

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*

The technical report of the superintendency of the stock market that analyzes the implementation and adequate operation of the models of prevention of crimes.

Purpose of the dation of the regulations of law n ° 30424

PAUL MENDOZA VAEZ**

Universidad Nacional Federico Villarreal

SUMARIO

1. Introito. — 2. Compromiso de la alta dirección y designación de un responsable de cumplimiento. — 3. El informe técnico de la SMV ¿es un requisito de procedibilidad? — 4. Eficacia y certificación del modelo de prevención. — 5. La vinculatoriedad del informe técnico de la SMV. — 6. Conclusiones. — 7. Bibliografía.

RESUMEN

En el presente trabajo se abordará algunos puntos del Reglamento de la ley N° 30424 “ley de responsabilidad administrativa de las personas jurídicas”, mediante el cual se regulan los elementos mínimos que deben cumplir los modelos de prevención de delitos, sus mecanismos de vigilancia y control a fin de mitigar los riesgos de comisión de delitos. En concreto, se analizará la regulación del informe técnico de la Superintendencia del Mercado de Valores que analice la implementación y eficacia del modelo de prevención, sus

PALABRAS CLAVE

Responsabilidad penal de personas jurídicas
Modelo de prevención de delitos
Informe técnico de la SMV.

* Artículo enviado el 19 de febrero de 2019 y aprobado para su publicación el 10 abril de 2019.

** Asociado en Cortez, Massa & Bello Abogados. Abogado por la Universidad Nacional Federico Villarreal, con una actividad profesional vinculada al litigio en materia penal económico - empresarial y criminal compliance. Con especialización en cumplimiento

principales matices, considerado como requisito de procedibilidad y su cuestionable regulación que afectaría al principio de autonomía del Ministerio Público.

ABSTRACT

In the present work will address some points of the Regulation of the law N° 30424 "law of administrative responsibility of legal persons", which regulates the minimum elements that should be met crime prevention models, their monitoring mechanisms and control in order to mitigate the risks of committing crimes. Specifically, the regulation of the technical report of the Superintendency of the Stock Market will be analyzed to analyze the implementation and effectiveness of the prevention model, its main nuances, considered as a requirement of procedural autonomy and its questionable regulation that would affect the principle of autonomy of the Prosecution.

Keywords

*Criminal liability of legal persons
Crime prevention model
Technical report of the SSM*

IDEAS CENTRALES DEL AUTOR

“Es importante señalar que la responsabilidad última sobre el control de los riesgos siempre recae sobre los miembros de la alta dirección de la organización, es decir, el órgano de administración y la dirección ejecutiva. Es, por tanto, responsabilidad de la alta dirección asegurarse de que existe una adecuada política de control y gestión de riesgos” (p. 409).

“En definitiva, el informe técnico de la SMV solo será un requisito de procedibilidad en aquellos casos en que la empresa adoptó e implementó su programa de prevención antes de la comisión del hecho delictivo e incluso después; no obstante, en los casos en que no sucedió así, la Fiscalía debería sobreseer o formalizar la investigación sin recabar este informe” (p. 415).

penal normativo por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Actualmente cursa estudios en el Máster en Cumplimiento normativo en materia penal por la Universidad de Castilla – La Mancha (España).

1. Introito

Hace algunos años atrás, en la academia jurídica – penal se discutía aun fervorosamente sobre el brocardo de “*societas delinquere non potest*” que en resumida cuenta pregonaba que las personas jurídicas no podían delinquir o no podían responder penalmente. Hoy en día está discusión casi ha pasado a segundo plano, pues ya no se discute si esto es posible o no, más bien cómo se puede atribuir responsabilidad penal a las personas jurídicas de manera autónoma y, cómo ésta puede defenderse ante una eventual imputación de naturaleza penal.

Las teorías que explican la responsabilidad penal de la persona jurídica, han acuñado un vaivén de argumentos de una u otra orilla, siendo las más importantes la “teoría de la autorresponsabilidad o del defecto de organización” y la “teoría de la heterorresponsabilidad o vicarial”.

Un modelo de culpabilidad de empresa parte del presupuesto de que la persona jurídica realiza un injusto propio y está dotada de una culpabilidad propia. Lógicamente, no puede tratarse ni de un injusto

ni de una culpabilidad concebidos de la misma forma que los de la persona física, pues es evidente que la jurídica, al ser una construcción normativa que carece de esa base ontológica, goza de una singularidad que impide que se prediquen de ella conceptos como la capacidad de acción o de culpabilidad en términos idénticos a como se mantienen para la persona física. Por ello, es preciso crear unas categorías para el ente moral o adaptar las ya existentes para la persona física, si se prefiere¹.

