

INCLUYE ACCESO  
A LA VISUALIZACIÓN  
ONLINE DEL FONDO  
COMPLETO DE  
LA REVISTA

DEI S. PRAVIDE ET PRO

# Revista

Enero 2020

45

Revista Penal

# Penal

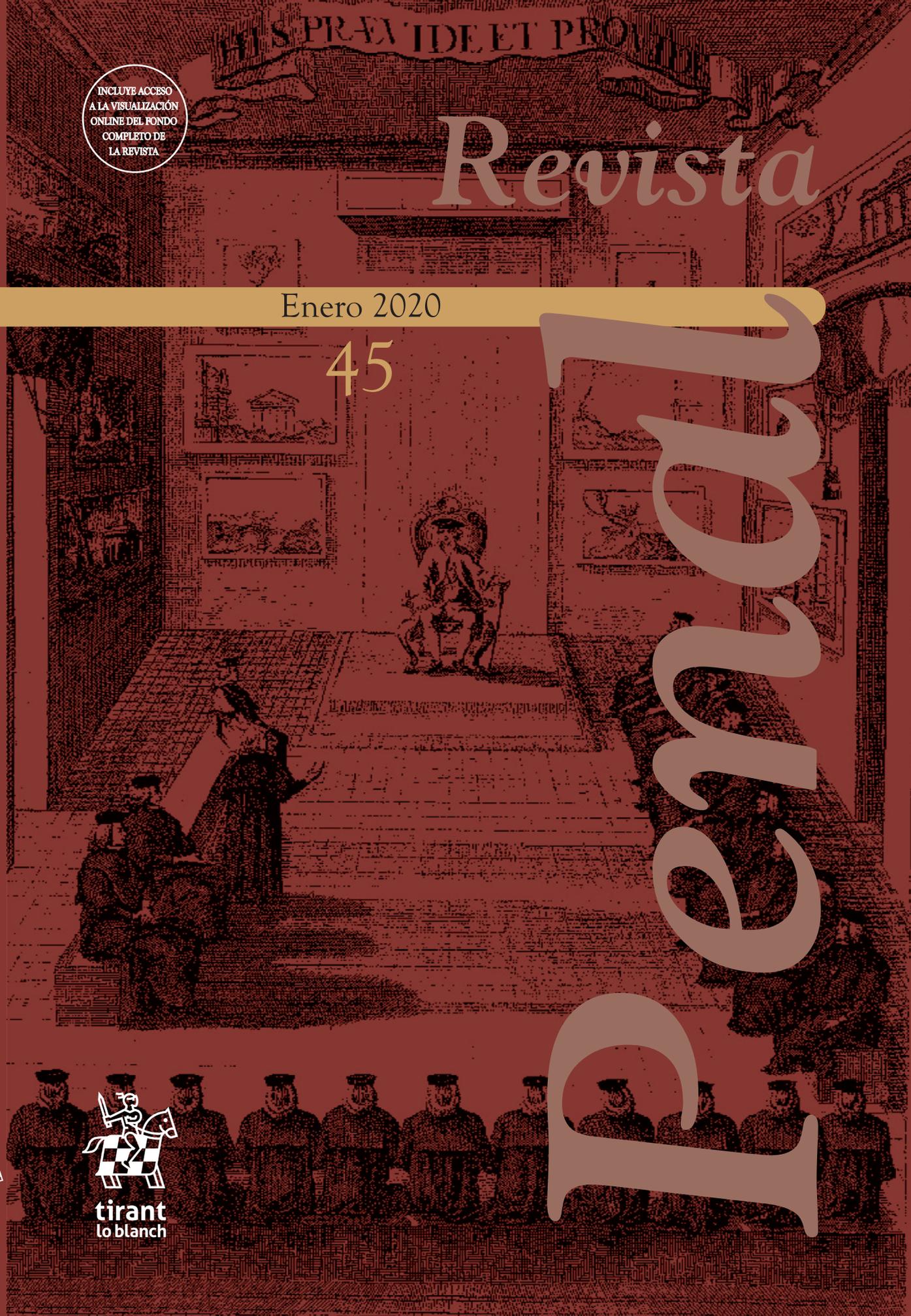
Enero 2020



tirant  
lo blanch



tirant  
lo blanch



# Revista Penal

Número 45

## Sumario

---

### Doctrina:

– Culpabilidad jurídico-penal del sujeto ético versus justificación de la actuación en conciencia, por <i>Mercedes Alonso Álamo</i> .....	5
– Aspectos técnicos de la atenuante de reparación del daño en los delitos económicos o de cuello blanco, por <i>Sergio de la Herrán Ruiz-Mateos</i> .....	15
– Luces y sombras de la transposición al ordenamiento español de la directiva 2008/99/CE, relativa a la protección del medio ambiente mediante el Derecho penal, por <i>María Ángeles Fuentes Loureiro</i> .....	33
– Reflexiones acerca de la relevancia penal del consentimiento: ámbito de aplicación, por <i>Cristina Guisasola Lerma</i> .....	56
– La reparación del daño causado por el delito en el Derecho brasileño. Evolución después del regreso a la democracia (1985) y situación actual, por <i>Silma Marlice Madlener</i> .....	75
– Derecho Penal y Filosofía. Una mirada para transitar hacia un aprendizaje crítico, por <i>Laura Pascual Matalán</i> .....	89
– La relación entre la Constitución y el Derecho penal: una mirada desde la orilla constitucional, por <i>Miguel Revenga Sánchez</i> .....	99
– La trilogía del Tribunal de Justicia de la UE sobre Euroorden y condiciones de detención contrarias a la dignidad: en busca de la confianza mutua perdida, por <i>Cristina Rodríguez Yagüe</i> .....	109
– El ‘defecto de organización’ en la estructura de imputación de responsabilidad a la persona jurídica por la comisión de delito, con especial referencia a los sistemas chileno, peruano y argentino, por <i>Anna Salvina Valenzano y Diva Serra Cruz</i> .....	141
– Trata de seres humanos y trabajos forzados, por <i>M<sup>a</sup> Belén Sánchez Domingo</i> .....	172
– Prensa, redes sociales y formación de la opinión pública: una introducción para la comprensión del populismo penal mediático, por <i>Débora de Souza de Almeida</i> .....	194
– Integración de mecanismos de prevención del delito de cohecho en la vigente fórmula legal de compliance penal corporativo, por <i>Florin David Tugui</i> .....	214
<b>Sistemas penales comparados:</b> La prueba ilícitamente obtenida ( <i>Illegally obtained evidence</i> ) .....	234
<b>Especial: Lectio doctoralis</b> , por <i>Thomas Vormbaum</i> .....	274

\* Los primeros 25 números de la Revista Penal están recogidos en el repositorio institucional científico de la Universidad de Huelva Arias Montano: <http://rabida.uhu.es/dspace/handle/10272/11778>



Universidad  
de Huelva



UNIVERSIDAD  
DE SALAMANCA



UCLM  
UNIVERSIDAD DE CASTILLA-LA MANCHA



UNIVERSIDAD  
PABLO DE OLAVIDE



Arias Montano  
Repositorio Institucional  
de la Universidad de Huelva

tirant lo blanch

Publicación semestral editada en colaboración con las Universidades de Huelva, Salamanca, Castilla-La Mancha, y Pablo Olavide de Sevilla

## Dirección

Juan Carlos Ferré Olivé. Universidad de Huelva  
jcferrreolive@gmail.com

## Secretarios de redacción

Víctor Manuel Macías Caro. Universidad Pablo de Olavide  
Miguel Bustos Rubio. Universidad Internacional de La Rioja

## Comité Científico Internacional

Kai Ambos. Univ. Göttingen	José Luis González Cussac. Univ. Valencia
Luis Arroyo Zapatero. Univ. Castilla-La Mancha	Victor Moreno Catena. Univ. Carlos III
Ignacio Berdugo Gómez de la Torre. Univ. Salamanca	Francisco Muñoz Conde. Univ. Pablo Olavide
Gerhard Dannecker. Univ. Heidelberg	Enzo Musco. Univ. Roma
José Luis de la Cuesta Arzamendi. Univ. País Vasco	Francesco Palazzo. Univ. Firenze
Albin Eser. Max Planck Institut, Freiburg	Teresa Pizarro Beleza. Univ. Lisboa
Jorge Figueiredo Dias. Univ. Coimbra	Claus Roxin. Univ. München
George P. Fletcher. Univ. Columbia	José Ramón Serrano Piedecasas. Univ. Castilla-La Mancha
Luigi Foffani. Univ. Módena	Ulrich Sieber. Max Planck. Institut, Freiburg
Nicolás García Rivas. Univ. Castilla-La Mancha	Juan M. Terradillos Basoco. Univ. Cádiz
Vicente Gimeno Sendra. UNED	John Vervaele. Univ. Utrecht
Juan Luis Gómez Colomer. Univ. Jaume I <sup>o</sup>	Eugenio Raúl Zaffaroni. Univ. Buenos Aires
Carmen Gómez Rivero. Univ. Sevilla	Manuel Vidaurri Aréchiga. Univ. La Salle Bajío

## Consejo de Redacción

Miguel Ángel Núñez Paz y Susana Barón Quintero (Universidad de Huelva), Adán Nieto Martín, Eduardo Demetrio Crespo y Ana Cristina Rodríguez (Universidad de Castilla-La Mancha), Emilio Cortés Bechiarelli (Universidad de Extremadura), Fernando Navarro Cardoso y Carmen Salinero Alonso (Universidad de Las Palmas de Gran Canaria), Lorenzo Bujosa Badell, Eduardo Fabián Caparros, Nuria Matellanes Rodríguez, Ana Pérez Cepeda, Nieves Sanz Mulas y Nicolás Rodríguez García (Universidad de Salamanca), Paula Andrea Ramírez Barbosa (Universidad Externado, Colombia), Paula Bianchi (Universidad de Los Andes, Venezuela), Elena Núñez Castaño (Universidad de Sevilla), Carmen González Vaz (Universidad Complutense) Pablo Galain Palermo (Max Planck Institut - Universidad Católica de Uruguay), Alexis Couto de Brito y William Terra de Oliveira (Univ. Mackenzie, San Pablo, Brasil).

