sí mismo o por la Policía las demás investigaciones a que hubiere lugar.

A partir de estas modificaciones legislativas y de las posturas críticas de la academia indicadas *supra*, se reivindica al Ministerio Público la misión constitucional y legal del ejercicio de la acción penal en la persecución de los delitos tributarios. La resultante de esta medida progresista, que ahora goza de legitimidad, se afirma con el Acuerdo Plenario 02-2009 que en el F. 12 establece. “El delito tributario desde la reforma de la LPT por el NCPP –en especial del artículo 8-, es un delito de persecución pública a cargo del Ministerio Público, aunque con la necesaria intervención de la autoridad administrativa tributaria”.

2.2.2. La acción penal en los delitos aduaneros

Ciertamente, el fiscal ejerce la titularidad de la acción penal en los delitos de persecución pública y dirige la investigación del delito en representación del Ministerio Público. Aquella prerrogativa constitucional y legal no admite, en principio, la prevalencia del principio dispositivo sino el principio de oficialidad y legalidad procesal. En ese sentido, el denominador común es que en el fiscal recae el ejercicio público de la acción penal. No obstante, en los delitos aduaneros al igual que los delitos tributarios, hubo un proceso legislativo muy particular caracterizado por la intermitencia respecto a la titularidad de la acción penal por el Ministerio Público. Así, en un tiempo se le reconoció la dirección de la investigación y la titularidad de la acción penal, en otro se le recortó esta prerrogativa; y, finalmente se le devolvieron dichas facultades constitucionales y legales para el ejercicio de la acción penal en los delitos aduaneros. Veamos.

2.2.2.1. Reconocimiento de la titularidad de la acción penal: Un aspecto central que se debe destacar es que en el numeral 5 del artículo 250° de la Constitución Política del Perú, sancionada y promulgada por la Asamblea Constituyente el 12 de julio de 1979, se reconoce que el Ministerio Público es autónomo y promueve la acción penal de oficio o a petición de parte. La consecuencia legal coherente que sigue al acertado fundamento

político-constitucional de reconocimiento de la titularidad de la acción penal por el Ministerio Público, es la promulgación de la Ley N° 24939, Ley de los delitos de contrabando y defraudación de rentas de aduana, del 17 de noviembre de 1988, que establecía lo siguiente:

“Art. 11: Los delitos de contrabando y defraudación de aduana son perseguibles de oficio y de comisión inmediata. Procede acción popular para denunciarlos”.

“Art. 22: Recibidas las mercancías y demás efectos decomisados por las autoridades competentes, el Administrador de la Aduana procederá en el término de 48 horas al avalúo y aforo establecidos, cuyos resultados comunicará de inmediato al fiscal de turno para que proceda a la denuncia pertinente”.

Luego, y al margen de que el Código penal de 1991 no prevé disposición sobre la acción penal, se promulga la Ley N° 26461, Ley de los delitos aduaneros del 2 de junio de 1995, en la cual se reconoce la dirección de la investigación de estos delitos al Ministerio Público:

“Artículo 23°.- Corresponde al Ministerio Público dirigir la investigación de los delitos a que se refiere la presente ley con el apoyo de las autoridades competentes. Las denuncias o intervenciones de oficio serán puestas en el día, en conocimiento del Ministerio Público bajo responsabilidad. Los delitos tipificados en esta Ley son perseguibles de oficio”.

Es decir, con la Ley N° 24939 de 1988 y Ley N° 26461 de 1995 que regulan los delitos aduaneros que fueron promulgadas antes y después de la Constitución Política del Perú de 1993, respectivamente, se mantiene incólume el reconocimiento legislativo de otorgar la natural responsabilidad del ejercicio de la acción penal al Ministerio Público.

2.2.2.2. Reducción de la titularidad de la acción penal: El segundo momento que comprende el análisis hace referencia a la afectación de las facultades legítimas otorgadas al Ministerio Público desde la Constitución. Así, se limita el ejercicio de la acción penal al Ministerio Público pues su función persecutoria del delito se vería reducida al requerirse ineludiblemente de una previa petición de la Administración Aduanera. En efecto, las dificultades se concretan en la Ley N° 28008, Ley de los delitos aduaneros, del 19 de junio del 2003, que sobre la acción penal establece lo siguiente:

Artículo 19°.- Competencia del Ministerio Público. Corresponde al Ministerio Público dirigir la investigación de los delitos a que se refiere la presente Ley con el apoyo de las autoridades competentes. Toda intervención efectuada por la Policía Nacional será puesta en conocimiento del Ministerio Público, bajo responsabilidad. La intervención policial en situaciones excepcionales se rige por lo dispuesto en la Ley N° 27934. Los delitos aduaneros son perseguibles de oficio. En el caso de los artículos 4° y 5° de la presente Ley, el Ministerio Público ejercerá la acción penal a petición de la Administración Aduanera.

Se puede apreciar que la Ley N° 28008 introduce una limitación en el ejercicio de la acción penal al Ministerio Público, quien solo procederá si y sólo si hay una petición de la Administración aduanera. Indudablemente, otorgar prerrogativas en la calificación decisoria de la acción penal a la autoridad aduanera, trae como consecuencia que el criterio de la administración prevalezca frente al criterio del fiscal, lo que resulta un grave recorte al rol persecutor del delito por el Ministerio Público.

2.2.2.3. Restitución de la titularidad de la acción penal: Afortunadamente, mediante Decreto Legislativo N° 957, CPP de 2004, modifica la Ley N° 28008, conforme aparece del dispositivo legal siguiente:

“Art. 19°.- Competencia del Ministerio Público. Los delitos aduaneros son perseguibles de oficio. Cuando en el curso de sus actuaciones la Administración Aduanera considere que existen indicios de la comisión de un delito, inmediatamente comunicará al Ministerio Público, sin perjuicio de continuar el procedimiento que corresponda”.

La reforma de la justicia penal en la línea política de búsqueda de eficacia, celeridad y respeto al modelo de Estado democrático, restituyó la garantía de plena titularidad de la acción penal al Ministerio Público. En términos generales, Sánchez Velarde afirma que *“esta titularidad es exclusiva del Ministerio Público, de tal manera que la acción penal en su ejercicio público está a cargo del fiscal y no de otra autoridad o persona que pueda ejercerla”*¹⁵³. Así, se concreta el saneamiento legislativo de la acción penal en los delitos aduaneros al igual que ocurrió con los delitos tributarios.

Del análisis y evaluación de la legislación antes indicada, se aprecia que en los delitos tributarios y aduaneros ha sido una característica especial y transitoria la aplicación del

¹⁵³ Sánchez Velarde, Pablo (2020). El proceso penal. Editorial Iustitia S.A.C., Lima, p. 100.

criterio discrecional de la Administración Tributaria y Aduanera, así como el requisito de procedibilidad de la denuncia para decidir el ejercicio de la acción penal en esta clase de delitos. Como se ha advertido, antes de la modificatoria del Decreto Legislativo N° 813, Ley Penal Tributaria; y, de la Ley N° 28008, Ley de los Delitos Aduaneros, la persecución de delitos a los que hacen referencia ambas leyes estaba a cargo de la Administración Tributaria y Aduanera; situación incompatible con la Constitución que fue salvada por el Código Procesal Penal de 2004 conforme a los numerales 5, 6 y 7 de la Segunda Disposición Modificatoria y Derogatoria del Decreto Legislativo N° 957 del 29 de julio del 2004.

Con esta impecable decisión político-criminal se restablece la ineliminable titularidad del ejercicio de la acción al Ministerio Público¹⁵⁴. En consecuencia, cuando se trata de delitos de acción pública -como los delitos tributarios y aduaneros- que vulneran bienes jurídicos de titularidad estatal, no se justifica que la decisión de la administración vincule en lo más mínimo la libertad del fiscal en el ejercicio de la acción penal, “somos partidarios de que se adopte en esta materia el régimen general de los delitos de acción pública”¹⁵⁵. Ciertamente, la estrategia política del legislador no tuvo en cuenta criterios de técnica legislativa como que los delitos aduaneros “afectan bienes jurídicos de titularidad estatal”¹⁵⁶ y que respecto a las funciones naturales del Ministerio Público, se debe tener

¹⁵⁴ Conviene anotar que, el tercer y cuarto párrafo del artículo 192 del Texto Único Ordenado del Código Tributario fueron modificados por el Decreto Legislativo N° 1113 del 5 de julio de 2012 –encontrándose vigentes- conforme al siguiente texto:

“Artículo 192º.- Comunicación de indicios de delito tributario y/o aduanero.

(...) La Administración Tributaria, cuando en el curso de sus actuaciones administrativas, considere que existen indicios de la comisión de delito tributario y/o aduanero, o estén encaminados a dicho propósito, lo comunicará al Ministerio Público, sin que sea requisito previo la culminación de la fiscalización o verificación, tramitándose en forma paralela los procedimientos penal y administrativo. En tal supuesto, de ser el caso, emitirá la Resolución de Determinación, Resoluciones de Multa, Órdenes de Pago o los documentos aduaneros respectivos que correspondan, como consecuencia de la verificación o fiscalización, en un plazo que no exceda de noventa (90) días de la fecha de notificación de la Formalización de la Investigación Preparatoria o del Auto de Apertura de Instrucción a la Administración Tributaria. En caso de incumplimiento, el Fiscal o el Juez Penal podrá disponer la suspensión del proceso penal, sin perjuicio de la responsabilidad a que hubiera lugar.

En caso de iniciarse el proceso penal, el Fiscal, el Juez o el Presidente de la Sala Superior competente dispondrá, bajo responsabilidad, la notificación al Órgano Administrador del Tributo, de todas las disposiciones fiscales, resoluciones judiciales, informe de peritos, dictámenes del Ministerio Público e Informe del Juez que se emitan durante la tramitación de dicho proceso (...).”

¹⁵⁵ Oliver Calderón, Guillermo (2010). Aspectos procesales del contrabando propio e impropio. En, Delitos aduaneros: Luis Rodríguez Collao y María Magdalena Ossandón Widow. Editorial Jurídica de Chile, p.260.

¹⁵⁶ *Ibidem*, p. 260.

en cuenta que en los países “es común el otorgarle como cometido específico, el del ejercicio de la acción penal en nombre del Estado”¹⁵⁷.

En definitiva, en los delitos tributarios la Administración Tributaria tenía la facultad discrecional para decidir si formular o no denuncia ante el MP. Es decir, el MP solo podía ejercitar la acción penal a petición de la Administración Tributaria. Ahora bien, aun cuando la exposición de motivos de la Ley Penal Tributaria pone el acento en la especialidad de las respectivas administraciones, lo cierto es que, como consideran Yon Ruesta y Sánchez-Málaga, “*el Ministerio Público como titular de la acción penal, mediante fiscalías especializadas, sin la barrera de una denuncia previa de la Sunat, sea quien evalúe si nos encontramos ante un delito fiscal que merece una investigación y persecución penal*”¹⁵⁸.

Algo similar sucedía con los delitos aduaneros pues el art. 19 de la Ley de los Delitos Aduaneros N° 28008 establecía que el MP ejercitará la acción penal a petición de la Administración Aduanera. En suma, y centrándonos en el momento actual, es verdad que en los delitos tributarios y aduaneros la especialidad recae en la Administración Tributaria y que ésta sería la entidad indicada para elaborar los informes técnicos especializados, pero también es verdad que el ejercicio de la acción penal, por mandato constitucional, corresponde al MP.

3. El informe técnico de la SMV como factor vinculante para el Ministerio Público

El artículo 18 de la Ley N° 30424 establece que: “*El fiscal para formalizar la investigación preparatoria debe contar con un informe técnico de la Superintendencia del Mercado de Valores –SMV- que analice la implementación y funcionamiento del modelo de prevención, que tiene valor probatorio de pericia institucional*”. De la disposición legal acotada se desprenden tres variables relacionadas con el informe técnico de la SMV, a saber: 1) calidad de pericia institucional; 2) requisito de procedibilidad; y, 3) alternativas de valoración que posee el Ministerio Público frente al informe técnico no adecuado. Son estas tres variables a través de las cuales trataremos de desentrañar el

¹⁵⁷ Fuentes Soriano, Olga (2005). La investigación por el fiscal en el proceso penal abreviado y en los juicios rápidos. Perspectivas de futuro. Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 275-276.

¹⁵⁸ Yon Ruesta, Róger / Sánchez-Málaga Carrillo, Armando (2013). Análisis crítico de la política criminal y del tipo de injusto del delito fiscal en el Perú. Themis 64 – Revista de Derecho, p. 238.

carácter jurídicamente vinculante del informe técnico de la SMV como requisito *sine quanon* para la formalización de la investigación preparatoria por el Ministerio Público.

3.1. Informe técnico con calidad de pericia institucional

En el ámbito pericial podemos identificar tres tipos de pericias: pericias oficiales, pericias de parte y pericias institucionales. Estas últimas -a las que aquí vamos a poner énfasis- son “aquellas elaboradas por órganos públicos como consecuencia de su propia misión institucional”¹⁵⁹. Las pericias institucionales tienen un tratamiento especial en el Acuerdo Plenario N° 2-2007/CJ-116 y en la incorporación del artículo 201-A del CPP 2004. Desde esta perspectiva de pericias institucionales, se plantea como fundamento de base la preconstitución de la prueba. Así, en la doctrina se afirma que los informes técnicos especializados que tienen valor de pericia institucional “son aquellos que reciben un tratamiento procedimental de prueba preconstituida”¹⁶⁰. La idea en que la doctrina es unánime es que la prueba preconstituida es el conjunto de las actuaciones iniciales de la investigación, que serán aportadas luego para que se debatan en el juicio oral mediante las actas que registren su realización. Se remarca desde esta orilla que se llama así a la prueba “irrepetible” en la audiencia de juzgamiento¹⁶¹.

Ahora bien, conforme a nuestra legislación procesal se tiene que el artículo 325 del CPP de 2004, establece que para los efectos de la sentencia tienen carácter de acto de prueba las actuaciones objetivas e irreproducibles cuya lectura en el juicio oral autoriza este Código. Es evidente que el legislador nacional se está refiriendo, en este extremo, a los informes especiales a los que alude el A. P. 2-2007 y a la denominada prueba preconstituida, pues la objetividad e irreproducibilidad del hecho que se prevé en la norma procesal son características de ésta. Nótese que en nuestra legislación procesal

¹⁵⁹ San Martín Castro, César (2015). Derecho procesal penal. Lecciones, Inpeccp, Lima, p. 537.

¹⁶⁰ Así: Herrera Guerrero, Mercedes (2015). La prueba en el proceso penal, Instituto Pacífico, Lima, p. 42. A su turno, Planchadell Gargallo se remite al artículo 15, literal “f” de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Control y Contraloría General de la República, que prescribe: “Emitir, como resultado de las acciones de control efectuadas, los Informes respectivos con el debido sustento técnico y legal, constituyendo prueba pre-constituida para el inicio de las acciones administrativas y/o legales que sean recomendadas en dichos informes. En el caso de que los informes generados de una acción de control cuenten con la participación del Ministerio Público y/o la Policía Nacional, no corresponderá abrir investigación policial o indagatoria previa, así como solicitar u ordenar de oficio la actuación de pericias contables”. Planchadell Gargallo, Andrea (2015). El valor probatorio del informe técnico de la Contraloría General de la República, Instituto Pacífico, Actualidad Penal, Volumen 7, Lima, p. 49.

¹⁶¹ Chinchay Castillo, Alcides Mario y Ramos Dávila, Liza (2015). La Ley N° 30214. Elucidación sobre la prueba preconstituida. Instituto Pacífico, Actualidad Penal, Volumen 17, Lima, p. 249.

relacionada con el Derecho penal económico y de la función pública, los informes especiales que tienen la categoría de pericia institucional y como tales reciben la calificación de pruebas preconstituidas son¹⁶²:

DELITOS	LEY	INFORME T
Cohecho activo transnacional y otros	Ley N° 30424	SMV
Tributarios	D. Leg. N° 813	SUNAT
Aduaneros	Ley N° 28008	SUNAT
Contra la Administración Pública	CPP 2004 Art. 201-A	CGR

La emisión del informe técnico con calidad de pericia institucional debe estar a cargo de una entidad calificada y especializada en programas de prevención. No tenemos duda que la SUNAT es una entidad calificada y especializada en delitos tributarios y aduaneros; tampoco que la Contraloría General de la República –CGR- lo es en delitos cometidos por funcionarios públicos contra la Administración Pública; menos aún que la Unidad de Inteligencia Financiera –UIF- y la Superintendencia de Banca y Seguros –SBS- lo sean en lavado de activos y financiamiento del terrorismo; sin embargo, no consideramos lo mismo de la SMV pues si bien sería una entidad calificada y especializada, por ejemplo, en delitos financieros, no posee la experticia suficiente en delitos contra la Administración Pública. Por plausible que sea el reconocimiento de la SMV, como organismo técnico especializado en sus especiales funciones de protección, regulación, supervisión y promoción del mercado de valores, existen en la doctrina varios reparos en cuanto a las facultades legales y reglamentarias otorgadas para la encargatura de la emisión del informe técnico en delitos de corrupción.

Según la concepción de Caro, se critica la “nula experiencia y competencia material de la SMV para intervenir, opinar o tener injerencia en materia de cumplimiento normativo, frente a fenómenos delictivos tan complejos como la corrupción o el lavado de activos”¹⁶³. De dicha postura se deduce con meridiana claridad que no se considera acertada la participación de la SMV, pues en realidad, la relativa falta de experiencia y

¹⁶² Dentro de las instituciones públicas que por mandato legal emiten informes técnicos se incluye a la SMV en casos de delitos financieros previstos en el CP; sin embargo, como aquellos se encuentran en conexión con los informes que constituyen requisito de procedibilidad serán tratados en el apartado 3.2.

¹⁶³ Caro Coria, Carlos Dino (2019). Sobre el nuevo Reglamento de la Ley 30424 de responsabilidad “administrativa” (penal) de la persona jurídica. Legis.pe. <https://lpderecho.pe/>

competencia material de la SMV traería como lógica consecuencia, calificaciones incorrectas de los modelos de prevención. Veamos. De la búsqueda de informes relevantes que contuvieran aspectos relacionados con la intervención de la SMV encontramos el de GAFILAT (2019) – Informe de Evaluación Mutua de Cuarta Ronda del Perú. Precisamente, la labor de la SMV en la identificación de los Sujetos Obligados (SO) que presentan una mayor exposición de riesgo de lavado de activos y financiamiento del terrorismo, se va a apreciar en la siguiente tabla:

Tabla 38: Vistas de inspección SMV por tipo de entidad (2014- junio 2018)

	2015	2016	2017	2018	Total
Agentes de Intermediación	10	10	15	6	41
SAF/SAFM – Fondos Mutuos	3		1	2	6
SAFI – Fondos de inversión	5	7	2	1	15
E AFC – Fondos colectivos		4	4		8
Otros	2	2	2	1	7
Total	20	23	24	10	77

La tabla que se acaba de exponer, muestra que entre 2014 a 2018 la SMV solo efectuó, en promedio, 19 supervisiones anuales. Así, GAFILAT en el punto 289 del informe observa: “*A pesar de observarse la existencia de procedimientos de supervisión por la SMV, debe notarse que la supervisión se enfoca a controles de aspecto formal, y no comprenden la verificación de la implementación por parte de los IF de la adecuada aplicación de un EBR*”¹⁶⁴. La conclusión a la que se puede llegar es que, la SMV no habría contado con la capacidad instalada y operativa para una eficaz intervención, pues se demuestra que se ha limitado a una labor de control y supervisión meramente formal en delitos de lavado de activos y financiamiento del terrorismo.

