

SEÑORA CONGRESISTA DE LA REPÚBLICA MIRTHA VÁSQUEZ CHUQUILIN

La Clínica Jurídica de Acciones de Interés Público de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú- Sección de lucha contra la corrupción y el lavado de activos, considerando que el Decreto Legislativo N° 1352 estableció la obligatoria emisión de un informe de la Superintendencia del Mercado de Valores sobre la adecuada implementación de programas de cumplimiento como requisito para poder formalizar una investigación preparatoria contra personas jurídicas sospechosas de cometer actos de corrupción o de lavado de activos, ha elaborado el siguiente informe jurídico¹ con la finalidad de ponerlo a su consideración.

1. Introducción

Es innegable el creciente rol que tienen las personas jurídicas no solo en el Perú, sino en el contexto global. Hoy en día, más que nunca—a causa de la globalización y la preponderancia que se le ha dado a las economías de mercado—se ha visto un crecimiento exponencial en relación al rol que tienen las personas jurídicas dentro de la sociedad. Sin perjuicio de lo establecido, y a pesar de su rol positivo para la sociedad, la realidad es que las personas jurídicas también pueden utilizarse para cometer actos delictivos o para hacerle daño a la sociedad, al correcto funcionamiento del Estado y a terceros. Ello aun cuando originalmente, bajo la doctrina clásica penal, se consideraba que solo debían responder penalmente los individuos que operaban a través de las personas jurídicas bajo el principio de *societas delinquere non potest*².

¹ El presente informe ha sido elaborado sobre la base del documento preparado por los/as alumnos/as de la Clínica Jurídica de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú- Sección de lucha contra la corrupción y el lavado de activos, Lorena Benavides, Gabriela Guerrero, Jorge Cisneros y Arlita Quincho. La dirección, asesoría y revisión de este informe ha estado a cargo del docente Mg. Rafael Chanjan Documet y del adjunto de docencia José Luis Rímac Narro, miembros del Grupo de Investigación en Derecho Penal y Corrupción (DEPEC).

² Ugaz José y Ugaz Francisco, *Delitos Económicos Contra la Administración Pública y Criminalidad Organizada*. (Lima: Fondo Editorial PUCP, 2017), 112. Al respecto, los autores han indicado lo siguiente: “Este principio se fundamenta en que las personas jurídicas, al ser ficciones legales carecen de capacidad intelectual para generar los elementos subjetivos de dolo y negligencia, y por otro lado, no tienen la capacidad de resocializarse, por lo

En este contexto, casos notables como el de “Odebrecht” o el “Club de la Construcción” han generado especial indignación en la sociedad peruana, dado que han puesto en evidencia cómo es que se han utilizado de manera sistemática a las personas jurídicas para defraudar y perjudicar al Estado y a la sociedad. Con ello, entonces, no solo se ha demostrado la peor cara del crimen empresarial generando cuantiosas pérdidas monetarias al Estado, sino que además se ha repensando el sistema de responsabilidad de las personas jurídicas. En respuesta, en el año 2016 se emitió la Ley 30424, Ley que regula la Responsabilidad Administrativa de las Personas Jurídicas por el Delito de Cohecho Activo Transnacional, la cual incorporó disposiciones polémicas, cuyo análisis será objeto de este trabajo.

En el presente informe, se analizará la responsabilidad penal de las personas jurídicas—que fue introducida con la Ley N° 30424—, haciendo énfasis en la modificación establecida en el Decreto Legislativo N° 1352 según la cual la Superintendencia del Mercado de Valores (en adelante, SMV) debe emitir un informe técnico que analice la adecuación del modelo de prevención como requisito para que el Ministerio Público pueda formalizar la investigación preparatoria en el caso particular. En ese sentido, se realizará un análisis crítico de las nuevas competencias que ha asumido la SMV respecto de la persecución penal de las personas jurídicas. Con ello, se expondrá si consideramos que estas podrían ser excesivas y perjudiciales dentro del ordenamiento jurídico constitucional.

Para lograrlo, se seguirá la siguiente estructura: en primer lugar, se expondrá el tratamiento penal de las personas jurídicas en función a la Ley 30424 y su Reglamento haciendo una mención breve a las figuras que le precedieron. Ya realizada esta contextualización, se seguirá con la presentación de las funciones de las entidades implicadas por la Ley 30424, el Ministerio Público y la Superintendencia de Mercado de Valores, tanto el antes y después de las modificaciones introducidas por la citada norma. De la misma manera, se hará un breve recuento de la práctica internacional en materia de *compliance*, certificaciones y procesos para las personas jurídicas. Finalmente, expondremos las razones por las que, bajo nuestra perspectiva, la legislación actual, no es adecuada y resulta inconstitucional.

2. La responsabilidad penal de la persona jurídica en la Ley 30424, sus modificaciones y Reglamento

Por muchos años, la responsabilidad jurídica de las personas jurídicas no fue relevante para el Derecho Penal peruano. Fue recién en el Código Penal de 1991 donde, por primera vez, se reguló este tema, ubicándolo en el capítulo de *consecuencias accesorias*. En dicha regulación, se establecieron medidas aplicables a las personas jurídicas cuando, a través de estas o en ejercicio de su actividad, se cometieran delitos. Sin embargo, estas medidas fueron complementos a una sanción principal atribuida a una persona natural, quien constituía el sujeto activo del delito.

Así, en este primer momento, la regulación peruana optó por el modelo de responsabilidad criminal indirecta o heteroresponsabilidad, la cual se caracteriza por ligar siempre la responsabilidad de la persona jurídica a la responsabilidad penal determinada de una persona natural. Posteriormente, en el Acuerdo Plenario N° 7-2009/CJ-116 se interpretó que las *consecuencias accesorias* se deberían imponer ante la concurrencia de los siguientes supuestos: a) que se haya cometido un hecho punible o

que no se cumpliría en su caso el fin perseguido con la pena. En tal sentido, carece de objeto hacerlas pasibles de responsabilidad penal, debiendo limitarse está únicamente a las personas naturales que actúan a través de ellas” (p.112).

delito, b) que la persona jurídica haya servido para la realización, favorecimiento o encubrimiento del delito y c) que se haya condenado penalmente al autor del delito.

A pesar de ello, fue claro que, si bien existían regulaciones útiles sobre la materia, en la práctica no se garantizó la observancia de las pautas desarrolladas por la legislación y la Corte Suprema para responsabilizar a las personas jurídicas. De este modo, se puede afirmar que, hasta abril del 2016, las personas jurídicas no tuvieron *per se* responsabilidad penal autónoma en el ordenamiento jurídico peruano.

2.1 La Ley 30424 y modificatorias

El 26 de abril del 2016 fue publicada la Ley 30424, Ley que regula la responsabilidad administrativa de las personas jurídicas por el delito de cohecho activo transnacional. Esta norma, posteriormente, fue modificada por el D.L. 1352 y la Ley 30835.

Fundamentalmente, esta nueva regulación tuvo como objetivo dejar atrás el axioma *societas delinquere non potest*, principio empleado para eximir de responsabilidad penal a las personas jurídicas. De tal manera, la ley se encontró dirigida a sancionar a las entidades de derecho privado al igual que a empresas del Estado y sociedades de economía mixta que incurrieran en determinados tipos penales. En un inicio, sólo se contempló el delito de cohecho activo transnacional; sin embargo, a través de las modificaciones legislativas del D.L. 1352 y la Ley 30835, se adicionaron otros delitos tales como los delitos de colusión simple y agravada, cohecho pasivo genérico, cohecho activo específico, tráfico de influencias³, así como el delito de lavado de activos⁴ y el financiamiento al terrorismo⁵.

Al respecto, debe notarse que si bien las normas jurídicas mencionadas expresan que se trata de responsabilidad “administrativa”, esto en realidad se trata de una responsabilidad de naturaleza “penal”, pues, tal como lo menciona Villavicencio, el procedimiento para la aplicación, las garantías que se establecen y las sanciones que se aplican son de naturaleza penal; además, la decisión la toma un juez penal con la intervención del Ministerio Público en un proceso penal⁶.

Ahora bien, dentro del desarrollo de la norma, se contempla que la persona jurídica puede eximirse de responsabilidad penal mediante la incorporación de un modelo de prevención o *compliance*. Al respecto, en la versión inicial de la ley, se indicaba que:

Artículo 18. Efectos jurídicos y valoración

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 el 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. (Énfasis agregado).

³ Según los artículos 384, 397, 397-A, 398 y 400 del Código Penal, respectivamente.

⁴ De acuerdo a los artículos 1, 2, 3 y 4 del Decreto Legislativo 1106.

⁵ En el Artículo 4-A del Decreto Ley 25474.

⁶ Villavicencio Felipe, *Derecho Penal Básico*. (Lima: Fondo Editorial PUCP, 2017), 62.

Es decir, la norma atribuía al fiscal la facultad de evaluar la efectividad del modelo de prevención de la persona jurídica, decisión que definiría la continuación o el cese de la investigación de ser el caso. Sin embargo, mediante la publicación del DL 1352, se modificó el artículo en los términos siguientes:

Artículo 18. Efectos jurídicos y valoración

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. (Énfasis agregado).

Con esta modificación, se realiza un cambio sustancial respecto a la versión original de la norma, puesto que se dispone que el fiscal ya no es quien dará inicio a la investigación preparatoria por decisión propia, sino que requiere un pronunciamiento previo de la Superintendencia de Mercado de Valores (SMV). De esta manera, el legislador dispone que esta última sea la entidad encargada de evaluar la idoneidad de la implementación y funcionamiento del *compliance* de la persona jurídica imputada. Como idea central, debemos recordar que la norma da a entender que a partir de la modificación, será la SMV quien tendrá la última palabra acerca de la pertinencia del inicio de la acción penal; y, de ser el caso, podrá disponer que el fiscal archive lo actuado. No obstante, este tema será desarrollado con mayor precisión en las secciones posteriores.

