

PERCY GARCÍA CAVERO

*Profesor ordinario principal de Derecho Penal y
Derecho Penal Económico en la Universidad de Piura*

**DERECHO PENAL
DE LAS PERSONAS
JURÍDICAS**

**SANCIONES PENALES
CONSECUENCIAS ACCESORIAS
REPARACIÓN CIVIL**





DERECHO PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS

Autor:

© Percy García Caveró, 2023

Primera edición - Julio 2023

Logo Actualidad Penal

El logo se encuentra en la caratula ya que el libro pertenece a la suscripción de la revista Actualidad Penal

Copyright 2023

Instituto Pacífico S.A.C.

Diseño, diagramación y montaje:

Maria del Rosario De la Cruz Huachua
Katherine Cuadros Angeles

Edición a cargo de:

Instituto Pacífico S.A.C.-2023
Jr. Castrovirreyna N.º 224-Breña, Lima-Perú
Central: 619-3700
E-mail: prerensa@institutopacifico.pe

Tiraje: 3,500 ejemplares

Registro de Proyecto Editorial ISBN

: 31501052300287
: 978-612-322-451-6

Hecho el Depósito Legal en la Biblioteca Nacional del Perú N.º

: 2023-04959

Impresión a cargo de:

Pacífico Editores S.A.C.
Jr. Castrovirreyna N.º 224-Breña
Central: 619-3720

Derechos Reservados conforme a la Ley de Derecho de Autor.

Este libro está expuesto a fe de erratas.

Queda terminantemente prohibida la reproducción total o parcial de esta obra por cualquier medio, ya sea electrónico, mecánico, químico, óptico, incluyendo el sistema de fotocopiado, sin autorización escrita del autor e Instituto Pacífico S.A.C., quedando protegidos los derechos de propiedad intelectual y de autoría por la legislación peruana.

CAPÍTULO IV

ASPECTOS PROCESALES

SUMARIO: **I.** El informe técnico como presupuesto de procedibilidad. **II.** Los derechos y garantías de las personas jurídicas en el proceso penal. **III.** El uso de la información de las investigaciones internas en el proceso penal. **IV.** La prueba del modelo de prevención. **V.** La imposición de medidas cautelares. **VI.** La colaboración eficaz de la persona jurídica.

La imposición de sanciones penales a las personas jurídicas conforme a los parámetros establecidos en la LRPJ debe hacerse, al igual que con las personas naturales, en el marco de un proceso penal. En este capítulo no se pretende hacer una exhaustiva exposición sobre las distintas etapas que componen este proceso penal, pues se trata del mismo que se le sigue a las personas naturales. En ese sentido, lo que se hará, más bien, es resaltar algunas cuestiones procesales que suscita, en concreto, el procesamiento penal de una persona jurídica. De manera específica, se abordarán muy puntualmente seis cuestiones procesales: La necesidad de un informe técnico como presupuesto de procedibilidad, los derechos y garantías de las personas jurídicas en el proceso penal, el uso procesal de la información obtenida en el marco de una investigación interna, la prueba de la existencia e idoneidad del modelo de prevención de delitos, la imposición de medidas cautelares y, finalmente, el posible sometimiento de la persona jurídica a un proceso de colaboración eficaz.

I. EL INFORME TÉCNICO COMO PRESUPUESTO DE PROCEDIBILIDAD

El artículo 18 de la LRPJ establece que, si una persona jurídica alega contar con un modelo de prevención, el Fiscal solamente le podrá formalizar investigación preparatoria si es que cuenta con un informe técnico emitido por la Superintendencia del Mercado de Valores (SMV). En este informe técnico, la referida agencia de supervisión deberá analizar la implementación y el funcionamiento del referido modelo de prevención en relación con el delito imputado. El plazo para su emisión es de 90 días, computados desde el día siguiente de la recepción de la solicitud. De manera excepcional, este plazo puede extenderse por un período igual en función a la complejidad

del caso, tamaño y ubicación de la persona jurídica, u otras condiciones o particularidades.

Para la elaboración del informe técnico, la SMV deberá tener en consideración los estándares internacionales sobre el modelo de prevención y las buenas prácticas en el gobierno corporativo. Un acercamiento a los criterios que en ese sentido utilizaría la SMV se puede conseguir con la lectura del documento expedido por esta institución en el 2021 bajo el título de “Lineamientos para la implementación y funcionamiento del modelo de prevención”. Si bien no establece ahí la metodología o criterios que utilizará para elaborar el informe técnico, ponen de manifiesto su manera de interpretar las exigencias legales para que el modelo de prevención pueda exonerar de responsabilidad a las personas jurídicas. En ese sentido, se hace mención a una serie de evidencias de la implementación y del debido cumplimiento de cada uno de los elementos mínimos del modelo de prevención. Pese a que se alude a diversas evidencias, está claro que se trata simplemente de una enumeración ejemplificativa que no excluye la aportación y valoración de otras evidencias por parte de la SMV. Del mismo modo, debe quedar claro que el informe técnico no constituye una evaluación tasada que exija la necesaria aportación de todas las evidencias mencionadas en los lineamientos, sino que cada una de las evidencias tendrá una fuerza de convicción que la SMV tendrá que valorar al momento de pronunciarse.