Ahora, si revisamos las estadísticas del Ministerio Público podemos apreciar que de Enero – Noviembre 2019 ingresaron a las Fiscalías Provinciales Especializadas en Delitos de Lavado de Activos y Pérdida de Dominio 1085 casos, y en las Fiscalías Provinciales

¹⁶⁴ GAFILAT (2019) - Informe de Evaluación Mutua de Cuarta Ronda del Perú, p. 93. Este informe proporciona un resumen de las medidas Anti Lavado de Activos/Contra el Financiamiento al Terrorismo (ALA/CFT) existentes en la República del Perú a la fecha de la visita in situ, que tuvo lugar del 21 de mayo al 1 de junio de 2018. Analiza el nivel de cumplimiento de las 40 Recomendaciones del GAFI y el nivel de efectividad del sistema ALA/CFT de Perú, y ofrece recomendaciones sobre cómo se puede fortalecer el sistema.

Especializadas en Delitos de Corrupción de Funcionarios 12603 casos¹⁶⁵. Ciertamente, en la carga procesal indicada predominan los casos cometidos por personas naturales; no obstante, a través de una regla de tres se puede inferir que los delitos de lavado de activos constituyen solo el 8 % de los delitos de corrupción. Si esto es así, podemos afirmar que la carga procesal de la SMV, con la asignación de verificación de modelos de prevención en lavado de activos, va a verse incrementada en su carga procesal, y el incremento será mayor cuando asuma todos los delitos que prevé la Ley N° 30424.

En otras palabras, si con 19 supervisiones anuales en lavado de activos y financiamiento del terrorismo, la SMV cumplió solo con controles meramente formales ¿qué se puede esperar cuando el MP le solicite informes técnicos sobre la idoneidad de modelos de prevención por todos los delitos que prevé la Ley N° 30424? Entonces, es necesario prevenir los graves problemas en los indicadores de desempeño y gestión que se generará por la sobrecarga procesal que asuma la SMV en la elaboración de los informes técnicos y en la calificación de los modelos de prevención de la Ley N° 30424. No contar con capacidad instalada y operativa (experiencia y conocimiento de las complejidades de la corrupción y de los sectores empresariales) son algunos puntos frágiles de la SMV.

Además, en el tiempo, el catálogo de delitos no se limitará a los que rigen actualmente, la tendencia anuncia una progresiva ampliación. Es decir, es probable que a la lista se sumen otros delitos como por ejemplo la estafa, informáticos, delitos contra el medio ambiente, etc. Y aquí nos planteamos la siguiente pregunta: ¿La SMV estará calificada para verificar también los modelos de prevención en delitos de estafa y contra el medio ambiente? Creemos que no. Hay otras organizaciones especializadas que pueden ejercer mejor esa función. Partimos de la base de que el objetivo estratégico del sistema judicial es crear valor público; en esa línea, los responsables políticos deben comprender y enfrentar el riesgo y las vulnerabilidades con una actuación de prevención temprana, porque no hay mejor política de gestión que la que tiene como base una toma de decisiones *ex ante*. Por esta razón, sería preferible que el MP, previa autorización legal, identifique y convoque directamente a las instituciones especializadas y calificadas para que elaboren los informes técnicos de los modelos de prevención en cada delito o caso particular.

¹⁶⁵ Boletín Estadístico del Ministerio Público (Noviembre, 2019) - Fiscalía de la Nación, Oficina de Estadística, p. 43.

Téngase en cuenta, no obstante, que si bien nadie discute que la SMV está mejor posicionada para supervisar y calificar los modelos de prevención de las bolsas de valores, agentes de intermediación, empresas clasificadoras de riesgos, sociedades administradoras de fondos de inversión, empresas administradoras de fondos colectivos, etc., también lo es que no se pueden ocultar las dificultades que tendría para verificar la implementación y el funcionamiento de los modelos de prevención por la complejidad de los delitos de corrupción.

No deja de tener razón la máxima autoridad ejecutiva de la SMV cuando con objetividad opina que: “lo más lógico hubiera sido que la SMV solo se encargue de las empresas bajo su supervisión”¹⁶⁶. Por lo que, las facultades legales otorgadas a la SMV para emitir los informes técnicos, solo para las empresas que actualmente supervisa, sería una acertada política de mejora. En definitiva, no postulamos una única institución *erga omnes* que sea el referente para calificar los modelos de prevención para todos los delitos de la Ley N° 30424, lo que postulamos es otorgar *discrecionalidad limitada* al Ministerio Público, para que designe a la institución pública especializada encargada de verificar la idoneidad o no de los modelos de prevención en cada caso o delito en particular.

Por otra parte, y con respecto al valor de pericia institucional del informe técnico y a la vigencia del principio de contradicción, cabe hacer un análisis comparativo para lo cual nos remitirnos al Fundamento 7 del Acuerdo Plenario 2-2007, en el extremo de la Contraloría General de la República –cuando emite los denominados “Informes Especiales”- en el que se sostiene que las pericias con valor institucional “gozan de una *presunción iuris tantum* de imparcialidad, objetividad y solvencia”.

Así, en los fundamentos 8 y 9 se expone que es una regla el respeto al principio de contradicción para cualquier medio de prueba, inclusive para los informes de Contraloría. En ese sentido, el texto del Fundamento 9 es el siguiente:

9. Lo expuesto precedentemente no significa que las partes no tienen derecho a solicitar la presencia de los peritos para el examen correspondiente. Sólo se tiene en cuenta (1) las características de la prueba pericial –con especial referencia cuando se trata de pericias institucionales o emitidas por órganos oficiales-, y (2) que los principios han de acomodarse a la realidad social –la presencia ineludible de los peritos que la elaboran

¹⁶⁶ Gestión (2017) Todas las empresas deberán tomar medidas para prevenir corrupción. Omar Manrique. <https://gestion.pe/economia/empresas-deberan-medidas-prevenir-corrupcion-223626-noticia/>

impediría la eficacia de la función pericial de esos organismos pues se dedicarían a concurrir a cuanto órgano judicial los cite con mengua efectiva a su labor de auxilio a la justicia-, ello sin perjuicio de reconocer que la actividad impugnativa de la defensa puede cuestionar o atacar el aspecto fáctico –falsedad- o el aspecto técnico –inexactitud- del informe pericial. Para lo primero, sin duda, es indispensable la concurrencia de los peritos, pero para lo segundo, basta el análisis integral del dictamen pericial y, en su caso, su refutación mediante pericia de parte.

En efecto, también el informe técnico de la SMV tiene valor probatorio de pericia institucional; es decir, así como en los informes técnicos de la Contraloría el principio de contradicción mantiene su vigencia, en los informes técnicos de la SMV también tendrá que actuarse de modo similar. No obstante, aplicando el principio de “toda regla tiene su excepción” cabe concluir que la excepción se dará cuando no concurren al juicio oral los peritos que elaboraron el informe ante el órgano jurisdiccional.

Parece que la calidad de pericia institucional tiene que ver con que la responsabilidad recae en la SMV como institución, sea uno, dos o cinco peritos los que intervengan en su elaboración. Es distinta la no calidad de institucional en la que se designan dos peritos buscando la coincidencia de opinión o las discrepancias de las mismas. Surge aquí un problema relacionado con el garantismo, cuando nos preguntamos quién va a juicio por el principio de contradicción.

Como se trata de una pericia institucional tendrá que ir el perito que designe la SMV incluso aquel o aquellos que no participaron en la elaboración del informe técnico gracias a la calidad de pericia “institucional” de aquel. Ahora, ¿la defensa podrá cuestionarlo? Sí. El abogado defensor en su estrategia de defensa puede o debe solicitar la práctica de una pericia complementaria o una de parte que corra paralela o inmediatamente a la pericia de la SMV con la finalidad de introducirla en el juicio oral con la garantía máxima de contradicción y darle un mayor valor probatorio.

3.2. Informe técnico como requisito de procedibilidad

Conforme prevé la Ley N° 30424, el informe técnico de la SMV constituye un requisito de procedibilidad que obliga al fiscal a requerirlo para formalizar la investigación preparatoria contra las personas jurídicas. El legislador asume que la compleja estructura de las personas jurídicas hace imprescindible la emisión del informe técnico, razón por la cual lo eleva a la categoría de requisito de procedibilidad. Y es que con el informe técnico

se apunta a probar la eficacia de los modelos de prevención, lo que trae como consecuencia la eximente o atenuante a favor de las personas jurídicas.

Entonces, ¿qué son los requisitos de procedibilidad? Son aquellas causas que condicionan el ejercicio de la acción penal y sin cuya presencia no es posible promover o proseguir la acción¹⁶⁷. No deben confundirse estos impedimentos con la irregularidad procesal. Sin embargo, su inobservancia producirá nulidad de lo actuado (invalidez) precisamente por haberse actuado sin poder perseguir o decidir. Las normas que prevén estos impedimentos y sus efectos están en distintos cuerpos legales, o sea también en normas no penales¹⁶⁸. Por consiguiente, los requisitos de procedibilidad son circunstancias procedimentales especiales e imprescindibles que poseen base legal explícita y cuyo incumplimiento impide el ejercicio de la acción penal.

Es fundamental tener presente, en lo que concierne a la promoción de la acción penal, la evidente estrecha vinculación del requisito de procedibilidad con el medio técnico de defensa denominado cuestión previa. Como anota San Martín, la cuestión previa controla el debido cumplimiento de las condiciones legalmente previstas, para una correcta iniciación del proceso penal¹⁶⁹. Aquellas condiciones legalmente previstas son precisamente los presupuestos o requisitos de procedibilidad que se exigen para promover la acción penal. Ahora, si se cumple con el requisito de procedibilidad y concurren los demás requisitos exigidos por el artículo 336, numeral 1 del CPP de 2004, el fiscal dispondrá la formalización de la investigación preparatoria.

En efecto, la cuestión previa es un medio técnico de defensa que para promover la acción penal exige que se haya obviado un requisito de procedibilidad explícitamente previsto en la ley. La referencia apunta a una ley penal, procesal penal, extrapenal o a un Decreto legislativo, que al establecer un requisito formal que el fiscal omite, obstaculiza o impide el ejercicio de la acción penal. Un aspecto importante que suscita nuestra atención es que la cuestión previa al atacar cuestiones de derecho formales no solo impide el ejercicio de la acción penal, sino que su inobservancia trasciende a la nulidad del proceso penal en trámite, lo que genera como consecuencia que se tenga por no iniciada la investigación

¹⁶⁷ Así los define Villagaray Hurtado (1981), citado por Nakasaki Servigón, César (2017). El Derecho penal y procesal penal desde la perspectiva del abogado penalista litigante. Gaceta Jurídica, Lima, p. 423.

¹⁶⁸ Clariá Olmedo, Jorge A. (2004). Derecho procesal penal. Tomo I. Rubinzal – Culzoni Editores, Buenos Aires-Argentina, p. 173.

¹⁶⁹ San Martín Castro, César (2015). Derecho procesal penal. Lecciones. Instituto Peruano de Criminología y Ciencias Penales – Inpeccp, Lima, p. 275.

preparatoria de conformidad al artículo 4° del Código Procesal Penal del 2004. Con ello se procura preservar las seguridades de un debido proceso rodeado de las garantías que contiene el programa normativo procesal penal.

Ahora bien, como hemos anotado en el introito de este párrafo, el informe técnico de la SMV es un requisito de procedibilidad en razón al texto de la Octava Disposición Complementaria y Final que prescribe: “*Dispóngase que la SMV está facultada para emitir el informe técnico con calidad de pericia institucional, y que constituye un requisito de procedibilidad para la formalización de la investigación (...)*”. Es preciso señalar que la facultad que aquí recae en la SMV no es única pues en nuestro sistema jurídico-penal se pueden identificar otras instituciones públicas que también emiten informes técnicos con categoría de requisito de procedibilidad. Así, en el CP y en las leyes especiales existe un grupo de delitos económicos en los cuales se prevé la utilización de informes técnicos, como se puede apreciar en el siguiente gráfico:

DELITOS	DISPOSITIVO LEGAL	INFORME TÉCNICO
Quiebra fraudulenta	Artículo 209 CP	INDECOPI
Contra los derechos intelectuales	Artículos del 216 al 225 CP.- 1ra Disp. Final, D. Leg. 822	INDECOPI
Financieros	Artículos 245-A, 251-A y 251-B del CP	SMV (Antes la SBS)
Tributarios	D. Leg. N° 803	SUNAT

Pues bien, en nuestro ordenamiento jurídico-penal se pueden diferenciar los informes técnicos en estricto y los que tienen nivel de *pericia institucional*. La mención del catálogo de delitos que requieren informes técnicos como requisitos de procedibilidad cobra especial relevancia cuando apreciamos que ninguno de los informes técnicos que acabamos de enunciar –y que aparecen en el gráfico indicado *supra*- tiene categoría de pericia institucional como sí lo tiene el informe técnico que emite la SMV. Ciertamente, la exigencia especial de todos los informes técnicos, tienen base normativa de segundo orden: la Ley. No obstante, planteamos la siguiente interrogante: ¿Qué es lo que busca el legislador al categorizar el informe técnico de la SMV como presupuesto procesal para que el fiscal formalice la investigación preparatoria? Al parecer, el objetivo del legislador es tener una fuente oficial calificada e imparcial cuya función sea la prosecución

proyectada de una probable condena. En todo caso, es indiscutible que el objetivo de aseguramiento de la investigación se nutre de un informe técnico que en concreto va a coadyuvar la optimización de la gestión fiscal.

Esta facultad otorgada a la SMV para emitir un informe técnico como requisito de procedibilidad y a solicitud del Ministerio Público, parece nueva, pero no lo es. Desde el año 2011 se prevé la obligatoriedad de dichos informes. Así, el delito de “Falsedad de información presentada por un emisor en el mercado de valores” previsto en el artículo 245-A del CP y el delito de “Información privilegiada” previsto en el artículo 251-A del CP, el primero incorporado y el segundo modificado por el artículo 14° de la Ley N° 30050, publicada el 26/06/2013, se describen bajo el siguiente texto: “(...) *Previamente a la formalización de la denuncia respectiva, el Ministerio Público deberá requerir un informe técnico a la Superintendencia del Mercado de Valores (SMV), que será emitido dentro del plazo de quince (15) días de solicitado, vencido del cual resolverá*”. De igual manera, el delito de “Manipulación de precios en el mercado de valores” previsto en el artículo 251-B del CP, fue incorporado por el artículo 4° de la Ley N° 29660, publicada el 04/02/2011 con el siguiente texto: “(...) *Previamente a que el Ministerio Público formalice la denuncia respectiva, se deberá contar con un informe técnico emitido por la Comisión Nacional Supervisora de Empresas y Valores (Conasev)*”.

La tendencia legislativa para los delitos antes indicados concede a los informes técnicos de la SMV la prerrogativa de requisito de procedibilidad que se justifica si se tiene en cuenta que se tratan de delitos contra el orden financiero y monetario relacionados con el mercado de valores. Resulta acertado subrayar que los informes técnicos, en este caso, responden a la función genuina de la SMV y no vinculan al Ministerio Público. A partir de lo dicho se identifica una diferencia sustantiva entre los informes técnicos de los delitos financieros previstos en el CP y los informes técnicos del ámbito de aplicación de la Ley N° 30424. Los primeros, tienen la condición de requisito de procedibilidad; los segundos también; sin embargo, estos poseen un plus procesal: tienen calidad de pericia institucional y efecto vinculante para el ejercicio de la acción penal por el MP.

Por lo demás, en el proceso de recolección de información hemos encontrado que en el caso de los delitos financieros previstos en los artículos 245-A, 251-A y 251-B del CP, los requisitos de procedibilidad se encuentran doblemente positivizados; es decir, el legislador reconoce su obligatoriedad técnico-procesal tanto en la Ley General del

Sistema Financiero y del Sistema de Seguros y Orgánica de la Superintendencia de Banca y Seguros, Ley N° 26702, como en el CP.

Así, la Cuarta Disposición Final y Complementaria de la Ley N° 26702 del 09/12/1996, establece: “*En toda denuncia de carácter penal que se interponga contra una empresa del Sistema Financiero y de Seguros o sus representantes, así como cualquier otra supervisada, la autoridad que conozca de dicha denuncia deberá solicitar el informe técnico de la Superintendencia, tan pronto como llegue a su conocimiento la denuncia correspondiente, bajo responsabilidad*”. Por su parte, el CP, cuyo texto se expresa *supra*, lo prevé de modo similar. Con todo, la técnica legislativa no alcanza a ser calificada como correcta, pues las denuncias de carácter penal son materias ajenas a la SBS. Se trata de una norma intrusa y actualmente sobrante por encontrarse consagradas en la normatividad que corresponde: el Código Penal y las leyes especiales de la materia.

3.3. Alternativas de valoración que posee el MP frente al informe técnico de la SMV.

Damos inicio al presente ítem planteándonos la siguiente interrogante: ¿Es vinculante para el MP el informe técnico de la SMV? En principio, la respuesta debe ser afirmativa: el informe técnico de la SMV tiene efecto vinculante para el Ministerio Público. Hay que subrayar, sin embargo, que el informe indicado *supra* sólo tiene trascendencia práctica en el extremo de la formalización de la investigación preparatoria. Obsérvese bien lo que el legislador dispone en la Ley N° 30424:

Artículo 18: El fiscal para formalizar la investigación preparatoria debe contar con un informe técnico de la Superintendencia del Mercado de Valores –SMV- que analice la implementación y funcionamiento del modelo de prevención, que tiene valor probatorio de pericia institucional.

Si el informe técnico de la SMV establece que la implementación y funcionamiento del modelo de prevención antes de la comisión del delito, es adecuado, el fiscal dispone el archivo de lo actuado, mediante decisión debidamente motivada.

Del dispositivo legal enunciado se desprenden las siguientes alternativas:

3.3.1. Si el informe técnico establece que el modelo de prevención antes de la comisión del delito es adecuado, el fiscal dispone el archivo de lo actuado en las diligencias preliminares.

3.3.2. Si el informe técnico establece que el modelo de prevención antes de la comisión del delito es inadecuado: 2.1.) el fiscal dispone la formalización de la investigación preparatoria o el archivo de lo actuado. 2.2.) el fiscal dispone la ampliación o aclaración del informe.

3.3.3. En el juicio oral: el informe técnico con valor probatorio de pericia institucional no vincula al juez ni al fiscal.

3.3. 1. Si el informe técnico establece que el modelo de prevención antes de la comisión del delito es adecuado, el fiscal dispone el archivo de lo actuado en las diligencias preliminares.