## Sistemas penales comparados

Christina Schreiner (Alemania)	Sergio J. Cuarezma Terán (Nicaragua)
Luis Fernando Niño (Argentina)	Carlos Enrique Muñoz Pope (Panamá)
Alexis Couto de Brito (Brasil)	Frederico de Lacerda da Costa Pinto (Portugal)
Angie A. Arce Acuña (Costa Rica)	Ana Cecilia Morún Solano (República Dominicana)
Angela Supervielle (Estados Unidos)	Volodymyr Hulkevych (Ucrania)
Manuel Vidaurri Aréchiga (México)	Pamela Cruz y Pablo Galain Palermo (Uruguay)
Jesús Enrique Rincón Rincón (Venezuela)	

[www.revistapenal.com](http://www.revistapenal.com)

© TIRANT LO BLANCH  
EDITA: TIRANT LO BLANCH  
C/ Artes Gráficas, 14 - 46010 - Valencia  
TELF.: 96/361 00 48 - 50  
FAX: 96/369 41 51  
Email: [tlb@tirant.com](mailto:tlb@tirant.com)  
<http://www.tirant.com>  
Librería virtual: <http://www.tirant.es>  
DEPÓSITO LEGAL: B-28940-1997  
ISSN.: 1138-9168  
IMPRIME: Guada Impresores, S.L.  
MAQUETA: Tink Factoría de Color

Si tiene alguna queja o sugerencia envíenos un mail a: [atencioncliente@tirant.com](mailto:atencioncliente@tirant.com). En caso de no ser atendida su sugerencia por favor lea en [www.tirant.net/index.php/empresa/politicas-de-empresa](http://www.tirant.net/index.php/empresa/politicas-de-empresa) nuestro procedimiento de quejas.

Responsabilidad Social Corporativa: <http://www.tirant.net/Docs/RSCtirant.pdf>

## El ‘defecto de organización’ en la estructura de imputación de responsabilidad a la persona jurídica por la comisión de delito, con especial referencia a los sistemas chileno, peruano y argentino

Anna Salvina Valenzano  
Diva Serra Cruz

Revista Penal, n.º 45. - Enero 2020

### Ficha técnica

**Autor:** Anna Salvina Valenzano/Diva Serra Cruz

**Title:** The ‘organizational failure’ in the structure of ‘ex crimine’ liability of legal persons, with special reference to the Chilean, Peruvian and Argentinian systems

**Adscripción institucional:** Anna Salvina es Investigadora en Derecho Penal y Docente de la Escuela de especialización para las profesiones legales de la Universidad de Roma “La Sapienza”. Diva Serra es Doctoranda en Derecho Penal de la Universidad de Roma “La Sapienza”.

**Sumario:** 1. Introducción para la delimitación del ámbito de la investigación: sintético *excursus* sobre los aspectos que caracterizan la responsabilidad de las personas jurídicas por la comisión de delitos en los sistemas sudamericanos 2. La individualización de la naturaleza de la responsabilidad de las personas jurídicas por la comisión de delitos: premisa para la reconstrucción de un modelo adscriptivo plenamente ‘personal’. 3. El ‘defecto de organización’ en la estructura de la imputación de responsabilidad a la persona jurídica por la comisión de delitos en los sistemas chileno, peruano y argentino: planteamiento del problema. 4. El incumplimiento de los deberes de dirección y supervisión como criterio de conexión entre el hecho constitutivo de delito y la persona jurídica en el sistema chileno. El rol del modelo de prevención de delitos en la estructura de atribución de responsabilidad. 5. El ‘programa de integridad’ en la estructura de la imputación de responsabilidad penal a la persona jurídica en el sistema argentino y el significado del ‘esfuerzo’ exigido al autor del delito al violar el sistema de control y supervisión. El alcance del juicio de ‘adecuación preventiva’ en relación con los elementos mínimos ‘necesarios’ y ‘facultativos’ del programa. 6. La relevancia del ‘modelo de prevención’ en el sistema peruano de atribución de responsabilidad a la persona jurídica por la comisión de delitos, también en relación con la ‘elusión fraudulenta’ por parte del autor. 7. La ‘validación preventiva’ de la idoneidad de los modelos organizativos: buscando determinar cuál es el objeto de la certificación en el sistema chileno. 8. La controvertida eficacia de la certificación del modelo de prevención de delitos en el sistema chileno, y el problema de la correcta distribución de la carga de la prueba entre la parte acusadora y la defensa. 9. La ‘validación *post factum*’ de la idoneidad preventiva de las cautelas organizativas a través de la pericia del modelo en el ordenamiento peruano. La relevancia sistemática de la ‘eximente incompleta’ en los sistemas chileno y peruano. 10. Una propuesta de certificación en el sistema argentino, no obstante, el vacío normativo. 11. Conclusiones. Referencias

**Summary:** 1. Introduction for the delimitation of the scope of the investigation: synthetic *excursus* on the aspects that characterize the responsibility of legal persons for the commission of crimes in South American systems 2. Individualization of the nature of the responsibility of legal persons for the commission of crimes: premise for the reconstruction of a fully ‘personal’ ascriptive model. 3. The ‘organizational defect’ in the structure of the imputation of responsibility to the legal person for the commission of crimes in the Chilean, Peruvian and Argentine systems: problem statement. 4. Failure to comply with the duties of management and supervision as a criterion of connection between the offense and the legal entity in the Chilean system. The role of the crime prevention model in the structure of attribution of

responsibility. 5. The 'integrity program' in the structure of the imputation of criminal responsibility to the legal entity in the Argentine system and the meaning of the 'effort' required of the perpetrator when violating the control and supervision system. The scope of the 'preventive adequacy' trial in relation to the minimum 'necessary' and 'optional' elements of the program. 6. The relevance of the 'prevention model' in the Peruvian system of attribution of responsibility to the legal person for the commission of crimes, also in relation to the fraudulent circumvention 'by the author. 7. The 'preventive validation' of the suitability of the organizational models: seeking to determine what is the object of the certification in the Chilean system. 8. The controversial effectiveness of the certification of the crime prevention model in the Chilean system, and the problem of the correct distribution of the burden of proof between the prosecutor and the defense. 9. The post post-invoice validation 'of the preventive suitability of organizational precautions through the expertise of the model in Peruvian law. The systematic relevance of the incomplete exemption 'in the Chilean and Peruvian systems. 10. A certification proposal in the Argentine system, however, the regulatory vacuum. 11. Conclusions. References

**Resumen:** Las autoras analizan el rol del defecto de organización en la estructura de imputación de responsabilidad a las personas jurídicas por la comisión de delitos, a la luz de las recientes regulaciones de la materia en los tres países escogidos como más relevantes para el estudio, esto es, Chile, Perú y Argentina. El trabajo intenta responder en primer lugar a la clásica pregunta sobre la naturaleza de la responsabilidad de las personas jurídicas, más allá de las etiquetas utilizadas por los legisladores, para posteriormente profundizar el análisis del rol del defecto de organización, y finalmente, ofrecer un análisis sobre los instrumentos de validación "ex ante" o bien "ex post" de los modelos de organización según las distintas denominaciones nacionales. Concluyendo que los tres ordenamientos —no obstante las diferentes etiquetas— han basado el sistema de disciplina sobre el defecto de organización, aun cuando existan importantes diferencias entre ordenamientos.

**Palabras clave:** Responsabilidad penal de las personas jurídicas, defecto de organización, validación de los modelos de prevención.

**Abstract:** The authors analyze the role of the organizational failure in the structure of 'ex crimine' liability of legal persons, in light of the recent regulations of the matter in the three countries chosen as most relevant for the research, namely Chile, Peru and Argentina. The paper tries to answer in the first place to the classic question about the nature of liability of legal persons, beyond the labels used by the national legislators, to later deepen the analysis of the role of the organizational defect, and finally, to offer an analysis on the instruments of validation "ex ante" or "ex post" of the organization models according to the different national denominations. Concluding that the three legal systems —despite the different labels— have based the regulatory system on the organizational failure, although there are some relevant differences between them.