La persona jurídica que alega contar con un modelo de prevención debe brindar la información y documentación respectiva, así como otorgar a la SMV las facilidades necesarias para que emita el informe técnico. En ese sentido, el artículo 46 del Reglamento de la LRPJ establece que la Fiscalía debe poner a disposición de la SMV copia de toda la documentación que haya sido presentada por la persona jurídica para sustentar la implementación y funcionamiento del modelo de prevención. En caso de requerir mayor información, la SMV está autorizada por el artículo 21 de la LRPJ para 1. Requerir a la persona jurídica la información y documentación necesaria sobre su modelo de prevención; 2. Realizar visitas de evaluación del modelo de prevención a la persona jurídica, tomar declaraciones al personal que labora en esta y a los terceros con los que mantenga o hubiere mantenido una relación comercial o contractual, así como a cualquier otro cuya declaración o aporte coadyuve a los efectos de la emisión del informe técnico, lo que queda plasmado en soporte físico o digital. Si la persona jurídica no entrega

la información o documentación en el plazo para la emisión del informe o se niega a colaborar en las visitas de evaluación, la SMV emitirá un informe indicando dicha situación y la imposibilidad de concluir su informe sobre la implementación o funcionamiento del modelo de prevención. Cuando el delito imputado a la persona natural sea lavado de activos o financiamiento al terrorismo, la SMV y el supervisor competente en materia de prevención de lavado de activos y financiamiento al terrorismo pueden intercambiar información referida al modelo de prevención y el sistema de prevención de lavado de activos y financiamiento al terrorismo, respectivamente.

La SMV puede utilizar como parámetros para la emisión del informe técnico, los siguientes aspectos:

1. Análisis y corrección de los riesgos inherentes y residuales: a) Identificación de los riesgos; b) Evaluación de los riesgos; y c) Mitigación de los riesgos.
2. Compromiso y liderazgo de los órganos de gobierno: a) Conducta de los órganos de gobierno y la alta dirección; b) Compromiso compartido; y c) Supervisión del cumplimiento del programa.
3. Autonomía y recursos: a) Función de cumplimiento; b) Autonomía; c) Experiencia y calificaciones; d) Empoderamiento; e) Financiación y recursos; y f) Funciones de cumplimiento externalizadas.
4. Políticas y procedimientos: a) Diseño y accesibilidad (1. Diseño de políticas y procedimientos de Cumplimiento; 2. Políticas y procedimientos Aplicables; 3. Responsables; y 4. Accesibilidad); y b) Procesos operativos (1. Controles financieros y no financieros; 2. Sistemas de pago; y 3. Proceso de aprobación/certificación).
5. Evaluación de Riesgos: a) Proceso de gestión de riesgos; b) Recopilación y análisis de información; y c) Riesgos inherentes.
6. Formación y comunicaciones: a) Formación basada en el riesgo; b) Forma/contenido/efectividad de la formación; y c) Disponibilidad de la información relacionada con el modelo de prevención.
7. Informes confidenciales e investigación: a) Efectividad del mecanismo de presentación de informes; b) Investigación apropiada por personal calificado; y c) Respuesta a las investigaciones.

8. Incentivos y medidas disciplinarias: a) Responsabilidad; b) Proceso de recursos humanos; c) Aplicación consistente; y d) Sistema de Incentivos.
9. Mejora continua, Pruebas periódicas y revisión: a) Auditoría interna; b) Pruebas de control; y c) Actualizaciones en evolución.
10. Gestión de terceros: a) Procesos integrados y basados en el riesgo; b) Controles apropiados; c) Gestión de relaciones; y d) Acciones reales y consecuencias.
11. Fusiones y adquisiciones: a) Proceso de debida diligencia; b) Integración en el proceso de fusiones y adquisiciones; y c) Proceso de conexión de la debida diligencia con la implementación.

En el informe técnico, la SMV debe dejar además constancia de las limitaciones y restricciones que hubiere tenido a los fines de emitir dicho informe.

II. LOS DERECHOS Y GARANTÍAS DE LAS PERSONAS JURÍDICAS EN EL PROCESO PENAL

El que se regule actualmente una responsabilidad penal de las personas jurídicas no solo conlleva la necesidad de establecer los criterios materiales en los que se sustenta esa responsabilidad, sino también de identificar cuáles son las reglas procesales que deben regir su procesamiento penal⁵²¹. En ese sentido, se hace indispensable determinar, por un lado, el estatuto procesal de representación procesal, competencia, rebeldía o participación en las actuaciones procesales de las personas jurídicas, así como también, por el otro, los derechos fundamentales o garantías que les deben reconocer en el marco del proceso penal. En la Tercera Disposición Complementaria Final de la LRPJ, se ha establecido al respecto que la investigación, el procesamiento y la sanción de las personas jurídicas se tramitan de conformidad con las normas del Código Procesal Penal, señalándose además que estas gozan de todos los derechos y garantías que la Constitución y la normativa vigente le reconocen al imputado⁵²².

521 Vid., ODOÑE SANGUINÉ, en *La responsabilidad penal de las personas jurídicas*, Ontiveros (dir.), p. 414 y s.

522 Vid., REYNA ALFARO, *LH-Portocarrero Hidalgo*, p. 590.

El respecto estricto de los derechos y garantías de la persona jurídica constituye una condición esencial para poder legitimar que, luego de un proceso penal, se le pueda imponer una sanción. Podría partirse de la idea de que los derechos y garantías procesales de la persona jurídica son los mismos que los reconocidos a la persona natural. Sin embargo, es evidente que existen algunos que no se ajustan a la naturaleza de la persona jurídica, como aquellos que están referidos a las detenciones o a la intervención corporal. En todo caso, fuera de los derechos ontológicamente incompatibles con la naturaleza de las personas jurídicas, no debería haber ningún problema para reconocerles los mismos derechos y garantías procesales a las personas jurídicas, modulándolos a su propia naturaleza. A nivel de los escritos especializados, se discute en qué consistiría esa modulación de los derechos y garantías. Un sector considera que deberían tener el mismo contenido y alcance, siendo necesario únicamente atender a la naturaleza convencional de las personas jurídicas y al hecho de que tales derechos y garantías se ejercen por medio de una persona natural como representante⁵²³. Otro sector hace una distinción entre derechos indiscutibles y derechos matizables de las personas jurídicas en el proceso penal⁵²⁴. Finalmente, un tercer sector sostiene restrictivamente que solo debe reconocérseles derechos a las personas jurídicas en la medida que sirvan para proteger intereses legítimos de personas naturales⁵²⁵.