En la doctrina especializada¹⁷⁰ se viene criticando la decisión de nuestro legislador por haber facultado a la SMV la emisión del informe técnico que, en uno de sus extremos, vincula al Ministerio Público. Pues bien, el segundo párrafo del artículo 18 de la Ley N° 30424 prevé que *“si el informe técnico de la SMV establece que la implementación y funcionamiento del modelo de prevención antes de la comisión del delito, es adecuado, el fiscal dispone el archivo de lo actuado, mediante decisión motivada”*. Ahora bien, supóngase que el informe técnico determina que el modelo de prevención de la persona jurídica es adecuado y el fiscal no lo considera así, ¿debe archivar la investigación? Una interpretación literal de la norma nos conduce a afirmar positivamente la respuesta. Y aquí surge un problema grave: el dispositivo prescribe literalmente un mandato inconstitucional pues se dispone el archivo de la investigación cuando el informe técnico determine que el programa de prevención es adecuado.

Y es que, quien decide sobre la idoneidad del programa de cumplimiento es una entidad pública como la SMV, lo que resulta razonable solo desde una perspectiva sectorial de supervisión de modelos de prevención; sin embargo, al margen de que dicha organización es portadora de una limitada especialización en delitos complejos como los establecidos en la Ley N° 30424, entre ellos los delitos de corrupción, lo que trasciende es que la disposición normativa resulta inconstitucional. El efecto que emerge es una grave distorsión normativa, pues si el informe técnico llega a determinar la idoneidad del programa de cumplimiento, esa regulación vinculante hace que la decisión de la SMV predomine sobre la titularidad del ejercicio de la acción penal por el Ministerio Público.

¹⁷⁰ Vid, Cap. III, punto 5, p. 129, cita 220.

Resulta criticable la decisión adoptada por nuestro legislador en razón a que se transgrede una norma constitucional que hace del MP un mero ejecutor de las órdenes de la SMV. La norma constitucional es clara al exponer tres singularidades: 1) que el MP es autónomo; 2) conduce la investigación del delito en defensa de la legalidad; y, 3) ejercita la acción penal de oficio o a petición de parte.

En esa línea, si desde una perspectiva constitucional se reflexiona en el análisis del efecto vinculante del informe técnico de la SMV, vamos a apreciar que el legislador estaría lesionando las prerrogativas constitucionales otorgadas al Ministerio Público. Así, el artículo 158 de la Constitución establece: “*El Ministerio Público es autónomo (...)*” y el artículo 159 del mismo cuerpo normativo prevé: “*Corresponde al Ministerio Público: 5. Ejercitar la acción penal de oficio o a petición de parte*”. Es decir, si de un lado, la regulación constitucional es clara e inequívoca al imponer límites explícitos al legislador para garantizar, en este caso, las políticas relacionadas con la organización institucional y de las atribuciones y competencias del MP, y de otro, el legislador se atribuye facultades legales para disponer a través de la ley ordinaria acciones políticas funcionales contrarias a la Constitución, no podemos sino concluir que dicho actuar vulnera los principios de jerarquía y coherencia normativa.

Aquí nos planteamos la siguiente pregunta, ¿cómo un informe técnico o, en su caso, una certificación puede vincular la decisión del titular del ejercicio público de la acción penal? En España, conforme a la Circular 1/2016 de la Fiscalía General del Estado las certificaciones no constituyen prueba plena (tipo de prueba previsto en el Código de Enjuiciamientos en materia penal peruano de 1863, art. 99) sino, simplemente un indicio o un elemento adicional. Lo contrario sería ponerse en una insólita situación de suplantación del órgano jurisdiccional. Ciertamente, aun cuando la ley disponga que la persona jurídica está exenta de responsabilidad si adopta o implementa con anterioridad un modelo de prevención, la valoración procesal de los informes técnicos o incluso las certificaciones ISO 37001 y otras normas internacionales análogas, debe efectuarla el fiscal y el Juez penal considerando dicha documental solo como elementos de prueba o indicio –“*ratio cognoscendi*”- y no como prueba plena.

Un aspecto que no debemos dejar de destacar es el que se deriva de la norma ISO 37001. Al respecto debemos considerar el importante aporte de las certificaciones ISO 37001 como sistema de gestión antisoborno y que pueden certificar los modelos de prevención a iniciativa particular. En ese sentido, las certificaciones ISO 37001 transmiten

confiabilidad y credibilidad a la empresa que las adopta; sin embargo, en el proceso contra las personas jurídicas, como es natural, va a tener sus limitaciones valorativas.

En efecto, las previsiones normativas del artículo 18 de la Ley N° 30424 colisionan con la *autonomía funcional* del Ministerio Público, quien por mandato constitucional es la entidad oficial legitimada para conducir la investigación del delito y ejercitar la acción penal. En este supuesto, lo que ha hecho el legislador al considerar que el informe técnico de la SMV posee efecto vinculante para formalizar la investigación preparatoria, es relativizar la legítima autonomía funcional del MP.

En este punto se evidencia que el dispositivo infra-constitucional contiene una orientación distinta a la que se prevé en la Constitución. La autonomía es un principio de génesis constitucional que garantiza la persecución del delito por el Ministerio Público y que no puede ser restringida por una ley ordinaria. Sobre las facultades otorgadas a la SMV mediante Ley N° 30424, Caro apunta que se trata de una regla que ha sido muy criticada por su dudosa constitucionalidad, la fiscalía es autónoma en la persecución del delito, no se le puede obligar a cerrar un caso en base a un informe administrativo vinculante¹⁷¹.

Respecto a este punto, la Procuraduría considera un error dejar en manos de la SMV la decisión de si corresponde o no someter a investigación penal a una empresa involucrada en actos de corrupción, dicha decisión debería seguir siendo atribución exclusiva de la Fiscalía. El informe que al respecto debe emitir la SMV no debería vincular o limitar las atribuciones del fiscal como titular de la acción penal y director de la investigación¹⁷². Por su parte, Chanjan y Puchuri se preguntan, ¿Es razonable y conveniente que sea la SMV, y no el Ministerio Público, la entidad que determine que el modelo de prevención es adecuado para prevenir la comisión de delitos? A nuestro juicio, sostienen los autores, la respuesta es negativa, puesto que es el Ministerio Público el que tiene la función constitucional de perseguir el delito a partir de la aplicación de un enfoque criminológico, político-criminal y dogmático penal¹⁷³.

¹⁷¹ Caro Coria, Carlos Dino (2019). Sobre el nuevo Reglamento de la Ley 30424 de responsabilidad administrativa (penal) de la persona jurídica. Legis.pe <https://lpderecho.pe/>

¹⁷² Informe Especial de la Procuraduría Pública Especializada en Delitos de Corrupción (2019). La responsabilidad de la persona jurídica en los delitos de corrupción. Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Lima, p. 22.

¹⁷³ Chanjan Documet, Rafael y Puchuri Torres, Flavio (2018). Criminal compliance empresarial: nuevo mecanismo de la lucha contra la corrupción. Boletín N° 2, idehpucp, Lima, pp. 7-8. Cabe admitir la opinión de los autores citados en dos extremos: que la función constitucional en la persecución del delito corresponde al Ministerio Público y que no sea la SMV quien determine que el modelo de prevención es

La dependencia de la acusación del Ministerio Fiscal de la autoridad administrativa (art. 18 de la Ley) será un tema que dará mucho que hablar. Habrá que ver en qué medida las reacciones a casos concretos obligarán al legislador peruano a eliminar esta dependencia. Es evidente que esta dependencia no puede tener sentido y no ser más que criticada por aquellos que consideren que en el procedimiento penal se sustancia una responsabilidad penal y no administrativa de la persona jurídica¹⁷⁴. Ahora bien, frente a la incompatibilidad legal detectada es de aplicación el artículo 51 de la Constitución que establece que “La Constitución prevalece sobre toda norma legal”, lo que significa que, atendiendo al principio de supremacía constitucional, y estando a la incoherencia del artículo 18 de la vigente Ley N° 30424, el fiscal, como órgano de persecución penal, debe actuar privilegiando la norma constitucional respecto a la norma legal. Por lo demás, si bien es cierto los fiscales no se encuentran facultados para aplicar el control difuso, si se encuentran sujetos a las disposiciones constitucionales y legales de obligatorio cumplimiento para todo funcionario público.

3.3.2. Si el informe técnico establece que el modelo de prevención antes de la comisión del delito es inadecuado:

3.3.2.1. El fiscal dispone la formalización de la investigación preparatoria o el archivo de lo actuado.

Lo que aquí vamos a sostener es el *continuum* de nuestra posición respecto a la inconstitucionalidad de la norma. En ese sentido, interesa mencionar que, si el informe técnico concluye que el modelo de prevención de una empresa es inadecuado o inidóneo, el fiscal “*debe*” formalizar la investigación preparatoria. Así se dispone en el artículo 18 de la Ley N° 30424: “*El fiscal para formalizar la investigación preparatoria debe contar con un informe técnico de la Superintendencia del Mercado de Valores –SMV- que analice la implementación y funcionamiento del modelo de prevención, que tiene valor probatorio de pericia institucional*”. Es evidente, que el dispositivo prescribe un imperativo legal que adolece de vicios de inconstitucionalidad que dificultan las líneas de actuación del Ministerio Público. ¿Por qué? Porque el resultado del informe técnico de la SMV, desfavorable para la persona jurídica, va a obligar al fiscal a formalizar la

adecuado. Respecto al segundo extremo, consideramos que debe ser una entidad especializada en delitos de corrupción a través de un informe técnico.

¹⁷⁴ Feijóo Sánchez, Bernardo (2019). Entrevista por: Carolina Rodríguez Castro. Un breve análisis de la “Responsabilidad Administrativa de las Personas Jurídicas” regulada en la Ley N° 30424. Revista Derecho & Sociedad, N° 52, Lima, p. 235.

investigación preparatoria aun cuando aquel tenga un criterio orientado al archivo de los actuados.

Veamos una segunda posibilidad: el archivo de lo actuado. Supongamos que el informe técnico resulta inadecuado, pero el criterio del fiscal se inclina por el archivo, ¿podría hacerlo pese a que la disposición legal prevé que el archivo solo procede cuando el informe técnico determina que el programa de cumplimiento es adecuado? Con el solo informe que concluye que el programa es inadecuado, el fiscal -desde una perspectiva funcional- estaría frente a la imposibilidad de no poder decidir el archivo de lo actuado¹⁷⁵.

Una toma de decisión en el sentido de la formalización no solo sería ilógica, sino sería una irrazonable discreción procesal del fiscal. ¿Cómo va a formalizar la investigación preparatoria con un informe técnico que no le asegura una probable condena? Sin embargo, como más adelante se verá, pueden surgir otros factores en la investigación que podrían contrarrestar la estrategia de impulso del ejercicio de la acción penal como sería el caso de una ampliación o aclaración del informe técnico de la SMV cuyo nuevo resultado varíe el resultado desfavorable primigenio.

Veamos una posibilidad distinta. ¿Se podría apelar a una pericia de otra organización pública o privada que no sea la SMV y proceder a formalizar la investigación preparatoria? La respuesta debe ser negativa, pues el artículo 18 de la Ley N° 30424 exige al fiscal que para hacerlo debe contar ineludiblemente con un informe técnico de la SMV. Ahora, si obra en los actuados un informe de la SMV que concluye que el modelo de prevención es inadecuado podría procederse al archivo con una pericia de parte. Así, la doctrina especializada¹⁷⁶ asume que “se abre la posibilidad del archivo de la investigación, y este escenario se podrá presentar siempre y cuando la empresa logre demostrar a través de otros medios probatorios, por ejemplo, un informe o una pericia de parte que más bien contradiga lo señalado por la SMV y que se pronuncia respecto al correcto funcionamiento del modelo de prevención y una correcta implantación de este modelo. En ese caso considero que se podría archivar el caso”.

¹⁷⁵ Independientemente de la situación anotada, el fiscal debe archivar la investigación si no aparecen indicios reveladores de la existencia de un delito, la acción penal ha prescrito, no se ha individualizado al imputado y, si fuera el caso, no se han satisfecho los requisitos de procedibilidad. Es decir, el fiscal deberá archivar la investigación si, por ejemplo, ha prescrito la acción penal.

¹⁷⁶ Liliana Calderón (2019). Sobre la interacción entre la Superintendencia del Mercado de Valores y el Ministerio Público en el marco de la Ley N° 34424, <https://www.youtube.com/watch?reload=9&v=5m6L1Cwq9Zk>

Por de pronto, como anota Balmaceda, el Ministerio Público ya no tiene que valorar la correcta y viable implementación del programa de cumplimiento antes de archivar la investigación o de formalizar la investigación preparatoria que se seguiría contra la persona jurídica. Solo le basta el informe técnico de la Superintendencia del Mercado de Valores (SMV) que analice la implementación y el funcionamiento del modelo de prevención y que tendrá el valor probatorio de pericia institucional¹⁷⁷. Así las cosas, es evidente que el Ministerio Público ha sufrido una disminución en su autonomía reconocida por la Constitución y la ley. Por ello, el fiscal deberá considerar en su actuación el artículo 11 de la Ley Orgánica del Ministerio Público que expresa: El Ministerio Público es el titular de la acción penal pública, la que ejercita de oficio, a instancia de la parte agraviada o por acción popular, si se trata de delitos de comisión inmediata o de aquellos contra los cuales la ley la concede expresamente.

3.3.2.2. El fiscal dispone la ampliación o aclaración del informe.

Esta es otra de las posibilidades que posee el fiscal cuando califica el informe técnico emitido por la SMV. Al respecto, consideramos que, así como cuando el fiscal recibe el informe policial es posible que lo devuelva a la PNP a fin de que actúe las diligencias que considere pertinentes y útiles para el mejor esclarecimiento de los hechos, así, en el caso del informe técnico de la SMV, el fiscal posee también la prerrogativa de solicitar la ampliación o aclaración de dicho informe con la finalidad de consolidar su teoría del caso. El problema que se puede generar en la práctica es la determinación de la entidad que debe realizar la ampliación o aclaración solicitada por el fiscal.

Sobre ello, la jurisprudencia se ha pronunciado –en un caso de informe especial de la CGR homólogo al de la SMV- en el sentido que el informe complementario debe correr a cargo de la entidad que elaboró el informe técnico. Así, la Corte Suprema en el FJ 5, del Recurso de Casación N° 1004/2017/Moquegua, de 26/07/2018, declara tajantemente:

QUINTO: Cuando, como en el presente caso, interviene la Contraloría General de la República, a ella le corresponde, a través del Informe Especial y sus informes técnicos complementarios, determinar el perjuicio patrimonial –el Informe Especial tiene el carácter de una Auditoría de Cuentas Gubernamental y se erige en una pericia institucional-. El cuestionamiento al Informe Especial se realiza a través de una pericia

¹⁷⁷ Balmaceda Quirós, Justo (2017). Las personas jurídicas y su responsabilidad “administrativa” autónoma para los delitos de corrupción y lavado de activos visto desde el Decreto Legislativo N° 1352. Actualidad Penal, Número 33, Lima, p. 31.

de parte. En todo caso, la ampliación o aclaración del Informe Especial debe hacerlo la propia Contraloría General de la República a través de sus Auditores Gubernamentales, nunca por medio de una pericia contable efectuada por los contadores de la REPEJ, y siempre a instancia de las partes o, en su caso –si fuere legalmente procedente- del órgano jurisdiccional.

La línea jurisprudencial diseñada por la Corte Suprema es acertada, pues pone de manifiesto que, si se trata de un informe técnico con calidad de pericia institucional, el órgano competente y responsable para ampliarlo o aclararlo es el que previno originariamente. En efecto, la postura jurisprudencial se ve reforzada con el artículo 201-A del CPP de 2004 que estipula: “La respectiva sustentación y el correspondiente examen o interrogatorio se efectúa con los servidores que designe la entidad estatal autora del informe técnico. Cualquier aclaración de los informes de control que se requiera para el cumplimiento de los fines del proceso deberá ser solicitada al respectivo ente emisor”.

Ahora bien, se puede alegar que la ley y la jurisprudencia literalmente se refieren a la CGR y no a la SMV. Sin embargo, ello no quiere decir que la aplicación del fundamento jurisprudencial y legal sea aplicable de modo restrictivo, es decir, solo para los casos de los informes técnicos de la CGR. Consideramos, desde una interpretación extensiva, que tratándose de informes que contienen elementos homogéneos –tanto los de la CGR como los de la SMV- su aplicación se puede extender a otros informes técnicos como los de la SMV que también poseen la categoría o rango de pericia institucional. En esa línea, si el informe técnico de la SMV no contiene los elementos suficientes que el fiscal necesita para calificar los hechos puestos en su conocimiento y decidir sobre la formalización o no de la investigación preparatoria, o existen “*hechos nuevos o elementos probatorios decisivos aportados por la persona jurídica*” que necesitan aclaración, el fiscal –en la fase de investigación preliminar- tiene que requerir el informe complementario a la propia SMV, quien, bajo responsabilidad, deberá cumplir con la disposición fiscal.

Con relación a los “*hechos o elementos probatorios nuevos*” que acabamos de enunciar nos estamos refiriendo a la posibilidad de que la persona jurídica haya implementado después de la comisión del delito un programa de cumplimiento que no ha sido materia de pronunciamiento por la SMV o que la persona jurídica acaba de adoptar algunas medidas preventivas no verificadas por los peritos y que resulta indispensable para la calificación fiscal. Incluso, puede ser que la persona jurídica cuente con una pericia de parte que concluya por la idoneidad del modelo de prevención en contraste con la posición de la SMV.

Frente a esta situación se puede actuar así: si se presenta la posibilidad de ampliar el informe técnico, el fiscal tiene conferida la atribución de pedir la ampliación de conformidad con el artículo 330.1 del CPP de 2004 que establece que, el Fiscal puede, bajo su dirección, requerir la

intervención de la Policía o realizar por sí mismo diligencias preliminares de investigación para determinar si debe formalizar la investigación preparatoria. Lo que guarda relación con el artículo IV. 1 y 2 del Título Preliminar y la ampliación del plazo previsto en el artículo 334.2 del código acotado.

3.3.3. En el juicio oral: el informe técnico con valor probatorio de pericia institucional no vincula al juez ni al fiscal.

La vinculación del informe técnico lo hemos desarrollado, hasta aquí, sólo en el extremo de la formalización de la investigación preparatoria. Conviene estudiar ahora el extremo de la vinculación o no del informe técnico de la SMV en el juicio oral. En particular, los preceptos legales que se prevén en la legislación procesal penal y en la Ley N° 30424 determinan que no existe la posibilidad de calificar como vinculante el informe técnico de la SMV en el juicio oral. La limitación es cuestión de principios, y en específico, del principio de *contradicción*, por el cual, “las partes tienen la posibilidad de controvertir o rebatir posiciones antagónicas a la suya durante el desarrollo del proceso¹⁷⁸”. En esa línea, y en lo que respecta al informe técnico de la SMV, “el juez podrá darle el valor que considere, atendiendo a las reglas de la lógica, la ciencia y las máximas de experiencia. No está obligado a acoger las conclusiones del informe como prueba plena. Puede apartarse de su contenido, siempre que, entre otras cosas, considere que hubo algún defecto en la elaboración que cuestione su imparcialidad y que alcance conclusiones poco lógicas o que sean contradichas por pruebas practicadas legalmente¹⁷⁹”.