Una de las propuestas más sugerentes es la concebida por Carlos Gómez – Jara Diez, para quien la culpabilidad empresarial consiste en un déficit de fidelidad al derecho el cual se manifiesta en una cultura empresarial de no cumplimiento con el derecho. Desde esta posición, uno de los modelos especialmente idóneo de introducción de causas de exclusión de la culpabilidad empresarial es el estadounidense, el cual se basa en los denominados programas de cumplimiento corporativo – *Corporate Compliance Programs* -².

Ante los particulares puntos de vista de cada teoría, hay algo en

1 PALMA HERRERA. (2017, p.19).

2 GÓMEZ-JARA DIEZ. (2018, p. 184).

común que aceptan éstas, cual es la manera en que una persona jurídica puede librarse o cuanto menos atenuar su responsabilidad penal, por medio de la implementación de los denominados modelos de prevención de delitos, también conocidos como programas de cumplimiento normativo o simplemente “*criminal compliance*”.

Los programas de cumplimiento pueden ser definidos como “un sistema de gestión empresarial que tiene como objetivo prevenir y si resulta necesario, identificar y sancionar las infracciones de leyes, regulaciones, códigos o procedimientos internos que tienen lugar en la organización, promoviendo una cultura de cumplimiento”³.

En nuestro país, en el año 2016 se regula por vez primera la responsabilidad penal de las personas jurídicas mediante la ley N° 30424 (en lo sucesivo “la ley”), a pesar de que ésta se intitule tímidamente “responsabilidad administrativa de las personas jurídicas” para aquellos entes que cometan el delito de cohecho activo transnacional, posteriormente, se incorporan mediante D.L N° 1352 los delitos de cohecho activo genérico y específico, lavado

de activos y financiamiento del terrorismo, a su vez mediante ley N° 30835 se incorporan los delitos de colusión y tráfico de influencias, finalmente, mediante Decreto Supremo N° 002-2019 – JUS de enero de 2019, se regula el Reglamento de la ley N° 30424 (en lo sucesivo “el Reglamento”).

El panorama, entonces, es que tenemos una ley que regula la responsabilidad penal de las personas jurídicas, aunque esta prefiera denominarla “administrativa” cayendo así, a juicio de algunos autores, en un fraude de etiquetas⁴, que es aplicada solo para un número reducido de delitos con la eventualidad de que sigan incorporándose más, lo cual resulta ser una tendencia predecible. Esta ley, entre otros puntos, regula las medidas administrativas o sanciones aplicables a las personas jurídicas, las circunstancias atenuantes y agravantes y, la eximente de responsabilidad por la implementación del modelo de prevención.

La vigencia y real importancia del modelo de prevención criminal es indiscutible, dado que la propia ley faculta eximir de responsabilidad penal a una empresa que lo

3 NIETO MARTÍN. (2015, p. 26).

4 En un similar sentido REYNA ALFARO. (2018, p. 212).

haya adoptado e implementado oportunamente y de manera eficaz con anterioridad a la comisión del delito. Pero en el caso de que la empresa no haya implementado su modelo de prevención antes, sino después de haberse cometido alguno de los delitos hasta antes del inicio del juicio oral, se podrá atenuar la responsabilidad penal (art. 12. E de la ley).

Aunque la adopción e implementación de los modelos de prevención por parte de las empresas no es una exigencia obligatoria, más bien facultativa, resulta ventajoso que se implemente, en tanto, con esta herramienta se puede mitigar los riesgos que vienen vinculados a la actividad empresarial – parte preventiva – y en caso de que aun habiendo realizado los esfuerzos por prevenir la comisión de delitos, alguno de éstos termina configurándose, el modelo de prevención correctamente implementado permitiría detectar y sancionar al responsable de la comisión del hecho delictivo – parte reactiva –. Vale aclarar que un modelo de prevención no es infalible, no evita la comisión de todos los delitos pero sí permite reducir los riesgos inherentes a sus actividades a estándares

mínimos tolerables y proteger a la propia empresa por la comisión de hechos delictivos cometidos por sus propios funcionarios o por terceros vinculados a ésta, tales como socios comerciales, proveedores, clientes, etc., (*stakeholders*).