**Key words:** corporate criminal liability, organizational failure, validation of preventive models.

**Observaciones:** El presente artículo es la primera traducción al español del artículo titulado en italiano: "Il rilievo del 'difetto di organizzazione' nella struttura dell'imputazione della responsabilità da reato alla persona giuridica, con particolare riferimento ai sistemi cileno, peruviano e argentino" (2018), en Fiorella, Antonio, Gaito, Alfredo y Valenzano, Anna Salvina (editores), *La responsabilità dell'ente da reato nel sistema generale degli illeciti e delle sanzioni, anche in una comparazione con i sistemi sudamericani*. Roma: Sapienza Università Editrice.

**Rec:** 4/10/19      **Fav:** 3/11/19

## 1. Introducción para la delimitación del ámbito de la investigación: sintético *excursus* sobre los aspectos que caracterizan la responsabilidad de las personas jurídicas por la comisión de delitos en los sistemas sudamericanos

Recientemente, en los ordenamientos sudamericanos, ha tenido lugar un movimiento reformador transversal similar a aquel que ha sacudido al continente europeo en los últimos veinte años, dirigido a introducir sistemas de responsabilidad de las personas jurídicas<sup>1</sup>, si bien a diverso título (penal o extrapenal), por delitos cometidos por sus exponentes, en el ejercicio de actividades colectivas.

Partiendo de ésta premisa, la idea de fondo que inspira la presente investigación, es analizar algunos ordenamientos jurídicos sudamericanos, con el objetivo de verificar la correspondiente estructura del sistema de imputación de la responsabilidad a las entidades colectivas, teniendo presente, junto al análisis dogmático, la valoración de los resultados jurisprudenciales, individuando, eventualmente, los principios inspiradores de un modelo de disciplina que pueda considerarse ‘virtuoso’ contra los delitos cometidos a través de personas jurídicas, en el pleno respeto de las garantías sustanciales y procesales, para la entidad acusada de la comisión de un delito.

El criterio utilizado para seleccionar los ordenamientos sudamericanos de interés, ha sido individuar, entre la multiplicidad de sistemas jurídicos, aquellos ordenamientos que ubicándose en el ámbito de una tradición jurídica continental, atribuyen un valor esencial a los principios de ‘personalidad’ y ‘culpabilidad’ de la responsabilidad penal y que, en consecuencia, han tomado decisiones de política criminal que intentan garantizar una alternativa en sintonía con el respeto de dichos principios en la materia específica de la responsabilidad de las personas jurídicas por la comisión de delitos.

Desde el punto de vista de los objetivos de este trabajo, nos concentraremos en los ordenamientos que luego de realizar un *excursus* comparado sintético, puedan ser individualizados como sistemas de imputación de responsabilidad a las personas jurídicas, edificados en base al concepto del ‘defecto de organización’, si

bien con articulaciones y resultados diferentes. Esto, se debe a que prescindiendo de aquellos sistemas que atribuyen un rol únicamente a los criterios de identificación orgánica por los hechos constitutivos de delito cometidos por los sujetos del ente que se encuentran en posiciones apicales, o bien de responsabilidad vicarial por los ilícitos cometidos por los sujetos en posiciones subordinadas, se ha buscado individualizar modelos de disciplina que puedan ser considerados, bajo este perfil, como más maduros, precisamente por el hecho de haber en algún modo, intentado individualizar un criterio ‘autónomo’ de imputación de responsabilidad a entes colectivos por comisión de delitos, ya sea desde el punto de vista objetivo, como desde el punto de vista subjetivo, en el respeto de los principios fundamentales de ‘personalidad’ y ‘culpabilidad’, si bien con la inevitable diversidad de matices vinculada, inevitablemente, con la peculiaridad de cada ordenamiento jurídico.

Comenzaremos preguntándonos, aunque a grandes rasgos, cuál es el cuadro normativo actual en Sudamérica en la materia específica de la responsabilidad por la comisión de delitos de las personas jurídicas, para de este modo, seleccionar, entre los diversos ordenamientos, aquellos mayormente fécondos de acuerdo con los objetivos de esta investigación.

Entre los ordenamientos sudamericanos en los que históricamente ha surgido la exigencia de introducir un sistema de responsabilidad de los entes colectivos por comisión de delitos, se ubica en primer lugar Brasil, cuya Constitución desde 1988, contempla una norma referida a la responsabilidad penal de las personas jurídicas<sup>2</sup>. Como consecuencia de lo anterior, diez años después fue publicada la primera ley sobre responsabilidad penal de las mismas<sup>3</sup>, por medio de la cual se estableció que éstas pueden ser responsables en sede administrativa, civil y penal, según las disposiciones de la misma ley, en el caso en que el delito sea cometido por decisión de su representante legal o contractual, o de su órgano colegiado, en el interés o a beneficio de la entidad jurídica<sup>4</sup>. La mencionada ley, desde un punto de vista todavía preliminar de reconstrucción del telar de imputación de la responsabilidad penal a la persona jurídica, parece no reconocer algún valor a la adopción e implementación de modelos de prevención de delitos

1 Aun teniendo presente que las leyes de cada uno de los países objeto de la comparación principal de este trabajo, esto es, Chile, Perú y Argentina, hacen referencia expresa a las personas jurídicas en cuanto sujetos destinatarios de la aplicación de las normas, el término persona jurídica ha sido sustituido en ocasiones por términos jurídicos parcialmente análogos, tales como: ente, entidad, o sujeto colectivo.

2 La referencia es, particularmente, al art. 225 n. 3) de la Constitución brasileña, en el que se establece que las conductas y las actividades consideradas lesivas para el medio ambiente, sujetan a los infractores, personas físicas o jurídicas, a sanciones penales y administrativas, independientemente de la obligación de reparar el daño causado.

3 Se trata de la ley n. 9605 de 12 de febrero de 1998, que prevé sanciones penales y administrativas por las conductas y actividades lesivas para el medio ambiente (“sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente”).

4 La referencia es, en particular, al art. 3 de la citada ley brasileña de 1998.

por parte de las entidades en las que se ha cometido el hecho, ni para excluir la sanción, ni para atenuarla.

Sin embargo, en el ordenamiento brasileño es posible identificar una evolución del cuadro jurídico de referencia, desde el momento en que han sido sucesivamente adoptadas dos leyes, en los años 2012 y 2013<sup>5</sup>, que han incorporado la obligación para las personas jurídicas, de adoptar e implementar medidas para prevenir la comisión de ciertos ilícitos, incluso penales. No obstante lo anterior, el legislador brasileño no parece haber vinculado a la implementación de las mencionadas medidas preventivas, una eficacia eximente de responsabilidad 'administrativa' para la persona jurídica por la comisión del delito, debiendo en cambio, llegar a una conclusión parcialmente diferente en relación al rol de las medidas, considerándolas, en el juicio de determinación de la sanción a imponer al ente, como simples circunstancias atenuantes.

Más detalladamente, la primera de tales leyes, que tiene por objeto la prevención de los delitos de lavado de dinero, impone una serie de obligaciones a las personas jurídicas, entre las cuales señala en particular, la adopción de políticas, procesos y controles internos compatibles con las dimensiones, y el volumen de operaciones del sujeto colectivo<sup>6</sup>. El incumplimiento de las mencionadas obligaciones de autorregulación se encuentra sancionado con la pena pecuniaria administrativa que puede ser impuesta a la entidad incumplidora<sup>7</sup>; no obstante lo cual, no parece que el legislador, en el marco del juicio de atribución de responsabilidad por la comisión de delitos al sujeto colectivo, haya otorgado eficacia alguna al cumplimiento de la obligación organizativa por parte de la entidad.

En cuanto a la segunda ley, que tiene por objeto la prevención de la corrupción en la administración pública, a diferencia de la anterior, el legislador al establecer una serie de criterios para la determinación de la sanción que puede ser impuesta al ente, ha atribuido relevancia a la adopción, de parte de la persona jurídica, de mecanismos y procesos internos de integridad, auditoría e incentivo a la denuncia de irregularidades, así como a la efectiva aplicación de códigos de ética y de conducta<sup>8</sup>. De lo recién expresado, se puede concluir: que la implementación de un programa de integridad podrá operar como circunstancia atenuante de la sanción administrativa prevista para la persona jurídica, si bien no puede considerarse que el legislador haya establecido una circunstancia con eficacia eximente de responsabilidad para las entidades, ahí donde, el ilícito de corrupción sea cometido generando daño a la administración pública, sea nacional o extranjera, o bien al Estado brasileño.

Continuando este *excursus*, en el sistema jurídico boliviano, recientemente hubo un intento de introducción de la responsabilidad penal de la persona jurídica que, sin embargo, ha sido abortado. De hecho, el legislador boliviano había adoptado el código del sistema penal<sup>9</sup>, en el que se incluía un capítulo IV dedicado al sistema de imputación de responsabilidad penal a las personas jurídicas por un amplio catálogo de delitos<sup>10</sup>, y que preveía una causa de exoneración de la responsabilidad penal para la persona jurídica, ante la comisión de un delito por parte de uno de sus exponentes, en interés de la persona jurídica, ahí donde hubiesen sido adoptados y ejecutados con eficacia, antes de la comisión de la infracción penal, modelos de organización y gestión que

5 Se trata de los siguientes actos normativos:

– la ley n. 12.683 de 9 de julio de 2012, que modifica la ley n. 9.613 de 3 de marzo de 1998, que tiene por objeto la prevención de los delitos de lavado de dinero, ocultamiento de bienes, derechos y valores, para volver más eficiente la persecución penal en caso de comisión de dichos delitos;

– la ley n. 12.846 de 1º de agosto de 2013, que prevé la responsabilidad objetiva administrativa y civil de las personas jurídicas por la práctica de actos contra la administración pública, nacional o extranjera, o del Estado, para prevenir la comisión de hechos de corrupción en el contexto de la administración pública.