Debe tenerse en cuenta también que el fiscal en el juicio oral puede desvincularse del informe SMV. Claro está, si estamos frente a un fiscal respetuoso del Estado social y democrático de derecho, pues de lo contrario va a prevalecer el mecanicismo acusador que impedirá, por ejemplo, el retiro de la acusación, pese a la existencia de una pericia de parte elaborada por juristas o profesionales especialistas que sustentan de manera técnico-científica la calidad del programa de cumplimiento normativo. Así, en la doctrina se anota que “son muy pocas las ocasiones en las que los fiscales retiran la acusación una vez que se ha iniciado el proceso penal, a pesar de que en muchas ocasiones son endebles los

¹⁷⁸ Oré Guardia, Arsenio (2011). Manual de Derecho procesal penal. Tomo 1. Editorial Reforma, Lima, p. 205.

¹⁷⁹ Calderón, Liliana (2019). ¿Cuánto vale para un juez un informe de la Superintendencia del Mercado de Valores? <https://www.lexlatin.com/portal/opinion/cuanto-vale-para-un-juez-un-informe-de-la-superintendencia-del-mercado-de-valores>

indicios de criminalidad existentes frente al inculpado¹⁸⁰. Y esto es así porque en la práctica se observa cómo, en algunos casos, el desarrollo de la gestión fiscal obedece más al arraigo de una tradición acusadora y no a las garantías de eficacia y eficiencia.

En definitiva, el Reglamento otorga valor de pericia institucional al informe técnico de la SMV, sin embargo, consideramos que esta podría ser desvirtuada por una pericia de parte que la propia empresa puede ofrecer como prueba de descargo. Ante este escenario, deberá efectuarse el correspondiente debate pericial con todas las garantías que el proceso penal ofrece y que resultará en el desarrollo de la convicción en un determinado sentido por parte del Fiscal y/o Juez¹⁸¹. Estas reflexiones muestran que, en el juicio oral es imprescindible e imperativa una pericia de parte con calidad técnico-científica si se quiere contradecir de manera exitosa la pericia institucional de la SMV, pues ésta no vincula ni al Juez ni al Fiscal. En síntesis, conforme al principio de *contradicción*, que se entiende como el derecho de oponer las propias razones a las expuestas por la parte contraria, se debe permitir una confrontación entre la pretensión acusadora sustentada en base al informe técnico de la SMV y la resistencia de la defensa en base a una pericia de parte de calidad y elaborada por especialistas en *compliance* de máxima credibilidad.

4. Certificaciones de gestión de *compliance*. Perú y Derecho comparado.

En este apartado intentaremos precisar las razones que fundamentan las certificaciones en la gestión estratégica de los modelos de prevención de las organizaciones empresariales comprendidas en el ámbito de aplicación de la Ley N° 30424. Por consiguiente, las certificaciones son instrumentos técnicos, diseñados para la evaluación y acreditación de la eficacia de la gestión de los modelos de prevención de las personas jurídicas. En principio, su importancia radica en el aporte decisivo que puede poseer para probar, frente a la contingencia de un proceso penal, la eficacia o ineficacia del modelo. Más aún, cuando su elaboración responde a niveles de gestión de calidad impecable que ofrecen una mayor garantía e influencia considerable en las decisiones de los órganos

¹⁸⁰ Gonzáles, Manuel Richard (2010), La competencia del Ministerio fiscal para la investigación de actos delictivos. Diligencias preliminares y competencias de instrucción en el procedimiento de menores. En, Estudios sobre prueba penal, Volumen I (Dir. Xavier Abel Lluch y Manuel Richard Gonzáles), La Ley Grupo Wolters Kluwer, Madrid, p. 247.

¹⁸¹ Mendoza Vaez, Paul (2019). El informe técnico de la Superintendencia del Mercado de Valores que analiza la implementación y adecuado funcionamiento de los modelos de prevención de delitos. A propósito de la dación del Reglamento de la Ley N° 30424. Revista Lus Puniendi, Año II, N° 12, Lima, p. 414.

jurisdiccionales y fiscales. Evidentemente, las certificaciones de gestión de *compliance* resultan imprescindibles para salvaguardar la condición de buenos ciudadanos corporativos en un mercado de negocios tan competitivo como el actual.

Sobre la base de las consideraciones anteriores se ha estructurado el presente apartado, en el que se va a efectuar el análisis de las opciones legislativas que sobre certificaciones de modelos de prevención rigen en Perú y en el Derecho comparado. En ese sentido, trataremos de responder principalmente a las siguientes interrogantes: ¿Quiénes pueden certificar los modelos de prevención? ¿las entidades certificadoras de los programas de prevención de las personas jurídicas deben ser organizaciones públicas o privadas? ¿debe seguirse un enfoque público-privado? ¿deben ser únicamente privadas registradas y acreditadas por un órgano especializado público? ¿es posible apelar a las certificaciones de la Organización Internacional de Normalización (ISO)? ¿Cuál es el valor probatorio de las certificaciones? En específico, el análisis comprenderá una muestra representativa de cuatro países: Perú, Chile, España e Italia.

4.1. Certificación de *compliance* en Perú

Actualmente, el legislador peruano ha considerado conveniente tomar relativa distancia de las certificadoras privadas otorgándoles únicamente una función secundaria frente al respaldo a los informes técnicos de la SMV cuya opinión, quiéralo o no, tendría un alto nivel de prevalencia valorativa en el proceso penal. Como se recuerda, la Ley N° 30424 originaria, en el artículo 19 daba carta libre a las certificadoras privadas bajo el siguiente texto: *“El modelo de prevención puede ser certificado por terceros debidamente registrados y acreditados, con la finalidad de acreditar el cumplimiento de todos los elementos establecidos en el párrafo 17.2 del artículo 17. El reglamento establece la entidad pública a cargo de la acreditación de terceros, la norma técnica de certificación y demás requisitos para la implementación adecuada de los modelos de prevención”*.

Como se puede advertir, en teoría, el mercado de certificaciones de los modelos de prevención tendría que estar dominado por entidades certificadoras del sector privado. Sin embargo, la disposición legislativa que favorecía al sector privado, por su breve vigencia, no tuvo materialización práctica, pues por Decreto Legislativo N° 1352 se deroga el artículo 19 disponiéndose en la Octava Disposición Complementaria y Final de la Ley N° 30424 que es la SMV la entidad facultada para emitir el informe técnico con calidad de pericia institucional, y que constituye requisito de procedibilidad para la

formalización de la investigación preparatoria por los delitos contenidos en el artículo 1 de la Ley en mención. Con ello se introduce una nueva línea de gestión que transparenta la ausencia de correlación de fuerza probatoria entre la opinión de la SMV -que tiene como bandera el informe técnico con carácter de pericia institucional- con la fragilidad y evidente desigualdad de las pericias sin valor de pericia institucional y las certificaciones de las organizaciones privadas.

Puede concluirse, entonces, que la nueva disposición tendría como finalidad salvaguardar la prevalencia de la SMV al momento de confrontarla con las opiniones técnicas de las certificaciones privadas. Para mejorar el aporte del sistema de certificaciones se vio por conveniente establecer en el artículo 49 del Reglamento que: “La SMV en la emisión del informe técnico adicionalmente puede tener en cuenta la existencia de las certificaciones relacionadas a sistema de gestión de riesgos, gestión de *compliance* o sistema de gestión anti soborno, que la persona jurídica hubiese obtenido en la medida que hayan sido emitidos por parte de entidades especializadas del Perú o del Exterior”. En efecto, actualmente en el sistema jurídico peruano se encuentra vigente una mixtura respecto a las normalización y certificación de los modelos de prevención: La SMV como entidad oficial y las certificaciones emitidas por entidades especializadas del Perú o del exterior.

4.2. Certificación de *compliance* en España

En el sistema jurídico español, la responsabilidad penal de las personas jurídicas se instauró por primera vez vía LO 5/2010, de 22 de junio que modificó el Código Penal de 1995. Luego, siguiendo el derrotero de mejora continua que concreta la opción político-criminal contemporánea, se modifica el CP vía LO 1/2015, de 30 de marzo que en el artículo 31bis.2, prevé la exención de responsabilidad por haber adoptado un modelo de prevención eficaz. En ese sentido, el texto del artículo en mención dice lo siguiente:

2. Si el delito fuere cometido por las personas indicadas en la letra a) del apartado anterior, la persona jurídica quedará exenta de responsabilidad si se cumplen las siguientes condiciones:

1.^a el órgano de administración ha adoptado y ejecutado con eficacia, antes de la comisión del delito, modelos de organización y gestión que incluyen las medidas de vigilancia y control idóneas para prevenir delitos de la misma naturaleza o para reducir de forma significativa el riesgo de su comisión.

Ahora bien, ¿cómo se acredita que el modelo de prevención implementado es eficaz? Precisamente, en este caso se suele recurrir –entre otras acciones- a las certificaciones por entidades privadas independientes, que tienen como función acreditar los estándares de cumplimiento normativo de las personas jurídicas españolas. El reconocimiento de los organismos certificadores en el sistema español viene de largos años. Así, por Real Decreto 2200/1995 del 28 de diciembre, que aprueba el Reglamento de la Infraestructura para la Calidad y Seguridad Industrial, en su disposición adicional primera explícitamente se reconoce como Organismo de normalización a la Asociación Española de Normalización y Certificación (antes AENOR, ahora UNE). Luego, por Real Decreto 1715/2010 del 17 de diciembre, se designa a la Entidad Nacional de Acreditación (ENAC) como único organismo nacional de acreditación, dotado de potestad pública para otorgar acreditaciones.

En cuanto al ámbito internacional existen normas relevantes relacionadas con las certificaciones como la Organización Internacional de Normalización (ISO) cuya finalidad es contribuir a la mejora de la gestión empresarial no solo a través de normas sino también con la elaboración de informes técnicos. Norma ISO 19600: 2014, la norma ISO 37001: 2016 y la norma UNE 19601: 2017, de 18 de mayo, a través del cual los programas de cumplimiento de las personas jurídicas españolas pueden ser certificados.

En el ordenamiento español, de momento no hay previsión alguna de certificaciones, aunque no se descarta que en un futuro no muy lejano se proponga a través de normas sectoriales de desarrollo, tras la incorporación por la LO 1/2015 de los modelos de organización y gestión, un sistema de certificaciones. Algunas corporaciones se han adelantado a un mercado regulado y ofrecen este tipo de servicios, como la Asociación Española de Normalización y Certificación (AENOR)¹⁸². En suma, destaca Coca Vila:

Sorprende que el legislador español ni establezca parámetros sobre los que comenzar a autorregularse ni prevea sistema alguno de certificación o de valoración de los Programas de Cumplimiento. Es evidente que la atenuación de la responsabilidad que prevé no procederá cuando el Programa adoptado sea completamente inadecuado, pero resta por dilucidar quién y cómo valorarán la adecuación de los mismos. En último término deberán

¹⁸² Gutiérrez Pérez, Elena (2015). Los *compliance programs* como eximente o atenuante de la responsabilidad penal de las personas jurídicas. La “eficacia e idoneidad” como principios rectores tras la reforma de 2015. Revista General de Derecho Penal 24, España, p. 19.

ser los jueces, quienes tendrán que recurrir necesariamente a informes periciales de expertos independientes. Esta dejadez del legislador reformista se agrava si, como un sector doctrinal propone, los Programas de Cumplimiento, en realidad, determinan también el injusto la culpabilidad empresarial¹⁸³.

En relación a la valoración probatoria debemos anotar que, en España, aun cuando en el proceso penal las certificaciones de los modelos de prevención pueden conducir a la atenuación o incluso a la exoneración de responsabilidad, las certificaciones solo poseen una consideración de dato indiciario. En ese sentido, la Fiscalía General del Estado a través de la Circular 01/2016, establece criterios o pautas de carácter general para valorar la eficacia de los modelos de organización y gestión. Así, dispone que:

Las certificaciones sobre la idoneidad del modelo expedidas por empresas, corporaciones o asociaciones evaluadoras y certificadoras de cumplimiento de obligaciones, mediante las que se manifiesta que un modelo cumple las condiciones y requisitos legales, podrán apreciarse como un elemento adicional más de su observancia, pero en modo alguno acreditan la eficacia del programa, ni sustituyen la valoración que de manera exclusiva compete al órgano judicial”.

Queda así manifiesta la necesidad de equilibrar la relación desigual entre la posición del MP con la mejora de la posición de la defensa, por lo que convendría reforzar la consideración única de dato indiciario de las certificaciones, con un adecuado soporte documental, testificales, periciales, etc. Para cubrir estas dificultades, en España se piensa apelar a las certificaciones de los programas de cumplimiento por instituciones independientes. Al respecto, anota Nieto: “En estos momentos existen ya algunas iniciativas en ese sentido, por parte de auditores. Es dudoso, sin embargo, cuál puede ser el valor procesal de estas certificaciones, desde luego no puede ser una prueba preconstituida que impida cualquier valoración judicial¹⁸⁴.”

4.3. Certificación de *compliance* en Chile

En Chile, por Ley N° 20393 del 02/12/2009, se introduce la responsabilidad penal de las personas jurídicas inicialmente para los delitos de lavado de activos, financiamiento del

¹⁸³ Coca Vila, Ivó (2013), ob. Cit., p. 63.

¹⁸⁴ Nieto Martín, Adán (2013). Problemas fundamentales del cumplimiento normativo en el Derecho penal. En, Compliance y teoría del Derecho penal. Marcial Pons, Madrid, p. 42.

terrorismo y cohecho. La Ley chilena en su artículo 4° detalla los elementos que debe contener un programa de cumplimiento tales como: 1) Designación de un encargado de prevención; 2) Definición de medios y facultades del encargado de prevención; 3) Establecimiento de un sistema de prevención de los delitos; y, 4) Supervisión y certificación del sistema de prevención de delitos. Como se observa, en el numeral 4 se preceptúa que las personas jurídicas podrán obtener la certificación de la adopción e implementación de su modelo de prevención de delitos. En el certificado constará que dicho modelo contempla todos los requisitos establecidos en los numerales 1), 2) y 3) anteriores, en relación a la situación, tamaño, giro, nivel de ingresos y complejidad de la persona jurídica. Además, los certificados podrán ser expedidos por empresas de auditoría externa, sociedades clasificadoras de riesgo u otras entidades registradas ante la Superintendencia de Valores y Seguros que puedan cumplir esta labor, de conformidad a la normativa que, para estos efectos, establezca el mencionado organismo fiscalizador.

A primera vista, se trata de una certificación voluntaria a cargo no de un organismo público en exclusiva, sino de organizaciones registradas en la SVS (actualmente Comisión para el Mercado Financiero), que puede ser aprovechada por la defensa de la persona jurídica en un proceso penal. Debe tenerse en cuenta que “el mero hecho de contar con una certificación, como correctamente señala el instructivo general que imparte criterios de actuación para la investigación y persecución penal de las personas jurídicas (Oficio FN N° 440/2010), no exime de responsabilidad a la persona jurídica, sino que sólo constituye un antecedente probatorio que debe ser derrotado por el Ministerio Público si busca condenar a la persona jurídica¹⁸⁵”.

Una crítica que se puede dirigir a la Ley en comento es que “parece dejar en manos de personas privadas la certificación de un hecho que reviste un evidente interés público, cual es garantizar la idoneidad del modelo organizativo empresarial para la evitación de ilícitos penales¹⁸⁶”. Se ha criticado, además, el costo de las certificaciones que solo estarían al alcance de las grandes empresas. En ese contexto, Matus Acuña¹⁸⁷, anota que

¹⁸⁵ Chaves, Miguel y Schürmann, Miguel (2019). Los programas de prevención de delitos al paredón. Disponible en <https://www.elmercurio.com/Legal/Noticias/Redes/Detallenoticia.aspx?id=907334>

¹⁸⁶ Soto Díaz, David (2017). La responsabilidad de las personas jurídicas en Chile. Editorial Aranzadi, S.A.U., Pamplona, p. 406.

¹⁸⁷ Matus Acuña, Jean Pierre (2017). Sobre el valor de las certificaciones de adopción e implementación de modelos de prevención de delitos frente a la responsabilidad penal de las personas jurídicas.

no parece admisible que "ciudadanos corporativos" con mayor capital que otros, lo que les posibilita la adopción de modelos de prevención y su certificación, puedan transformarse, por ese hecho, en "buenos ciudadanos"; en tanto que otros, con menos recursos pero que cumplen rigurosamente la ley, no califiquen como tales, por no estar "certificados".

Ahora, desde una vertiente positiva, un aspecto disuasivo que parece disminuiría intentos de corrupción o soborno a las personas naturales conectadas con las entidades privadas encargadas de las certificaciones, es que se les homologa la condición de empleados públicos. Así, de conformidad al artículo 4° de la Ley N° 20393, se establece que se entenderá que las personas naturales que participan en las actividades de certificación realizadas por las entidades señaladas en la letra anterior cumplen una función pública en los términos del artículo 260¹⁸⁸ del Código penal.

Por último, sobre el valor probatorio de las certificaciones, conviene destacar las directrices del Ministerio Público de Chile, quien por Oficio FN N° 440/2010, ha dispuesto que:

La entidad sostendrá que por el hecho de tener una certificación vigente ha cumplido su deber de adoptar e implementar un sistema preventivo y que el mismo se encuentra operativo, argumentando que ello lo demuestra el análisis realizado por una empresa externa. No obstante, la empresa no se exime de responsabilidad por el solo hecho de contar con esta certificación. (...) En consecuencia, quedará a criterio del Tribunal y conforme a los antecedentes que el Ministerio Público aporte en el juicio respectivo, la determinación de si el modelo de prevención existía, y si era realmente aplicado, efectivo y preventivo de la comisión de los delitos, exista o no certificación sobre el mismo, debiendo girar la discusión sobre uno de los presupuestos de la imputación penal, cual es que el delito cometido se haya podido producir por el incumplimiento de parte de la empresa de sus deberes de dirección y supervisión.

[file:///C:/Users/USUARIO/Downloads/Dialnet-SobreElValorDeLasCertificacionesDeAdopcionElImpleme-6318060%20\(1\).pdf](file:///C:/Users/USUARIO/Downloads/Dialnet-SobreElValorDeLasCertificacionesDeAdopcionElImpleme-6318060%20(1).pdf) (Fecha de consulta: 08/04/2020).

¹⁸⁸ Artículo 260. Para los efectos de este Título y del Párrafo IV del Título III, se reputa empleado todo el que desempeñe un cargo o función pública, sea en la Administración Central o en instituciones o empresas semifiscales, municipales, autónomas u organismos creados por el Estado o dependientes de él, aunque no sean del nombramiento del Jefe de la República ni reciban sueldos del Estado. No obstará a esta calificación el que el cargo sea de elección popular.