2.2. El Reglamento de la Ley 30424

El Reglamento de la Ley 30424 (aprobado por Decreto Supremo 002-2019-JUS) tiene la finalidad de establecer, precisar y desarrollar los componentes, estándares y requisitos mínimos de los modelos de prevención que las personas jurídicas pueden implementar voluntariamente. En ese sentido, la mayor parte del reglamento se ocupa de diversos aspectos relacionados con la implementación del modelo de prevención de las personas jurídicas.

Así mismo, se puede observar que el Título V del Reglamento se refiere a la intervención de la SMV. De esta manera, en el artículo 48 se enumeran ciertos parámetros que la SMV puede utilizar a los fines de la emisión del informe; entre ellos encontramos el análisis y corrección de riesgos, el compromiso y liderazgo de los órganos de gobierno, la autonomía y recursos, las políticas y procedimientos, entre otros.

Sin embargo, no existen criterios que vinculen la actuación de la SMV para emitir su informe, toda vez que lo que la norma plantea son lineamientos generales sobre los cuales se puede basar la entidad. Así, se puede afirmar que la elaboración de la pericia institucional queda a la arbitrariedad de la entidad encargada. No se debe perder de vista que este resulta un tema sumamente relevante puesto que dicha pericia posteriormente será el instrumento que determine si se archiva o no determinado caso de responsabilidad de persona jurídica.

3. La regulación del *compliance* penal en el Perú

En los últimos años, a raíz de la liberalización del mercado y la globalización se ha abierto un camino para un desarrollo conjunto de nuevas formas de criminalidad relacionadas con los sectores económicos y empresariales. De hecho, para el año 2014, en una encuesta internacional⁷ realizada por PricewaterhouseCoopers, se determinó que en el Perú un 19.5% de empresas habían sufrido de algún delito económico y casi la mitad de ellas no contaba con un mecanismo para la prevención y detección de delitos económicos. Ante lo expuesto, el Estado peruano toma la iniciativa de implementar un mecanismo que vele por la autorregulación de las empresas para prevenir y/o evitar la comisión de infracciones legales: también conocido como *compliance program* o programa de cumplimiento normativo.

El *compliance* se puede definir como el “dispositivo interno que las empresas implementan para cumplir con la normatividad vigente, así como para prevenir y detectar las infracciones legales que se produzcan dentro de las mismas o como parte de las actividades que estas realizan”⁸. Respecto a este, podemos determinar que las funciones del sistema se dividen en dos⁹: por un lado, preventiva, como un conjunto de medidas para organizar y vigilar de forma interna a una empresa y; por otro, de confirmación del derecho, como un instrumento establecido para detectar, reparar e incluso poner en conocimiento de la autoridad potenciales irregularidades en la empresa. Esta misma línea es reforzada por Rotsch, al mencionar que tiene como finalidad “prevenir y detectar, mediante el cumplimiento de la ley, los ilícitos penales, que se pueden cometer en el interior de la empresa, sea en su perjuicio o beneficio; además busca evitar la imposición de una sanción a la empresa”¹⁰.

En la misma línea doctrinaria Silva Sánchez nos menciona que por Programas de Cumplimiento Normativo o *Criminal Compliance*, en términos de “autovigilancia” y fomento de una mentalidad corporativa fiel al derecho, lo cual se puede traducir como la adopción de medidas destinadas a neutralizar factores culturales o dinámicas de grupo favorecedoras de comportamientos de connotación delictiva en el seno de la actividad empresarial¹¹.

Los inicios de la implementación del *compliance* en la legislación peruana, se registran en el año 2002, fecha en la cual la Comisión Nacional Supervisora de Empresas y Valores (CONASEV), hoy denominada Superintendencia del Mercado de Valores¹², diseña un documento en colaboración con entidades privadas y públicas relacionadas al mundo corporativo: “Principios de buen gobierno

⁷ PricewaterhouseCoopers, “Delitos económicos: Una amenaza a los negocios. Encuesta de delitos económicos. PwC Perú 2014”, http://www.pwc.com/es_PE/pe/publicaciones/assets/delitos-economicos-2014.pdf.

⁸ Clavijo, Camilo. “Criminal Compliance en el derecho penal peruano”. *Derecho PUCP*, (73), 630. <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechopucp/article/view/11321>

⁹ Clavijo, Camilo. “Criminal Compliance y Sistema Penal en el Perú.” (Tesis de pregrado, Pontificia Universidad Católica, 2016) pp.27. http://tesis.pucp.edu.pe/repositorio/bitstream/handle/20.500.12404/7937/CLAVIJO_JAVE_CAMILO_COMPLIA_NCE.pdf?sequence=1&isAllowed=y

¹⁰ Rotsch, Thomas, “Sobre las preguntas científicas y prácticas del *Criminal Compliance*”. *Anuario de Derecho Penal Económico y de la Empresa*. N°3 (2015):p 26.

¹¹ Silva Sánchez, Jesús María. “Deberes de vigilancia y *Compliance* empresarial”. En Silva Sanchez, Jesus María, “*Fundamentos del Derecho Penal de la Empresa*”. (Montevideo-Buenos Aires: Bdef)., 192-193, citado por José Reaño, “La utilidad de los Programas de *Criminal Compliance* para las empresas que operan en Perú”, Ed. 68 (Lima: Themis, 2016), p. 142.

¹² Esta denominación sustituye a la anterior con la Ley de Fortalecimiento de la Supervisión del Mercado de Valores, aprobada por Ley N° 29782 y publicada el 28 de julio de 2011.

corporativo para las sociedades peruanas”. Sin embargo, su aparición no tiene mayor incidencia en la materia debido a que, tal como señala Cavero, su impacto se subsumía a un marco referencial¹³.

Ante ello, en el 2004, se da un gran paso al establecerse la obligación -a los actores del mercado de valores- de incorporar en la memoria anual un detalle sobre el cumplimiento de veintiséis de los principios establecidos en el documento redactado en el 2002¹⁴. En efecto, se presenta un avance, pues más allá de que la propuesta otorgue matices sobre el “cómo gobernar”, genera un mayor seguimiento de estos estándares y, por tanto, una mayor repercusión en el mercado¹⁵.

Asimismo, con la creación de la Unidad de Inteligencia Financiera (UIF)¹⁶, en el año 2002, se presenta un desarrollo sectorial importante en materia de cumplimiento normativo para la prevención del lavado de activos. La UIF se convierte en una entidad autónoma funcional, técnica y administrativa para la recepción, análisis, evaluación y transmisión de información de lavado de activos y/o financiamiento del terrorismo.

Con posterioridad, en el 2007, se incorpora a la Superintendencia de Banca, Seguros y Administración Privada de Fondo de pensiones como “unidad especializada”¹⁷, para la consolidación del tratamiento respecto al sistema de prevención de lavado de activos y financiamiento del terrorismo. Esta incorporación, asimismo, regula la obligación de personas naturales o jurídicas de informar en función al nivel del riesgo que implica llevar a cabo determinado objeto social. De este modo, la naturaleza potencialmente riesgosa, convierte en “sujetos obligados” a informar a la Administración; como se ha desarrollado en diversa normativa hasta la fecha¹⁸. En consecuencia, como desarrolla Clavijo, aquellos sujetos que la norma considera como “vulnerables al lavado de activos” tendrán la obligación de implementar un sistema de prevención y detección de actividades de lavado de activos en su ámbito específico; siendo así la excepción a la regla de adopción voluntaria de Programas de Cumplimiento Normativo¹⁹.

Siguiendo esta línea, la Ley de Mercado de Valores, a raíz de su reforma en el 2013, establece un “deber jurídico”, destinado a las empresas autorizadas por dicha entidad, para el establecimiento de un sistema de administración integral de riesgos en adecuación al tipo de negocio, así como normas generales establecidas por la Superintendencia del Mercado de Valores.

3.1 Sobre *compliance* penal en la Ley 30424 y modificatorias

¹³ Percy García Cavero, “Criminal Compliance”. En *Especial Compliance Anticorrupción y Antilavado de Activos*, pp. 27. Lima: Instituto Pacífico, 2014

¹⁴ Puga de La Rocha. “Buen gobierno corporativo y regulación en el Perú” (Lima: Revista Peruana de Derecho de la Empresa, 2007), 79, citado por Percy García Cavero “Criminal Compliance”. En *Especial Compliance Anticorrupción y Antilavado de Activos*, pp. 28. Lima: Instituto Pacífico, 2014

¹⁵ *Ibíd.*, 28-29

¹⁶ Ley N° 27693, Ley que crea la Unidad de Inteligencia Financiera.

¹⁷ Ley N° 29038, Ley que incorpora la Unidad de Inteligencia Financiera a la Superintendencia de Banca, Seguros y Administradoras Privadas de Fondos de Pensiones.