– El decreto n. 8420 de 18 de marzo de 2015, que dicta normas de detalle respecto de la disciplina de la responsabilidad de las personas jurídicas prevista en la ley n. 12.846 del 2013.

6 La referencia es, en particular, al art. 10, inciso 3, de la ley n. 12.683 del 2012, mientras el listado de entes colectivos a quienes se aplica la disciplina se encuentra establecido en el art. 9 de la misma ley.

7 Las sanciones y los criterios de imposición de las sanciones administrativas en contra de las personas jurídicas se encuentran establecidos en el art. 12 de la misma ley.

8 La referencia es, en particular, al art. 7 de la ley n. 12.846 del 2013. Queriendo profundizar, el decreto n. 8420 del 2015 establece que en el caso en que la persona jurídica proporcione en su defensa informaciones y documentos relativos a la existencia y al funcionamiento del programa de integridad, la Comisión procesadora tendrá que examinarlos según los parámetros indicados en el capítulo IV del mismo decreto, con el objeto de determinar las sanciones a imponer al ente [art. 5, n. 4) del decreto]. El capítulo IV hace expresa referencia a los programas de integridad, estableciendo que, para cumplir los objetivos indicados en el art. 5, n. 4, la existencia y la aplicación de un programa de integridad debe ser evaluada según los parámetros establecidos en los números I a XVI del art. 42 del mismo decreto.

9 Se trata del código contenido en la ley n. 1005 de 17 de diciembre de 2017, que fue abrogada por la ley n. 1027 de 25 de enero de 2018.

10 El catálogo de delitos se encuentra contenido en el art. 66 del citado código.

incluyeran medidas de prevención, vigilancia y control idóneas, debidamente certificados por el órgano de regulación competente para prevenir infracciones de la misma naturaleza, o para reducir significativamente el riesgo de comisión<sup>11</sup>.

Sin embargo, en enero del 2018, cerca de un mes después de su adopción, el código fue abrogado en su totalidad, quedando en consecuencia, sin efecto la previsión de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, pero permaneciendo, de modo residual en el sistema boliviano, algunas leyes especiales que al disciplinar sectores específicos contemplan sanciones administrativas para entes colectivos por diferentes ilícitos, incluso penales<sup>12</sup>.

Respecto del sistema colombiano, podemos afirmar que aun en ausencia de una disciplina orgánica que sancione penalmente a una persona jurídica por un hecho constitutivo de delito, el legislador ha incorporado en el ordenamiento ‘medidas accesorias’ contra las personas jurídicas con el objetivo de “conminar los comportamientos de los entes colectivos que ofenden el ordenamiento jurídico penal” (Petro et al., 2014: 87-102), intentando así, poner remedio a un denominado “déficit de punibilidad”<sup>13</sup>. Se trata en particular, de la medida de suspensión y cancelación de la personalidad jurídica, prevista en el código de procedimiento penal, instrumento jurídico que puede ser utilizado por la Fiscalía, en cualquier momento y antes de presentarse la acusa-

ción, cuando existan motivos fundados que permitan inferir que la entidad perseguida se ha dedicado total o parcialmente al desarrollo de actividades delictivas<sup>14</sup>.

Todavía más allá, en Ecuador, el código penal<sup>15</sup> prevé expresamente la responsabilidad penal de las personas jurídicas, nacionales o extranjeras, de derecho privado, por los delitos cometidos para beneficio propio, o de sus asociados, por la acción u omisión de quienes ejercen su propiedad o control, sus órganos de gobierno o administración, o bien de sus agentes, representantes u otros sujetos que actúen por cuenta de la persona jurídica<sup>16</sup>. Sin embargo, la responsabilidad penal de la persona jurídica, no se configura cuando el delito se comete por cualquiera de las personas naturales indicadas, en beneficio de un tercero ajeno a la misma, pudiendo agregar, por último, y en línea con los principios que regulan la disciplina, que la responsabilidad del sujeto colectivo existe conjuntamente a la responsabilidad de la persona física autora del delito, sin sustituirla<sup>17</sup>.

En cuanto a Venezuela, si bien el legislador no ha establecido un sistema general de atribución de responsabilidad por la comisión de delitos a las personas jurídicas, ha previsto algunas sanciones contra los entes colectivos por medio de leyes especiales que regulan sectores específicos en materia penal, pero sólo en relación con hechos constitutivos de delitos determinados. Se puede mencionar a título de ejemplo, los delitos informáticos<sup>18</sup>, la criminalidad organizada y el financia-

11 La referencia es, en particular, al art. 68, I.1 del citado código.

12 Entre las leyes especiales que prevén sanciones administrativas contra la persona jurídica, se encuentra, a modo de ejemplo, el art. 28 de la ley n. 004 de 31 de marzo de 2010, en materia de corrupción, así como el art. 41 de la ley n. 393 de 21 de agosto de 2013, en materia de servicios financieros.

13 El concepto es atribuible a Petro et al., (2014: 95).

14 Tal medida se encuentra prevista por el art. 91 de la ley n. 906 del 2004 (código de procedimiento penal colombiano) y puede ser aplicada también en forma definitiva por medio de la sentencia de condena, cuando exista convencimiento más allá de toda duda razonable sobre las circunstancias que las originaron. Además, el art. 34 de la ley n. 1474 del 2011, que prevé normas dirigidas a reforzar los mecanismos de prevención, investigación y sanción de los actos de corrupción, establece que las medidas contenidas en el art. 91 de la ley n. 906 se aplican a las personas jurídicas que se hayan buscado beneficiar de la comisión de delitos contra la Administración Pública, o cualquier conducta punible relacionada con el patrimonio público, realizados por su representante legal o sus administradores, directa o indirectamente.

15 La referencia es al código orgánico integral penal, publicado el 3 de febrero de 2014.

16 El amplio número de sujetos activos que, sobre la base de determinados presupuestos, pueden transmitir responsabilidad a la persona jurídica se encuentra indicado en el art. 49 del código penal.

17 Las sanciones aplicables a las personas jurídicas consideradas penalmente responsables están establecidas en el art. 71 del mismo código penal y pueden ser tanto de carácter pecuniario como interdictivo, encontrándose prevista incluso la disolución de la persona jurídica.

18 Desde este punto de vista, véase la ley n. 37.313 de 30 de octubre de 2001, sobre delitos informáticos, cuyo art. 5 establece la responsabilidad de las personas jurídicas por los delitos previstos en la misma ley, cometidos ya sea por sus dirigentes, administradores, directores, o sus dependientes. Las sanciones principales que pueden ser aplicadas a las personas jurídicas son de naturaleza pecuniaria, a diferencia de las sanciones accesorias establecidas por el art. 29, que pueden tener naturaleza interdictiva.

miento del terrorismo<sup>19</sup>, así como los ilícitos penales en materia medioambiental<sup>20</sup>.

En síntesis, y aun sin querer excluir otros ordenamientos sudamericanos que contemplan sanciones, incluso de naturaleza penal para las personas jurídicas, en casos de comisión de hechos constitutivos de delito —vinculados generalmente con los fenómenos corruptivos— por parte de los propios exponentes, a través de esquemas de aplicación general de una sanción accesoria, o bien, con la previsión de sanciones para el ente por el delito específico, debemos reiterar que la preocupación de los legisladores nacionales de extender la responsabilidad a las personas jurídicas por la comisión de delitos es cada vez mayor, aun cuando la respuesta legislativa resulte tardía a causa de resistencia doctrinaria o política.

Sin anticiparse demasiado, podemos afirmar —luego del sintético excursus comparado presentado— que el presente trabajo se concentrará en el análisis de la materia en los ordenamientos jurídicos chileno, peruano y argentino, que dentro del conjunto de ordenamientos sudamericanos, y teniendo en cuenta las peculiaridades de cada uno de ellos, pueden ser individuados como sistemas de imputación de responsabilidad a las personas jurídicas que se ubican en el terreno del sistema

por 'defecto de organización', asignándole al mismo un rol como criterio de conexión —provisto de relevancia no sólo desde el punto de vista objetivo, sino también subjetivo— entre el hecho constitutivo de delito del individuo y la persona jurídica. Persiguiendo siempre, el declarado objetivo de tratar de identificar criterios 'autónomos' de imputación de la responsabilidad a las personas jurídicas por la comisión de delitos, que garanticen la atribución de una responsabilidad 'propia', es decir, 'personal' al sujeto colectivo, en el respecto de los principios de 'personalidad' y 'culpabilidad'.

### **2. La individualización de la naturaleza de la responsabilidad de las personas jurídicas por la comisión de delitos: premisa para la reconstrucción de un modelo adscriptivo plenamente 'personal'**

La introducción de la responsabilidad de las personas jurídicas por la comisión de delitos en los tres ordenamientos seleccionados, aun siendo fruto del cumplimiento de obligaciones internacionales de incriminación preexistentes<sup>21</sup>, es más bien reciente, sobre todo en referencia a los sistemas peruano y argentino.