La empresa es lugar por antonomasia donde se realiza siempre un análisis costo – beneficio. El sinalagma es sencillo; si con el desarrollo del *compliance program* resulta menos beneficioso cometer la infracción y asumir las consecuencias, que no implementarlo, las empresas optarán por no bosquejarlo⁵. Es por este motivo, que el legislador regula los modelos de prevención como una eximente o atenuante de responsabilidad, con la ulterior finalidad de que las empresas consideren atractiva su implementación y orienten sus actividades bajo una cultura de la legalidad.

2. Compromiso de la alta dirección y designación de un responsable de cumplimiento

Es importante señalar que la responsabilidad última sobre el control de los riesgos siempre recae sobre los miembros de la alta dirección de la organización, es decir, el órgano de administración y la

5 AROCENA. (2018, p. 18).

dirección ejecutiva. Es, por tanto, responsabilidad de la alta dirección asegurarse de que existe una adecuada política de control y gestión de riesgos, incluyendo procedimientos bien documentados que definen cuáles son las áreas, los departamentos y las personas que deben llevar a la práctica y ejecutar de forma efectiva los controles⁶.

En consecuencia, es menester tener clara la diferencia entre las responsabilidades que puedan recaer sobre el directivo de la empresa o un subordinado de éste, con la responsabilidad de la propia empresa. Para que un modelo de prevención funcione, es necesario la asunción del compromiso por parte de los distintos trabajadores de la empresa, pero sobre todo de la alta dirección – *tone from the top* – que debe mostrar su inequívoco liderazgo e incentivar y trasladar a cada miembro de ésta a que se alineen de acuerdo con una verdadera cultura de la legalidad. En este contexto, los modelos de prevención despliegan su potencial jurídico y ayudan a delimitar responsabilidades.

El administrador de una empresa podrá responder como autor por el delito de un empleado a fa-

vor de la empresa cuando tenga al respecto una posición de garantía por tratarse de un riesgo propio de la actividad productiva de su empresa o por ser el afectado un bien que se había confiado a la misma. Incumplirá su deber de garantía si delega mal, si no vigila al delegado o si no le corrige. Si el tipo penal así lo contempla tal responsabilidad podrá serlo por imprudencia⁷.

Es importante también mencionar que el Reglamento exige que el máximo órgano de administración de la persona jurídica o quien haga sus veces, debe designar a una persona u órgano de prevención, encargado de velar por la aplicación, ejecución, cumplimiento y mejora continua del modelo de prevención (art.35), esto es, se debe nombrar a un responsable de cumplimiento o *compliance officer*.

Sobre los deberes de garante y alcances de la responsabilidad penal del oficial de cumplimiento, aún existe un intenso debate en la doctrina jurídico - penal, sin embargo, podemos mencionar, siguiendo a Robles Planas que, el responsable de cumplimiento no asume la completa posición de garantía de control o vigilancia por delegación del

6 ENSEÑAT DE CARLOS. (2016, p. 29).

7 LASCURAÍN. (2015, p. 302).

órgano competente, ni tampoco se genera una nueva posición de garantía con el mismo contenido, sino que lo asumido es sólo una parte: el deber de investigar y transmitir información al órgano superior –auténtico competente primario de la evitación de delitos en la empresa-. No obstante, aunque se trate de la asunción mediante delegación de una parte de la función de vigilancia y control no debe infravalorarse su importancia para el correcto desempeño de la competencia de vigilancia y control del garante primario⁸.

En un similar sentido Jacobo Dopico, refiere que la función de cumplimiento es ser los ojos de la alta dirección o del Consejo y proporcionarles visión: son órganos auxiliares para la ejecución de las tareas de supervisión, vigilancia y control. Incurrirán en responsabilidad como cómplices o cooperadores necesarios quienes tapen los ojos al Consejo para así permitir que el delito se siga cometiendo; pero no hay responsabilidad específica alguna por no denunciar a la policía⁹.

Coincidiendo en reconocer los deberes de información, aunque negando la existencia de una posi-

ción de garante del oficial de cumplimiento, Montaner Fernández refiere que el encargado de cumplimiento es una figura que no tiene autonomía a los efectos de decidir cómo solucionar el incumplimiento normativo detectado en el desarrollo de la actividad de la empresa. En ese sentido, y entendiendo que este sujeto no ostenta una posición de garantía que le obligue a la evitación de los delitos cometidos por parte de los trabajadores, sino solamente una posición de garantía interna, la solución más coherente sería la de negar su responsabilidad penal, incluso a título de participación, por la no evitación de los delitos cometidos a partir de la empresa. En efecto, la función del *compliance officer* en una empresa moderna y estructuralmente compleja consiste en supervisar el sistema de cumplimiento y mantener informado al respecto a la alta dirección¹⁰.