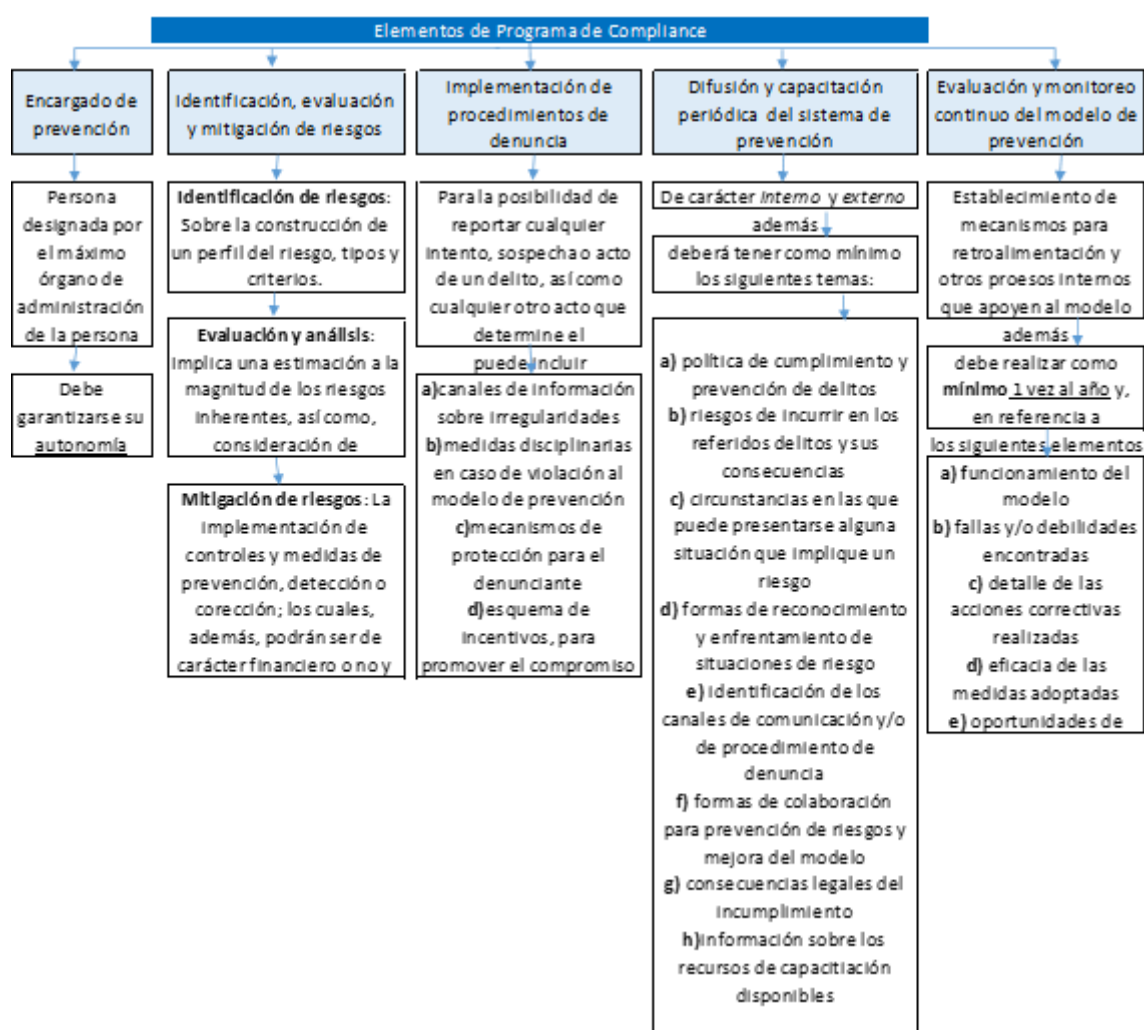
¹⁸ Por mencionar un breve esquema del desarrollo cronológico de la regulación del *Compliance*, tenemos como subsiguientes a los previamente mencionados a: la Resolución CONASEV N°033-2011 (Reglamento de LA/FT para la Superintendencia de Mercado de Valores), el Decreto Legislativo N° 1106 (Decreto que establece la responsabilidad penal de lavado de activos), Resolución SBS N°2660-2015 (Reglamento de LA/FT para la SBS), Resoluciones SBS N° 789-2018 y RS N° 369-2018 (Reglamentos para los sujetos obligados para la Supervisión de la UIF y el Decreto Supremo N° 002-2019 (Reglamento de las normas de *compliance*

¹⁹ *Ibíd.*, pp. 12-13

Tras exponer brevemente la figura del *compliance* y haber hecho un recuento sobre su presencia en la normativa peruana, pasaremos a analizar su vinculación con la Ley 30424, Ley que regula la responsabilidad administrativa de las personas jurídicas por el delito de cohecho activo transnacional (y, posteriormente, otros delitos).

Actualmente, a partir de la Ley 30424, se regula un tratamiento crucial para la nueva normativa sobre *compliance*: la asimilación de un programa de cumplimiento como una eximente o atenuante de la responsabilidad penal. Para ello, de acuerdo al artículo 17, se podrá acoger a adquirir dicha prerrogativa, en tanto se haya adoptado e implementado un modelo de prevención adecuado que con anterioridad a la comisión del delito y en cumplimiento de ciertos elementos.

En ese sentido, para la determinación de los elementos esenciales con los que debe de contar un programa de cumplimiento, se requiere una lectura conjunta de la Ley con su respectiva norma reglamentaria, el Decreto Supremo N° 002-2019²⁰. Como resultado, los requisitos serán los siguientes:



En consecuencia, la implementación de un programa de cumplimiento, respecto de los tópicos desarrollados, le otorgará a la persona jurídica la eximente o atenuante de responsabilidad por los delitos que se comentan en el ámbito de aplicación de la ley. En otras palabras, una persona jurídica podrá estar

²⁰ Reglamento de la Ley N°30424, Ley que regula la responsabilidad de las Personas Jurídicas.

exenta de responsabilidad incluso en el supuesto de la comisión de un delito siempre que cuente con un programa de cumplimiento efectivamente implementado y realmente operativo.²¹

Esta última posibilidad, aunque no suponga una total exoneración penal, sugiere que existirá atenuantes cuanto se presenten las siguientes circunstancias: a) colaboración objetiva, b) el impedimento de las consecuencias dañosas del ilícito, c) la reparación total o parcial del daño, d) la adopción e implementación por parte de la persona jurídica, después de la comisión del delito y antes del inicio del juicio oral, de un modelo de prevención y e) la acreditación parcial de los elementos mínimos del modelo de prevención²².

Además, en caso ocurra una confesión corroborada del delito antes del inicio de la investigación preparatoria, el juez podrá rebajar la pena de las medidas administrativas del artículo 5 de la Ley (multa, inhabilitación y clausura de locales o establecimientos); un supuesto solo aplicable para situaciones de flagrancia, irrelevancia de la admisión de los cargos en atención a elementos probatorios incorporados en el proceso o la reincidencia del artículo 13 (agravantes).

Finalmente, se regulan circunstancias agravantes, lo cual implica la existencia de un resultado, lesión o extinción del bien jurídico a raíz de la utilización instrumental de la persona jurídica para la comisión de cualquier de los delitos del artículo 1 de la Ley, así como la contención dentro de la estructura interno a un órgano, unidad, equipo o cualquiera otra instancia que posea una finalidad o actividad ilícita.

3.2 Sobre las certificaciones del *compliance* penal

Inicialmente, en el artículo 19 de la Ley 30424 se reguló la posibilidad de que un tercero certifique los programas de cumplimiento. Ello con la finalidad de que se realice una evaluación sobre la idoneidad del programa de cumplimiento y así, poder reducir y controlar los riesgos de la actividad empresarial. Posteriormente, el DL 1352, en su Única Disposición Complementaria Derogatoria, derogó el artículo sobre la certificación del modelo de prevención. Asimismo, se modificó la Octava Disposición Complementaria de la Ley 30424, quedando establecida de la siguiente manera:

OCTAVA. Funciones de la Superintendencia del 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 [el subrayado es propio] por los delitos contenidos 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.

Ante dicha modificación, podemos deducir algunos puntos relevantes. En primer lugar, la anterior propuesta de una certificación por terceros está actualmente en facultad de la SMV; una entidad que, en uso de su prerrogativa, deberá emitir un “informe técnico” a modo de certificación que contará con calidad de pericia institucional. En segundo lugar, más allá de que la facultad se subsuma a un organismo técnico especializado (SMV), el informe remitido cuenta con una particularidad: implica un requisito de procedibilidad determinante para la formalización de la investigación preparatoria: la

²¹ Bucy, Pamela. “Corporate Criminal Liability: When Does it Make Sense?.” *American Criminal Law Review* 46 (2009): 1437- 1438.

²² Artículo 12, Ley 30424.

calificación positiva realizada por la SMV sobre determinado programa de cumplimiento, implicaría una suerte de “inmunidad” ante cualquier iniciativa de oficio que pretenda realizar el Ministerio Público.

Esta nueva facultad incorporada trastoca lo que se entiende o debería entenderse por un sistema de certificaciones de *compliance* penal. La relevancia de la certificación yace en la acreditación de que un determinado programa de cumplimiento satisface los requisitos establecidos por la normativa y, por tanto, es eficaz para prevenir y detectar delitos; sin embargo, en el Perú, la valoración de las certificaciones parece ser tergiversada por la citada norma al confundir su naturaleza jurídica, dado que la certificación expuesta supone una limitación al fiscal para tomar alguna medida con fines del proceso penal contra la persona jurídica. Con esto, no solo se limitaría las facultades penales de los funcionarios públicos, sino también conllevaría a consecuencias perniciosas como riesgos de generar una especie de “ticket de inmunidad penal” para liberarse de responsabilidad tras la comisión de ilícitos.

4. Facultad de imputar responsabilidad penal contra las personas jurídicas: Del Ministerio Público a la SMV

Como se ha venido desarrollando en el presente trabajo, con el transcurso de los años, se ha visto una evolución en el sistema de atribución de responsabilidad de la persona jurídica. Si bien en un inicio esta era casi inexistente o inaplicable en nuestro país, la frecuencia de casos que implicaban a las personas jurídicas como mecanismo para el desarrollo de delitos fomentó la promulgación de la Ley 30424, Ley que Regula la Responsabilidad Administrativa de las Personas Jurídicas por el Delito de Cohecho Activo Transnacional. Tal es así que siguiendo los datos de la Procuraduría Pública mostrados en su *Informe Especial sobre la Responsabilidad de la Persona Jurídica en los Delitos de Corrupción* en el 2019 se obtuvo, en las diferentes sedes de la Procuraduría Anticorrupción, una carga de 1418 casos en los que se investiga a representantes de personas jurídicas por participación en presuntos delitos de corrupción, de los cuales un 71% sería bajo la modalidad de colusión²³.

Tras la implementación de la ley (cuyo objetivo era prevenir delitos cometidos a través del uso de personas jurídicas), algunas de las modificaciones impactaron sobre las funciones de entidades específicas. Este fue el caso de la Superintendencia de Mercado de Valores y del Ministerio Público a raíz de la introducción del Decreto Legislativo 1352. En tal sentido, es pertinente que, en el siguiente apartado, se realice una revisión de las funciones de ambas entidades.

4.1 Funciones generales de la Superintendencia de Mercado de Valores

La Superintendencia de Mercado de Valores es una entidad que se desprende del Ministerio de Economía y Finanzas, por ende, sus funciones están orientadas a la obtención de los objetivos de esta última, normalmente, de naturaleza económico-comercial. En el artículo 1 del Reglamento de Organización y Funciones, la SMV señala que su finalidad es velar por la protección de los inversionistas, la 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.