Chile, fue el primer país en regular la materia con la publicación de la ley n. 20.393 de 2 de diciembre del

19 La referencia es a la ley orgánica en materia de criminalidad organizada y financiamiento del terrorismo, publicada en la Gaceta Oficial 39.912 del 30 de abril de 2012, que, sobre la base de diversos presupuestos, establece la responsabilidad civil, administrativa y penal de las personas jurídicas, con exclusión del Estado, por hechos constitutivos de delito en materia de criminalidad organizada y financiamiento del terrorismo, cometidos por cuenta de la persona jurídica, de sus órganos de gobierno, o de sus representantes. El art. 32 de la misma ley prevé, conjuntamente con la sanción pecuniaria, las sanciones interdictivas consistentes en la clausura definitiva de la persona jurídica y en la prohibición de desarrollar actividades comerciales, industriales, técnicas o científicas; junto con la confisca de los instrumentos, bienes y frutos del delito, y la publicación de la sentencia de condena, así como la remisión de las actuaciones a los órganos y entes correspondientes a los fines de decidir la revocatoria de las concesiones, habilitaciones y autorizaciones administrativas otorgadas por el Estado.

20 Nos referimos a la ley penal de tutela del medio ambiente, publicada en la Gaceta Oficial n. 39.913 de 2 de mayo de 2012, que establece la responsabilidad penal de las personas jurídicas en materia medio ambiental, en el caso en que sea cometido un delito con ocasión de una norma obligatoria. Sin embargo, establece como pena principal, conjuntamente a la pena pecuniaria, la disolución de la persona jurídica, y el desmantelamiento de la instalación, establecimiento o construcción (art. 5), además de otras sanciones accesorias (art. 6).

21 Entre las fuentes de las obligaciones internacionales de incriminación, podemos señalar en primer lugar, la Convención OCDE para combatir el cohecho de servidores públicos extranjeros en transacciones comerciales internacionales de 1997, que mandata a los Estados a establecer sanciones eficaces, proporcionales y disuasivas contra las personas jurídicas involucradas en el delito de cohecho de funcionario público extranjero.

Aun cuando Chile recibió una invitación formal para ser miembro de la OCDE en el año 2007, debió, antes de su ingreso efectivo en la organización, adecuar el ordenamiento nacional a los estándares de tutela establecidos por las fuentes internacionales.

Perú, por su parte, ha manifestado a la OCDE su deseo de convertirse en miembro desde el año 2009, manifestando su disponibilidad para participar en el grupo de trabajo sobre lucha contra el cohecho en las transacciones comerciales internacionales. Sin embargo, el mencionado grupo de trabajo invitó a Perú a tomar parte en el grupo de trabajo recién en el año 2013, declarando que para convertirse en miembro de la organización a título pleno debía mejorar su legislación dando cumplimiento a las obligaciones de incriminación contenidas en la Convención OCDE para combatir el cohecho de servidores públicos extranjeros en transacciones comerciales internacionales, con especial referencia a la necesidad de implementar un sistema que permita considerar a la persona jurídica como responsable autónomamente por hechos de corrupción.

En lo que concierne a Argentina, uno de los objetivos expresados por la ley que introdujo la responsabilidad penal de la persona jurídica, fue aquel de adaptar el sistema penal "a los estándares internacionales a los cuales Argentina se ha obligado adhiriendo a la Convención OCDE para combatir el cohecho de servidores públicos extranjeros en transacciones comerciales internacionales".

2009, que estableció la responsabilidad ‘penal’ de las personas jurídicas por los delitos de lavado de dinero<sup>22</sup>, financiamiento del terrorismo<sup>23</sup>, y cohecho de funcionario público nacional o extranjero<sup>24</sup>; incorporando posteriormente en el catálogo el delito de receptación<sup>25</sup>, y, más recientemente<sup>26</sup>, entre otros, los delitos de apropiación indebida<sup>27</sup> y corrupción entre privados<sup>28</sup>.

Siete años después, fue publicada en Perú la ley n. 30.424/2016 que regula la responsabilidad ‘administrativa’ de las personas jurídicas por el delito de corrupción activa internacional, que entró en vigor recién en enero del 2018, debido a la posterior intervención normativa en la materia, a través del Decreto Legislativo n. 1.352/2017, que pospuso la entrada en vigencia de la ley<sup>29</sup>. Entre los diversos perfiles de reforma, el nuevo decreto legislativo peruano extendió la responsabilidad administrativa de las personas jurídicas a los delitos de cohecho activo nacional<sup>30</sup> y transnacional<sup>31</sup>, cohecho activo específico<sup>32</sup>, a los delitos en materia de lavado de activos<sup>33</sup>, y en materia de financiamiento del terrorismo<sup>34</sup>. Más recientemente, el legislador peruano

ha extendido la disciplina, entre otros delitos, al tráfico de influencias ilícitas<sup>35</sup>.

El legislador argentino ha seguido el mismo camino recorrido por los legisladores chileno, brasileño y español<sup>36</sup>, al introducir la responsabilidad de las personas jurídicas por la comisión de delitos con la adopción de la ley n. 27.401/2017<sup>37</sup>, que prevé la responsabilidad ‘penal’ de las personas jurídicas por algunos delitos cometidos por funcionarios públicos contra la administración pública (cohecho nacional y transnacional<sup>38</sup>, tráfico de influencias nacional y transnacional<sup>39</sup>, negociaciones incompatibles con el ejercicio de funciones públicas<sup>40</sup>, concusión<sup>41</sup>, enriquecimiento ilícito de funcionarios y empleados<sup>42</sup>), además de los delitos de balances e informes falsos agravados<sup>43</sup>.

Como premisa para la reconstrucción de un modelo completamente ‘personal’ de imputación de responsabilidad a las personas jurídicas por la comisión de delitos, resulta pertinente reflexionar, si bien en modo sintético, sobre la efectiva ‘naturaleza’ de la responsabilidad, pues en la medida que se logre reconocer una

22 En el sistema chileno el lavado de activos se encuentra tipificado en el art. 27 de la ley n. 19.913.

23 Se trata de un delito previsto en el art. 8 de la ley n. 18.314 en el sistema chileno.

24 En el ordenamiento chileno, tales delitos de cohecho están previstos en los arts. 250 y 251 bis del código penal.

25 El código penal chileno sanciona la receptación en el art. 456-bis A del código penal, y se trata de un tipo penal introducido en el catálogo con la ley n. 20.931 del 5 de julio de 2016.

26 Se trata de la ley n. 21.121, publicada el 20 de noviembre de 2018, que modifica el art. 1 de la ley chilena (n. 20.393) introduciendo tipos penales adicionales, entre los cuales puede enumerarse el delito de administración desleal (sancionado en el art. 470 n. 11 c.p. chileno), y de negociación incompatible, previsto en el art. 240 c.p.

27 Figura regulada en el art. 470 n. 1 c.p. chileno.

28 En el ordenamiento chileno, el delito de corrupción entre privados ha sido recientemente incorporado, a través de la ley n. 21.121, publicada el 20 de noviembre de 2018, en los nuevos arts. 287 bis y ter del código penal.

29 La primera disposición complementaria final de la ley n. 30.424, publicada el 21 de abril de 2016, establecía que la misma ley entraría en vigor el 1 de julio de 2017, sin embargo, el 7 de enero del mismo año (2017), se publicó el decreto legislativo n. 1.352 que estableció el aplazamiento de la entrada en vigor de la ley al 1 de enero de 2018.

30 La referencia es al delito de cohecho activo genérico que se encuentra sancionado en el art. 397 del código penal peruano.

31 En el sistema peruano, el cohecho activo transnacional, se encuentra previsto en el art. 397-A del código penal.

32 El delito de cohecho activo específico está sancionado en el art. 398 del código penal peruano.

33 Si trata, en particular, de los delitos previstos en el sistema peruano en los arts. 1, 2, 3, y 4 del d. lgs. n. 1106/2012, de lucha contra el lavado de dinero, la criminalidad organizada y otros delitos vinculados a la minería ilegal.

34 La referencia es, en el sistema peruano, al delito previsto en el art. 4-A del d. lgs. n. 25475/1992, que prevé el delito de terrorismo y los procedimientos para la investigación, la instrucción y el juicio.

35 La referencia es a la reciente ley peruana n. 30.835/2018, que extiende la disciplina al delito de tráfico de influencias, sancionado en el art. 400 c.p. peruano y al delito de colusión, sancionado en el art. 384 del mismo c.p.

36 El proyecto de ley argentino n. 127 del 2016, hace expresa referencia a la ya citada ley brasileña n. 12.846 y a la ley chilena n. 20.393, que regulan la materia específica, así como a la ley española de reforma del código penal n. 1/2015.

37 Se trata de la ley n. 27.401, publicada en Argentina el 1º de diciembre de 2017.

38 En el sistema argentino, los delitos de cohecho se encuentran contenidos en el art. 258 del código penal, en relación con lo dispuesto en los arts. 256, 256 bis y 257 del mismo código.