Sin ánimo de profundizar en este punto, el cual merece un trabajo propio, consideramos que el responsable de cumplimiento o *compliance officer* tiene deberes de supervisión y control de que el modelo de prevención se cumpla ínte-

8 ROBLES PLANAS. (2018, p. 364).

9 DOPICO GÓMEZ-ALLER, J. (2018, p. 231).

10 MONTANER FERNÁNDEZ. (2018, p. 416).

gramente, aunado a esto tiene el deber de informar a la alta dirección o máximo órgano de administración sobre algún evento delictivo acontecido al interior de la empresa, a fin de que ésta –la alta dirección– se encargue de tomar las medidas idóneas para mitigar la comisión del hecho delictivo o realizar la investigación interna, en caso éste ya se haya cometido.

Resulta, entonces, sumamente beneficioso – hablando en términos de responsabilidad penal – para una empresa y su directivos, implementar su programa de prevención, pues si no logra eximirse de la responsabilidad total, cuanto menos se le podrá atenuar la sanción penal. Esta implementación, sin embargo, debe cumplir con una serie de exigencias que la propia ley señala y que su Reglamento se ha encargado de complementar, esto a fin de garantizar el real compromiso por parte de la empresa en prevenir la comisión de delitos y evitar la aparición de programas de prevención “pantallas o cosméticos”.

Hay muchos puntos que, definitivamente, pueden abordarse sobre esta temática, es nuestra intención desarrollar en lo sucesivo, la regulación del informe técnico de la Superintendencia del Mercado de Valores (en adelante “la SMV”) que analice la implementación y funcionamiento del modelo de prevención. Este tópico es de vital importancia, pues la propia ley modificada por D.L N° 1352 en su artículo 18¹¹ refiere que si 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.

3. El informe técnico de la SMV ¿es un requisito de procedibilidad?

Cuestión importante es determinar si el informe técnico de la SMV es un requisito de procedibilidad, pues de ser así, la empresa podría ejercer su defensa a través de una cuestión previa en caso de que el fiscal no cumpla con recabar este

11 **Decreto Legislativo N° 1352. 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.

documento antes de la formalización y continuación de la investigación preparatoria.

Una lectura rápida de la norma, nos indica que SI se trata de un requisito de procedibilidad, la propia ley modificada por el D.L. N° 1352 en su Octava Disposición Complementaria Final así lo señala. La SMV está facultada para emitir su informe técnico con calidad de pericia institucional, y que constituye un requisito de procedibilidad para la formalización de la investigación preparatoria.

No obstante, un análisis más atento de la norma nos sugiere que esto no siempre será así, para ello debemos, plantearnos las siguientes interrogantes: ¿qué sucede si una empresa en cuyo ejercicio de actividades se cometió un delito regulado en la ley, nunca implementó un programa de prevención?, en este caso, ¿será “necesario” que la Fiscalía recabe el informe técnico de la SMV?, de ser así ¿respecto de qué asunto se pronunciaría el informe técnico de la SMV?. Antes de intentar dar respuesta a estas interrogantes, quisiéramos abordar algunos puntos periféricos.

La Superintendencia de Mercado de Valores, de acuerdo a su propia ley orgánica (Decreto Ley N° 26126) tiene por finalidad 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.

Comenzando por un tema de especialidad, resulta cuestionable que sea esta institución la única encargada de emitir los informes técnicos para la variopinta gama de rubros que pueden tener las empresas en nuestro país: mineras, petroleras, energía, construcción, automovilística, transporte, seguros, farmacéuticas, alimenticias, y un largo etcétera. Ergo, no resultaría eficiente que sea la SMV, la única entidad encargada de evaluar los programas de prevención de una variedad exorbitante en el rubro de las empresas. Habría resultado tal vez, desde un mejor enfoque, que se consideren también a los distintos Ministerios y/o organismos adscritos a éstas, las encargadas de evacuar los informes técnicos, de conformidad con su especialidad correspondiente.

El cuestionamiento, parte también, por tomar en cuenta que no existe un único modelo de programa de prevención, no hay un formato o plantilla para su elaboración, pensar eso sería caer en un

gravísimo error. Los programas de prevención son diseñados tomando en cuenta distintos factores tales como el objeto social de cada empresa, su tamaño, sector donde operan, entre otros, de conformidad con el principio de adaptabilidad¹²; por tanto, el programa es un “traje hecho a la medida”, un “trabajo de bistori” que toma en cuenta la actividad propia de cada empresa.