²³ Procuraduría Pública Especializada en Delitos contra la Corrupción. “La Responsabilidad de la Persona Jurídica en los Delitos de Corrupción” Lima, 2019, 55–58.

Realizado este preámbulo, el artículo 3 de la misma disposición establece las funciones de la SMV: 1) Dictar normas legales que regulen materias de los mercados de valores y productos y sistema de fondos colectivos, 2) supervisar el cumplimiento de la legislación referente a las materias descritas por parte de personas naturales y jurídicas, 3) promover y estudiar dichas materias y 4) supervisar el cumplimiento de las normas internacionales de auditoría por parte de las sociedades auditoras habilitadas por un Colegio de Contadores Públicos del Perú. Asimismo, la entidad cuenta con un órgano especializado, la Superintendencia Adjunta de Supervisión Prudencial, que con la colaboración de sus unidades orgánicas prestan mayor atención a la supervisión de la gestión de los riesgos de las personas jurídicas (Capítulo VII del Reglamento).

Asimismo, para circunstancias específicas, la SMV puede tener un rol sancionador. En el artículo 2 del Reglamento de Sanciones en el Mercado de Valores se señala que está sujeta al presente Reglamento toda persona natural o jurídica que realice actividades autorizadas por la SMV, así como cualquier otra persona natural o jurídica que deba cumplir las normas bajo competencia de esta Superintendencia. En el citado reglamento, se señalan como parte del proceso sancionador de la SMV sanciones específicas para las infracciones en el mercado de valores, lo cual se regula en los artículos 32-35 y las infracciones en los sistemas de fondos colectivos que se regula en los artículos 36-39.

Cabe resaltar que algunas de estas sanciones son similares a las sanciones incluidas en la Ley 30424, dado que se incluye multas, suspensión de actividades e inhabilitaciones, pero otras son completamente distintas. Un ejemplo de ello puede observarse en el reglamento de la SMV, cuando señala como sanción la cancelación de la inscripción del registro y la exclusión de un valor del registro. En cambio, en la Ley 30424 se incluyen sanciones más severas como la disolución de la persona jurídica, o la clausura de los locales o establecimientos de manera temporal o permanente. Adicionalmente, las sanciones del reglamento son de carácter administrativo sancionador, mientras que las de la Ley 30424 son eminentemente de carácter penal; mientras que las primeras son normadas por la Ley del Procedimiento Administrativo General, las otras por el Código Penal y el Código Procesal Penal.

Ahora bien, las funciones presentadas no engloban la totalidad de las responsabilidades de la SMV. Si profundizamos la búsqueda respecto a las tareas que cumple esta entidad, podremos hallar normas previas a las disposiciones objeto de análisis del presente trabajo que establecen competencias de la superintendencia no tan conocidas, ya que no se encuentran expresamente mencionadas en la Ley Orgánica de la SMV ni en la Ley de Mercado de Valores. La normativa a la que hacemos referencia son, por un lado, la Ley 29660 de febrero de 2011, también conocida como Ley que establece Medidas para Sancionar la Manipulación de Precios en el Mercado de Valores; y, por otro, la Ley 30050 de junio de 2014, Ley de Promoción de Mercado de Valores. Ambas se encuentran actualmente vigentes por lo que regulan en paralelo sus ámbitos de competencia junto con la Ley 30424 y modificaciones.

Ambas leyes tienen en común dos aspectos. Por el primero, ambas realizan modificaciones a artículos del Código Penal. Por su parte, la Ley 29660 introduce variaciones al texto del artículo 251-B (manipulación de precios en el mercado de valores), mientras que la norma posterior, Ley 30050, se ocupa de la redacción de los artículos 245-A (falsedad de información presentada por un emisor en el mercado de valores) y 251-A (uso indebido de información privilegiada). La segunda semejanza recae en que la modificación a la que hacen referencia ambas disposiciones incluye la emisión de un informe técnico por parte de la CONASEV o SMV según la ley a la que hagamos alusión.

De esta forma, vemos que el informe técnico de la SMV no es innovador, en el sentido estricto de la palabra, por parte del Decreto Legislativo 1352, sino que es una figura a la que el legislador ya había

recurrido, aunque sin tener los alcances inconstitucionales que actualmente tiene, puesto que como desarrollaremos más adelante, hoy en día la Superintendencia no se limita a la emisión de un informe técnico que pueda servir de referencia a los funcionarios encargados, sino que tendrá un carácter determinante para el inicio o archivo del caso, sin que el Ministerio Público, el único titular de la acción penal, pueda pronunciarse respecto a esta decisión.

4.2 Funciones del Ministerio Público en la persecución del delito

La Constitución establece que el Ministerio Público es un órgano que goza de autonomía y que además es titular de determinadas funciones que ejerce de manera exclusiva. El artículo 158 dispone que “El Ministerio Público es autónomo. El Fiscal de la Nación lo preside [...]”. Así mismo, en el artículo 159 se señala que las atribuciones del Ministerio Público comprenden:

1. Promover de oficio, o a petición de parte, la acción judicial en defensa de legalidad y de los intereses públicos tutelados por el derecho.
2. Velar por la independencia de los órganos jurisdiccionales y por la recta administración de justicia.
3. Representar en los procesos judiciales a la sociedad.
4. **Conducir desde su inicio la investigación del delito.** Con tal propósito, la Policía Nacional está obligada a cumplir los mandatos del Ministerio Público en el ámbito de función.
5. **Ejercitar la acción penal de oficio o a petición de parte.**
6. Emitir dictamen previo a las resoluciones judiciales en los casos que la ley contempla.
7. Ejercer iniciativa en la formación de las leyes; y dar cuenta al Congreso, o al Presidente de la República, de los vacíos o defectos de la legislación.

De esta manera, se consagra el principio constitucional sobre la autonomía y exclusividad del Ministerio Público en cuanto al ejercicio de la acción penal y dirección de la investigación del delito. Estas disposiciones encuentran mayor desarrollo en la Ley Orgánica y en el Código Procesal Penal. Ejemplo de ello es el Artículo IV del Título Preliminar del Código Procesal Penal. Adicionalmente, respecto a la investigación del delito, se precisa en el artículo 329 que las formas de iniciar la investigación corresponden al Fiscal sea que este dé inicio debido a la toma de conocimiento o sospecha de la comisión de un delito.

Al respecto, en la doctrina se ha señalado que:

[...] **el Ministerio Público tiene el monopolio de la acción penal pública y por ende, de la investigación del delito desde que ésta se inicia, cuyos resultados como es natural determinará si los Fiscales promueven o no la acción penal.** Esta **disposición constitucional** ha sido objeto de desarrollo en el CPP [Código Procesal Penal], de modo que en el artículo IV del Título Preliminar se establece con nitidez, entre otras facultades: el Ministerio Público es el titular del ejercicio de la acción penal pública y asume la investigación del delito desde su inicio. Luego, en el inciso 2 del Art. 60 CPP, se reitera que el Fiscal conduce desde su inicio la investigación del delito, con tal propósito o finalidad los efectivos de la Policía Nacional están en la obligación de cumplir los mandatos de los Fiscales en el ámbito de la investigación del delito. Incluso, el legislador ha pretendido dejar en claro qué significa conducir en el inciso 1 del artículo 330 CPP ²⁴

Por otro lado, según el artículo 1 de su Ley Orgánica, el Ministerio Público “es el organismo autónomo del Estado que tiene como funciones principales la defensa de la legalidad, los derechos ciudadanos y

²⁴ Salinas, Ramiro. “Conducción de la Investigación y Relación del Fiscal con la Policía en el Nuevo Código Procesal Penal”. *Revista JUS-Doctrina*, Nº 3 (2007), 2.

los intereses públicos, la representación de la sociedad en juicio, para los efectos de defender a la familia, a los menores e incapaces y el interés social, así como para velar por la moral pública; la persecución del delito y la reparación civil”. De igual forma, en el artículo 5 se indica que el trámite de la denuncia depende del propio criterio de los funcionarios jurisdiccionales: si estos la estiman procedente, se instruirá a los fiscales pertinentes para dar inicio al caso.

Siendo un organismo constitucionalmente autónomo que tiene por objetivo la defensa de los derechos constitucionales de la sociedad, cuenta con atribuciones particulares, entre ellas la libertad moderada en la evaluación de los hechos presuntamente delictivos. En la Ley Orgánica del Ministerio Público se hace expreso, en el artículo 5, que el trámite de la denuncia depende del propio criterio de los funcionarios jurisdiccionales: si estos la estiman procedente, se instruirá a los fiscales pertinentes para dar inicio al caso. Esta premisa también se observa en el Libro Tercero del Código Procesal Penal:

“Artículo 321.- Finalidad

La Investigación Preparatoria persigue reunir los elementos de convicción, de cargo y de descargo, que permitan al Fiscal decidir si formula o no acusación y, en su caso, al imputado preparar su defensa [...]

La Policía Nacional del Perú y sus órganos especializados en criminalística, la Dirección de Policía Contra la Corrupción, el Instituto de Medicina Legal y los demás organismos técnicos del Estado, están obligados a prestar apoyo al Fiscal [...]

El Fiscal, [...] podrá contar con la asesoría de expertos de entidades públicas y privadas para formar un equipo interdisciplinario de investigación científica para casos específicos, el mismo que actuará bajo su dirección”.

De esta manera, podemos ver que antes de cualquier actuación se realiza una investigación preparatoria que permita al fiscal decidir si formula o no una acusación. En esta etapa previa, dependiendo de la complejidad del caso, puede consultar con diferentes entidades que puedan facilitarle informes y análisis técnicos requeridos por el Ministerio.

En el mismo sentido se pronuncian las leyes 29660 y 30050, por ejemplo. En la primera norma, el artículo 4 señala que para que el Ministerio Público formalice la denuncia respectiva en relación al delito de manipulación de precios en el mercado, deberá contar con un informe técnico emitido por la Comisión Nacional Supervisora de Empresas y Valores - CONASEV; la segunda establece en el artículo 14 que, previo a la formalización de la denuncia respectiva por los delitos de falsedad de información presentada por un emisor en el mercado de valores y uso indebido de información privilegiada, la Fiscalía deberá requerir un informe técnico a la Superintendencia de Mercado de Valores - SMV- que será emitido dentro del plazo de 15 días.