4.4. Certificación de *compliance* en Italia

Por Decreto Legislativo N° 231/2001, del 08 de junio, de “*Disciplina de la responsabilidad administrativa de las personas jurídicas, empresas y asociaciones, incluso sin personalidad jurídica*”, se pone en vigencia por primera vez en el sistema jurídico italiano la responsabilidad “*administrativa*” de las personas jurídicas. No obstante -y a diferencia de las legislaciones de España y Chile, que apuestan por las certificaciones- en los 83 artículos que contiene la normativa italiana, no aparece alguno que disponga la certificación de los modelos de organización y gestión. Por ello, no se puede hablar propiamente de certificaciones en Italia. Esta posición legislativa al parecer transparenta una inocultable duda o desconfianza del legislador italiano para prever un sistema de certificaciones que avale la eficacia o no de los programas de cumplimiento de las personas jurídicas y otras entidades. Existe sí, una consideración hacia los códigos de conducta sectoriales que, como se sabe, constituyen un elemento básico de los varios que contienen los modelos de prevención que se exigen por las normas internacionales.

Así, en Italia, donde la idea de certificación ha sido rechazada, el D. Leg. 231 prevé que los modelos de organización pueden ser adoptados a partir de códigos de conducta redactados por asociaciones empresariales, que debe ser comunicados al Ministerio de Justicia, quien de acuerdo con el ministerio competente en atención a la actividad de la empresa, pueden realizar observaciones acerca de la idoneidad del modelo¹⁸⁹. En efecto, dicha expresión aparece regulada en el artículo 6, apartado 3 del Decreto Leg. 231, bajo el siguiente texto: “*Los modelos de organización y gestión pueden adoptarse, garantizando los requisitos mencionados en el párrafo 2, sobre la base de códigos de conducta elaborados por las asociaciones representativas de las entidades, comunicadas al Ministerio de Justicia que, de acuerdo con los Ministerios competentes, pueden formular, dentro de treinta días, observaciones sobre la idoneidad de los modelos para prevenir delitos*”.

Esto es, se establece un control público de los programas en la línea de lo que podríamos denominar sistema de autorregulación regulada. El legislador insta a la autorregulación, el ente privado accede a ello, y es finalmente el ente público el que determina la validez

¹⁸⁹ Nieto Martín, Adán (2015). Manual de cumplimiento penal en la empresa. Tirant lo Blanch, Valencia, p. 118.

de los normado¹⁹⁰. Asimismo, en la jurisprudencia italiana se decidió que: “de conformidad con lo dispuesto en el apartado 3 de la disposición en examen, se pueden adoptar modelos organizativos basados en códigos de conducta elaborados por las asociaciones representantes de las entidades, que deben ser comunicados al Ministerio de Justicia que, de acuerdo con los Ministerios competentes, puede formular observaciones, dentro de los treinta días, sobre la idoneidad de los modelos para evitar ofensas”¹⁹¹. Con las posturas doctrinarias, jurisprudenciales y de la regulación normativa expuesta, podemos afirmar que el legislador italiano ha considerado factible garantizar la estandarización de los modelos de organización y gestión a través de códigos de conducta elaborados por asociaciones externas, si y solo si, poseen el aval de la Administración Pública.

El sistema italiano presenta como ventaja que, en el proceso de diseño de los programas de cumplimiento, hay autoridades involucradas que, valiéndose del saber de expertos en la materia, señalan, sectorialmente, como ha de ser el modelo de prevención de delitos para ser eficaz o idóneo en la prevención de los riesgos propios del sector de que se trate. Ahora bien, tal y como está diseñado este sistema el hecho de ajustarse a los requerimientos del código base, sólo asegura que la formulación del programa es correcta, pero no garantiza nada en relación con la adecuada implementación del mismo, ni con el método de actualización ante cambios en la matriz de riesgo¹⁹².

Otro punto a destacar es la exención y atenuación de la sanción por la eficacia de los modelos de organización, gestión y control del sistema italiano. Reiteramos que, a diferencia de otros cuerpos normativos, en Italia la exención se contempla literalmente en el art. 6 del D. Legislativo N° 231/2001 al establecerse que las personas jurídicas pueden ser exoneradas de responsabilidad; sin embargo, a pesar de la teoría, los tribunales, en principio, no admiten la posibilidad de la eximente. Así, Matus anota: En Italia, salvo algún caso excepcional, los tribunales se resisten consistentemente a aceptar que la adopción e implementación de un sistema de *compliance* permita eximir completamente de responsabilidad penal en el caso concreto, alegando que la comisión de un delito es la prueba de que el modelo de prevención ha fracasado, esto es, que no es idóneo para la

¹⁹⁰ Coca Vila, Ivó, ob. Cit., p. 62.

¹⁹¹ Corte de Casación de Italia, Sentencia Núm. 36822, año 2017.

¹⁹² Neira Pena, Ana María (2018). La defensa penal de la persona jurídica. Representante defensiva, rebeldía, conformidad y compliance objeto de prueba. Editorial Aranzadi, Pamplona, p. 311.

prevención de los delitos¹⁹³. En relación a la atenuación de la sanción, el artículo 17 del D. Leg. 231 prevé que, sin perjuicio de la aplicación de las sanciones financieras, las sanciones de descalificación no se aplicarán cuando, antes de la declaración de apertura de la audiencia de primera instancia, la entidad ha eliminado las deficiencias organizativas que condujeron al delito, mediante la adopción e implementación de modelos organizativos adecuados para prevenir delitos del tipo que ocurrió.

5. La eficacia en la evaluación de modelos de prevención de delitos de corrupción y los sistemas de informes técnicos para las personas jurídicas.

La responsabilidad de las personas jurídicas, bajo un esquema sancionatorio penal, tiene su impronta en el modelo de prevención norteamericano, cuya base privatizadora encaja perfectamente con la tendencia hacia la autorregulación regulada. Es en EEUU donde evoluciona la política de apoyo del sector privado al órgano estatal en la lucha contra la criminalidad empresarial. Así, se asimilan los modelos de prevención con ciertas diferencias formales pero similares en el fondo. Una similitud es lo relacionado con la participación de entidades oficiales en la supervisión para que las empresas implementen sus modelos de prevención. Se establecen sanciones, pero también incentivos con la finalidad de que los “buenos ciudadanos corporativos” y sus miembros orienten su conducta al cumplimiento o fidelidad del Derecho.

Una explicación que deberían utilizar los asesores en cumplimiento normativo para motivar a las empresas a implementar un modelo de prevención es que, “*no son una gasto inútil, sino más bien una necesidad en un entorno como el actual*”¹⁹⁴. Otra motivación auxiliar que se deriva es que, si el modelo de prevención resulta eficaz y, no obstante, en la empresa se produce la comisión de un delito por algún miembro de la organización, ésta podría quedar exonerada de responsabilidad. Entonces, desde una perspectiva de gestión y aplicando el principio de *reconstrucción*,¹⁹⁵ la decisión correcta sería recurrir a

¹⁹³ Matus Acuña, Jean Pierre, ob. Cit., p. 40.

¹⁹⁴ Larriba Hinojar, Beatriz y Navarro Valencia, Juan Carlos (2019). Modelos de organización y gestión de cumplimiento normativo y de prevención de delitos: De la teoría a la práctica. En, Tratado sobre compliance penal. Responsabilidad penal de las personas jurídicas y modelos de organización y gestión, Director: Juan-Luis Gómez Colomer, Tirant lo Blanch, Valencia, p. 1658.

¹⁹⁵ El principio de reconstrucción consiste en *mirar hacia adelante y razonar hacia atrás*. Nuestro enfoque reconoce que este principio puede ayudarnos a minimizar los riesgos y anticiparnos al resultado final de nuestra decisión. En realidad, estamos ante una poderosa estrategia que podríamos homologar al dios Jano de la mitología romana –cabeza con dos rostros, uno que miraba hacia adelante (futuro) y otro que miraba hacia atrás (pasado)- que tiende a influir en las decisiones que se toman en la magistratura. Así,

certificadoras privadas o peritos especializados para que, ante la eventualidad de un proceso penal por la comisión de delito, se pueda articular la estrategia de defensa contando, en su caso, con un informe o una pericia favorable a la persona jurídica.

Al hilo de lo anterior, conviene anotar que la emisión del informe técnico y los certificados de conformidad del modelo de prevención van a requerir la identificación de las actividades de la empresa, el análisis y la evaluación de las actividades de riesgo, actividades de la empresa, canales de denuncias, formación, comunicación, monitoreo, remediación, política de documentación, contrataciones públicas, etc., para verificar como podemos prevenir la corrupción. En efecto, el objetivo debe ser evitar o prevenir; no hay que pensar en eliminar la corrupción porque ello es un ideal, un sueño, una utopía, un hecho irreal que en el Derecho y la Política Criminal no puede existir. Ese no es un objetivo porque es inalcanzable, lo que tampoco tiene lugar en la gestión de los modelos de prevención. Como anota Ackerman y Palifka¹⁹⁶: “*el objetivo no es la eliminación de la corrupción per se, sino un incremento de la eficiencia, la justicia y la legitimidad global del Estado*”.

En Perú, conforme a lo regulado por la Ley N° 30424, la intervención de la SMV se limita a emitir los informes técnicos que, como se reitera, tiene valor probatorio de pericia institucional. Parece evidente afirmarlo, pero los informes técnicos cobran marcada relevancia en la determinación de la eficacia de los modelos de prevención. A todo ello hay que destacar su importancia en los resultados de investigaciones por delitos de corrupción, fenómeno cuyo combate ha sido reconocido entre las 35 políticas de Estado del Acuerdo Nacional¹⁹⁷ y que conforman el catálogo de delitos de la Ley N° 30424. Pero,

los jueces y fiscales en el ejercicio de sus funciones necesitan diseñar y poner en práctica un comportamiento estratégico racional antes de tomar una decisión, con el objetivo de *prever, proyectar o anticipar las respuestas futuras de los destinatarios de la decisión*. Félix Tasayco, Gilberto (2018). Gestión Pública de la Administración de Justicia. Editorial Grijley, Lima, p. 142.

¹⁹⁶ Rose- Ackerman, Susan y Palifka, Bonnie J. (2019) Corrupción y gobierno. Causas, consecuencias y reformas. Marcial Pons, segunda edición, Madrid, p. 69.

¹⁹⁷ Política de Estado 26. *Promoción de la ética y la transparencia y erradicación de la corrupción, el lavado de dinero, la evasión tributaria y el contrabando en todas sus formas*. Nos comprometemos a afirmar, en la sociedad y el Estado, principios éticos y valores sociales que promuevan la vigilancia ciudadana y que produzcan niveles crecientes de paz, transparencia, confianza y efectiva solidaridad. Con este objetivo el Estado: (a) enfatizará los principios éticos que refuercen el cumplimiento ciudadano de las normas; (b) velará por el desempeño responsable y transparente de la función pública, promoverá la vigilancia ciudadana de su gestión y el fortalecimiento y la independencia del Sistema Nacional de Control; (c) desterrará la impunidad, el abuso del poder, la corrupción y el atropello de los derechos; (d) desarrollará una cultura de paz, de valores democráticos y de transparencia, que acoja los reclamos genuinos y pacíficos de los distintos sectores de la sociedad; (e) promoverá una cultura de respeto a la ley, de solidaridad y anticorrupción, que elimine las prácticas violatorias del orden jurídico, incluyendo el tráfico

¿cómo podría emprenderse una adecuada supervisión de los modelos de prevención dada la complejidad de los delitos de corrupción?

La corrupción es un problema público que posee en gran medida altos niveles de complejidad. Sin embargo, la complejidad no solo se contrae a los diversos sectores empresariales, sino que trasciende incluso entre empresas del mismo sector. Es en este caso especial en el que las organizaciones que evalúan los modelos de prevención, como es el caso de la SMV, podrían tener en la experticia y la especialización dos requisitos *sine quanon* que garanticen la eficacia de la evaluación de los modelos de prevención. Ahora bien, si como se afirma “*las reformas fiscales suelen tener un alto nivel de complejidad que las convierte en asuntos difíciles de manejar sin un mínimo de conocimientos en la materia*”¹⁹⁸, así también los delitos de corrupción contenidos en la Ley N° 30424 resultan difíciles de analizar y evaluar si es que los encargados de dicha tarea carecen de un mínimo de experiencia y conocimientos en gestión y ciencias penales.

En este supuesto se aprecia una disonancia en las funciones que la ley le asigna a la SMV. Y es la complejidad la que provoca esta disonancia, pues si las funciones de la SMV están centradas en la regulación, promoción, estudio y supervisión del cumplimiento de la legislación del mercado de valores y de las normas internacionales de auditoría, ¿cómo se podría pensar que va a efectuar con eficacia la evaluación de la implementación y funcionamiento de los modelos de prevención en delitos tan complejos como los de corrupción? ¿cómo se van a analizar y evaluar los riesgos y sus consecuencias en una empresa comercial, industrial o de servicios si no se tiene experticia y aptitudes en Derecho penal y criminología?

Para dar respuesta a las interrogantes planteadas es imprescindible considerar previamente el aporte de la doctrina. Considera Rotsch que el Derecho penal económico trata con realidades extraordinariamente complicadas, por otro, esta disciplina jurídica es de por sí tan compleja y nebulosa que a menudo sólo puede ser dominada por reconocidos

de influencias, el nepotismo, el narcotráfico, el contrabando, la evasión tributaria y el lavado de dinero; y (f) regulará la función pública para evitar su ejercicio en función de intereses particulares. Acuerdo Nacional. Unidos para crecer. Políticas de Estado – Castellano. (25 de mayo del 2014).

<https://acuerdonacional.pe/politicas-de-estado-del-acuerdo-nacional/> (Fecha de consulta: 5/08/2020).

¹⁹⁸ Harguindéguy, Jean-Baptiste (2015). Análisis de políticas públicas. Editorial Tecnos, segunda edición, Madrid, p. 41.

expertos, y finalmente, en amplios sectores no existen apenas enunciados fiables en lo que a la amenaza penal se refiere¹⁹⁹.

Como sostiene Nieto, “*para el análisis de riesgos resulta necesario el punto de vista del derecho penal y de la criminología*”²⁰⁰. En efecto, no cabe la menor duda de la necesidad de un estudio etiológico que explique el porqué de la comisión del delito en la empresa. Tampoco se puede negar la necesidad de conocer el Derecho penal para evaluar los riesgos penales y de gestión en la empresa. Al respecto existen en la doctrina autores que refuerzan esta posición. Así, Liñán sostiene:

La evaluación del riesgo, en caso de hacerse, debe ser llevada a cabo con herramientas de la dogmática penal, y no con criterios pseudobjetivos importados desde un campo ajeno al Derecho penal cuyos ratios no resultan extrapolables. Resulta plausible acudir a un instrumento utilizado en la teoría de la imputación objetiva, como es la previsibilidad ex ante del resultado mediante la asunción de un riesgo jurídicamente desaprobado, para valorar el peligro, y determinar qué riesgos son ex ante, y de acuerdo a la actividad desarrollada por la empresa, más previsible que se materialicen si se incumplen las medidas de control establecidas²⁰¹.

Es una realidad innegable el aporte de las ciencias penales y su relación con el análisis y evaluación de la gestión de riesgos en las estructuras empresariales.

Como se ha podido advertir, en el análisis y evaluación de riesgos, así como en el contexto de implementación y funcionamiento de los modelos de prevención en los complejos delitos de corrupción, se necesitan sólidos conocimientos y experiencia en ciencias penales, lo que parece no poseer la SMV. Los riesgos van a estar ahí, en el corazón de las empresas. Esto es así porque “*muchas veces es una organización empresarial la que crea el riesgo*”²⁰². Esta situación nos permite plantear la siguiente interrogante, ¿existe alguna organización pública capaz de supervisar y evaluar los modelos de prevención en corrupción de empresas, que abarcan distintas especialidades y complejidades? La

¹⁹⁹ Rotsch, Thomas (2012). Criminal compliance. InDret. Revista para el análisis del derecho, Barcelona, p. 6.

²⁰⁰ Nieto Martín, Adán (2015). Código ético, evaluación de riesgos y formación. En, Manual de cumplimiento penal en la empresa. Tirant lo Blanch, Valencia, p. 154.

²⁰¹ Liñán Lafuente, Alfredo (2019). La responsabilidad penal del *compliance officer*. Editorial Aranzadi, Pamplona, p. 26.

²⁰² Feijoo Sánchez, Bernardo (2012). Fundamentos de la responsabilidad penal empresarial individual. En, Derecho penal de la empresa. Del derecho penal económico del Estado social al derecho penal de la empresa globalizado. Ediar, Buenos Aires-Argentina, p. 152.

complejidad de la corrupción y la diversidad de las estructuras empresariales son indicadores básicos necesarios para elegir una organización que emita los informes técnicos.

Y es que, no es lo mismo evaluar el programa de cumplimiento normativo de una empresa dedicada a la industria minera que el de una empresa industrial exportadora de confecciones textiles. No es lo mismo supervisar una organización gubernamental que una empresa privada fabricante de productos químicos o explosivos. El contexto empresarial es un factor ineludible en la evaluación del *compliance*. Como indica Reyna, la forma en que el *compliance* opera variará no solo en función al tipo de negocio del que se trate sino también en relación al país del que provenga la persona jurídica o del tipo de actividad que desempeñe²⁰³.

Se trata pues del factor complejidad de los delitos de corrupción que corre paralela con la heterogeneidad de los riesgos en la empresa. Esto permite considerar la necesidad de organizaciones expertas en determinados ámbitos para verificar con efectividad la idoneidad de los programas de cumplimiento normativo. Ahora bien, si la supervisora o evaluadora no es una organización especializada, es seguro que, de un lado, no se logren los objetivos de mitigar el riesgo; y, de otro, que sea un factor creador de oportunidades para la comisión de delitos de corrupción. No obstante, y como se dice en la doctrina, hay que tener en cuenta que “*la existencia de bajos niveles de corrupción es una condición necesaria en la ciencia de limitar las oportunidades delictivas*”²⁰⁴

Pero el problema no acaba aquí, de cara al futuro debemos alcanzar algunas alternativas de solución. En ese sentido, no dudamos de la dimensión del valor institucional que respalda a la SMV. No creemos, sin embargo, que sea la institución que debe evaluar y calificar todos los modelos de prevención de las personas jurídicas. Frente a ello, habrá que buscar en otras instituciones sectoriales la solución al problema de la probable inseguridad de la gestión de la calidad total de los programas de cumplimiento. La SMV no puede tener el monopolio de la supervisión de los modelos de prevención. Por ello, la

²⁰³ Reyna Alfaro, Luis Miguel (2019). La defensa penal de la persona jurídica. Idemsa, Lima, pp. 67-68. El autor cita a Hansmann & Kraakman: *The end*, 33 (resaltando la diversidad de enfoque dependiendo del origen geográfico de la persona jurídica); también Reyna Alfaro: *La responsabilidad penal*, 273 ss. (destacando el carácter contextual del *compliance* en relación a las microfinancieras).