Resulta ciertamente complicado el establecimiento de un único modelo de “compliance”, ya que cada sector suele tener unas particularidades diferentes. En muchos casos, los negocios avanzan más rápido que las leyes y dar una solución de forma individualizada a los vacíos que puedan tener los programas de cumplimiento se convierte, en la práctica, en una utopía¹³.

Un punto vinculado a lo anterior es lo concerniente al contenido que debe tener el informe técnico de la SMV. ¿Cuáles son los puntos que debe comprender este informe?, la ley ni el Reglamento lo señalan, pero se hace referencia a que se deberá verificar la correcta implemen-

tación y adecuado funcionamiento del modelo de prevención únicamente respecto del o los delitos materia de investigación. Esto significa que si, por ejemplo, a una empresa se le investiga solo por el delito de lavado de activos, el informe técnico no tendría que pronunciarse por otro delito que no sea éste.

El Reglamento otorga valor de pericia institucional al informe técnico de la SMV, sin embargo, consideramos que ésta 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 Juez.

A las interrogantes planteadas líneas arriba, consideramos que solo será necesario que la Fiscalía recabe el informe técnico de la SMV de aquellas empresas que oportunamente implementaron el programa de prevención, pues es a partir de este

12 El numeral 2 del artículo 4° del Reglamento refiere sobre el principio de adaptabilidad: 2. Adaptabilidad: las políticas, acciones, procedimientos y estrategias que componen el modelo de prevención se adaptan a la naturaleza, necesidades, tamaño, estructura, operaciones geográficas, modelo comercial y demás características concretas de la persona jurídica, sobre la base de los riesgos a los que esta se encuentra expuesta, en cada caso.

13 GIMENO BEVIÁ. (2016, p. 257).

supuesto que se deberá realizar este trabajo de análisis sobre la idoneidad y/o eficacia del programa o por el contrario determinar su ineficacia.

El Reglamento, en su artículo 47, inciso a, establece que a efectos de que la SMV emita el informe técnico al que hace referencia el artículo 18 de la Ley, la persona jurídica debe entregar toda la información y documentación que le sea solicitada a fines de evidenciar la implementación y funcionamiento adecuado de su modelo de prevención; esta información y documentación puede alcanzar inclusive a los socios comerciales.

En ese sentido, si la propia persona jurídica nunca adoptó ni implementó un modelo de prevención, es decir, no existe documentación alguna, no habrá nada que la SMV tenga que analizar. Sería un contrasentido que la Fiscalía requiera a la SMV que evacue un informe técnico cuando la empresa nunca implementó un modelo de prevención. Ante estos supuestos, entendemos que la Fiscalía podría formalizar la investigación preparatoria tomando en cuenta otros elementos de convicción que haya recabado durante las diligencias preliminares, desde luego, teniendo la opción también de sobreseer la investigación de considerarlo así.

Distinta es la situación en que una persona jurídica haya implementado de manera incompleta su modelo de prevención, vgr. Haber implementado solo un código de conducta o algunas políticas internas pero sin nombrar a un responsable de cumplimiento o sin implementar un canal de denuncia o aún sin existir mecanismos de control para contrarrestar los riesgos inherentes a la actividad empresarial. En estos casos, la SMV podría analizar los pocos documentos que la empresa pueda proporcionar a efectos de que se emita el informe técnico, no obstante, al no existir una completa implementación del modelo de prevención, lo lógico sería que se pronuncie evidenciando su ineficacia.

En definitiva, el informe técnico de la SMV solo será un requisito de procedibilidad en aquellos casos en que la empresa adoptó e implementó su programa de prevención antes de la comisión del hecho delictivo e incluso después; no obstante, en los casos en que no sucedió así, la Fiscalía debería sobreseer o formalizar la investigación sin recabar este informe.

4. Eficacia y certificación del modelo de prevención

Partimos de que el diseño e implementación de un modelo de

prevención, no exige por sí mismo de responsabilidad penal a una empresa, es necesario demostrar que ésta haya adoptado e implementado con “eficacia” el modelo, el mismo que debe incluir mecanismos de vigilancia y control para la prevención de delitos.

En consecuencia, en un proceso penal, la empresa deberá demostrar que su modelo de prevención es eficaz, lo cual implica cumplir con los elementos mínimos que exigen la ley y los componentes complementarios señalados en el Reglamento¹⁴, estos tendrán que estar debidamente documentados para corroborar su existencia y dotarle de un soporte probatorio.