En ambos casos, se añade como paso anterior a la formalización de la denuncia la solicitud del informe técnico de la entidad correspondiente. No obstante, incluso tras solicitar el apoyo requerido, corresponde al fiscal calificar la denuncia o las diligencias preliminares. Si bien el contenido de los informes proveerá información relevante que el fiscal deberá tomar en consideración, no será determinante para su decisión autónoma de proceder o no con la formalización de la investigación.

4.3 Sobre informe técnico de la SMV exigido por el D.L. 1352

Para empezar, el informe técnico es un medio de prueba que presupone conocimientos técnicos especializados por quien los emite. La ley, en la mayor parte de casos, ha establecido el carácter de

pericia institucional de estos informes dentro de un proceso penal, otorgando la facultad de emitirlos a ciertas instituciones del Estado que tengan la competencia y conocimientos para hacerlo. No obstante, debe tenerse presente que el carácter vinculante que en ciertos casos se ha establecido, no es una característica intrínseca de estos informes técnicos.

En la etapa de investigación preparatoria, el fiscal toma las opiniones plasmadas en los informes técnicos para probar una afirmación o para sostener una postura; sin embargo, como se dijo, no son vinculantes para efectos de la decisión de archivar o continuar con la investigación del delito. Por ejemplo, en el caso de los delitos aduaneros, el artículo 21 de la Ley 28008, Ley de delitos aduaneros, señala que “para efectos de la investigación y del proceso penal, los informes técnicos o contables emitidos por los funcionarios de la Administración Aduanera, tendrán valor probatorio”. En ese sentido, si bien la ley señala que estos informes tendrán valor probatorio, no se ha señalado un carácter vinculante.

Asimismo, el Decreto Legislativo 813 es otro ejemplo. El artículo 7 del decreto fue modificado, ya que la versión anterior establecía que el Ministerio Público, en los casos de delito tributario, podía ejercitar la acción penal sólo a petición de la Administración Tributaria, es decir, se condicionaba la persecución penal del delito a la decisión de un ente administrativo. Sin embargo, tras las fundadas críticas formuladas, se modificó esta disposición y se estableció que el Ministerio Público dispondrá la formalización de la Investigación Preparatoria previo informe motivado de la Administración Tributaria, en otras palabras, este informe ya no condiciona actualmente el ejercicio de la acción penal a cargo del Ministerio Público.

No obstante, respecto de la responsabilidad penal de las personas jurídicas por delito de corrupción y otros, como se ha señalado, la regulación es inadecuada. El fiscal para formalizar la investigación preparatoria debe contar con un informe técnico de la Superintendencia del Mercado de Valores que establezca que la implementación y funcionamiento del modelo de prevención es inadecuado.

5. La incompatibilidad de la actual regulación con la tendencia del Derecho comparado

Así como el Perú, existen otros países iberoamericanos de tradición romano-germánica que han contemplado en sus legislaciones una responsabilidad penal autónoma de las personas jurídicas. Así se pueden mencionar los casos de España, Argentina y Chile; no obstante, en ninguno de estos países se ha regulado, en esta materia, un sistema punitivo como el peruano que sustraiga a los órganos de persecución penal la competencia para investigar a personas jurídicas. El Perú es el único país en el ámbito comparado que ha otorgado a un ente administrativo extrajurisdiccional la función de determinar cuando un *compliance* penal es adecuado o no a fin de investigar y sancionar a determinada persona jurídica.

5.1. España

El contexto jurídico español tuvo una reforma penal con la emisión de la Ley Orgánica 1/2015. Así, se establecieron cambios significativos en la normativa *compliance* de dicha jurisdicción.

En primer lugar, en este país, se sigue un modelo de responsabilidad penal de las personas jurídicas de autorresponsabilidad. Por un lado, la judicatura, a través de la Sentencia 154/2016 del Tribunal Supremo, reconoce de forma expresa “una clara vocación de atribuir a la entidad la responsabilidad por el hecho propio”. Por otro lado, autores como Mir Puig han manifestado su rechazo hacia tesis anteriores. Este en particular, suscribe el criterio de los tribunales españoles, en el cual a su juicio se admite la “responsabilidad sancionadora de las personas jurídicas, [...] porque admitió que estas personas (en referencias a las jurídicas) también tienen la capacidad de acción, o sea de realizar infracciones, y de culpa²⁵”.

En segundo lugar, se establece de forma expresa una regulación sobre “Modelos de organización y gestión”²⁶, también conocido como modelo de prevención, el cual otorga una eximente de responsabilidad penal para una persona jurídica, en tanto se cuente con los requisitos mínimos legales para considerar a un programa como eficaz. Así, de acuerdo al artículo 31° del Código Penal español, para el delito que fuese cometido en nombre o por cuenta de las mismas personas jurídicas, y en su beneficio directo o indirecto, por sus representantes legales o por aquellos que actuando individualmente o como integrantes de un órgano estén autorizados para tomar decisiones en nombre de la persona jurídica u ostentan facultades de organización y control dentro de la misma, esta podrá quedar exenta de responsabilidad en tanto cumpla con cuatro condiciones:

- I. Un órgano de administración que adoptó y ejecutó con eficacia, antes de la comisión del delito, modelos de organización y gestión que incluyen medidas de vigilancia y control idóneas para prevenir delitos de la misma naturaleza o para reducir de forma significativa el riesgo de comisión
- II. Una supervisión del funcionamiento y del cumplimiento del modelo implantado que fue confiada a un órgano de la persona jurídica con poderes autónomos de iniciativa y de control o que tenga encomendable legalmente la función de supervisar la eficacia de los controles internos de la persona jurídica
- III. Autores individuales que cometieron el delito eludiendo fraudulentamente los modelos de organización y de prevención
- IV. No haberse producido una omisión o un ejercicio insuficiente de las funciones de supervisión, vigilancia y control de parte del órgano al que se refiere la segunda condición.

De este modo, el cumplimiento de los requisitos expuestos implica la posibilidad de eximirse de responsabilidad en caso el delito haya sido cometido por una persona que califique como superior jerárquico e incluso resulta esencial para la promoción de una cultura ética empresarial de prevención²⁷. Asimismo, cabe resaltar que no bastará con la mera existencia del programa, sino que “deberá acreditarse su adecuación para prevenir el concreto delito que se ha cometido, debiendo realizarse a tal fin un juicio de idoneidad entre el contenido del programa y la infracción. Por ello, los modelos de organización y gestión deben estar perfectamente adaptados a la empresa y a sus concretos riesgos”²⁸.

²⁵ Manuel Rebollo Puig. “Responsabilidad sancionadora de personas jurídicas, entes sin personalidad y administradores”, *Ius Et Veritas*, n.53 (2016): 223

²⁶ Denominación española para el “*Criminal Compliance Program* o Programa de Cumplimiento”

²⁷ Iván Navas y Gustavo Balmaceda. *El criminal compliance en el Derecho comparado*. (2019), pp.56.

²⁸ Fiscalía General del Estado. *Circular 1/2016, Sobre la Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas conforme a la reforma del Código Penal efectuada por Ley Orgánica 1/2015*. España: Fiscalía General del Estado, 2016, p.43

Por otro lado, respecto al sistema de certificaciones, el modelo español tiene una regulación bastante especializada. Como la doctrina ha desarrollado, se entiende a la certificación como “aquella acción realizada por una entidad independiente, por la que se manifiesta que una organización, producto, proceso o servicio, cumple los requisitos definidos en normas o especificaciones técnicas”²⁹. Así, tras la reforma legal y las dudas generadas en la materia, la Fiscalía General del Estado (FGE) emite la Circular 1/2016 en la cual se regula una variedad de criterios de interpretación sobre los modelos de organización y gestión. Ello con la finalidad de facilitar la labor de los fiscales y garantizar el principio de unidad de actuación de dicha institución pública.³⁰ De este modo, se observa que, desde un primer momento, la FGE expone su postura con respecto a quién le corresponde la competencia sobre la acción penal.

Entre los grandes aportes de la circular, se expone que las certificaciones, manifiestan el cumplimiento de las condiciones y requisitos de un modelo de idoneidad. Así, estas “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 comete al órgano judicial”³¹. En otras palabras, sin perjuicio de la posibilidad de que empresas privadas sean encargadas de la evaluación de idoneidad y eficacia del programa de cumplimiento y lo acrediten, de ningún modo, se limitará la facultad que por naturaleza le compete a los funcionarios penales de iniciar la actuación penal del caso. Para este ordenamiento resulta ilógico que un órgano jurisdiccional esté atado, en cuanto a sus facultades de investigación y sanción sometándose a la apreciación de un privado certificador”³².

Finalmente, los criterios españoles para la evaluación sobre programas de cumplimiento han evolucionado y desarrollado una mayor acogida en relación a las certificaciones. Un paso de suma importancia fue la elaboración de la Norma Española UNE 1960, la cual constituye un marco de interpretación susceptible de ser desarrollado para disponer de sistema eficaces y alineados con las buenas prácticas que vienen acordándose a nivel internacional”³³. Además, una de sus características principales, es la certificabilidad en base a parámetros de ISO 19600:2015³⁴, aunque ello no implique la exención automática de la responsabilidad penal de la organización, sino un diseño o evaluación de los sistemas de gestión complementado con estándares internacionales. A pesar de la difusión de este criterio adicional, la FGE mantiene la postura que ya había adelantado con la Circular 1/2016, de modo que afirma que “las certificaciones de idoneidad del modelo solamente podrán apreciarse como un elemento adicional de prueba en el proceso penal, mas de ninguna manera podrán acreditar por sí mismas la eficacia del modelo”³⁵.

²⁹ Ayala de la Torre, Jose María, *Claves prácticas. Compliance* (Madrid: Lefebvre-El Derecho, 2016, 26).

³⁰ Para mayor profundidad, véase Circular 1/2016 de la FGE, página 51.

³¹ *Ibíd*, 52.