39 El delito de tráfico de influencias, en el sistema argentino, se encuentra regulado en el art. 258 bis del código penal.

40 La figura de negociación incompatible en el sistema argentino se encuentra previsto en el art. 265 del código penal.

41 Nos referimos al delito de concusión, sancionado por el art. 268 del código penal argentino.

42 Figura regulada por los arts. 268 (1) y 268 (2) del código penal argentino.

43 El delito de balances e informes falsos agravados se encuentra previsto y sancionado por el art. 300 bis del código penal argentino.

responsabilidad 'penal' o al menos 'para-penal'<sup>44</sup> a cargo de la persona jurídica, por hechos constitutivos de delito, cometidos por un exponente de la misma en el ejercicio de la actividad del ente colectivo, se tendrá que dar un espacio, como ineludible baluarte de las garantías fundamentales, al respeto de los principios de 'personalidad' y 'culpabilidad'.

Como primera aproximación, se puede poner en evidencia que, entre los tres ordenamientos seleccionados, Chile y Argentina han expresamente regulado la responsabilidad 'penal' de las personas jurídicas<sup>45</sup>, mientras el legislador peruano, al menos formalmente, ha etiquetado la responsabilidad de la persona jurídica como 'administrativa'. Teniendo esto presente, podemos profundizar en la pregunta ya planteada, acerca de cuál es la efectiva 'naturaleza' de la responsabilidad de las personas jurídicas en el sistema peruano, con el objetivo de establecer si la calificación expresamente utilizada oculta un 'fraude de etiquetas', en el caso en que podamos llegar a la conclusión de que se trata de responsabilidad penal, o al menos 'para-penal', tal como sucede en algunos sistemas europeos, entre los cuales encontramos por ejemplo, el italiano<sup>46</sup> o el polaco<sup>47</sup>.

Para responder a la pregunta planteada, los criterios principales a utilizar pueden ser reconducidos a dos, todavía sin excluir otros en abstracto: el primero dice relación con el contenido de las sanciones previstas para la persona jurídica, y el segundo con las normas

procesales aplicables para la determinación de su responsabilidad.

En cuanto a las sanciones, la ley peruana<sup>48</sup> establece que el juez penal puede imponer a las personas jurídicas penas pecuniarias y otras 'medidas administrativas' de carácter interdictivo, que van desde la prohibición temporal de ejercer sus actividades, y la clausura, incluso permanente de sus establecimientos, hasta la disolución de la persona jurídica.

Desde el punto de vista de las garantías procesales que tutelan a la persona jurídica, éstas son las mismas previstas para el individuo, pues el legislador estableció que la investigación, el juicio y el castigo de las personas jurídicas se efectúa en el cuadro del proceso penal, aplicando las normas del código procesal penal peruano, con las correspondientes garantías ya previstas a favor del imputado<sup>49</sup>. Por otro lado, la exigencia de satisfacer los estándares de garantías propios de la 'materia penal' en protección de la persona jurídica, coincide plenamente con la necesidad puesta en evidencia por la Corte Europea de Derechos Humanos (CEDH), quien aun cuando opere en diversa sede, al interpretar los principios de garantías establecidos en el art. 6 de la Convención Europea de Derechos Humanos, ha atribuido valor a la 'efectividad' de la sanción penal, en particular, al grado de severidad de la misma, superando, de este modo, las 'etiquetas' definitorias establecidas por los legisladores nacionales y entregando

44 Con el término 'para-penal' se entiende hacer referencia a un 'tertium genus' de responsabilidad de las personas jurídicas, que contiene elementos tanto del derecho penal, como del derecho administrativo.

45 Aun cuando el código procesal penal chileno (publicado el 12 de octubre de 2000), en su art. 58, establece el principio "sociedades delinquere non potest" al indicar que la responsabilidad penal sólo puede hacerse efectiva en las personas naturales, y que por las personas jurídicas responden los que hubieren intervenido en el acto punible, sin perjuicio de la responsabilidad civil que las afectare. En esta perspectiva, la previsión de la responsabilidad penal de las personas jurídicas por hechos constitutivos de delito representaría una excepción al principio establecido en el código procesal penal chileno. En este sentido, se expresa el Mensaje Presidencial que dio inicio a la tramitación del proyecto de ley de responsabilidad penal de las personas jurídicas, al afirmar que el mismo proyecto "no pretende instituir un sistema general de sanciones, sino que sólo contempla aquellos delitos que a nivel internacional con considerados especialmente dañinos. Lo anterior, por cuanto existe plena conciencia en torno a la necesidad de respetar la tradición imperante en nuestro país".

46 Sobre el amplio debate que se ha desarrollado en la doctrina italiana, y, las razones que lo sustentan véase Manna (2018).

47 Para un estudio sobre el debate que ha surgido en el sistema polaco en referencia a la naturaleza de la responsabilidad del ente por la comisión de delitos, véase Valenzano (2012a: 499).

48 La referencia es al art. 5 de la ley peruana, que prevé las siguientes sanciones para la persona jurídica (por los delitos de corrupción de un funcionario público extranjero y por los otros delitos incorporados por el ya citado decreto de reforma n. 1352/2017): a) suspensión de las actividades sociales por un plazo no menor de seis meses ni mayor de dos años; b) prohibición de llevar a cabo en el futuro actividades de la misma clase o naturaleza de aquellos en cuya realización se haya cometido, favorecido o encubierto el delito; c) inhabilitación permanente para contratar con el Estado; d) cancelación de licencias, concesiones, derechos y otras autorizaciones administrativas o municipales; e) clausura de sus locales o establecimientos, con carácter temporal o definitivo (de 1 a 5 años); f) disolución de la persona jurídica.

49 La referencia es, en particular, a la tercera disposición complementaria final de la ley peruana (Ley n. 30.424 del 2016), la que en el texto original establece que: "La investigación, procesamiento y sanción de las personas jurídicas, de conformidad con lo establecido en el presente Decreto Legislativo, se tramitan en el marco del proceso penal, al amparo de las normas y disposiciones del Decreto Legislativo n. 957 (c.p.p. peruano), gozando la persona jurídica de todos los derechos y garantías que la Constitución Política del Perú y la normatividad vigente reconoce a favor del imputado".

criterios de reconocimiento de la ‘materia penal’, a partir de los conocidos criterios Engel<sup>50</sup>.

Ahora bien, observando los contenidos ‘efectivos’ y el consecuente grado de ‘severidad’ de las sanciones interdictivas previstas para la persona jurídica por la ley peruana, aun cuando formalmente se encuentren etiquetadas como ‘administrativas’, revelan en realidad un elevado contenido aflictivo, al punto de poder ser consideradas ‘penales’<sup>51</sup>. Se debe tener presente, que la sanción interdictiva más grave, consistente en la disolución de la persona jurídica, se encuentra prevista en los tres ordenamientos estudiados. Así, frente a un equivalente contenido aflictivo, la mencionada sanción interdictiva calificada como ‘administrativa’ en el sistema peruano, es contraria, y más correctamente calificada como ‘penal’ por las leyes chilena<sup>52</sup> y argentina<sup>53</sup>.

Por otra parte, y en referencia a posteriores criterios de reconocimiento de la ‘naturaleza’ de la responsabilidad de las personas jurídicas, que puedan ser iden-

tificados entre las reglas establecidas por los legisladores nacionales para la determinación de la misma, y no obstante la diversidad de definiciones de carácter formal ya indicadas, podemos afirmar que en los tres ordenamientos estudiados, la sede destinada a la determinación judicial de la responsabilidad es el propio proceso penal, con la consecuente aplicación a la persona jurídica de los principios y las garantías previstos para el individuo en cada uno de los sistemas procesales penales<sup>54</sup>.

De la comparación entre los tres ordenamientos jurídicos, sobre la base de los criterios de reconocimiento propuestos, nos parece que resulta claro que la ‘naturaleza’ de la responsabilidad de la persona jurídica por la comisión de delitos en cada uno de ellos es sustancialmente asimilable, debiendo considerar que se trata de responsabilidad ‘penal’ o, al menos, ‘para-penal’, no obstante las diferentes ‘etiquetas’ de ‘administrativa’ en el ordenamiento peruano, y de ‘penal’ en los ordena-

50 Son numerosas las sentencias en que la Corte europea de Derechos Humanos ha afirmado el principio por el cual los ilícitos extrapenales a los que se encuentren vinculadas sanciones ‘punitivas’, pertenecen a la ‘materia penal’ y deben por esa razón ser rodeados de la misma cinta de garantías, sustanciales y procesales, establecidas en el art. 6 de la Convención Europea de Derechos Humanos. Precisamente en razón de esta disposición, la Corte de Estrasburgo, en diversas sentencias, se ha visto en la obligación de establecer el ‘fundamento de una acusación penal’ formulada en contra del recurrente y, por ello, debiendo verificar que la ‘acusación’ sostenida corresponde a la noción de ‘materia penal’. Con este objetivo, la jurisprudencia de Estrasburgo ha elaborado sustancialmente tres criterios para orientar al intérprete en la definición de los límites de la ‘materia penal’ (a partir del caso del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Engel y otros c. Países Bajos, n. 5100/71, 8.6.1976), que consisten en verificar: a) si las normas que definen el ilícito pertenecen al derecho penal en el sistema jurídico del Estado demandado; b) cuál es la naturaleza del ilícito; c) cuál es el grado de severidad de la sanción relativa al ilícito impugnado. Entre las sentencias del Tribunal EDH que definen la mencionada noción de ‘materia penal’, véase TEDH, Menesheva c. Rusia, n. 59261/00, 9.3.2006; TEDH, Ezeh y Connors c. Reino Unido, n. 39665/98, 9.10.2003; TEDH, Lauko c. República Eslovaca, n. 4/1998/907/1119, 2.9.1998; TEDH, Kadubec c. República Eslovaca, n. 27061/95, 2.9.1998; TEDH, Öztürk c. Alemania, n. 8544/79, 21.2.1984. Para un desarrollo de dichos criterios en doctrina, y para un análisis más profundo véase Bartole et al., (2012: 181 ss) y Nicosia (2006:39 ss).