En mi opinión, a las personas jurídicas se les deben reconocer los mismos derechos y garantías procesales que las que rigen en el proceso penal para las personas naturales. Su contenido y alcance no tiene que ser menor o acotado; solo es necesario que su ejercicio se ajuste a la naturaleza analógicamente convencional de las personas jurídicas. Bajo estas consideraciones, a las personas jurídicas penalmente procesadas les debe alcanzar el derecho a un proceso justo, el derecho de defensa en sus distintas manifestaciones, el derecho a la no autoincriminación, el derecho a la presunción de inocencia,

523 Vid., con matices propios, GASCÓN INCHAUSTI, *Proceso penal y persona jurídica*, p. 68; ODOÑO SANGUINÉ, en *La responsabilidad penal de las personas jurídicas*, Ontiveros (dir.), p. 417; ARANGÜENA FANEGO, en *Tratado sobre Compliance Penal*, Gómez Colomer (dir.), p. 441; CASTILLEJO MANGANARES, en *Tratado sobre compliance penal*, Gómez Colomer (dir.), p. 596; PLANCHADELL GARGALLO, en *Tratado sobre Compliance Penal*, Gómez Colomer (dir.), Valencia, 2019, p. 1153 y s.

524 Así, GÓMEZ COLOMER, en *El Derecho penal económico en la era del compliance*, Arroyo/Nieto (dir.), p. 50 y ss.

525 En esta línea de pensamiento, en relación con el *nemo tenetur*, HERNÁNDEZ BASUALTO, *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso XLIV* (2015), p. 247 y ss.; GOENA VIVES, *RECPC* 23-22 (2021), p. 28 y ss.

la prohibición del *ne bis in idem*, entre otros más. La afectación de estos derechos o garantías en el proceso penal debe ser evitada o, en todo caso, corregida, siendo ilegítima la condena que se les imponga en contravención de los mismos.

Una expresión particular tiene la necesaria representación de la persona jurídica en el proceso penal por medio de un apoderado judicial. El Código Procesal Penal guarda silencio en relación con este punto. Podría acudirse, como regulación referencial, a lo que se establece para la incorporación de las personas jurídicas de cara a la aplicación de consecuencias accesorias (artículo 92 del CPP). Sin embargo, tal regulación establece el nombramiento del apoderado judicial luego de la audiencia de incorporación como parte pasiva después de la formalización de la investigación preparatoria, lo que no es el caso cuando se trata de su incorporación como imputada. En ese sentido, lo que corresponde, más bien, es entender que desde el momento en el que se le notifica a la persona jurídica el inicio de una investigación (preliminar o preparatoria) en su contra, esta debe nombrar por medio de su representante legal un apoderado judicial⁵²⁶. En caso de no nombrar un apoderado judicial, el juez deberá nombrarle uno que defienda sus intereses en el proceso. Para evitar conflictos de intereses que pudiesen afectar el pleno ejercicio del derecho de defensa, la calidad de apoderado judicial no puede recaer sobre una persona que se encuentra procesada en la misma causa como persona natural⁵²⁷. Es más, se debería incluso evitar que la designación sea tomada por directivos de la persona jurídica que están implicados en los hechos investigados. Desde su apersonamiento al proceso, la persona jurídica puede ejercer todos los derechos y garantías que se le reconocen al imputado.

Otro derecho procesal que suscita algunas particularidades resaltables es la declaración de la persona jurídica en el proceso penal. Obviamente, no se puede sostener que, por tratarse de una persona jurídica que carece de corporeidad, no puede declarar ante los órganos de investigación o en el juicio, sino que podría perfectamente hacerlo a través del apoderado judicial⁵²⁸. Si bien el apoderado judicial podría ser el abogado defensor, en el acto procesal

526 Así, BANACLOCHE PALAO, en *Responsabilidad penal de las personas jurídicas*, Banacloche/Zarzalejos/Gómez-Jara, p. 174.

527 Sobre esta problemática en la regulación penal española, BANACLOCHE PALAO, *LH-Maza Martín*, p. 30 y ss.

528 Vid., BANACLOCHE PALAO, en *Responsabilidad penal de las personas jurídicas*, Banacloche/Zarzalejos/Gómez-Jara, p. 199 y s.

de la declaración debería evitarse esa superposición de funciones⁵²⁹, lo que se hace aún más manifiesto en la fase de juicio. Dada la calidad de imputado, el apoderado judicial de la persona jurídica puede guardar silencio y tampoco estaría obligado bajo juramento a decir la verdad⁵³⁰. Lo que debe impedirse, en todo caso, es un ejercicio abusivo del derecho a no declarar, lo cual podría tener lugar si es que la persona jurídica nombra como apoderado judicial a un testigo clave para, de esta manera, darle la cobertura legal para guardar silencio⁵³¹.

Una cuestión que debe determinarse en relación con la intervención de la persona jurídica en el proceso penal es su participación en juicio. No parece haber mayor problema para sostener que participará por medio de su apoderado judicial. Lo que habría que definir es si la ausencia de este produce una imposibilidad de llevar a cabo o continuar con el juicio, debiendo ordenarse su ubicación y conducción compulsiva. A mi entender, la exigencia de una presencia física en el juicio es predicable solamente para las personas individuales que deben conocer directamente su juzgamiento, pero no para las personas jurídicas, las que podrán ser juzgadas, aunque no concurra su apoderado judicial, siempre que tengan obviamente una defensa letrada particular o de oficio⁵³². Si la persona jurídica tuviese que ser examinada en juicio a través de su apoderado, habría que entender que su falta de concurrencia es expresión de su derecho a guardar silencio⁵³³. En ese orden de ideas, no puede sostenerse una especie de conformidad con la acusación fiscal por la sola inasistencia del apoderado judicial. La persona jurídica comparece a juicio con el solo emplazamiento al apoderado judicial nombrado, sin que sea necesaria su participación efectiva en las audiencias.