³² Clavijo, Camilo, “Criminal Compliance y Sistema Penal en el Perú”. (tesis de pregrado, Pontificia Universidad Católica, 2016), 113, <http://tesis.pucp.edu.pe/repositorio/handle/20.500.12404/7937>

³³ Comité Técnico CTN 307 Gestión de riesgos, *NORMA UNE 19601-2017*, España: Asociación Española de Normalización, 2017, p.16.

³⁴ Sistema de Gestión de Compliance regulado por la Organización Internacional de Normalización, reúne a expertos para compartir conocimientos y desarrollar estándares internacionales voluntarios, basados en el consenso y relevantes para el mercado que apoyan la innovación y brindan soluciones a los desafíos globales.

³⁵ Canchari, Emma, “Consideraciones en torno a la eficacia en la adopción y ejecución de un programa de Compliance Penal, de cara al artículo 31 bis del Código Penal Español”. *Revista Derecho & Sociedad*, N°50 (2018):154.

En síntesis, en el sistema español se reafirma que el Ministerio Público es quien tiene la titularidad de la acción penal contra las personas jurídicas, sin perjuicio de la existencia de certificaciones sobre los modelos de organización y gestión. Así, las acreditaciones que parten de las opiniones y pronunciamientos de entes externos, las entidades certificadoras, solo servirán de indicio o guía para efectos probatorios en un procedimiento penal, mas de ninguna forma resultan vinculantes para la iniciativa de actuar que le corresponde por naturaleza al órgano competente.

5.2. Chile

En el contexto chileno, la responsabilidad penal de las personas jurídicas se instauró con la Ley 20.393, promulgada el 2 de diciembre de 2009, para los delitos de lavado de activos, financiamiento del terrorismo, cohecho, receptación, administración desleal, apropiación indebida, corrupción entre particulares y negociaciones incompatibles.

En primer lugar, el modelo de sistema de responsabilidad penal de la persona jurídica que establece la Ley N 20.393 es el de la responsabilidad directa, puesto que el artículo 5 de la presente ley ha señalado que la responsabilidad de la persona jurídica será autónoma de la responsabilidad de las personas naturales. En ese sentido, independientemente de si se imputa la conducta ilícita a una persona natural, podrá sancionarse a la persona jurídica, dado que sí es capaz de culpabilidad³⁶. Además, la persona jurídica responde porque el delito es consecuencia del incumplimiento de los deberes de dirección y supervisión.

En segundo lugar, la persona jurídica cumplirá con los deberes mencionados cuando con anterioridad a la comisión del delito, la entidad ha implementado un modelo de prevención con los elementos que el artículo 4 de la Ley 20.393 señala. Asimismo, en base al artículo 3, los deberes de dirección y supervisión se considerarán cumplidos cuando, con anterioridad a la comisión del delito, la persona jurídica hubiere adoptado e implementado un modelo de prevención de los delitos conforme a lo dispuesto en el artículo 4. En virtud de ello, si se cumple con lo establecido en los artículos mencionados, la persona jurídica quedará eximida de responsabilidad penal³⁷, puesto que se ha adoptado e implementado un modelo de prevención o *Compliance* y esto implica una presunción del cumplimiento de los deberes de dirección y supervisión en favor de la persona jurídica.³⁸

En tercer lugar, el artículo 4º numeral 4 de la Ley establece que las personas jurídicas podrán obtener una certificación de la adopción e implementación de su modelo de prevención de delitos. Asimismo, señala que 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, en adelante "SVS", que puedan cumplir esta labor, de conformidad a la normativa que, para estos efectos, establezca el mencionado organismo fiscalizador. En ese sentido, la participación de la SVS, similar a la SMV peruana, en la certificación de los modelos de prevención, solo se limita a la acreditación de los modelos que adopte la persona jurídica y a que las entidades registradas a cargo de la emisión de la certificación cumplan con ciertos requisitos, lo cual se desprende de la misma ley. Además, la SVS, en

³⁶ Iván Navas y Gustavo Balmaceda. El criminal *compliance* en el Derecho comparado. (2019), p. 69

³⁷ Marcelo Sanfeliú y Nicolás Allamand. "Publicación sobre el desarrollo de la práctica de *Compliance* en Latinoamérica. Práctica de *Compliance* en Latinoamérica: Estado actual de la legislación anticorrupción y otras". (2015), p. 64.

³⁸ Silvina Bacigalupo y Jesús Lizcano. "Responsabilidad penal y administrativa de las personas jurídicas en delitos relacionados con la corrupción". (2013), p. 47.

Disponible en: <https://cutt.ly/SevTB1q>

cumplimiento con esta ley, emitió una norma de carácter general N° 302 en el año 2011, donde se establecen las normas que deben cumplir las empresas de auditoría externa, sociedades clasificadoras de riesgo y demás entidades para cumplir la labor de certificación de modelos de prevención de delitos.³⁹

Por otro lado, estas certificaciones constituyen una prueba de que el modelo de prevención de delitos adoptado por la persona jurídica ha sido implementado correctamente, puesto que ha sido emitida por un empresa, sociedad o entidad competente en base a la Ley 20.393, y que ha sido registrada en la SVS. Sin embargo, esto no implica que la certificación condicionará la facultad del Fiscal para iniciar o formalizar una investigación, ya que la ley chilena no ha establecido que las certificaciones sean vinculantes para la Fiscalía.

Por último, en el Título III, artículo 22 de la Ley 20.393 se contempla todo lo concerniente a la formalización de la investigación:

Quando el fiscal considere oportuno formalizar el procedimiento dirigido en contra de la persona jurídica, solicitará al juez de garantía la citación del representante legal de aquélla, de conformidad al artículo 230 y siguientes del Código Procesal Penal. Será requisito previo para proceder de esta forma, al menos, que se haya solicitado una audiencia de formalización de la investigación o presentado un requerimiento de acuerdo a las reglas del procedimiento simplificado, respecto de la persona natural que pudiese comprometer la responsabilidad de la persona jurídica según lo disponen los incisos primero y segundo del artículo 3, salvo en los casos establecidos en el artículo 5.

En ese sentido, el Ministerio Público es el encargado de perseguir los delitos cometidos por las personas jurídicas. La Superintendencia de Valores y Seguros toma parte en el esquema de responsabilidad penal de la persona jurídica solamente como una entidad acreditadora de las certificadoras del modelo de prevención. Sin embargo, dicha certificación no tiene valor a efectos de eximir de responsabilidad a la persona jurídica, y la labor, tanto de la SVS como de las certificadoras se reduce al ámbito privado.

5.3 Argentina

En el contexto jurídico argentino, la Ley 27.401, aprobada en diciembre de 2017, establece el régimen de responsabilidad penal aplicable a las personas jurídicas privadas por delitos de cohecho, tráfico de influencias, negociación incompatible, concusión, enriquecimiento ilícito y balances e informes agravados.

En primer lugar, el modelo de sistema de responsabilidad penal de la persona jurídica que establece la Ley 27.401 es un modelo mixto con elementos concurrentes del modelo vicarial y basado en el déficit de organización⁴⁰. Como menciona Durrieu y Vidal Albarracín, “la nueva legislación argentina consagra un sistema objetivo atenuado o mixto responsabilizando a la persona jurídica por los hechos de sus dependientes, de manera automática, sin ponderar la culpabilidad del ente como sujeto de Derecho diferente a la persona humana.”⁴¹

³⁹ Jean Matus. “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”. (2012), 2.

⁴⁰ Guillermo Vidal Albarracín. “La responsabilidad penal de la persona jurídica por hechos de corrupción de terceros: el caso del despachante de aduana”. En: Compliance, anticorrupción y responsabilidad penal empresarial. (2018): 100.

⁴¹ Nicolás Durrieu y Vidal Albarracín, VIDAL, Guillermo. “Ley de responsabilidad de la persona jurídica por hechos de corrupción”. Revista del Colegio de Abogados de la Ciudad de Buenos Aires N°.2 (2017): 53-55.

Así se muestra en el artículo 2 de la Ley 27.401, en la cual se reconoce que las personas jurídicas son responsables por los delitos señalados en el artículo 1º, que hubieren sido realizados – directa o indirectamente-, con su intervención o en su nombre, interés o beneficio, así como también en caso de que un tercero carente de atribuciones para representarla haya actuado por las mismas causales y bajo la ratificación de gestión de la empresa; incluso aunque esta fuese tácita.

En segundo lugar, en base al artículo 22 de la Ley 27.401, las personas jurídicas podrán implementar un programa de integridad o *compliance*, el cual consiste en el “conjunto de acciones, mecanismos y procedimientos internos de promoción de la integridad, supervisión y control, orientados a prevenir, detectar y corregir irregularidades y actos ilícitos comprendidos por la Ley 27.401”⁴². Asimismo, el artículo 9º ha establecido que la persona jurídica quedará eximida de responsabilidad penal siempre que concurren de forma simultánea los siguientes:

- a) que la persona jurídica denuncie de forma espontánea un delito previsto en la ley a consecuencia de una actividad propia de detección e investigación interna
- b) la implementación de un sistema de control y prevención adecuado en los términos de los artículos 22 y 23 de la ley, con anterioridad al proceso,
- c) la devolución del beneficio indebido obtenido.

En este sentido, sin perjuicio de la libertad empresarial de elegir si optar o no por la puesta en marcha de un programa de integridad⁴³, para acceder al beneficio legal de exención de responsabilidad, se tendrá que cumplir de forma conjunta con las tres circunstancias expuestas; entre ellas, contar con un programa de cumplimiento adecuado. Dicho programa de integridad deberá contar con los siguientes elementos⁴⁴:

- a) Un código de ética o conducta o políticas y procedimientos de integridad aplicables a todos
- b) Reglas y procedimientos para prevenir ilícitos en las compras y contrataciones y otras interacciones con el sector público
- c) Capacitación periódica

Sin embargo, cabe acotar que la ley no brinda un desarrollo detallado sobre lo que se entiende por una correcta implementación de un programa, ni de los aspectos esenciales para el monitoreo y evaluación del mismo. Ante ello, nos remitimos al Reglamento de la Ley 27401, en cuyo artículo primero establece que será la Oficina Anticorrupción del Ministerio de Justicia y Derechos humanos quien establecerá los lineamientos y guías que resulten necesarios para el mejor cumplimiento de los artículos previamente mencionados⁴⁵.