Por otro lado, se nota que el Reglamento es excesivamente re-

gulatorio, especialmente en la parte final, el art. 48 establece un *check list* de hasta 43 parámetros para validar un *compliance program*, cuando este análisis debe ser más complejo, se trata de evaluar si en el caso concreto el programa era idóneo o no para prevenir el delito imputado, la idoneidad no equivale a cumplir con un *check list*, el llamado test de idoneidad (Adán Nieto Martín) no implica una evaluación de auditoría sino jurídica, en el que se ponderen criterios de proporcionalidad y exigibilidad, ante los cuales cumplir o no con un *check list* es algo secundario, auxiliar o referencial¹⁵.

Constatada la realización del hecho delictivo, lo que ha de demostrarse en el proceso penal como parte de la *offense* es que la persona

-
- 14 Artículo 33.- Elementos mínimos de acuerdo a lo establecido en el numeral 17.2 del artículo 17 de la Ley, son elementos mínimos del modelo de prevención los siguientes: 1. Identificación, evaluación y mitigación de riesgos; 2. Un encargado de prevención, designado por el máximo órgano de gobierno de la persona jurídica o quien haga sus veces, según corresponda, que debe ejercer su función con autonomía; 3. La implementación de procedimientos de denuncia; 4. La difusión y capacitación periódica del modelo de prevención; 5. La evaluación y monitoreo continuo del modelo de prevención. Estando al principio de autorregulación a la que hace referencia el artículo 31, las personas jurídicas pueden complementar el modelo de prevención con los siguientes elementos: 6. Políticas para áreas específicas de riesgos; 7. Registro de actividades y controles internos; 8. La integración del modelo de prevención en los procesos comerciales de la persona jurídica; 9. Designación de una persona u órgano auditor interno; 10. La implementación de procedimientos que garanticen la interrupción o remediación rápida y oportuna de riesgos; y, 11. Mejora continua del modelo de prevención.
- 15 CARO CORIA, C.: “REGLAMENTARISMO “NON TAILOR-MADE” -Sobre el nuevo Reglamento de la Ley N° 30424 de Responsabilidad “Administrativa” (Penal) de la Persona Jurídica-. Recuperado de <https://www.ccfirma.com/wp-content/uploads/2019/01/Reglamento-DCCC-10.1.19-CaroAsociados-solo.pdf>., p. 2.

jurídica de manera continuada no había adoptado medidas eficaces para prevenir hechos delictivos de la especie del que se ha cometido y en la forma en que concretamente ha aparecido. Se trata de realizar un juicio de idoneidad sobre el programa de cumplimiento, que abarca tanto el examen de sus aspectos generales como la determinación de cuál ha sido la eficacia del *compliance program* en el hecho concreto que se ha producido (test de idoneidad abstracto – concreto)¹⁶.

Un punto que no se debe soslayar es lo establecido en el artículo 49 del Reglamento, donde se establece 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. Asimismo, en su informe considera las demás medidas que hubiere adoptado la persona jurídica en ejercicio de su autorregulación.

El punto anterior hace referencia a los criterios de valoración

que tendrá la SMV en la elaboración de su informe técnico, pues a los diversos parámetros recogidos en el artículo 48 del Reglamento (más de 40 puntos a considerar), se agrega también las certificaciones que el modelo de prevención haya obtenido, para esto, en concreto, se deberá tomar en cuenta las normas ISO 37001 - Sistemas de gestión antisoborno, ISO 19600 - Gestión de sistemas de Compliance, Norma UNE 19601- Compliance Penal, entre otras.

Si bien, no es una exigencia obligatoria que las empresas implementen un modelo de prevención, mucho menos que éste deba estar aprobado por una certificadora oficial, sí será tomado en cuenta como un criterio positivo por parte de la SMV al momento de evacuar su informe técnico.

Este tópico también ha sido discutido y cuestionado en la regulación chilena, dado que puede ser entendido como una suerte de “bula papal”, esto es, susceptible de ser comprada al precio puesto por el vendedor y, al igual que las *Bulas* que garantizaban el acceso al cielo sin necesidad de ser virtuoso en realidad (y, sobre todo, después de adquirida la *Bula* correspondiente),

16 NIETO MARTIN. (2013, p. 39).

podrían servir para garantizar a una persona jurídica que estará *ex ante* exenta de la responsabilidad por la comisión de un delito en su provecho, por parte de un directivo o un subordinado. Así, la certificación podría servir de prueba para convencer al tribunal de que la empresa es un “buen ciudadano corporativo” y, por lo tanto, aunque el delito le beneficie, como la empresa es una buena ciudadana, no respondería del mismo, con independencia de que, obviamente, el modelo haya fallado o hubiese sido burlado (otra forma de fallar: no prevenir la burla) en el caso concreto¹⁷.