529 Así, BANACLOCHE PALAO, en *Responsabilidad penal de las personas jurídicas*, Banacloche/Zarzalejos/Gómez-Jara, p. 200.

530 Vid., BANACLOCHE PALAO, en *Responsabilidad penal de las personas jurídicas*, Banacloche/Zarzalejos/Gómez-Jara, p. 202.

531 Vid., así, en la regulación penal español a ODONE SANGUINÉ, en *La responsabilidad penal de las personas jurídicas*, Ontiveros (dir.), p. 427; GOENA VIVES, *RECPC* 23-22 (2021), p. 18.

532 Igualmente, ZARZALEJOS NIETO, en *Responsabilidad penal de las personas jurídicas*, Banacloche/Zarzalejos/Gómez-Jara, p. 263.

533 Así, ZARZALEJOS NIETO, en *Responsabilidad penal de las personas jurídicas*, Banacloche/Zarzalejos/Gómez-Jara, p. 259.

III. EL USO DE LA INFORMACIÓN DE LAS INVESTIGACIONES INTERNAS EN EL PROCESO PENAL

De la investigación interna, se puede derivar la identificación de indicios de comisión de un delito. Esta información no debe ser entregada a las autoridades bajo amenaza de sancionar a los encargados de la investigación interna por una omisión de denuncia⁵³⁴, pues se trata de un aspecto confidencial que no genera deberes de información. Sin embargo, eso no excluye el uso procesal de la información obtenida por la persona jurídica en el desarrollo de una investigación interna. Al respecto, pueden presentarse dos escenarios. Un escenario es que la persona jurídica aporte voluntariamente esa información como consecuencia de una autodenuncia, la activación de un proceso de colaboración eficaz o en el decurso de una investigación ya iniciada. El otro escenario es que los órganos de persecución penal accedan a esa información mediante alguna medida coactiva de búsqueda de información o mediante la entrega de un particular que la ha obtenido previamente de manera ilícita.

En relación con el primer escenario, se discuten dos cuestiones. Una primera es si al trabajador le alcanza el derecho a la no autoincriminación durante la investigación interna, por lo que no se le podría dar un valor incriminatorio a sus actuaciones en dicha investigación. Considero que no se debe reconocer tal derecho al trabajador, pues eso desnaturalizaría la relación laboral y sus deberes de cooperación con el empleador⁵³⁵. Lo anterior no autoriza, sin embargo, a que los encargados de la investigación interna puedan recurrir a mecanismos ilícitos como la violencia o el engaño para obtener información útil del trabajador⁵³⁶. En todo momento, los derechos fundamentales de los investigados deben estar plenamente garantizados. Esto se vincula con la segunda cuestión discutida: el respeto del secreto de las comunicaciones, la intimidad o el entorno digital de los trabajadores a lo largo de la investigación interna⁵³⁷. El punto de partida es que el encargado

534 De otro parecer, BANACLOCHE PALAO, *LH-Maza Martín*, p. 25 y s.

535 En contra, sin embargo, de extender a las llamadas investigaciones confirmatorias la habilitación del control laboral, COLOMER HERNÁNDEZ, en *Tratado sobre Compliance Penal*, Gómez Colomer (dir.), p. 618.

536 Es más, se reconoce incluso la necesidad de que se le informe que se le está entrevistando en el marco de una investigación interna y que, si bien su declaración está resguardada por la confidencialidad, ella podría ser levantada por la persona jurídica. Vid., GALLEGO SOLER, *LH-Corcoy*, p. 1157.

537 Vid., al respecto, COLOMER HERNÁNDEZ, en *Tratado sobre Compliance Penal*, Gómez Colomer (dir.), p. 621 y ss.

de la investigación interna no está autorizado a afectar o limitar derechos fundamentales⁵³⁸, por lo que se deberá excluir probatoriamente las evidencias obtenidas con esas afectaciones o limitaciones. Eso no alcanza, sin embargo, a las evidencias obtenidas por actos de investigación proporcionales y compatibles con los derechos fundamentales. Así, en el caso concreto del acceso a la información contenida en el correo electrónico institucional de un trabajador, la Corte Suprema de la República se ha pronunciado señalando que, mientras se trate de un acceso proporcional y no haya una expectativa de intimidad por parte del trabajador, será posible aportar esa información como prueba al proceso penal (R.N. N.º 817-2016 Lima)⁵³⁹.

El segundo escenario está referido a la posibilidad de que el Ministerio Público acceda a la información de las investigaciones internas por medio de medidas como el allanamiento y la incautación de documentos, o porque llega a la misma por medio de un particular que la obtuvo indebidamente. En relación con el primer supuesto, habría que sostener que el acceso coactivo a la información recabada en las investigaciones internas por la persona jurídica no puede admitirse, siendo necesario que esta autorice su uso al órgano de persecución penal⁵⁴⁰. Disponer lo contrario produciría el efecto indeseable de que las personas jurídicas no tendrían ningún incentivo para contar con sistemas de detección eficientes. En este orden de ideas, se ha propuesto el reconocimiento del *compliance privilege* precisamente para impedir la valoración probatoria de esta información, mientras no haya sido aportada voluntariamente por la persona jurídica⁵⁴¹. No obstante, este privilegio debe acotarse a la información producida en la investigación interna y no a la documentación recabada que se encontraba en la organización, pues extender la confidencialidad a esta documentación podría implicar un uso abusivo del privilegio derivado de la investigación interna. En relación con el segundo

538 Así, respecto de las llamadas investigaciones confirmatorias o defensivas, COLOMER HERNÁNDEZ, en *Tratado sobre Compliance Penal*, Gómez Colomer (dir.), p. 630.

539 No obstante, en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y del Supremo Tribunal español se ha establecido condiciones más estrictas para poder excluir la expectativa de intimidad del trabajador (prohibición expresa de uso para fines personales de los equipos informáticos y la expresa advertencia de una posible monitorización de los equipos que utiliza para el desempeño de la prestación laboral). Vid., al respecto, ALCÁZER GUIRAO, *LH-Corcoy*, p. 989 y ss.