De este modo, en los Lineamientos para la Implementación de un Programa de Integridad se propone alternativas a considerar en función al nivel de envergadura de la organización. Entre ellos tenemos a: auditorías periódicas del programa de integridad, encuestas a los integrantes o terceros, revisión

⁴² Lago Fernando. “La nueva Ley 27.401 de responsabilidad penal de las personas jurídicas y su implicancia para el sector de la construcción. En FODECO. (2018): 13.

⁴³ Denominación de la legislación argentina para referirse a un programa de cumplimiento.

⁴⁴ Artículo 23, Ley 27401.

⁴⁵ Artículos 22 y 23 de la Ley 27401.

especializada externa, etc.⁴⁶ Asimismo, se menciona que la existencia de un programa de integridad y su carácter adecuado son cuestiones de hecho y prueba en el proceso penal. En virtud de ello, la implementación del programa no implica una limitación al Ministerio Público como titular de la acción penal para formalizar una investigación.

No obstante, se deja abierta la posibilidad de que un tercero evalúe la idoneidad de un determinado programa de integridad, aunque dicho documento o resultado no cobra mayor incidencia en el ámbito procesal penal. Es decir, tal pronunciamiento no implica una condición en base a la cual la entidad facultada para tomar la iniciativa penal lo deba considerar como requisito para ejercer sus funciones; en contraste con lo que sucede en el contexto peruano.

Así, con respecto al titular de la acción penal en esta legislación, tenemos al Ministerio Público. En conformidad con el artículo 120 de su Constitución Nacional, el Ministerio es el facultado para promover la actuación ante la justicia en defensa de la legalidad, de los intereses generales de la sociedad, en coordinación con las demás autoridades de la República. En otras palabras, por regla es el encargado de ejercer la promoción inicial penal. Asimismo, en el artículo 3° de la Ley Orgánica del Ministerio Público Fiscal de la Nación se menciona:

El Ministerio Público Fiscal de la Nación tiene a su cargo fijar la política de persecución penal y ejercer la acción penal pública, conforme lo establecido en el Código Procesal Penal de la Acción y las leyes complementarias, en todos los delitos federales y en aquellos delitos ordinarios cometidos en el ámbito de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires mientras su competencia no haya sido transferida a la jurisdicción local.

Asimismo, interviene y gestiona en el país todos los pedidos de extradición realizados por otros estados.

En vista de que la Ley 27401 no hace mención a la iniciativa de la acción penal, ni mucho menos sobre su transferencia hacia una entidad distinta al Ministerio, es evidente que tal prerrogativa se mantiene como en principio corresponde⁴⁷.

Siguiendo esta misma línea, la doctrina argentina se ha pronunciado con respecto al desarrollo del rol del Ministerio Público en la materia. Siendo este el encargado de la persecución penal estratégica, “lejos de limitarse a la aplicación de una pena en el marco de la causa judicial; el Ministerio puede asumir un rol proactivo que implique interacción y coordinación con otros organismos relevantes en el problema⁴⁸. Así, no solo se le reconoce como la entidad competente para el análisis y actuación en el ámbito penal, sino también como el titular para desarrollar medidas en forma conjunta con otros poderes para obtener resultados más eficientes.

6. Desacierto de la Ley 30424 y modificaciones

Tal como hemos señalado, la Ley 30424 fue modificada por el Decreto Legislativo 1352. A partir de esta norma, el fiscal ya no es quien dará inicio a la investigación preparatoria por decisión propia, sino

⁴⁶ Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Lineamientos para la implementación de Programas de Integridad. Sarmiento: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2019.

⁴⁷ En conformidad con el artículo 25 del Código Procesal Penal Federal.- Acción pública. La acción pública es ejercida por el Ministerio Público Fiscal, sin perjuicio de las facultades que este Código le confiere a la víctima. El Ministerio Público Fiscal debe iniciarla de oficio, siempre que no dependa de instancia privada. Su ejercicio no podrá suspenderse, interrumpirse ni hacerse cesar, excepto en los casos expresamente previstos por la ley.

⁴⁸ Nicolás Durrieu y Raúl R. Sacconi. “Compliance, Anticorrupción y Responsabilidad Penal Empresarial”. (Buenos Aires: La Ley, 2018), 183

que requiere un pronunciamiento previo de la Superintendencia de Mercado de Valores. Así, de ser el caso, esta última entidad podrá disponer que el fiscal archive lo actuado. Así, en nuestra opinión, la modificación realizada por el D.L. 1352 crea un escenario de grave sustracción de la titularidad de la acción penal que está atribuida de manera exclusiva al Ministerio Público, atribuyendo facultades a una entidad que no es idónea para esos fines. En tal sentido, consideramos que este error legislativo debe ser corregido en razón de las consideraciones siguientes:

En primer lugar, si bien es cierto que anteriormente la SMV ha trabajado con los ilícitos descritos en las leyes 29660 y 30050, resulta pertinente preguntarse sobre la naturaleza de los mismos. Primero, sobre la manipulación de precios en el mercado de valores, este se ve tipificado en el artículo 251-B del Código Penal. Para este delito, la manipulación de precios implica alterar el proceso libre de formación de precios en el mercado. Las conductas que Calderón presenta, manifiestan expresamente que la orientación de este delito es el mercado de valores razón por la que no hay mayor problema en la intervención de la SMV⁴⁹:

- Que se trate de una conducta deliberada. No se puede manipular “por error” o por una conducta culposa
- Que la conducta esté encaminada a afectar el precio o la liquidez del valor
- Que la afectación del precio o de la liquidez se realice mediante una conducta que pretenda alterar indebidamente los cauces naturales del mercado, entendidos estos como los resultados legítimos de las fuerzas que interactúan en él.
- Que es sancionable la realización del acto tendiente a obtener el resultado esperado, independientemente de si este se produce o no.

Respecto a la falsedad de información presentada por un emisor en el mercado de valores, el delito se regula en el artículo 245-A del Código Penal. En este caso “lo que la norma penal busca proteger, es la veracidad de la información que los emisores transmiten a los agentes del mercado de valores sancionando el actuar deliberado del administrador o del emisor que proporcione o consigne información o documentación falsa de carácter económico financiero, contable o societario referida a la entidad emisora, a los valores que emita o a la oferta que se haga de éstos”⁵⁰. Nuevamente, este delito recae dentro del rango de competencias de la SMV. Incluso se han establecido ciertos criterios para la evaluación de la configuración del delito. Así, deberá revisarse la normatividad de la materia, como el Decreto Supremo N° 093-2002-EF-que aprobó el Texto Único Ordenado de la Ley del Mercado de Valores; la Resolución CONASEV N° 107-2002-EF-94.10 (Reglamento de Hechos de Importancia, Información Reservada y Otras Comunicaciones) y la Resolución CONASEV N° 103-99-EF-94.10 para que finalmente se determinen aspectos propios del tipo penal tal como la obligatoriedad de la presentación de la información.

Sobre el uso indebido de información privilegiada (251-A), el tipo penal gira en torno a la obtención de un beneficio o causación de un perjuicio de carácter económico, sin importar si la conducta del sujeto activo llegó o no a perturbar el funcionamiento del mercado de valores⁵¹. En el propio texto de la Ley

⁴⁹ Calderón, Leonardo. “La manipulación de precios en el mercado” Accedido 17 de junio de 2020. Disponible en: <http://www.garciasayan.com/blog-legal/2012/07/24/la-manipulacion-de-precios-en-el-mercado-de-valores/>

⁵⁰ Vásquez Tafur Abogados. “Derecho penal y mercado de valores” Accedido 17 de junio de 2020. Disponible en: <http://vasquezabogados.com/estudio/2014/02/18/derecho-penal-y-mercado-de-valores/>

⁵¹ Reaño, José. “La problemática del bien jurídico protegido en el delito de insider trading y su técnica de protección”. *THĒMIS-Revista De Derecho*, 42 (2001) pp. 337-348. Disponible en: <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/themis/article/view/11641>

de Mercado de Valores, artículo 43 se establecen prohibiciones respecto a la información privilegiada que tienen sus funcionarios:

“Las personas que posean información privilegiada, están prohibidas de:

- a) Revelar o confiar la información a otras personas hasta que ésta se divulgue al mercado;
- b) Recomendar la realización de las operaciones con valores respecto de los cuales se tiene información privilegiada; y,
- c) Hacer uso indebido y valerse, directa o indirectamente, en beneficio propio o de terceros, de la información privilegiada.

Estas personas están obligadas a velar porque sus subordinados acaten las prohibiciones establecidas en este artículo”.

Estando en su propia normativa, no cabe duda alguna de que el delito está dentro de las competencias de la SMV y por lo mismo es apropiada para su evaluación.

Corroboramos, entonces, que los delitos regulados en los artículos 245-A, 251-A y 251-B son todos ilícitos económicos vinculados estrechamente con la SMV, puesto que abordan materias específicas vinculadas al mercado de valores. Aún así, tal como explicamos antes, para estos delitos la función de la SMV consiste en la simple emisión de un informe que, si bien es de obligatoria presentación, sólo será usado como referencia para guiar la investigación del fiscal.

Teniendo presente la participación limitada de esta entidad respecto a delitos económicos, corresponde comparar su actividad en los delitos de corrupción. A raíz de la promulgación del DL 1352, para todos los delitos incluidos en la Ley 30835, la emisión de ese informe es obligatoria y vinculante. Esto significa que dicho documento puede decidir el destino de la investigación jurídica, puesto que el Decreto Legislativo optó por atribuirle la titularidad de la acción penal a la Superintendencia, situación que no se dio ni siquiera con los delitos que sí son de estrecha vinculación con la institución.