²⁰⁴ Pease, Ken y Ashby, Matthew (2018). La ciencia al servicio de la prevención del delito. En, Manual de prevención del delito y seguridad ciudadana, Ediciones Didot, Argentina, p. 221.

reestructuración de la legislación en este extremo es ineludible y el riesgo de obtener resultados negativos por ineficiencia se puede evitar. En cualquier caso, consideramos de *lege ferenda*, que la política legislativa de considerar solo a la SMV como órgano estatal encargada de emitir los informes técnicos de los modelos de prevención, debe perfeccionarse.

Ahora bien, si revisamos las propuestas de la Nueva Gestión Pública, “*que de nueva poco tiene hoy*”²⁰⁵, vamos a verificar que el monolitismo cedió el paso a la especialización. En esa línea, “*La NGP propone la fragmentación, que distintas organizaciones compitan por recursos, por servicios y por clientes. Que, con el nuevo modelo la competencia acabe con el viejo principio burocrático de la singularidad (...) y que los servicios sean atendidos por distintas organizaciones*”²⁰⁶. Dicho de forma específica, la clave en la supervisión de los modelos de prevención, acorde con las propuestas clave de la NGP, sugieren acabar con el monolitismo y, en este caso, con la singularidad de los informes técnicos por la SMV. La conclusión anticipada más importante de nuestra investigación es que, en términos generales, los informes técnicos deben ser atendidos por distintas organizaciones públicas especializadas y sectorizadas.

En una línea sistémica, la interrogante que nos vamos a plantear es la siguiente: ¿Es necesaria la sustitución de la SMV por otra entidad oficial que garantice mejor la calidad del informe técnico relacionado con la corrupción? Al respecto podemos identificar tres sistemas: a) sistema *extensivo*, que considera la participación de solo las certificadoras privadas; b) sistema *mixto*, que considera a la CGR para corrupción y otras instituciones especializadas para otros delitos; y, c) sistema *restrictivo*, que incorpora solo a la SMV.

a) Con respecto al sistema *extensivo*, debemos indicar que en el artículo 19 de la Ley N° 30424 -en su texto original- se había adoptado este sistema de privatización de certificaciones por terceros debidamente registrados y acreditados; no obstante, este dispositivo legal fue derogado por el Decreto Legislativo N° 1352. Este sistema, en lo que se refiere a su confiabilidad, despierta dudas. Así, sobre el papel que juegan las certificaciones privadas, se sostiene en España que es dudoso el valor procesal de estas certificaciones, además la empresa asume el estatus de cliente frente a la certificadora, lo

²⁰⁵ Gonzáles Guarda, Claudio, ob. Cit., p. 16.

²⁰⁶ La utilización del término cliente se ha entendido también como un intento de democratización de los servicios públicos. Considerar a los ciudadanos como clientes abre la puerta a su participación en la toma de decisiones sobre la provisión del servicio. Cfr. Olías de Lima Gete, Blanca (2001). La Nueva Gestión Pública. Pearson Educación, S.A., Madrid, pp. 16-18

que genera un conflicto de interés difícil de resolver²⁰⁷. Surge la duda de qué eficacia real pueden tener a la hora de alegar un programa con este tipo de certificación. (...) De ahí que existan puntos de discrepancia para algún sector doctrinal respecto a la eficacia real de los *compliances* y algunas veces puede no ser un perfecto instrumento de control social en el ámbito empresarial, aunque el modelo esté bien definido²⁰⁸.

En este caso, la intervención por parte del poder público queda postergada para dar mayor protagonismo a entes privados o semi-públicos en materia de regulación y supervisión lo que implica la aparición de unos riesgos a los que el Derecho penal no parece inmune²⁰⁹.

En Chile, las certificaciones privadas acreditadas no han funcionado como se esperaba. La experiencia chilena muestra que “para certificar modelos de prevención surgió toda una industria de empresas, son las certificadoras exprés que surgen porque prácticamente no existe un regulador ni fiscalización en este ámbito”²¹⁰. Es decir, si se prevé la existencia de un ente regulador y una adecuada fiscalización, podría desaparecer la duda respecto a la confiabilidad de este sistema privatista. Conviene subrayar que “para garantizar la seriedad con que las empresas auditoras y otras registradas ante la Superintendencia de Valores y Seguros, cumplirán con el cometido de certificar a las personas jurídicas, la ley le atribuyó a las labores desempeñadas por éstas el carácter de función pública en los términos del artículo 260 del Código Penal”²¹¹.

Con todo, la privatización de las certificaciones de los modelos de prevención, tienen en el sistema extensivo una debilidad: la confiabilidad. Hechas las anteriores precisiones, debemos señalar que el MP requiere de certificaciones –como complemento de la investigación- que le sumen fortaleza a su teoría del caso; sin embargo, las certificaciones privadas en razón a su relativa confiabilidad, parece que no aseguran la eficacia real de los modelos de prevención. Gutiérrez Pérez apunta, que la asignación de una cuestión tan

²⁰⁷ Nieto Martín, Adán (2013), ob. Cit, p. 43.

²⁰⁸ Farnés Agramunt, Jordi (2018). Carga de la prueba en la alegación de un programa de *compliance* penal y su eficacia eximente. Trabajo de Fin de Grado en Derecho, Universitat Autònoma de Barcelona, pp. 18 y ss.

²⁰⁹ Aguilera Gordillo, Rafael (2018). Compliance penal. Régimen jurídico y fundamentación analítica de la responsabilidad penal de las personas jurídicas y el *compliance program*. Tesis doctoral,

²¹⁰ Reyes, Claudio (2014). Las malas prácticas en el mercado chileno de las certificadoras antidelitos empresariales. <https://www.americaeconomia.com/negocios-industrias/las-malas-practicas-en-el-mercado-chileno-de-las-certificadoras-antidelitos-empr> (Fecha de consulta: 26/8/2019)

²¹¹ Fiscal Nacional del Ministerio Público de Chile, Oficio FN N° 440/2010, que imparte criterios de actuación de los fiscales en la investigación y persecución penal de las personas jurídicas; p. 10.

relevante como la exención de responsabilidad penal no puede depender de empresas privadas, pues habría que colocarse en una posición idealista para no entender que al fin y al cabo se está pagando la impunidad con tintineante sonido metálico²¹². En realidad, como anota Nieto, “*quien investiga siempre tiene más posibilidades de construir la realidad tal como le conviene*”²¹³.

b) Con respecto a los modelos de prevención en delitos de corrupción, consideramos que, a diferencia del sistema extensivo, el *mixto* es el más adecuado. En principio, sería necesario que sea la Contraloría General de la República (CGR) la institución pública que se encargue de emitir los informes técnicos con valor de pericia institucional y sin carácter vinculante para el Ministerio Público. Y es que, desde la perspectiva constitucional, no es posible subordinar la decisión del MP a la decisión sobredimensionada de la SMV, de la CGR o de cualquier otra organización. Como anota Balmaceda, debería considerarse una intromisión en las facultades del fiscal esta “cuasi-orden” de archivar si es que el informe técnico de la SMV establece que la implementación y funcionamiento del modelo de prevención antes de la comisión del delito, es adecuado, el fiscal dispone el archivo de lo actuado, mediante decisión debidamente motivada²¹⁴.

Desde luego, cabe plantear una pregunta: ¿No habría un problema de especialidad ya que CGR analiza la función pública pero no la actividad privada? Efectivamente, la CGR analiza la función pública pero no la actividad privada. No obstante, así como el Poder Judicial imparte justicia juzgando a los funcionarios, servidores públicos, particulares, entidades públicas y privadas, así también la CGR, por más que controle en exclusividad la actividad pública, también podría controlar a las organizaciones empresariales en sus actividades privadas. Para ello sería necesario modificar la Ley N° 27785, Ley Orgánica del Sistema Nacional de Control y de la Contraloría General de la República con la finalidad de que se incorpore en su ámbito de aplicación a las personas jurídicas que prevé el artículo 2 de la Ley N° 30424 que regula la responsabilidad administrativa de las personas jurídicas.

Pues bien, con el otorgamiento de esta facultad a la CGR, no constitutiva de vinculación, se evitaría el preocupante riesgo de no lograr la eficacia que se espera con la normatividad

²¹² Gutiérrez Pérez, Elena. Ob. Cit, p. 22.

²¹³ Nieto Martín, Adán (2013). Problemas fundamentales del cumplimiento normativo en el Derecho penal, ob. Cit, p. 48.

²¹⁴ Balmaceda Quirós, Justo (2017), ob. Cit., p. 31.

actual. La razón principal es que su campo de acción es precisamente la supervisión de la legalidad de la ejecución del Presupuesto del Estado, de las operaciones de la deuda pública y de los actos de las instituciones sujetas a control, entre otras. Además, el *know how* de la CGR es un factor determinante para afirmar la encargatura, pues desde hace muchos años viene elaborando informes especiales cuando en su labor de control se evidencian indicios de delitos contra la administración pública, llámese peculado, malversación de fondos, negociación incompatible, colusión, etc., que guardan estrecha relación con los delitos de corrupción previstos en la Ley N° 30424. En la línea que sostenemos, Palomino anota:

Dentro del alcance de la presente norma se encuentran tanto las entidades de derecho privado, como también las asociaciones, fundaciones y comités no inscritos, las sociedades irregulares, los entes que administran un patrimonio autónomo, las empresas del Estado peruano o sociedades de economía mixta y, tras la emisión del Decreto Legislativo N° 1352, las organizaciones no gubernamentales (ONG), que son entes colectivos sin fines de lucro, que evidentemente no cotizan en bolsa, por lo que la SMV no pareciera ser el órgano idóneo en todos los casos para analizar la eficacia de los programas de prevención²¹⁵.

En este contexto, existen autores nacionales que defienden el enfoque de sustitución de la SMV por otras organizaciones públicas. En esta posición se sitúa Mendoza, quien estima que no resulta favorable que la SMV sea la única entidad encargada de emitir los informes técnicos para la variada gama de empresas que interactúan en nuestro país. Se estima, además, que debería considerarse también (de *lege ferenda*) a los distintos Ministerios y/o organismos adscritos a éstas como encargadas de evacuar los informes técnicos, de conformidad con su especialidad correspondiente²¹⁶.

Por su parte Caro, refiriéndose al artículo 18 de la Ley N° 30424 apunta que sería conveniente que el Congreso, en el proceso de revisión de la legislación delegada, derogue esta regla y señale, de ser el caso, al órgano público a cargo de acreditar los programas de cumplimiento a fin de hacer predecibles las condiciones para aplicar la

²¹⁵ Palomino Ramírez, Walter Joshua (2017). Análisis del Decreto Legislativo N° 1352 que amplió el alcance de la responsabilidad (“penal”) de la persona jurídica. Blog PUCP Derecho Penal Económico y DDHH, publicado el 25/01/2017. (Fecha de consulta: 18/02/2020).

²¹⁶ Mendoza Vaez, Paul (2019). El informe técnico de la Superintendencia del Mercado de Valores que analiza la implementación y adecuado funcionamiento de los modelos de prevención de delitos. A propósito de la dación del Reglamento de la Ley N° 30424. Ius Puniendi, Lima, p. 420.

eximente del art. 17 de la Ley y, con ello, se impulse la expansión de una cultura empresarial de cumplimiento²¹⁷. Una opción plausible sería la redacción de programas de compliance sectorizados, por materias y actividades económicas²¹⁸.

El planteamiento de que sea la CGR la entidad que represente al Estado en la prevención de delitos vía *compliances* en las empresas, responde a la necesidad de solventar la autorregulación regulada cuidando que el poder público no se excluya de su labor de supervisión y control del sector empresarial. En realidad, y en términos generales, conviene un *sistema mixto sectorizado por especialidad*. Lo cierto es que si evaluamos la experiencia de la SMV vamos a verificar que puede aportar de manera eficaz en la calificación de la implementación y funcionamiento de los modelos de prevención en empresas que cotizan en Bolsa. Abona, la experiencia en la emisión de informes técnicos en los delitos previstos en los artículos 245-A, 251-A y 251-B del CP. Del mismo modo, la UIF posee la capacidad para lograr con eficacia la detección, supervisión y fiscalización de riesgos en delitos de lavado de activos. Ahora bien, y como se espera, si el legislador decide incluir en el catálogo de la Ley N° 30424 a los delitos informáticos, podría requerirse el aporte de la División de Investigación de Delitos de Alta Tecnología (DIVINDAT), unidad especializada de la PNP.

En palabras de Nieto:

Debe quedar claro que confiar sólo en el voluntarismo de las empresas, sin introducir mecanismo de coacción estatal o por parte de organizaciones internacionales, genera el riesgo de que los programas de cumplimiento acaben degenerando en autorregulación simbólica o cosmética, destinada a lavar la cara de las empresas, en aquellos momentos en que tienen problemas con la opinión pública, o a ser un instrumento simplemente de marketing. Al igual que ocurre con la legislación simbólica, esta utilización de la autorregulación contribuye a medio plazo a su desprestigio²¹⁹.

Ahora bien, si a la CGR se le faculta la emisión de los informes técnicos en delitos de corrupción, la recomendación que razonablemente se debe garantizar es que los mismos no deben ser vinculantes para el Ministerio Público. La postura adoptada se encuentra

²¹⁷ Caro Coria, Carlos (2017). Comentarios a las recientes modificaciones del Decreto Legislativo N° 1352. Sobre la llamada responsabilidad “administrativa” de las personas jurídicas. La Ley.

²¹⁸ Gutiérrez Pérez, Elena, ob. Cit, p. 22.

²¹⁹ Nieto Martín, Adán (2020). El cumplimiento normativo. Lección 1, Máster en cumplimiento normativo, Universidad de Castilla-La Mancha, p. 9.

constitucional y técnicamente justificada pues, como se ha anotado, debe excluirse la mínima posibilidad de sujeción del MP al riesgo o peligro de control de cualquier poder político. Convendría, por tanto, que el legislador *dikaíos* valore la titularidad del ejercicio de la acción penal por el Ministerio Público, previendo que no se produzcan efectos contrarios a los principios que rigen en un Estado democrático de Derecho.

En definitiva, la idea esencial es que el *compliance* responde a un modelo de autorregulación regulada por el cual el Estado refuerza su política de supervisión y control con la colaboración de las propias personas jurídicas, en razón a su mayor y mejor conocimiento de la actividad empresarial. Sin embargo, ello no significa el apartamiento de la entidad encargada de la función pública de fiscalización. Por ello, consideramos que, es conveniente validar legislativamente las certificaciones por terceros acreditados que prescribía el artículo 19 de la Ley N° 30424 original, si y solo si, complementan el informe técnico elaborado por la institución oficial. Como acertadamente señala Aguilera, “el poder público convalida la regulación privada o estándares como normas válidas y vigentes debido al mayor grado de conocimiento, por parte de los comités técnicos de las deficiencias, requisitos o presupuestos necesarios en los procesos productivos y de control. Pero, al mismo tiempo, el Estado no elude –o no debería eludir- sus deberes elementales de ordenar y controlar estas actividades para velar por el bien común”²²⁰.

c) Por último, tenemos el sistema *restrictivo*, que considera solo a la SMV en temas de *compliance*. Ese es el modelo que recoge la Ley N° 30424. Y ello es problemático. En realidad, no dudamos de la dimensión del valor institucional que respalda a la SMV y de su segura contribución en la evaluación de empresas que le asigna su Ley Orgánica. No creemos, sin embargo, que sea la institución que supervise todos los modelos de prevención de delitos de las personas jurídicas contenidas en la Ley N° 30424 y que su opinión predomine frente a la del titular del ejercicio de la acción penal como es el Ministerio Público. Frente a ello, habrá que buscar en otras instituciones sectoriales como la CGR la solución al problema de la probable inseguridad de la gestión de la calidad total de los programas de cumplimiento.

²²⁰ Aguilera Gordillo, Rafael (2018). Compliance penal en España. Régimen de responsabilidad penal de las personas jurídicas. Fundamentación analítica de base estratégica. Lógica predictiva y requisitos del *compliance program penal*. Thomson Reuters Aranzadi, Pamplona, p. 199.

Ahora bien, no han faltado críticas a la facultad otorgada a la SMV para emitir los informes técnicos²²¹. A las que se suma la crítica de la nula experiencia y competencia material de la SMV para intervenir, opinar o tener injerencia en materia de cumplimiento normativo, frente a fenómenos delictivos tan complejos como la corrupción o el lavado de activos²²². Por consiguiente, es bueno reiterar que la ausencia de los “factores de especialización y sectorización” es una buena razón para afirmar que la evaluación de la gestión de los programas de cumplimiento, es un riesgo en potencia. Como se afirma en la doctrina: “*los riesgos que debe afrontar una entidad bancaria en su funcionamiento diario se parecen muy poco a los propios de una pequeña empresa química*”²²³.

En efecto, y al margen de la gestión de los riesgos que comprende el análisis de la ética e integridad de los empleados y directivos, la gestión de procesos, de operaciones estratégicas, conflictividad laboral y de gestión de intereses, entre otros, la SMV en su tarea de supervisión y control tendrá que definir e identificar los riesgos de corrupción a partir de una evaluación jurídico-penal, criminológica y económica. Nieto, al respecto enseña que, el análisis de riesgos resulta un elemento básico e imprescindible de los programas de cumplimiento. No es posible considerar un programa de cumplimiento eficaz sin haber realizado un análisis de riesgo previo²²⁴. En este caso particular, la SMV no garantiza la eficacia del análisis, evaluación y controles de riesgos anticorrupción, de importante complementariedad con las ciencias penales. Consecuentemente, la valoración del modelo de prevención debería efectuarlo el Ministerio Público, con el

²²¹ “La SMV no tiene experiencia en temas de corrupción. Hay muchas empresas que no están ahí (mercado bursátil). Puede cometer corrupción por ejemplo una metalmecánica en Puno que no cotiza en bolsa pero que le presta servicios al gobierno regional”. Caro Coria, Carlos (2018), Compliance: programa exigido a empresas para evitar sanciones, Perú21. En la misma fuente, Arrieta José: “Al menos para el tema de lavado de activos, hubiese tenido más sentido hacerle el pedido (del informe técnico) a la UIF o a la SBS en lugar de la SMV”. El Profesor Caro se plantea las siguientes preguntas: “¿Cuánto conoce la SMV de corrupción, lavado de activos y financiamiento del terrorismo? ¿Cuánto conoce la SMV sobre programas de cumplimiento relativos a tales delitos? ¿Es función de la SMV conocer de estos asuntos? ¿Debe la SMV pronunciarse sobre empresas que no supervisa porque no cotizan valores en el mercado bursátil o no las regula?”. Caro Coria, Carlos (2017), Sobre la llamada responsabilidad “administrativa” de las personas jurídicas, La Ley. Se anota, además: “Un problema adicional es que la SMV no tiene la experiencia de la Unidad de Inteligencia Financiera (UIF) en la detección de casos de lavado de activos”. Ramírez Marcel (2019), docente de Economía en la Escuela de Posgrado de la PUCP, Vid. Normas antisoborno afectan labor fiscal contra corrupción empresarial, Sala del Poder, Ojo Público. En la misma línea se afirma: “Lo más lógico hubiese sido que la SMV solo se encargue de las empresas bajo su supervisión”. Peschiera, José Manuel (2017), Vid. Todas las empresas deberán tomar medidas para prevenir corrupción, Economía-Gestión.