540 Vid., igualmente, ARANGÜENA FANEGO, en *Tratado sobre Compliance Penal*, Gómez Colomer (dir.), p. 472. De otra opinión parece ser BANACLOCHE PALAO, *LH-Maza Martín*, p. 23.

541 Vid., al respecto, GOENA VIVES, *RECPC 23-22* (2021), p. 16 y s. Le aplica el privilegio de confidencialidad abogado-cliente, por lo que considera necesaria la participación de un abogado, GATLEGO SOLER, *LH-Corcoy*, p. 1155 y s.

supuesto, sí se ha admitido, por el contrario, la validez probatoria de la información obtenida por un particular indebidamente, en la medida en que la prohibición probatoria se dispone como un contrapeso al eventual abuso de potestades de investigación de las autoridades⁵⁴², lo que no se presenta si la actuación indebida fue realizada por el particular sin ningún estímulo estatal.

IV. LA PRUEBA DEL MODELO DE PREVENCIÓN

De acuerdo con lo establecido en el artículo 18 de la LRPJ, la alegación de la persona jurídica de que ha implementado adecuadamente un modelo de prevención debe ser verificada por medio del informe técnico evacuado por la SMV. A este informe técnico, se le asigna expresamente la condición de una pericia institucional⁵⁴³. De lo anterior, se podría asumir que la prueba conducente para determinar la existencia de un modelo de prevención idóneo de cara a determinar la responsabilidad penal de la persona jurídica es esta pericia institucional. Sin embargo, el artículo 19 de la LRPJ establece que esta pericia se debe valorar por el fiscal y el juez junto con los demás elementos probatorios incorporados en la investigación o el proceso, de lo que se puede concluir que no existe al respecto un sistema de prueba tasada, sino que se mantiene la libertad probatoria, aunque, sin negar, que la pericia institucional es la prueba que mejor sirve a estos fines⁵⁴⁴. En este escenario probatorio, nada impide a la defensa de la persona jurídica a que pueda aportar una pericia de parte que no solo formule observaciones a la pericia institucional que deberá absolver el perito oficial, sino que también pueda ser usada como prueba de descargo en un eventual escenario de juicio.

542 Vid., COLOMER HERNÁNDEZ, en *Tratado sobre Compliance Penal*, Gómez Colomer (dir.), p. 639 y ss.

543 De acuerdo con el Acuerdo Plenario N.º 2-2007, una pericia institucional es aquella que es elaborada por órganos públicos como consecuencia de su propia misión institucional. El informe técnico de la SMV fue considerado en el tenor original de la LRPJ no solo como una pericia institucional, sino también como una condición de procedibilidad, de carácter vinculante. Vid., sobre las particularidades de la regulación anterior, GARCÍA CAVERO, *LA LEY Compliance Penal* N.º 3 (octubre-diciembre 2020), p. 5; CABO/REAÑO, *Forseti Revista de Derecho* Vol. 11, N.º 15 (2022), p. 44.

544 En este sentido, sobre la relevancia también de la prueba documental y testifical, NEIRA PENA, *La defensa penal de la persona jurídica*, p. 233 y ss.; GONZÁLEZ CANO, en *Tratado sobre Compliance Penal*, Gómez Colomer (dir.), p. 877 y ss.

El que el objeto regular de la pericia institucional de la SMV sea determinar si la persona jurídica contaba con un modelo de prevención idóneo, no obsta a que también pueda encargarse de determinar, de ser el caso, otros aspectos igualmente relevantes para el juicio de responsabilidad penal de la persona jurídica. Así, podrá establecer si, antes de la comisión del delito, existía un modelo de prevención en funcionamiento que cumpliera con algunos elementos mínimos del modelo de prevención, de cara a la eventual aplicación de la atenuante por contar con un modelo de prevención imperfecto⁵⁴⁵. Al juez le corresponderá obviamente hacer la valoración jurídica de los elementos mínimos existentes en el modelo de prevención para decidir si aplica la circunstancia de atenuación antes mencionada. El informe de la SMV podrá precisar también si con posterioridad a la comisión del delito se adoptó e implementó un modelo de prevención idóneo, de manera que se pueda decidir también la aplicación de la atenuante por adopción posterior de un modelo de prevención idóneo⁵⁴⁶. La SMV podrá finalmente determinar si es que el miembro individual que cometió el delito eludió controles razonablemente establecidos por el modelo de prevención, en cuyo caso a la persona jurídica no le cabrá responsabilidad por el delito cometido⁵⁴⁷, a no ser que se trate de un miembro apical.

En la medida que la carga de la prueba del hecho objeto de acusación es del Ministerio Público, podría llegarse a la conclusión de que también le corresponde al titular de la acción penal probar la ausencia de un modelo de prevención idóneo⁵⁴⁸. Más allá de lo inviable que es probar un hecho negativo, no se puede asumir una posición simplista de la carga de la prueba en el sentido de ponerla completamente en hombros de la acusación o de la defensa. No hay duda de que, en un sistema de autorresponsabilidad de la persona jurídica, el punto de partida es que la carga probatoria del hecho que la hace responsable es del Ministerio Público, a quien le corresponde, por lo

545 En relación con la regulación española, igualmente CASTILLEJO MANZANARES, en *Tratado sobre compliance penal*, Gómez Colomer (dir.), p. 594.

546 Vid., GARCÍA CAVERO, *LA LEY Compliance Penal N.º 3* (octubre-diciembre 2020), p. 8. Sobre la determinación del momento de existencia del programa de cumplimiento en el proceso penal, MUERZA ESPARZA, en *Tratado sobre Compliance Penal*, Gómez Colomer (dir.), p. 1058.

547 Vid., PÉREZ GIL, en *Tratado sobre Compliance Penal*, Gómez Colomer (dir.), p. 1074 y s.; GARCÍA CAVERO, *LA LEY Compliance Penal N.º 3* (octubre-diciembre 2020), p. 8.