51 Es interesante señalar que en el sistema peruano la diferencia entre sanciones penales y administrativas se funda esencialmente en un criterio formal, basado en la autoridad que impone la sanción: si es competente el juez penal, la sanción es considerada una pena, y si la impone una autoridad, entonces la sanción se considera administrativa, sin perjuicio que solo las sanciones penales pueden privar al destinatario de la libertad personal. A los mencionados criterios hace expresa referencia el Gobierno peruano en el documento “Guía práctica sobre el procedimiento administrativo sancionatorio” (actualizado con el texto de la ley n. 27.444, ley sobre procedimiento administrativo general), disponible en el sitio web <https://www.minjus.gob.pe>. En doctrina, sobre el tema véase Cordero (2012: 131-157), mismo autor (2013: 79-103), y Soto Kloss (2005: 29-49).

52 La citada ley chilena, en el art. 8, prevé como sanciones principales, además de la pena de multa a beneficio fiscal, la disolución de la persona jurídica o la cancelación de la personalidad jurídica, la prohibición temporal o perpetua de celebrar actos y contratos con el Estado, así como la pérdida parcial o total de beneficios fiscales o prohibición absoluta de recepción de estos por un período determinado.

53 A su vez, la citada ley argentina en el art. 7, establece las siguientes sanciones interdictivas contra la persona jurídica: la disolución, la suspensión del ejercicio de la actividad, la suspensión para participar en concursos o licitaciones estatales de obras o servicios públicos, y la pérdida o suspensión de los beneficios estatales que tuviere.

54 En referencia a las normas procesales aplicables en el proceso contra la persona jurídica, la tercera disposición complementaria final de la ley peruana (Ley n. 30.424 del 2016), como hemos indicado, establece que la investigación, procesamiento y sanción de las personas jurídicas, se tramitan en el marco del proceso penal, aplicando las normas del c.p.p. peruano, gozando la persona jurídica de todos los derechos y garantías que la Constitución Política del Perú y la normativa vigente reconoce a favor del imputado. Del mismo modo, los arts. 20 y ss. de la ley chilena (Ley n. 20.393) establecen que la responsabilidad de la persona jurídica debe ser comprobada en el proceso penal, prescribiendo que, en lo no regulado por dicha ley, serán aplicables a las personas jurídicas las disposiciones relativas al imputado, al acusado y al condenado, establecidas en el Código Procesal Penal y en las leyes especiales respectivas, siempre que aquéllas resulten compatibles con la naturaleza específica de las personas jurídicas. En el mismo sentido, el art. 11 de la ley argentina establece que la persona jurídica es titular de los mismos derechos y obligaciones previstos para el imputado de acuerdo con lo establecido en los códigos de procedimiento: el c.p. y el c.p.p. se aplican de modo complementario para los asuntos no regulados expresamente por la misma ley n. 27.401 (arts. 27 y 28).

mientos chileno, y argentino. Así, en síntesis y a la luz de los elementos que surgen de la comparación entre las sanciones interdictivas previstas en los tres sistemas jurídicos, dada la objetiva gravedad de las sanciones, se revela una identidad sustancial desde el punto de vista de su elevado nivel de aflicción. Además, por las reglas aplicables a la determinación de la responsabilidad de la persona jurídica, pues se trata en los tres ordenamientos jurídicos de las normas de derecho procesal penal: es precisamente el proceso penal el lugar que ha escogido cada legislador como sede de verificación judicial (el Ministerio Público ejerce la acción contra la persona jurídica), con la consecuente aplicación a favor de la persona jurídica, de las normas y garantías establecidas para el individuo, en razón de la asimilación de la persona jurídica a la persona natural investigada, imputada o condenada.

### 3. El 'defecto de organización' en la estructura de la imputación de responsabilidad a la persona jurídica por la comisión de delitos en los sistemas chileno, peruano y argentino: planteamiento del problema

Luego de habernos referido al problema sobre cuál es la efectiva 'naturaleza' de la responsabilidad de la persona jurídica por la comisión de delitos en los tres ordenamientos escogidos, resulta pertinente verificar en qué medida se respetan en cada una de las leyes analizadas, los principios de 'personalidad' y 'culpabilidad' en la atribución de la responsabilidad 'penal' (o 'para-penal') al ente colectivo por un hecho constitutivo de delito cometido por uno de sus exponentes, como garantía ineludible de un modelo de imputación de responsabilidad a la persona jurídica por la comisión de delitos completamente 'personal'.

Resultando necesario, por lo anterior, determinar si y en qué medida en los sistemas jurídicos tenidos a la

vista, se pueda considerar superado el modelo de imputación puramente orgánico o vicarial, para, dependiendo el punto de vista utilizado, dejar atrás la trinchera de la responsabilidad por el hecho ajeno o de la responsabilidad objetiva, a favor de esquemas de imputación más evolucionados que establezcan una conexión 'personal', entre el hecho constitutivo de delito y el ente colectivo, ya sea desde un punto de vista objetivo como subjetivo.

Bajo este perfil de análisis, puede revelarse que los legisladores nacionales en cada uno de los tres sistemas considerados, al menos en los respectivos proyectos de ley o en las posteriores discusiones parlamentarias respectivas (chilena<sup>55</sup>, peruana<sup>56</sup> y argentina<sup>57</sup>), parecen haber hecho referencia expresa al criterio de la 'laguna organizativa' o 'defecto de organización'<sup>58</sup>: en consecuencia, intentaremos establecer cuál es la efectiva relevancia del mencionado criterio de conexión entre el ilícito penal y la persona jurídica, para así comprobar —en cada uno de los sistemas— si el ente responde sólo en caso que exista una laguna organizativa, y sólo si el hecho constitutivo de delito depende de ella, o si contrariamente, las referencias hechas por los legisladores nacionales al criterio del defecto de organización pueden ser calificadas como meras declaraciones de principios, o fórmulas de estilo que no se traducen en normas aplicables.

### 4. El incumplimiento de los deberes de dirección y supervisión como criterio de conexión entre el hecho constitutivo de delito y la persona jurídica en el sistema chileno. El rol del modelo de prevención de delitos en la estructura de atribución de responsabilidad

En el sistema chileno, con el objetivo de imputar responsabilidad penal a la persona jurídica, es necesario que se cometa un delito —de aquellos incluidos en el

55 En la doctrina chilena se ha afirmado, si bien en referencia al proyecto de ley antes de su aprobación definitiva, que el texto normativo: "responde a las actuales tendencias del derecho norteamericano y europeo, particularmente, del italiano, centrado en obtener la colaboración de las empresas en las labores de prevención del delito, mediante el establecimiento de lo que denomina «modelos de organización, administración y supervisión», cuya efectiva implementación debería ser suficiente para que las personas jurídicas no se vean expuestas a sanciones de carácter penal": véase Matus (2009: 295). En el mismo sentido se expresó el autor en la discusión parlamentaria de la ley n. 20.393, como podemos apreciar en la Historia de la Ley 20.393, 123, disponible en <http://www.bcn.cl>.

56 En el sistema peruano, el Mensaje del proyecto de ley aclara que se sigue el criterio de imputación de la culpabilidad por defecto de organización, en los siguientes términos: "el modelo de imputación exige la vinculación de la autoría a la existencia de un defecto de organización que se permita acreditar la concurrencia de 'culpabilidad por defecto de organización' (...). En ese sentido, de haberse adoptado e implementado de forma eficaz un modelo de prevención de delitos, que cumpla con los estándares que define la propuesta, aunque haya una actuación delictiva de un administrador o un empleado se deberá excluir de responsabilidad a los sujetos destinatarios de la norma y sólo responderá, en su caso, la persona física responsable del hecho" (Proyecto de ley n. 4054/2014-PE, 25).

57 También en el ordenamiento argentino, el proyecto de ley precisa que se propone responsabilizar a las personas jurídicas por un defecto en su organización interna, que permita a las distintas personas enumeradas cometer un delito abarcado por esta ley, como consecuencia de un inadecuado control y supervisión de la entidad sobre ellas y de los que pudieran resultar beneficiadas (Proyecto de ley n. 127, 7).

58 Sobre la importancia sistemática de la laguna organizativa en el sistema italiano utilizado como referente, véase Fiorella (2018: 656-657).

catálogo legislativo— en el interés o para el provecho<sup>59</sup> del sujeto colectivo, por uno de sus exponentes (en una posición apical o en una posición subordinada<sup>60</sup>), y que la comisión del delito sea consecuencia del incumplimiento, por parte de la persona jurídica, de los deberes de dirección y supervisión<sup>61</sup>.