En segundo lugar, para verificar la apropiada implementación del programa de cumplimiento será necesaria la realización de un análisis especializado que, bajo nuestra óptica, la SMV no es capaz de realizar. Para realizar esta función eficazmente, es menester considerar el tipo de delito por el que es investigada la persona jurídica y, ya que la SMV tiene designados delitos como el de colusión o tráfico de influencias encontrará una serie de problemas debido a la complejidad de los ilícitos de corrupción. Como bien se sabe, el *compliance* no tiene una estructura específica; sin embargo, cuenta con algunos elementos básicos que lo conforman entre los cuales se encuentra el mapa o matriz de riesgos penales. Esta figura es una herramienta de análisis utilizada para la valoración y el análisis periódico de riesgos que, a su vez, cuenta con una composición particular que incluye lo siguiente: a) catálogo de delitos, nivel de probabilidad de riesgo e impacto y medidas de prevención.

Especialmente para la elaboración del catálogo de delitos será necesaria la participación predominante de expertos en Derecho Penal, puesto que su función principal será la realización de un análisis que identifique todos los delitos posibles de cometerse tomando en consideración aspectos como el tamaño de la empresa, el sector de actividad, las áreas de la entidad, etc. En base a ello, los expertos pretenden conseguir la identificación y catalogación de infracciones⁵². Debido a esta complicada tarea, será

⁵² Jiménez, Zulay, Bolívar Motoche y Gabriel Suqui. “Mapa de Riesgos Penales como parte estructural o no de una *Criminal Compliance* en la actividad minera empresarial”. *Dominio de las Ciencias*, 5, n°1 (2019): 242-262. Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=6869943>

necesario evaluar los diferentes ilícitos y sus elementos para identificar el tipo y su posible comisión dentro de una persona jurídica determinada. La evaluación de un mapa de riesgos penales (esencial en un *compliance* penal) pasa necesariamente por efectuar un análisis jurídico-penal, lo cual requiere de conocimientos especiales y experiencia que tienen los órganos jurisdiccionales penales y no la SMV.

En tercer lugar, somos de la idea de que esta falta de experiencia y conocimientos técnicos de la SMV, puede permitir a las personas jurídicas cumplir en apariencia con el desarrollo del *compliance*, cuando en el fondo no han tomado las medidas solicitadas, sino que han recurrido a técnicas de “maquillaje” para que el programa de cumplimiento parezca perfectamente ejecutado. La realización de estas conductas resultaría en una situación mucho más gravosa de la actual, puesto que la Ley 30424 ha implementado atenuantes e incluso eximentes en caso de cumplir apropiadamente con el *compliance*. Definitivamente, las empresas se podrían ver muy atraídas en perfeccionar dichas técnicas de maquillaje, teniendo en cuenta los beneficios que ello conlleva, más aún si la entidad encargada no está preparada para un análisis exhaustivo como sí lo está el Ministerio Público.

La propia Procuraduría Pública Especializada en Delitos de Corrupción reconoció en uno de sus informes especiales que resulta un error atribuirle a la SMV la posibilidad de archivar casos basada en la emisión de un informe:

“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 deberá de disponer el archivo de lo actuado. 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 investigación.”⁵³

En cuarto lugar, esta sustracción de facultades de la Fiscalía a la Superintendencia resulta inconstitucional. En efecto, los artículos 158 y 159 de la Constitución abordan claramente esta materia al consagrar la autonomía y exclusividad del Ministerio Público en cuanto al ejercicio de la acción penal y dirección de la investigación del delito. Adicionalmente, como se ha señalado estas atribuciones se desarrollan en el área procesal del Derecho Penal. Según el mencionado Código, el cual está enmarcado dentro de la lógica del sistema acusatorio, el Fiscal es el único que puede decidir si después de investigar el delito ejercita la acción penal o archiva el caso. Así, queda claro, que, según lo dispuesto por la Constitución y otras normas, el Ministerio Público es autónomo en la persecución del delito y es el único que ejerce exclusivamente la referida titularidad.

Ahora bien, distinto es el escenario creado por el Decreto Legislativo 1352 y las nuevas atribuciones asignadas a la SMV. Recordemos que, según esta norma artículo 18 segundo párrafo, para determinar la responsabilidad penal de las personas jurídicas en delitos de corrupción, no sólo se necesita que la entidad emita un informe técnico, sino que la Fiscalía está sujeta a la conclusión a la que llegue la SMV.

⁵³ Procuraduría Pública Especializada en Delitos contra la Corrupción. “Informe Especial. La Responsabilidad de la Persona Jurídica en los Delitos de Corrupción”. *Procuraduría Pública especializada en Delitos de Corrupción*. (2019): 22.

Disponible en: <https://procuraduriaanticorruptcion.minjus.gob.pe/wp-content/uploads/2019/03/INFORME-LA-RESPONSABILIDAD-DE-LAS-PERSONAS-JURIDICAS-2.pdf>

Sin dudas, esta disposición normativa vulnera los artículos 158 y 159 de la Constitución Política, puesto que se otorga a la Superintendencia del Mercado de Valores una atribución que, según la Constitución, le pertenece de manera exclusiva al Ministerio Público: la decisión sobre promover o no la acción penal. En este sentido, mediante una norma de menor jerarquía se pretende vaciar de contenido a una función constitucionalmente otorgada a la Fiscalía, situación que no debería permitirse bajo ningún concepto.

Justo Balmaceda, proveyendo una perspectiva doctrinaria, advierte y condena la intromisión en la autonomía del fiscal en los términos siguientes:

“[...] 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 (...). A la hora de revisar un modelo de prevención que pretende contener los riesgos de comisión de delitos, en los más variados campos o ámbitos de los giros empresariales (pesca, transporte, minería, zapatos, etc.), se darán cuenta de que escapa a su especialidad y al ámbito de su Ley Orgánica (D. Ley N° 26126)”⁵⁴.

Finalmente, si tomamos en consideración la experiencia comparada, podremos notar que nuestro país es el único que cuenta con una legislación tan particular. Otros ordenamientos prefirieron cederle a entidades especializadas la emisión de certificaciones para la evaluación del *compliance* las cuales sólo serán usadas como parte de los medios probatorios o como documentos especializados para la consideración en la investigación del fiscal. En ninguno ordenamiento comparado se aprecia que la titularidad de la acción penal -exclusiva de la Fiscalía- haya sido trasladada a alguna otra entidad sea esta pública o privada. Por ende, en todos los casos es el Ministerio Público quien mantiene la facultad de decidir si ejerce o no la acción penal.

Probablemente, el Estado, con la intención de fomentar la implementación de los programas de cumplimiento, optó por un mecanismo que resulta poco idóneo para lograr este objetivo. No obstante, habiendo hecho un repaso de las funciones y órganos más especializados en materia de gestión de riesgos podemos concluir que no existe evidencia de que la SMV esté en capacidad o *expertise* para 1) determinar razonablemente la adecuación de un sistema de cumplimiento penal en materia de corrupción y lavado de activos y 2) realizar un exhaustivo análisis jurídico-penal que requiera de una evaluación minuciosa de los elementos complejos de esta clase de delitos.

7. Conclusiones

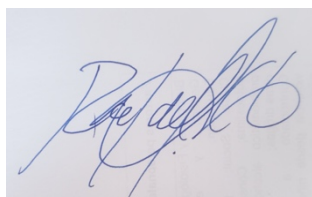
Resulta positivo que se haya establecido en el Perú un sistema de responsabilidad penal autónoma de las personas jurídicas de cara a una mejor prevención y control de la criminalidad empresarial en materia anticorrupción y lavado de activos. El problema central de la Ley 30424 y las modificaciones dadas por el D.L. 1352 y la Ley 30835 no recae en la solicitud de un informe técnico a la SMV, el cual puede ser considerado un requisito de procedibilidad, sino que la opinión de este informe sea vinculante para la

⁵⁴ Justo Balmaceda, “Las personas jurídicas y su responsabilidad “administrativa” autónoma para los delitos de corrupción y lavado de activos visto desde el Decreto Legislativo N. ° 1352,” *Instituto Pacífico*, 33 (2017): 31. http://repositorio.usil.edu.pe/bitstream/USIL/2610/1/2017_Balmaceda_Las-personas-juridicas-y-su-responsabilidad-administrativa-autonoma.pdf

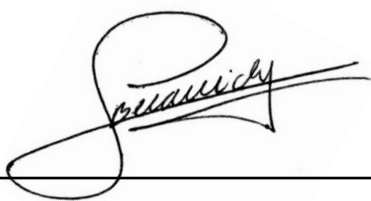
formalización o no la investigación penal, vulnerando así la función fiscal y contraviniendo el principio constitucional de autonomía que rige su actividad.

En esta medida, se debería modificar el artículo 18 del D.L. 1352 que introdujo la nueva competencia de la SMV como ente encargado de emitir un informe técnico de cuyo resultado dependerá la formalización de la investigación preparatoria contra personas jurídicas. Esta regulación no es compatible con la tendencia comparada de los sistemas de responsabilidad penal autónoma de las personas jurídicas. Además, esta medida resulta ser poco idónea para asegurar la persecución penal de las personas jurídicas y contraviene disposiciones constitucionales, ya que sustrae la titularidad de la acción penal atribuida de manera exclusiva al Ministerio Público.

Por ello, se debería regresar a la redacción original del artículo 18 de la Ley 30424 que señalaba que el fiscal o el juez, según corresponda, verifica y determina la adecuada implementación y funcionamiento del modelo de prevención o *compliance*, el cual puede contar con una opinión no vinculante de la SMV u otro organismo administrativo. Otra recomendación es recalcar la gran utilidad que tendría la formación de una división especializada dentro del Ministerio Público que se encargue de la acreditación de los sistemas de cumplimiento, para que puedan determinar la posibilidad de recibir una eximente, atenuante o agravante de pena.



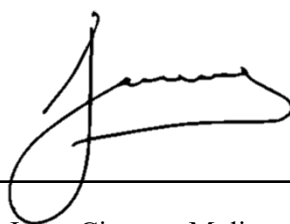
Rafael Chanjan Documet
DNI: 45114559



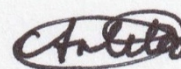
Lorena Benavides Salazar
DNI: 75920651



Gabriela Guerrero Mariño
DNI: 72371503



Jorge Cisneros Molina
DNI: 73373167



Arlita Sophia Quincho Gamarra
DNI: 73795619