548 Vid., ODONE SANGUINÉ, en *La responsabilidad penal de las personas jurídicas*, Ontiveros (dir.), p. 470.

tanto, derribar el principio de presunción de inocencia⁵⁴⁹. En este sentido, la Fiscalía deberá acreditar que el miembro individual ejecutó un delito en el marco de la actividad de la persona jurídica por cuenta y en beneficio de esta, estableciendo que este delito era razonablemente esperable por parte de la persona jurídica y, por ello, esta debió adoptar previamente medidas de prevención idóneas⁵⁵⁰. Sin embargo, no puede desconocerse que el proceso penal tiene un desarrollo dinámico en el que el asunto probatorio va tomando carices distintos⁵⁵¹. En consecuencia, cuando la Fiscalía incorpora pruebas que acreditan que el delito debió ser controlado organizativamente por la persona jurídica, a la defensa de esta le corresponderá desvirtuar probatoriamente que sí se adoptaron medidas de prevención, para lo que deberá alegar y probar que contaba con un modelo de prevención efectivamente implementado⁵⁵². No otro sentido tiene el artículo 18 de la LRPJ, cuando establece que la persona jurídica que alegue contar con un modelo de prevención deberá brindar la documentación que acredite ello. De llegar a hacerlo, a la Fiscalía le tocará demostrar que el modelo de prevención implementado no era razonablemente idóneo para impedir o dificultar el delito concretamente cometido⁵⁵³. A este efecto, el Fiscal solicitará a la SMV la emisión del informe técnico ante la alegación de la persona jurídica de que contó con un modelo de prevención, adjuntando las evidencias que acrediten que contaba con un modelo implementado y en funcionamiento. Obviamente a la Fiscalía con esta carga probatoria de la idoneidad del modelo de prevención no se enerva la posibilidad de que sea la defensa de la persona jurídica la que aporte prueba de esa concreta idoneidad⁵⁵⁴.

En cuanto al estándar probatorio exigido para sustentar una condena, la regla general debería llevar a que el Ministerio Público tenga que probar

549 Igualmente, REAÑO PESCHIERA, *LA LEY Compliance Penal* N.º 4 (enero-marzo 2021), p. 5 y s.

550 De un estado de cosas peligroso habla, SILVA SÁNCHEZ, editorial *InDret* 1 (2020), p. v.

551 “Las causas penales se construyen sobre la duda y progresan construyendo un andamiaje de certezas provisionales hasta la sentencia”: PÉREZ GIL, en *Tratado sobre compliance penal*, Gómez Colomer (dir.), p. 1074.

552 Similarmente, GOENA VIVES, *Responsabilidad penal y atenuantes en la persona jurídica*, p. 363 y s., considera que la empresa debe probar no solo la formulación del modelo de prevención, sino también su vigencia efectiva.

553 Igualmente, MORENO CATENA, en *Tratado sobre Compliance Penal*, Gómez Colomer (dir.), p. 1035.

554 En este sentido, GARCÍA CAVERO, *LA LEY Compliance Penal* N.º 3 (octubre-diciembre 2020), p. 5.

con una certeza más allá de toda duda razonable que el miembro individual de la persona jurídica cometió el hecho delictivo en nombre o por cuenta de esta, beneficiándola. A partir de esta base probatoria, deberá establecer que el delito cometido debió ser razonablemente evitado por la persona jurídica con la implementación de medidas de prevención idóneas⁵⁵⁵. De conseguirlo, a la defensa de la persona jurídica le corresponderá probar la existencia e implementación previa de un modelo de prevención con el estándar de la prueba preponderante para poder eximirse de responsabilidad⁵⁵⁶, pues ese estándar probatorio será suficiente para generar una duda razonable⁵⁵⁷. Frente a ello, el Ministerio Público solamente podrá conseguir una condena, si es que llega a acreditar, con una certeza más allá de toda duda razonable, que ese modelo de prevención no fue efectivamente implementado antes de la comisión del delito o, si se hizo, no fue adecuado para controlar razonablemente el riesgo de realización del delito concretamente cometido.

Un tema discutido es el valor probatorio que cabe atribuir a la certificación de un modelo de prevención de delitos⁵⁵⁸. Inicialmente, la redacción original de la LRPJ contemplaba en el artículo 19 la posibilidad de una certificación del modelo de prevención, como sucede, por ejemplo, en la regulación chilena⁵⁵⁹, aunque posteriormente fue eliminado. Eso no significa, sin embargo, que las certificaciones no tengan ninguna relevancia en el proceso acreditativo de la idoneidad del modelo de prevención. Reglamentariamente se ha establecido que la SMV puede tener en cuenta, al momento de expedir su informe técnico, la existencia de certificaciones relacionadas con los sistemas de gestión de riesgos, gestión de *compliance* o de gestión antisoborno que la persona jurídica hubiese obtenido, en la medida en que hayan sido emitidos por parte de entidades especializadas del Perú o del exterior (UNE 19601 o ISO 37001). De alguna manera, se asume la posición mayoritaria

555 Vid., GARCÍA CAVERO, *LA LEY Compliance Penal* N.º 3 (octubre-diciembre 2020), p. 8.

556 Vid., SILVA SÁNCHEZ, editorial *InDret* 1 (2020), p. V. Similarmente, DEL MORAL GARCÍA, en *Tratado sobre Compliance Penal*, Gómez Colomer (dir.), Valencia, 2019, p. 698 y ss.

557 Vid., NEIRA PENA, *La defensa penal de la persona jurídica*, p. 260. Sobre la aplicación del beneficio de la duda también a las personas jurídicas, CASTILLEJO MANZANARES, en *Tratado sobre compliance penal*, Gómez Colomer (dir.), p. 604; PILLADO GONZÁLEZ, en *Tratado sobre compliance penal*, Gómez Colomer (dir.), p. 1119.