5. La vinculatoriedad del informe técnico de la SMV

Otro aspecto que podría resultar cuestionable es el carácter vinculante que tiene el informe técnico, pues si en éste se determina que el programa de prevención es adecuado, de inmediato el Fiscal debería sobreseer el caso. Esto, definitivamente, atenta contra el Principio de Autonomía del Ministerio Público, pues, una pericia institucional por sí misma, sin haber sido sometida a contradicción con otros medios de prueba, no debería ser determinante como para sobreseer

una investigación. En sentido contrario, si resulta que el modelo de prevención en el momento en que se suscitaron los hechos, no era el adecuado para evitar la comisión de delitos, no obstante, que la empresa aporta otros medios de prueba que acreditan que el delito fue un caso aislado cometido por un trabajador suyo quien burló los controles implementados en el modelo, en este hipotético caso, la Fiscalía debiera poder sobreseer la investigación.

La Fiscalía es autónoma en la persecución del delito, no se le puede obligar a cerrar un caso en base a un informe administrativo vinculante. Crítica a la que se suma 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 activos¹⁸.

Debe entenderse que el Fiscal en su función de investigación, tiene la potestad de formalizar o sobreseer la investigación valorando la totalidad de elementos de convicción que hasta esa etapa haya podido recabar. Un informe técnico por más especializado que sea, no debe-

17 MATUS ACUÑA. (2013, p. 151).

18 CARO CORIA, C.: *Ibid.*

ría obligar al Fiscal a sobreseer una investigación.

Queda claro que el informe técnico de la SMV solo permite archivar la investigación para la persona jurídica, en cuanto a los directivos o funcionarios de ésta, su investigación deberá continuar en caso existan elementos que fundamenten una sospecha reveladora. La responsabilidad individual, por tanto, se discutirá con independencia de la responsabilidad corporativa de la empresa, tomando en cuenta otros elementos.

Un punto que podría discutirse es la posibilidad de utilizar el informe técnico dentro de un proceso distinto de aquel para el cual se emitió, es decir, trasladar la prueba a otro proceso que se le sigue a la misma empresa.

Dado que el modelo de prevención es revisable y perfectible, estimamos que el análisis que la SMV realiza sobre su idoneidad, es de aquel que se tuvo en el momento de la comisión de los hechos, por tanto, si los procesos que se siguen a una misma persona jurídica tratan sobre hechos acontecidos en tiempos marcadamente diferenciados, el informe de la SMV que se haya podido trasladar a otro proceso, solo podría utilizarse de manera referencial.

6. Conclusiones

1. Con la dación del Reglamento de la ley N° 30424 “ley de responsabilidad administrativa de las personas jurídicas”, se establecen los elementos mínimos y complementarios que debe cumplir todo modelo de prevención, a fin de mitigar los riesgos de comisión de delitos inherentes a las actividades propias de las personas jurídicas.
2. La alta dirección o máximo órgano de administración de la empresa debe mostrar su liderazgo y compromiso con la cultura de la legalidad, de tal manera que inspire a los demás miembros de la empresa a seguir con esta filosofía de cumplimiento normativo. Asimismo, el máximo órgano de administración debe designar a un responsable de cumplimiento, encargado de las tareas de supervisión, vigilancia y control del programa de prevención.
3. En una investigación penal seguida a una persona jurídica, será necesario que la Fiscalía recabe el informe técnico de la SMV, la cual es un requisito de procedibilidad. Este infor-

me determinará la idoneidad y/o eficacia del programa de prevención, para lo cual, la empresa deberá proporcionar toda la documentación que le sea solicitada. No obstante, consideramos que no será necesario emitir el informe para aquellas personas jurídicas que nunca implementaron un modelo de prevención.

4. 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. Estimamos 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 correspondiente.
5. El carácter vinculante del informe técnico, atenta contra el Principio de Autonomía del Ministerio Público, pues, si en éste se determina que el programa de prevención es adecuado, el Fiscal está obligado a sobreseer el caso. El Ministerio Público en su función de investigación, debe tener la potestad de formalizar o sobre-

seer la investigación valorando la totalidad de elementos de convicción que hasta esa etapa haya podido recabar.