²²² Caro Coria, Dino Carlos (2019). Sobre el nuevo Reglamento de la Ley 30424 de responsabilidad “administrativa” (penal) de la persona jurídica. Legis.pe.

²²³ Coca Vila, Ivó, ob. Cit., p. 61.

²²⁴ Nieto Martín, Adán (2015), ob. Cit., p. 153.

apoyo de los informes técnicos de la CGR para decidir la formalización de la investigación preparatoria, y en su caso, defender en el juicio oral la fuerza probatoria de su pretensión.

Con todo, es una frívola quimera pensar que la SMV conoce profundamente las distintas actividades empresariales que le permita opinar técnicamente en todos los delitos contenidos en la Ley N° 30424. Consideramos, por tanto, que la selección de la organización (s) encargada (s) de la implementación, funcionamiento e idoneidad de los programas de *compliance*, debe fundarse principalmente en una perspectiva técnica. Ahora bien, si se trata de la verificación de los modelos de prevención de las empresas que cotizan en bolsa, la SMV es la organización técnica indicada. En cambio, si se trata de los modelos relacionados con los delitos de corrupción, la CGR es la organización que garantiza el cabal cumplimiento de los mandatos del legislador. En definitiva, somos tajantes en postular la modificación expresa, precisa y específica de la Ley N° 30424 para que se excluya a la SMV de la verificación de la idoneidad de los modelos de prevención en delitos de corrupción y se incluya a la CGR en la estratégica lucha contra la corrupción.



CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

Primera

El cumplimiento normativo o *compliance* empresarial no es una política pública, es un instrumento de política pública de auto control, cuyo diseño, implementación y funcionamiento se orienta a alcanzar una nueva cultura empresarial que va más allá de la ética y el cumplimiento del Derecho.

Segunda

Existen razones suficientes para admitir que el mejor modelo, método o política para combatir la corrupción, es la prevención, la que se constituye como uno de los objetivos esenciales que define el Derecho penal contemporáneo.

Tercera

En el Texto Único de la Ley Orgánica y en el Reglamento de Organización y Funciones de la SMV, no existe disposición alguna en la que se atribuyan funciones de calificación de modelos de prevención de delitos de corrupción en las personas jurídicas, que decidan respecto a investigaciones penales.

Cuarta

La Constitución Política del Perú de 1993, la Ley Orgánica del Ministerio Público y el Código Procesal Penal de 2004, convergen en reconocer al Ministerio Público la titularidad del ejercicio público de la acción penal. Es decir, por el principio acusatorio el fiscal posee la misión monopólica del ejercicio público de la acción penal. Esta actividad se desarrolla progresivamente desde que el fiscal decide si debe o no formalizar la investigación preparatoria hasta la consolidación de la decisión acusatoria.

Quinta

Del análisis y evaluación de la política legislativa aplicada para los delitos tributarios y aduaneros, en los que la decisión persecutoria del delito se había dejado en poder de la autoridad administrativa, se ha demostrado que el legislador ha puesto de manifiesto su voluntad política para salvaguardar las reglas constitucionales y devolver la titularidad de la acción penal al Ministerio Público, a través del Decreto Legislativo N° 957, Código Procesal Penal de 2004.

Sexta

El enunciado legal del art. 18 de la Ley N° 30424 que expresa: “*si el informe técnico de la SMV establece que la implementación y funcionamiento del modelo de prevención antes de la comisión del delito, es adecuado, el fiscal dispone el archivo de lo actuado, mediante decisión motivada*”, relativiza la autonomía funcional del MP; por lo que, atendiendo al principio de supremacía constitucional, el fiscal, como órgano legítimo de persecución penal y encontrándose sujeto a las disposiciones constitucionales y legales de obligatorio cumplimiento para todo funcionario público, debe actuar privilegiando la norma constitucional respecto a la norma legal.

Séptima

Con respecto a los modelos de prevención en delitos de corrupción, dada la ventaja competitiva de la CGR –estrategias de costos y de enfoque- frente a la SMV y otras organizaciones públicas, es conveniente que se le encargue a la entidad contralora la verificación de la gestión de los modelos de prevención de delitos de corrupción en las personas jurídicas, así como la emisión de los informes técnicos sin efecto vinculante para el Ministerio Público. El *know how* de la CGR es un factor determinante para afirmar la encargatura, lo que aportará a la finalidad utilitaria de solventar la autorregulación regulada y asegurar que el poder público no se excluya de la labor de supervisión y control del sector empresarial.

Octava

La corrupción es un problema público que posee dos indicadores básicos: altos niveles de complejidad y diversidad de estructuras empresariales. De ahí la necesidad de elegir organizaciones expertas que emitan los informes técnicos pues los que emita la SMV no favorecerán la eficacia en la verificación de la gestión de los modelos de prevención en delitos de corrupción de las personas jurídicas. Por ello, es ineludible la modificación del artículo 18° de la Ley N° 30424 para que se excluya a la SMV de la verificación de la idoneidad de los modelos de prevención de delitos de corrupción y, en su lugar, se incluya a la CGR, sin perjuicio de reconocer la plena titularidad del ejercicio público de la acción penal al Ministerio Público, como constitucionalmente corresponde.

BIBLIOGRAFÍA

- ABOSO, Gustavo Eduardo y ZAPATA, María Florencia (2006). *Cibercriminalidad y Derecho penal*. Editorial IBdef, Montevideo-Buenos Aires.
- ADAME MARTÍNEZ, Francisco D. (2009). *Autoría y otras formas de participación en el delito fiscal. La responsabilidad penal de administradores y asesores fiscales*. Editorial Comares, Granada-España.
- AGUDO FERNÁNDEZ, JAÉN VALLEJO y PERRINO PEREZ (2016). *Derecho penal de las personas jurídicas*. Editorial Dykinson, Madrid-España.
- AGUILAR VILLANUEVA, Luis F. (2008) *Gobernanza y gestión pública*. Fondo de Cultura Económica, segunda reimpresión, México.
- AGUILERA GORDILLO, Rafael (2018). *Compliance Penal en España*. Editorial Aranzadi, Pamplona-España.
- ALONSO RIMO, Alberto (2019). *Introducción. Derecho penal preventivo, orden público y seguridad ciudadana*. Coordinador: David Colomer Bea, Thomson Reuters Aranzadi, Pamplona-España.
- ARELLANO GAULT, David (2006). *Gestión estratégica para el sector público. Del pensamiento estratégico al cambio organizacional*. Fondo de Culturas Económica, México.
- AROCENA, Gustavo A. (2018). *Criminal compliance*. En, *Compliance y responsabilidad penal de las personas jurídicas. Perspectivas comparadas (EE.UU., España, Italia, México, Argentina, Colombia, Perú y Ecuador)*. Director: Luis Miguel Reyna Alfaro. Ideas Solución Editorial, Lima.
- ASTUDILLO MEZA, Guillermo (2016). *Hacia la implementación de los programas de cumplimiento (compliance) en el Perú*. En, *Temas de derecho penal económico: empresa y compliance*, Anuario de Derecho penal 2013-2014, Fondo Editorial PUCP, Lima.
- ATIENZA, Manuel (2009). *Sobre “Creación judicial del Derecho” de Alfredo Buluygin*. En, *Para una teoría postpositivista del Derecho*, Manuel Atienza y Juan Ruíz Manero, Palestra-Temis, Lima-Bogotá.
- BACIGALUPO, Silvina y LIZCANO, Jesús (2013). *Responsabilidad penal y administrativa de las personas jurídicas en delitos relacionados con la corrupción*. Eurosocial, Programa para la Cohesión Social en América Latina, Madrid-España.
- BALCARCE, Fabián y BARRUEZO, Rafael (2016). *Criminal compliance y personas jurídicas*. Julio César Faira – Editor, Buenos Aires-Argentina.
- BALMACEDA QUIRÓS, Justo (2017). *Las personas jurídicas y su responsabilidad “administrativa” autónoma para los delitos de corrupción y lavado de activos visto desde el Decreto Legislativo N° 1352*. Actualidad Penal, Número 33, Lima.
- BANACLOCHE PALAO, ZARZALEJOS NIETO y GÓMEZ-JARA DÍEZ (2012). *Responsabilidad penal de las personas jurídicas. Aspectos sustantivos y procesales*. La ley, segunda reimpresión, Madrid-España.
- BERRUEZO, Rafael (2018). *Responsabilidad penal en la estructura de la empresa. Imputación jurídico-penal en base a roles*. Editorial IB de F., Buenos Aires-Argentina.
- BOCK, Dennis (2013). *Compliance y deberes de vigilancia en la empresa*. En, *Compliance y teoría del Derecho penal*. Marcial Pons, Madrid-España.
- BOLT, James F. (2006). *Formación de líderes tridimensionales*. En, *El líder del futuro*. Ediciones Deusto, Bogotá-Colombia.
- CARO CORIA, Dino Carlos (2019). *Derecho penal y proceso penal*. Estudios. Gaceta Jurídica, Lima.
- CARO CORIA, Dino Carlos (2020). *Imputación objetiva y compliance penal*. En, *Derecho penal económico y teoría del delito*. Eduardo Demetrio Crespo (Director), Mónica De La Cuerda Martín y Faustino García De La Torre García (Coordinadores), Tirant lo Blanch, Valencia-España.
- CARRIÓN CENTENO, Andy (2014). *Criminal compliance*. Thomson Reuters, Lima.
- CAVIGLIA Alessandro, SEIFER Manuel y VALDÉZ Martín (2019). *Ética de la función pública*. En, *Manual de principios y problemas éticos*, Ciro Alegría Varona (Editor), Fondo Editorial PUCP, Lima.

CEJA - Centro de Estudios de Justicia de las Américas (2005). Los desafíos de la policía en los sistemas reformados. Curso Interamericano de Formación de Capacitadores para la Reforma Procesal Penal, Módulo 6, Santiago de Chile.

CEREZO MIR, José (2008). Derecho penal parte general. Editorial IBdef, República Argentina.

COCA VILA, Ivó (2013). ¿Programas de cumplimiento como forma de autorregulación regulada? En, Criminalidad de empresa y compliance, Silva Sánchez, Jesús María (Director), Atelier, Barcelona-España.

CLARÍA OLMEDO, Jorge A. (2004). Derecho procesal penal. Tomo I. Rubinzal – Culzoni Editores, Buenos Aires-Argentina.

CHINCHAY CASTILLO, Alcides Mario y RAMOS DÁVILA, Liza (2015). La Ley N° 30214. Elucidación sobre la prueba preconstituida. Instituto Pacífico, Actualidad Penal, Volumen 17, Lima.

DE LA MATA BARRANCO, Norberto J.; DOPICO GÓMEZ-ALLER, Jacobo; LASCURAÍN SÁNCHEZ, Juan Antonio y NIETO MARTÍN, Adán (2018) Derecho penal económico y de la empresa. Editorial Dykinson, Madrid-España.

DEL MORAL GARCÍA, Antonio (2019). Cuestiones generales. En, Tratado de Derecho penal económico. 1ra Parte. Antonio Camacho Vizcaíno (Director), Tirant lo Blanch, Valencia.

FEIJÓO SÁNCHEZ, Bernardo (2012). Fundamentos de la responsabilidad penal empresarial individual. En, Derecho penal de la empresa. Del derecho penal económico del Estado social al derecho penal de la empresa globalizado. Ediar, Buenos Aires-Argentina.

FÉLIX TASAYCO, Gilberto (2017). Manual Autoinstructivo Curso “Gestión del Despacho Fiscal”, Nivel I, Academia de la Magistratura, Lima.

FÉLIX TASAYCO, Gilberto (2018). Gestión pública de la Administración de Justicia. Editorial Grijley, Lima.

FÉLIX TASAYCO, Gilberto (2018). Curso “Investigación del delito y medidas cautelares. Manual Autoinstructivo, Academia de la Magistratura, Lima.

FUENTES SORIANO, Olga (2005). La investigación por el fiscal en el proceso penal abreviado y en los juicios rápidos. Perspectivas de futuro. Tirant lo Blanch, Valencia-España.

GALLEGRO SOLER, José-Ignacio (2014). *Criminal compliance* y proceso penal: Reflexiones iniciales. En, Responsabilidad de la empresa y *compliance*. Programas de prevención, detección y reacción penal. Santiago Mir Puig, Mirentxu Corcoy Bidasolo y Víctor Gómez Martín (Directores). Editorial IBdef, Madrid-España.

GARCÍA CAVERO, Percy (2014). Criminal compliance. Palestra Editores, Lima.

GARCÍA CAVERO, Percy (2017). Criminal compliance. En especial compliance anticorrupción y antilavado de activos. Instituto Pacífico, Lima.

GIMENO BEVIÁ, Jordi (2016). Compliance y proceso penal. El proceso penal de las personas jurídicas. Editorial Aranzadi, Navarra-España.

GIMENO SENDRA, Vicente (2006). El Ministerio Fiscal – Director de la Instrucción. Iustel, Madrid-España.

GOENA VIVES, Beatriz (2017). Responsabilidad penal y atenuantes en la persona jurídica. Marcial Pons, Madrid-España.

GOENA VIVES, Beatriz (2019). El deber de vigilancia en el marco de la empresa. En, Comprender el Derecho penal. Pablo Sánchez-Ostiz (Director). Editorial IBdef, Buenos Aires-Argentina.

GÓMEZ COLOMER, Juan-Luis (2019). Tratado sobre compliance penal. Responsabilidad penal de las personas jurídicas y modelos de organización y control. Tirant lo Blanch, Valencia-España.

GÓMES DE MAGALHÃES, George G. (2018). La responsabilidad penal de las personas jurídicas en el delito de lavado de dinero. Análisis de los casos “Lava Jato” y “Mensaláo”. Editorial IB de F, Buenos Aires-Argentina.

GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos (2007). Culpabilidad y pena en una teoría constructivista del derecho penal. Ara Editores, Lima.

GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos (2010). La responsabilidad penal de las personas jurídicas. El modelo constructivista de autorresponsabilidad penal empresarial. Ara Editores, Lima.

GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos (2018). Compliance y responsabilidad penal de las personas jurídicas en el Perú. Directrices para su interpretación. Instituto Pacífico, Lima.

GÓMEZ TOMILLO, Manuel (2015). Introducción a la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Segunda edición, Editorial Aranzadi, Navarra-España.

GÓMEZ MARTÍN, Víctor; PABLO MONTIEL, Juan y SATZGER, Helmut (2018) (eds.). Estrategias penales y procesales de lucha contra la corrupción. Marcial Pons, Madrid-España.

GONZÁLEZ GONZÁLEZ, Francisco Óliver (2019). Compliance en el tercer sector. Thomson Reuters Aranzadi, Pamplona-España.

GONZÁLEZ GUARDA, Claudio J. (2018). Gestión, gerencialismo y sistema penal. Editorial IBdef, Buenos Aires-Argentina.

GONZÁLES, Manuel Richard (2010), La competencia del Ministerio fiscal para la investigación de actos delictivos. Diligencias preliminares y competencias de instrucción en el procedimiento de menores. En, Estudios sobre prueba penal, Volumen I (Dir. Xavier Abel Lluch y Manuel Richard Gonzáles), La Ley Grupo Wolters Kluwer, Madrid-España.

GOÑI SEIN, José Luis (2014). Programas de cumplimiento empresarial (*compliance programs*): Aspectos laborales. En, Responsabilidad de la empresa y *compliance*. Programas de prevención, detección y reacción penal. Santiago Mir Puig, Mirentxu Corcoy Bidasolo y Víctor Gómez Martín (Directores). Editorial IBdef, Madrid-España.

GUTIÉRREZ PÉREZ, Elena (2015). Los compliance programs como eximente o atenuante de la responsabilidad penal de las personas jurídicas. La “eficacia e idoneidad” como principios rectores tras la reforma de 2015. Revista General de Derecho Penal 24, España.

HARGUINDÉGUY, Jean-Baptiste (2015). Análisis de políticas públicas. Editorial Tecnos, segunda edición, Madrid-España.

HEINE, LAMPE, LAUFER, GÓMEZ-JARA y STRUDLER (2012). Modelos de responsabilidad penal de las personas jurídicas. Propuestas globales contemporáneas. Ara Editores, Lima.

HERRERA GUERRERO, Mercedes (2015). La prueba en el proceso penal, Instituto Pacífico, Lima.

HURTADO POZO, José (2016) (dir.). Temas de derecho penal económico: empresa y compliance. Anuario de Derecho Penal 2013-2014. Fondo Editorial Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima.

HURTADO POZO, José (2018) (dir.). Problemas actuales de política criminal. Anuario de Derecho Penal 2015-2016. Fondo Editorial Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima.

HUSAK, Douglas (2013). Sobrecriminalización. Los límites del Derecho penal. Marcial Pons. Madrid-España.

IGNATIEFF, Michael (2018). Las virtudes cotidianas. El orden moral en un mundo dividido. Penguin Random House Grupo Editorial, Madrid-España.

KAI Ambos, CARO CORIA Dino Carlos y MALARINO Ezequiel (2015) (Coordinadores). Lavado de activos y compliance. Perspectiva internacional y derecho comparado. Jurista Editores, Lima.

KAISER, Axel/ÁLVAREZ, Gloria (2016). El engaño populista. Por qué se arruinan nuestros países y cómo rescatarlos. Ediciones Deusto, Barcelona-España.

KUHLEN, Lothar (2013). Cuestiones fundamentales de compliance y Derecho penal. En, Compliance y teoría del Derecho penal. Marcial Pons, Madrid-España.

LARRIBA HINOJAR, Beatriz y NAVARRO VALENCIA, Juan Carlos (2019). Modelos de organización y gestión de cumplimiento normativo y de prevención de delitos: De la teoría a la práctica. En, Tratado sobre compliance penal. Responsabilidad penal de las personas jurídicas y modelos de organización y gestión, Director: Juan-Luis Gómez Colomer, Tirant lo Blanch, Valencia-España.

LIÑAN LAFUENTE, Alfredo (2019). La responsabilidad penal del compliance officer, Editorial Aranzadi, Pamplona-España.

LÓPEZ AGUILAR, Juan Fernando (2017). La lucha contra la corrupción en la Unión Europea. En, Corrupción pública y privada en el Estado de Derecho (Drs. Queralt Jiménez, Joan y Santana Vega, Dulce M.) Tirant lo Blanch, Valencia-España.

LLEDÓ BENITO, Ignacio (2018). Corporate compliance: La prevención de riesgos penales y delitos en las organizaciones penalmente responsables. Dykinson, S. L. Madrid-España.

LUNA-VICTORIA LEÓN, César (1998). Criminalización de las infracciones tributarias – El delito tributario. Revista del Instituto Peruano de Derecho Tributario, N° 34, Lima.

MADRID VALERIO, Cecilia y PALOMINO RAMÍREZ, Walter (2019). El rol y la importancia del cumplimiento normativo en materia penal en el contexto normativo peruano actual. *Revista Electrónica del Estudio Oré Guardia*, Año 1, Número 1, Lima.