558 Lo que evidentemente no se reduce a los documentos que acreditan el proceso y el resultado de la certificación, sino también la declaración de los especialistas encargados de hacerla.

559 Vid., MATUS ACUÑA, en *El Derecho penal económico en la era del Compliance*, Arroyo/Nieto (dir.), p. 145 y ss., con consideraciones críticas.

en la doctrina penal que, si bien le niega a la certificación el carácter de una prueba plena⁵⁶⁰, le reconoce, por lo menos, el carácter de un indicio sobre la idoneidad del *criminal compliance*, en especial, si el delito es cometido con cierta cercanía a la expedición de la certificación⁵⁶¹. En esa misma línea, los “*Lineamientos para la implementación y funcionamiento del modelo de prevención*” emitidos por la SMV señalan que la emisión de su informe técnico podrá tener en cuenta la existencia de certificaciones obtenidas por la persona jurídica, empero estas solo serán referenciales, mas no vinculantes para la evaluación de la SMV; esto es, por sí solas no constituyen factores determinantes para sustentar la opinión que será vertida en el informe técnico, sino que deberán ser evaluadas y valoradas conjuntamente con otras evidencias recolectadas.

V. LA IMPOSICIÓN DE MEDIDAS CAUTELARES

La LRPJ introdujo en el Código Procesal Penal el artículo 313-A, con la finalidad de establecer la posibilidad de que, durante el proceso penal, el juez pueda adoptar ciertas medidas cautelares para asegurar los fines de las sanciones a las personas jurídicas. En efecto, en dicha disposición legal, se regula la facultad del juez de ordenar, a pedido de la parte legitimada (el fiscal), las siguientes medidas: a) la clausura temporal, parcial o total de los locales o establecimientos de la persona jurídica; b) la suspensión temporal de todas o de algunas de sus actividades; c) el nombramiento de un administrador judicial; d) el sometimiento a vigilancia judicial; e) la anotación o inscripción registral del proceso penal; f) la prohibición de actividades futuras de la misma clase o naturaleza de aquellas en cuya realización se habría cometido, favorecido o encubierto el delito; y g) la suspensión para contratar con el Estado. Si bien el tenor legal del artículo 313-A del CPP sigue vinculado a la regulación originaria de la LRPJ que se limitaba al delito de cohecho activo transnacional, no debería haber problema para ajustarla a la configuración que actualmente tiene.

560 Así, NIETO MARTÍN, *Anuario de Derecho Penal 2013-2014*, Hurtado Pozo (dir.), p. 193; GALLEGO SOLER, en *Responsabilidad de la empresa y compliance*, Mir/Corcoy/Gómez (dir.), p. 225; NEIRA PENA, *Polít. crim.* Vol. 11, N.º 22 (diciembre 2016), Art. 5, p. 499.

561 Vid., MONTANER FERNÁNDEZ, en *Lecciones de Derecho penal económico y de la empresa*, Silva Sánchez (dir.), p. 110.

En relación con las medidas previstas en el artículo 313-A del CPP, resulta llamativo que el legislador les haya dado a varias de ellas la forma de una sanción anticipada. Si bien la prisión preventiva implica una privación de la libertad que se abona a la pena que finalmente se le imponga al imputado, lo que la legitima no es esa anticipación, sino el aseguramiento del procesado al proceso para que cumpla la pena que finalmente se le llegue a imponer o evitar actos de obstaculización de la investigación. En ese sentido, dado que las personas jurídicas no se pueden fugar⁵⁶², lo que corresponde es establecer mecanismos que intenten, más bien, quitar la frustración de la averiguación de la verdad o el cumplimiento de la sanción, como podría ser la prohibición de contactar con testigos o imputados, una despatrimonialización, el traslado de los trabajadores y la cartera de clientes a otra empresa, una reorganización societaria fraudulenta, embargos preventivos para la multa, etc. Si las medidas cautelares no apuntan a eso, sino a ser una especie de sanción anticipada, entonces habría argumentos consistentes para reprocharle al legislador una violación de la presunción de inocencia.

Para que proceda la imposición cautelar de alguna de las medidas antes mencionadas, el artículo 313 A del CPP exige los requisitos generales de toda medida cautelar⁵⁶³. Por un lado, la verosimilitud del derecho que concretamente se expresa en la exigencia de suficientes elementos probatorios sobre la responsabilidad de la persona jurídica. Por otro lado, el peligro de la demora que en este caso se traduce en el carácter indispensable de la medida para prevenir los riesgos de ocultamiento de bienes o de insolvencia sobrevinida o para impedir la obstaculización de la averiguación de la verdad. En relación con este último requisito, llama poderosamente la atención la manifiesta confusión del legislador al mezclar los fines propios de medidas cautelares de naturaleza real dirigidos a asegurar el patrimonio de procesados o responsables civiles con medidas cautelares de naturaleza personal que aseguran la imposición de las sanciones penales. En ese sentido, más que referir el elemento del peligro de la demora al ocultamiento de bienes o a la generación de insolvencia, debió hacerlo a la frustración de los fines de la sanción a la persona jurídica o a la continuidad delictiva. Así, por ejemplo,

562 En ese sentido, destaca que las medidas cautelares personales actualmente vigentes solo son aplicables a personas naturales, HERNÁNDEZ BASUAI TO, *Revista de Estudios de la Justicia*, N.º 16 (2012), p. 94.

563 Destaca la necesidad de estos requisitos para las medidas cautelares contra personas jurídicas, BANACLOCHE PALAO, en *Responsabilidad penal de las personas jurídicas*, Banacloche/Zarzalejos/Gómez-Jara, p. 228 y ss.

no se entiende cómo la suspensión para contratar con el Estado pueda servir para evitar la ocultación de bienes o una insolvencia sobrevenida.