7. Bibliografía

- AROCENA, G. (2018): “Criminal compliance”. En: REYNA ALFARO, L. (Coord.), *Compliance y responsabilidad penal de las personas jurídicas. Perspectivas comparadas* (EE. UU, España, Italia, México, Argentina, Colombia, Perú y Ecuador), Lima: Ius Puniendi, 2018.
- CARO CORIA, C.: *Reglamentarismo “Non Tailor-Made” -Sobre el nuevo Reglamento de la Ley N° 30424 de Responsabilidad “Administrativa” (Penal) de la Persona Jurídica*. Recuperado de <https://www.ccfirma.com/wp-content/uploads/2019/01/Reglamento-DCCC-10.1.19-CaroAso-ciados-solo.pdf>.
- DOPICO GÓMEZ-ALLER, J. (2018): “Presupuestos básicos de la responsabilidad penal del «compliance officer» tras la reforma penal de 2015”. En: FRAGO AMADA, J. (Dir.), *Actualidad Compliance*, Navarra: ARANZADI.

- ENSEÑAT DE CARLOS, S. (2016): *Manual del Compliance Officer. Guía práctica para los RESPONSABLES DE HABLA HISPANA*, NAVARRA: ARANZADI.
- GIMENO BEVIÁ, J. (2016): *Compliance y proceso penal. El proceso penal de las personas jurídicas*, Navarra: ARANZADI, 2016.
- GÓMEZ-JARA DIEZ, C. (2018): *Compliance y responsabilidad penal de las personas jurídicas en el Perú: Directrices para su interpretación*, Lima: Pacífico.
- LASCURAÍN, J. (2015): “La responsabilidad penal individual por los delitos de empresa”. En: NIETO MARTÍN, A. (Dir.), *Manual de Cumplimiento Penal en la empresa*, Valencia: TIRANT LO BLANCH.
- MATUS ACUÑA, J. (2013): “La certificación de los programas de Cumplimiento”. En ARROYO ZAPATERO, L.; NIETO MARTÍN, A. (Dir.), *El Derecho Penal Económico en la era compliance*, Valencia: TIRANT LO BLANCH.
- MONTANER FERNÁNDEZ, R. (2018): “La posible responsabilidad penal del compliance officer desde la perspectiva de la delegación de funciones”. En: REYNA ALFARO, L.: (Coord.), *Compliance y responsabilidad penal de las personas jurídicas. Perspectivas comparadas (EE. UU, España, Italia, México, Argentina, Colombia, Perú y Ecuador)*, Lima: Ius Puniendi.
- NIETO MARTIN, A. (2013): “Problemas fundamentales del cumplimiento normativo en el Derecho Penal”. En: KUHLEN, L.; MONTIEL, J.; ORTIZ DE URBINA GIMENO, I. (Eds.), *Compliance y teoría del Derecho Penal*, Madrid: Marcial Pons.
- NIETO MARTÍN, A. (2015): “El cumplimiento normativo”. En: NIETO MARTÍN, A. (Dir.), *Manual de Cumplimiento Penal en la empresa*, Valencia: TIRANT LO BLANCH.
- PALMA HERRERA, J. (2017): “Presupuestos jurídico – penales de la responsabilidad penal de los entes corporativos y del sistema de compliances”. En: PALMA HERRERA, J.; AGUILERA GORDILLO, R.: *Compliances y responsabilidad penal corporativa*, Navarra: ARANZADI.
- REYNA ALFARO, L. (2018): “Implementación de los compliance programs y sus efectos de exclusión o atenuación de responsabilidad penal de los

sujetos obligados. Actualidad a partir de la Ley N° 30424, el Decreto Legislativo N° 1352 y el proyecto de reglamento de la Ley N° 30424”. En REYNA ALFARO, L. (Coord.), *Compliance y responsabilidad penal de las personas jurídicas. Perspectivas comparadas (EE.UU, España, Italia, México, Argentina, Colombia, Perú y Ecuador)*, Lima: Ius Puniendi.

- ROBLES PLANAS, R. (2018): “El responsable de cumplimiento (“Compliance Officer”) ante el Derecho Penal”. En: REYNA ALFARO, L. (Coord.), *Compliance y responsabilidad penal de las personas jurídicas. Perspectivas comparadas (EE.UU, España, Italia, México, Argentina, Colombia, Perú y Ecuador)*, Lima: Ius Puniendi.