MAROTO C., Manuel (2015). La financiación ilegal de partidos políticos. Un análisis político criminal. Marcial Pons, Madrid-España.

MENDOZA VAEZ, Paul (2019). El informe técnico de la Superintendencia del Mercado de Valores que analiza la implementación y adecuado funcionamiento de los modelos de prevención de delitos. A propósito de la dación del Reglamento de la Ley N° 30424. *Revista Ius Puniendi*, Año II, N° 12, Lima.

NAVARRO MASSIP, Jorge (2018) (dir.). *El compliance officer, ¿un profesional en riesgo?* Profit Editorial, España.

NAKASAKI SERVIGÓN, César (2017). El Derecho penal y procesal penal desde la perspectiva del abogado penalista litigante. *Gaceta Jurídica*, Lima.

NASH, Mike (2018). Los tribunales y las prisiones. En, *Manual de prevención del delito y seguridad ciudadana*. Compiladores: Mariano Tenca y Emiliano Méndez Ortiz, Prólogo de David Garland, Ediciones Didot, CABA, Argentina.

NEIRA PENA, Ana María (2018). La defensa penal de la persona jurídica. Representante defensivo, rebeldía, conformidad y compliance como objeto de prueba. Editorial Aranzadi, Navarra-España.

NEIRA PENA, Ana María (2017). Colaboración público-privada como estrategia para combatir la corrupción: el sistema de responsabilidad penal de las personas jurídicas y los programas de prevención delictiva. En, *La proyección de la corrupción en el ámbito penal: análisis de una realidad transversal*. María Ángeles Fuentes Loureiro y Silvia Rodríguez López (Coords.). Editorial Comares, Granada-España.

NIETO MARTÍN, Adán (2013). Problemas fundamentales del cumplimiento normativo en el Derecho penal. En, *Compliance y teoría del Derecho penal*, Lothar Kuhlen, Juan Pablo Montiel e Iñigo Ortiz de Urbina Gimeno (eds.), Marcial Pons, Madrid-España.

NIETO MARTÍN, Adán (2013). La privatización de la lucha contra la corrupción. En, *Derecho penal económico en la era compliance*, Dirs. Luis Arroyo Zapatero y Adán Nieto Martín, Tirant lo Blanch, Valencia-España.

NIETO MARTÍN, Adán (2015). *Manual de cumplimiento penal en la empresa*. Tirant lo Blanch, Valencia-España.

NIETO MARTÍN, Adán (2016). Problemas fundamentales del cumplimiento normativo en el Derecho penal. En, *Temas de Derecho penal económico: empresa y compliance*, Anuario de Derecho penal 2013-2014, José Hurtado Pozo (Director), Fidel Mendoza Llamacponcca (Coordinador), Fondo Editorial de la PUCP, Lima.

NIETO MARTÍN, Adán y GARCÍA MORENO, Beatriz (2019). De la ética pública al *public compliance*: Sobre la prevención de la corrupción en las administraciones públicas. En, *Tratado sobre compliance penal. Responsabilidad penal de las personas jurídicas y modelos de organización y gestión*. Juan-Luis, Gómez Colomer (Director), Tirant lo Blanch, Valencia-España.

NIETO MARTÍN, Adán (2020). El cumplimiento normativo. Lección 1, Máster en cumplimiento normativo, segunda edición, Universidad de Castilla-La Mancha, España.

NÚÑEZ MIRÓ, Anna (2018). El *compliance officer* y la empresa. En, *El compliance officer, ¿un profesional en riesgo? Perspectiva penal, empresarial, procesal, de la fiscalía y jurisprudencial*. Jorge Navarro (Director), Profit Editorial, España.

OLÍAS DE LIMA GETE, Blanca (2001). *La nueva gestión pública*. Prentice Hall, Madrid-España.

OLIVER CALDERÓN, Guillermo (2010). Aspectos procesales del contrabando propio e impropio. En, *Delitos aduaneros: Luis Rodríguez Collao y María Magdalena Ossandón Widow*. Editorial Jurídica de Chile.

ORÉ GUARDIA, Arsenio (2011). *Manual de Derecho procesal penal*. Tomo 1. Editorial Reforma, Lima.

ORTIZ DE URBINA GIMENO, Íñigo (2013). Sanciones penales contra empresas en España (hispanica societatis delinquere potest). En, *Compliance y teoría del Derecho penal*, Lothar Kuhlen, Juan Pablo Montiel e Íñigo Ortiz de Urbina Gimeno (eds.), Marcial Pons, Madrid-España.

PAAGMAN ALONSO, Sofía (2014). *Compliance : ¿Qué implicaciones tiene en las empresas el cumplimiento de la normativa? El caso Helvetia*. Universidad Pontificia Comillas, Madrid-España.

PALMA HERRERA, José Manuel y AGUILERA GORDILLO, Rafael (2017). *Compliances y responsabilidad penal corporativa*. Editorial Aranzadi, Navarra, España.

PALOMINO RAMÍREZ, Walter Joshua (2017). Análisis del Decreto Legislativo N° 1352 que amplió el alcance de la responsabilidad (“penal”) de la persona jurídica. Blog PUCP Derecho Penal Económico y DDHH, publicado el 25/01/2017, Lima.

PARIONA ARANA, Raúl (2016). Fundamentos dogmáticos sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas. *Revista de Investigación Jurídica “Docentia et investigatio”*, UNMSM, Vol. 18, N° 2, Lima.

PEASE, Ken y ASHBY, Matthew (2018). La ciencia al servicio de la prevención del delito. En, *Manual de prevención del delito y seguridad ciudadana*, Ediciones Didot, Argentina.

PÉREZ ARIAS, Jacinto D. (2013). Sistema de atribución de responsabilidad penal a las personas jurídicas. Tesis Doctoral, Universidad de Murcia, España.

PÉREZ BEJARANO, Alfredo E. (2011) (coordinador). *El Derecho penal económico. Cuestiones fundamentales y temas actuales*. Ara Editores, Lima.

PÉREZ-CRUZ MARTÍN, Agustín Jesús (2017) (Dir.). *Proceso penal y responsabilidad penal de las personas jurídicas*. Editorial Aranzadi, Pamplona-España.

PÉREZ MACHÍO, Ana Isabel (2017). La responsabilidad penal de las personas jurídicas en el Código Penal español. A propósito de los programas de cumplimiento normativo como instrumentos idóneos para un sistema de justicia penal preventiva. Editorial Comares, Granada-España.

PLANCHADELL GARGALLO, Andrea (2015). El valor probatorio del informe técnico de la Contraloría General de la República, Instituto Pacífico, Actualidad Penal, Volumen 7, Lima.

PUENTE ABA; Luz María (2017) (Dir.). La proyección de la corrupción en el ámbito penal: análisis de una realidad transversal. Editorial Comares, Granada-España.

QUERALT JIMENEZ, Joan – SANTANA VEGA, Dulce M. (2017) (dirs.) *Corrupción pública y privada en el Estado de Derecho*. Tirant lo Blanch, Valencia-España.

QUIRÓZ, Alfonso W. (2013). *Historia de la corrupción en el Perú*. Instituto de Estudios Peruanos, Lima.

RAGUÉS i VALLÉS, Ramón (2017). La actuación en beneficio de la persona jurídica como presupuesto para la responsabilidad penal. Marcial Pons, Madrid-España.

RAGUÉS i VALLÉS y ROBLES PLANAS (2018) (dirs.). *Delito y empresa. Estudios sobre la teoría del delito aplicada al Derecho penal económico-empresarial*. Atelier Libros Jurídicos, Barcelona-España.

REYNA ALFARO, Luis Miguel (2018) (dir.). *Compliance y responsabilidad penal de las personas jurídicas. Perspectivas comparadas (EE.UU., España, Italia, México, Argentina, Colombia, Perú y Ecuador)*. Ideas Solución Editorial, Lima.

REYNA ALFARO, Luis Miguel (2019). La defensa penal de la persona jurídica. Idemsa, Lima.

RIVIERE-BARDELL, Adriana y COURIEL, John (2018). Implicancias de la Foreign Corrupt Practices Act (FCPA) en la República Argentina. En, *Compliance, anticorrupción y responsabilidad penal empresaria*, Dirs. Nicolás Durrieu y Raúl R. Saccani, Thomsom Reuters, La Ley, Buenos Aires-Argentina.

ROSE-ACKERMAN, Susan – PALIFKA, Bonnie J. (2019). *Corrupción y gobierno. Causas, consecuencias y reformas*. Marcial Pons, segunda edición, Madrid-España.

ROTSCH, Thomas (2012). Criminal compliance. *InDret. Revista para el análisis del derecho*, Barcelona-España.

SAINZ MORENO, Fernando (1985). El Ministerio Fiscal y la defensa de la legalidad. *Dialnet, Revista de Administración Pública*, N° 108, Madrid-España.

SALINAS SICCHA, Ramiro (2019). *Delitos contra la administración pública*. Editorial Grijley, Lima.

SALINAS SICCHA, Ramiro (2007). Conducción de la investigación y relación del fiscal con la policía en el Nuevo Código Procesal Penal. Publicado en la Revista JUS-Doctrina N° 3, Grijley, Lima.

SÁNCHEZ-OSTIZ, Pablo (2019) (dir.) Comprender el Derecho penal. Editorial IBdeF, Buenos Aires-Argentina.

SÁNCHEZ VELARDE, Pablo (2020). El proceso penal. Editorial Iustitia S.A.C., Lima.

SAN MARTÍN CASTRO, César (1997). La persecución del delito tributario. Derecho y Sociedad N° 12, PUCP, Lima.

SAN MARTÍN CASTRO, César (2014). Derecho procesal penal. Grijley, Lima.

SAN MARTÍN CASTRO, César (2015). Derecho procesal penal. Lecciones. Instituto Peruano de Criminología y Ciencias Penales – Inpeccp, Lima.

SERRANO ESPELTA, Pedro H. y MORALES OLIVER, Gustavo L. (2015). Publicación sobre el desarrollo de la práctica de compliance en Latinoamérica. Estado actual de la legislación anticorrupción y otras. Grupo Iberoamericano de la Práctica de Compliance, Bogotá-Colombia.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús María (2013). Derecho penal de la empresa. Editorial B de F. Buenos Aires-Argentina.

SMALL ARANA, German (2019) (Decano). Mecanismos de lucha contra la corrupción: Retos actuales para el Derecho Penal, procesal penal y ejecución penal. Lima, Perú: Editorial Grijley.

TZU, Sun (2004). El arte de la guerra. Panamericana Editorial, Colombia.

VERD, Joan M. y LOZARES, Carlos (2016). Introducción a la investigación cualitativa. Fases, métodos y técnicas. Editorial Síntesis, Madrid-España.

VILLEGAS GARCÍA, María Ángeles (2015). Los criterios de imputación de la responsabilidad criminal de las personas jurídicas y sus efectos en los Estados Unidos de América. Tesis Doctoral, Universidad Complutense de Madrid, España.

WALLER, Irvin (2008). Menos represión, más seguridad. Verdades y mentiras acerca de la lucha contra la delincuencia. Editorial Ubijus, México.

YON RUESTA, Róger / SÁNCHEZ-MÁLAGA CARRILLO, Armando (2013). Análisis crítico de la política criminal y del tipo de injusto del delito fiscal en el Perú. Themis 64 – Revista de Derecho, Lima.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl (2005). En torno de la cuestión penal. Editorial IBdef, Montevideo-Buenos Aires.

ZUGALDÍA ESPINAR, MARÍN DE ESPINOSA y PÉREZ ALONSO (2010). La responsabilidad criminal de las personas jurídicas y otros estudios de Derecho penal. Editorial Grijley, Lima.

ZUÑIGA RODRÍGUEZ, Laura (2018). La responsabilidad penal de las personas jurídicas como piedra de toque de la criminalidad organizada. En, Problemas actuales de política criminal. José Hurtado Pozo (Director), Fondo Editorial de la PUCP, Lima.

FUENTE – INTERNET

AS3806-1998. <https://www.saiglobal.com/PDFTemp/Previews/OSH/As/as3000/3800/3806.pdf>

AS3806-2006. <https://www.saiglobal.com/PDFTemp/Previews/OSH/as/as3000/3800/3806-2006.pdf>

CABEZAS, Víctor. La ley FCPA, ¿un caso de jurisdicción universal? https://www.usfq.edu.ec/publicaciones/lawreview/Documents/edicion003/law_review_005.pdf

CALDERÓN, LILIANA (2019). ¿Cuánto vale para un juez un informe de la Superintendencia del Mercado de Valores? <https://www.lexlatin.com/portal/opinion/cuanto-vale-para-un-juez-un-informe-de-la-superintendencia-del-mercado-de-valores>

CALDERÓN, Liliana (2019). Sobre la interacción entre la Superintendencia del Mercado de Valores y el Ministerio Público en el marco de la Ley N° 30424, <https://www.youtube.com/watch?reload=9&v=5m6L1Cwq9Zk>

CANCHARI PALOMINO, Emma (2018). Consideraciones en torno a la eficacia en la adopción y ejecución de un programa de Compliance Penal, de cara al artículo 31bis del Código Penal Español. Derecho y Sociedad, N° 50, Lima. <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechosociedad/article/view/20380>

CARO CORIA, Carlos (2017). Comentarios a las recientes modificaciones del Decreto Legislativo N° 1352. Sobre la llamada responsabilidad “administrativa” de las personas jurídicas. La Ley. <https://laley.pe/art/3730/sobre-la-llamada-responsabilidad-lldquo-administrativa-rdquo-de-las-personas-juridicas>

CARO CORIA, Dino Carlos (2019). Sobre el nuevo Reglamento de la Ley 30424 de responsabilidad “administrativa” (penal) de la persona jurídica. Legis.pe, 10 de enero. Disponible en: <https://legis.pe/reglamentarismo-non-tailor-made-nuevo-reglamento-ley-30424-de-responsabilidad-administrativa-penal-persona-juridica/>

CARO CORIA, Dino Carlos (2019). A propósito del nuevo reglamento de responsabilidad “administrativa” (penal) de la persona jurídica. Diario Oficial El Peruano <https://elperuano.pe/suplementosflipping/juridica/721/web/corporativo.html>

CARO CORIA, Dino Carlos (2019). Reglamentarismo “Non tailor-made”. Sobre el nuevo reglamento de la Ley 30424 de responsabilidad “administrativa” (penal) de la persona jurídica. Legis.pe. <https://lpderecho.pe/>

CARRIÓN CENTENO, Andy (2017). La Ley de prácticas corruptas en el extranjero de EE. UU. y el riesgo para las empresas de acción internacional. <https://lexlatin.com/opinion/la-ley-practicass-corruptas-extranjero-ee-uu-riesgo-las-empresas-accion-internacional>

CHANJAN DOCUMET, Rafael Hernando – FERNÁNDEZ DÍAZ, Carmen Rocío (2016). La responsabilidad penal de las personas jurídicas: un estudio comparado entre España y el Perú. Derecho PUCP, N° 77, Lima. <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechopucp/article/view/15640>

CHANJAN DOCUMET, Rafael y PUCHURI TORRES, Flavio (2018). Criminal compliance empresarial: Nuevo mecanismo de la lucha contra la corrupción. Boletín N° 2-2018, Anticorrupción y justicia penal, Idehpucp, Lima. https://cdn01.pucp.education/idehpucp/wp-content/uploads/2018/07/31204955/boletin-ned_n_2.pdf

CHAVES, Miguel y SCHÜRMAN, Miguel (2019). Los programas de prevención de delitos al paredón. Disponible en <https://www.elmercurio.com/Legal/Noticias/Redes/Detallenoticia.aspx?id=907334>

EPSTEIN, Evan (2020). La Ley de prácticas corruptas en el extranjero (FCPA) en América Latina (2019). <https://medium.com/@evan.epstein/la-ley-de-pr%C3%A1cticas-corruptas-en-el-extranjero-fcpa-en-am%C3%A9rica-latina-2019-243428663b1e>

FARNÉS AGRAMUNT, Jordi (2018). Carga de la prueba en la alegación de un programa de *compliance* penal y su eficacia eximente. Trabajo de Fin de Grado en Derecho, Universitat Autònoma de Barcelona. https://ddd.uab.cat/pub/tfg/2018/190866/TFG_jfarnesagramunt.pdf

FEIJÓO SÁNCHEZ, Bernardo (2019). Entrevista por: Carolina Rodríguez Castro. Un breve análisis de la “Responsabilidad Administrativa de las Personas Jurídicas” regulada en la Ley N° 30424. Revista Derecho & Sociedad, N° 52, Lima. <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoysociedad/article/view/21224>

FLORES POLO, Pedro (1996). Delitos económicos y delitos tributarios, Lima, p. 38 y ss. http://www.ipdt.org/uploads/docs/03_Rev31_PFP.pdf

GADEA BENAVIDES, Héctor. El foreign corrupt practices act y la responsabilidad penal de la empresa, <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/themis/article/viewFile/15590/16039>

GUÍA DE EVALUACIÓN DE PROGRAMAS DE CUMPLIMIENTO NORMATIVO (junio 2020). U.S. Department of Justice. <https://justice.gov>

KPMG. Ley Orgánica 1/2019, de modificación del Código Penal. www.kpmgabogados.es

MATUS ACUÑA, Jean Pierre (2017). Sobre el valor de las certificaciones de adopción e implementación de modelos de prevención de delitos frente a la responsabilidad penal de las personas jurídicas. [file:///C:/Users/USUARIO/Downloads/Dialnet-SobreElValorDeLasCertificacionesDeAdopcionEImpleme-6318060%20\(1\).pdf](file:///C:/Users/USUARIO/Downloads/Dialnet-SobreElValorDeLasCertificacionesDeAdopcionEImpleme-6318060%20(1).pdf)

REYES, Claudio (2014). Las malas prácticas en el mercado chileno de las certificadoras antidelitos empresariales. <https://www.americaeconomia.com/negocios-industrias/las-malas-practicass-en-el-mercado-chileno-de-las-certificadoras-antidelitos-empr>

SÁNCHEZ-MÁLAGA CARRILLO, Armando (2018). Compliance ¿Autorregulación o deber? Revista Iberoamericana de Derecho Penal y Criminología,

<https://ar.lejister.com/mobile/pop.php?option=articulo&Hash=38a82ac842c706071fc4dd1a038eaa7>

VERVAELE, J. A. E. (1988) La responsabilidad penal de y en el seno de la persona jurídica en Holanda. Matrimonio entre pragmatismo y dogmática jurídica. En REVISTA DE DERECHO PENAL Y CRIMINOLOGÍA, 2. Época, núm. 1 (1998), págs. 153-184.

https://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/articulos/a_20080527_40.pdf

VOLKOV, Michael (2012). FCPA Fusiones y Adquisiciones. Washington DC: World Compliance Office. Citado por Víctor Cabezas, La Ley FCPA, ¿un caso de jurisdicción universal? USFQ Law Review, Año 2, Vol 2, N° 1.

https://www.usfq.edu.ec/publicaciones/lawreview/Documents/edicion003/law_review_005.pdf