En cuanto a su duración, el artículo 313 A del CPP establece que las medidas cautelares no pueden durar más de la mitad del tiempo fijado para las sanciones de carácter temporal previstas en el artículo 5 de la LRPJ. Lo que no precisa el referido dispositivo legal es la duración de las medidas cautelares que no tienen un equivalente como sanción en la LRPJ; a saber, el nombramiento de un administrador judicial, el sometimiento a vigilancia judicial y la anotación o inscripción registral del procesamiento penal. Habría que entender que podrían durar hasta la emisión de una sentencia, a no ser que el juez decida su cesación por haber desaparecido las condiciones que motivaron su imposición.

VI. LA COLABORACIÓN EFICAZ DE LA PERSONA JURÍDICA

En la legislación peruana, para que una persona jurídica goce de la exención de pena, no se requiere que esta haya detectado el delito cometido e informado a las autoridades competentes. La idoneidad del modelo de prevención se limita a la finalidad preventiva de evitar *ex ante* el delito o reducir significativamente el riesgo de su comisión. Sin embargo, existen diversas normas sustantivas y procesales que conceden beneficios a las personas jurídicas que den cuenta del delito cometido en el marco de sus actividades a los órganos de persecución penal. A nivel de la LRPJ se reconoce, como ya se indicó, la posibilidad de una atenuación privilegiada de la pena, cuando la persona jurídica realiza una confesión, debidamente corroborada, de la comisión del delito. En la misma línea, se contempla como circunstancia atenuante la colaboración objetiva, sustancial y decisiva en el esclarecimiento del hecho delictivo, hasta antes del inicio de la etapa intermedia del proceso penal. En el plano procesal, el artículo 472 del CPP habilita expresamente al Fiscal a recibir y cerrar acuerdos de colaboración eficaz con aquellas personas jurídicas que se encuentren sometidas o no a un proceso penal. Es, en relación con esta última posibilidad de beneficio, que se harán seguidamente algunas consideraciones más puntuales.

La colaboración eficaz es un proceso especial autónomo, por medio del cual el interviniente en un delito puede gozar de ciertos beneficios punitivos. En el caso de personas jurídicas, esos beneficios, conforme a lo establecido en

el artículo 475.7 del CPP, pueden ser los siguientes: la exención de las sanciones previstas en el artículo 5 de la LRPJ, la disminución de esas sanciones por debajo de los parámetros mínimos establecidos, la remisión de la medida para la persona jurídica que la esté cumpliendo y los beneficios establecidos en las normas especiales que los regulan⁵⁶⁴. A estos beneficios cabe agregar también la conversión de la sanción impuesta por una multa conforme a lo establecido en el artículo 478.3 del CPP. Lo que llama particularmente la atención es que no se haya contemplado como beneficio la posibilidad de sustituir la sanción correspondiente por la obligación de implementar un modelo de prevención idóneo.

Para hacerse acreedora de los beneficios previstos, la persona jurídica debe admitir, primero, su responsabilidad en el delito por medio de un representante autorizado⁵⁶⁵ y luego proporcionar a la Fiscalía información eficaz para evitar la continuidad delictiva o reducir sustancialmente la magnitud de las consecuencias dañosas del delito, conocer las circunstancias en que se cometió el delito, identificar a los intervinientes en el delito, o entregar bienes relacionados con el delito o dar información sobre su paradero. El tipo de beneficio otorgado dependerá del grado de eficacia o importancia de la colaboración en concordancia con la entidad del delito y la responsabilidad por el hecho. Si bien la colaboración eficaz no procede respecto de cualquier delito en el caso de las personas naturales, el artículo 474.2 d) del CPP admite que, cuando se trate de una persona jurídica, proceda su acogimiento a la colaboración eficaz respecto de cualquiera de los delitos por los que pueda responder según la LRPJ⁵⁶⁶.

Los beneficios de la colaboración eficaz se establecen en un acuerdo con la Fiscalía, el cual debe ser aprobado por el Poder Judicial. Si la colaboración se da en el marco de una investigación preparatoria o incluso si esta no existe, el acta de beneficios y colaboración será remitida al juez para el control de legalidad respectivo. De considerar el juez que el acuerdo no adolece de infracciones legales, no resulta manifiestamente irrazonable o no es evidente su

564 Vid., SAN MARTÍN CASTRO, *Derecho Procesal Penal*, p. 1210; REYNA ALFARO, *LH-Portocarrero Hidalgo*, p. 603.

565 En este sentido, RICALDI ECHEVARRÍA, en *Código Procesal Penal Comentado*, Tomo IV, p. 169, precisa que debe tratarse de un representante con facultad especial.

566 Vid., SAN MARTÍN CASTRO, *Derecho Procesal Penal*, p. 1209; REYNA ALFARO, *LH-Portocarrero Hidalgo*, p. 603; RICALDI ECHEVARRÍA, en *Código Procesal Penal Comentado*, Tomo IV, Gaceta Penal, p. 184 y s.

falta de eficacia, lo aprobará e impondrá las obligaciones que correspondan. Si el acuerdo aprobado consiste en la exención de las sanciones de la LRPJ, el juez así lo declarará, disponiendo el levantamiento de las medidas cautelares que se hubiesen podido dictar al amparo del artículo 313-A del CPP. En caso de que el acuerdo contemple la disminución de las sanciones, el juez procederá a imponer la sanción disminuida conforme al acuerdo cerrado con la Fiscalía. Si la colaboración tiene lugar durante la etapa intermedia y antes del inicio del juicio oral, el fiscal remitirá el acta del acuerdo para su evaluación por el juez. Finalmente, si la colaboración se inicia con posterioridad a la sentencia, el juez podrá conceder la remisión de la sanción impuesta a la persona jurídica o su conversión por una multa. En ningún caso, se aplicará dichos beneficios cuando la medida impuesta sea la inhabilitación definitiva para contratar con el Estado o la disolución⁵⁶⁷.

567 Vid., SAN MARTÍN CASTRO, *Derecho Procesal Penal*, p. 1210.