En consecuencia, en el sistema chileno la conexión entre el delito específico y la persona jurídica se encuentra garantizado por el criterio del incumplimiento de los deberes de dirección y supervisión que debe considerarse elemento central del modelo de imputación<sup>62</sup>. Más en profundidad, podemos afirmar que para la atribución de la responsabilidad penal a la persona jurídica no es suficiente verificar, conjuntamente a la comisión del delito, el incumplimiento de los deberes de dirección y supervisión, sino que resulta necesario probar que la comisión del delito por parte del individuo sea ‘consecuencia’ de dicho incumplimiento, es decir, que ambos presupuestos se encuentren causalmente conectados (Piña, 2012:7). En otros términos, ahí donde, nos encontremos frente al incumplimiento de los deberes, y a la comisión de un delito, pero no exista un objetivo nexo causal de conexión entre ambos presupuestos de la responsabilidad, ésta no podrá considerarse perfeccionada.

Es interesante poner en evidencia que la ley chilena atribuye expresa importancia, al fin de atribuir responsabilidad a la persona jurídica, no al incumplimiento de los deberes de organización y supervisión por parte de los sujetos en posiciones apicales, sino más bien, al incumplimiento de dichos deberes por parte de la misma persona jurídica, lo que implica, en nuestra opinión, que ya sea en el caso que actúe un sujeto en posición apical, como cuando lo hace un sujeto en posición subordinada, el delito debe ser consecuencia del incumplimiento de los deberes de dirección y supervisión de la persona jurídica, en cuanto titular originaria de dichos deberes.

Nos parece que el legislador chileno al tipificar, al menos aparentemente en modo diverso, los elementos constitutivos del ilícito penal de la persona jurídica respecto de los ordenamientos peruano y argentino, intentó expresar con claridad la necesidad de que para atribuir responsabilidad a un ente colectivo, el hecho constitutivo de delito del individuo se debe encontrar causalmente conectado a una ‘laguna organizativa’, la que se concreta en el incumplimiento de una obligación de supervisión atribuible a la propia persona jurídica. Esto, al exigir expresamente y ‘en cada caso’, que el delito del sujeto en posición apical o del sujeto en posición subordinada, sea cometido como consecuencia de la violación de la obligación de vigilancia por parte de la persona jurídica, sin circunscribir dicho nexo de conexión únicamente a la hipótesis en que el delito haya sido cometido por un sujeto en posición subordinada.

Los deberes de dirección y supervisión parecen, además, representar el contenido de la obligación general de organizarse que recae sobre la persona jurídica, como punto de referencia para perfeccionar el ‘reproche subjetivo’ que concreta la ‘culpa’ de la entidad (Gómez-Jara, 2005: 150), es decir, precisamente por la violación de la obligación de organizarse, la persona jurídica resulta, en concreto, ‘reprochable’. En otros términos, nos parece claro que el legislador chileno quiso dejar claro que dicha obligación está dirigida no a los individuos, sino más bien a la entidad jurídica (Gómez-Jara, 2005: 150), como destinataria de la obligación de organizarse adecuadamente para prevenir tanto los delitos cometidos por un sujeto en posición apical, como aquellos cometidos por sujetos en posiciones subordinadas.

De acuerdo a la ley chilena, los mencionados ‘deberes de dirección y supervisión’ se consideraran cumplidos cuando la persona jurídica, con anterioridad a la comisión del delito, hubiera adoptado e implementado modelos de organización, administración y supervisión

59 El art. 3 de la ley chilena n. 20.393/2009, al establecer los criterios de imputación de la responsabilidad penal a la persona jurídica, exige que el delito sea cometido por un exponente de la persona jurídica “directamente o en vía inmediata” en el interés o para provecho de la entidad, excluyendo la responsabilidad en el caso en que el hecho haya sido cometido en el interés exclusivo de la persona física que actúa o de un tercero (art. 3, inc. fina). La expresión normativa “directamente o en vía inmediata” ha sido entendida por la doctrina chilena como una fórmula legislativa de difícil comprensión, aun cuando su significado debería considerarse aclarado por el inciso final del art. 3: véase en este sentido Hernández (2010: 221). La doctrina chilena ha subrayado que este criterio de conexión entre el delito y la persona jurídica, representaría un elemento de carácter subjetivo, en el sentido que vincularía directamente la responsabilidad del ente a la responsabilidad de una persona física; razón por la cual se propuso su eliminación del proyecto de ley, véase en este sentido Matus (2009:299).

60 La persona jurídica puede ser responsable por los delitos cometidos por sujetos en posiciones apicales, tales como un socio, controlador, administrador, representante o sujeto que realice actividades de administración y supervisión, o por sujetos en posiciones subordinadas que se encuentren bajo la dirección y supervisión de un sujeto apical, en razón de lo establecido en el citado art. 3 de la ley chilena. Es interesante destacar que el legislador no ha hecho una diferencia sobre el régimen jurídico de atribución de responsabilidad a la persona jurídica, pudiendo el hecho ser cometido —indiferentemente— por un sujeto en posición apical o un sujeto en posición subordinada a la dirección y supervisión de un ápice: en ambos casos la persona jurídica responde bajo los mismos presupuestos.

61 Resulta unívoca la fórmula utilizada por el legislador chileno: “siempre que la comisión del delito fuere consecuencia del incumplimiento, por parte de ésta, de los deberes de dirección y supervisión” (art. 3, inc. 1, ley n. 20.393/2009).

62 En este sentido véase Hernández (2010: 225).

para prevenir delitos como el cometido<sup>63</sup>, que contengan los siguientes 'elementos mínimos'<sup>64</sup>: 1) la designación de un encargado de prevención; 2) la expresa atribución de medios y facultades al encargado de prevención, instrumentales al ejercicio de sus funciones de vigilancia; 3) el establecimiento de un sistema de prevención de los delitos; 4) la supervisión y certificación del sistema de prevención de los delitos.

Aun cuando, el legislador ha establecido ciertos 'elementos mínimos' que un modelo preventivo debe contener con el objetivo de considerar que los deberes de dirección y supervisión se encuentran cumplidos por parte de la persona jurídica (y en consecuencia ésta no resulte responsable por los delitos cometidos), el sistema chileno no prevé una obligación jurídica de adopción del modelo de prevención.

En éste sentido, la doctrina chilena especializada en la materia, ha afirmado correctamente que la adopción e implementación del modelo preventivo, no es la única manera posible para cumplir con los deberes de dirección y supervisión por parte de la persona jurídica (Hernández, 2010:225), a efecto de excluir la responsabilidad penal del sujeto colectivo, pudiendo la persona jurídica adoptar otros instrumentos de dirección y supervisión, diversos del modelo de prevención en sentido estricto, estructurado por el legislador como aquel que cuenta con los elementos mínimos, y que por cumplir la misma función de prevención de delitos, puedan producir el mismo efecto eximente de responsabilidad para la persona jurídica (Piña, 2012: 8). De lo contrario, la ley chilena debería haber previsto directamente la inexistencia de un modelo de prevención, como criterio de imputación de la responsabilidad penal a la persona jurídica por la comisión de delitos, y no, como de hecho ha establecido, el incumplimiento de los deberes de dirección y supervigilancia. Por otra parte, esta conclusión es igualmente confirmada por la ley, que no establece la adopción de un modelo preventivo de delitos como una obligación para la persona jurídica, sino como una carga jurídica<sup>65</sup>. Quedando todavía pendiente determinar cuáles pueden ser, en concreto,

los instrumentos alternativos que la persona jurídica puede adoptar con el objeto de cumplir con sus deberes de dirección y supervisión, prescindiendo del modelo preventivo en sentido estricto.

La idea anterior ha sido bien entendida por el Ministerio Público, pues los fiscales nacionales al formular la imputación contra las personas jurídicas (en los pocos procesos judiciales a que ha dado lugar la ley), han descrito los cargos en las acusaciones respectivas indicando que el delito ha sido cometido como "consecuencia del incumplimiento de los deberes de dirección y supervisión" por parte de la persona jurídica, o bien que ésta no ha adoptado e implementado un modelo de prevención, antes de la comisión del delito, según los parámetros establecidos en el art. 4 de la ley chilena, y tampoco ha adoptado, antes de la comisión del delito "otro mecanismo preventivo" u "otra medida adecuada" para prevenir delitos como el cometido<sup>66</sup>.

Para concluir a este respecto, podemos afirmar que la persona jurídica podrá eximirse de la responsabilidad penal, ahí donde se verifique, no obstante la comisión de un delito por parte de un exponente de esta, que la misma ha cumplido los deberes de dirección y supervisión a través de la implementación ex ante de un modelo preventivo, o bien a través de instrumentos equivalentes.

Sin embargo, es importante precisar que en cada caso no resultará suficiente adoptar un modelo de prevención sólo en términos formales, pues la eficacia eximente de responsabilidad no puede ser reconocida a un simple "modelo de papel"<sup>67</sup>, al contrario, es necesario que las reglas cautelares en él contenidas sean efectiva y eficazmente aplicadas a sus fines preventivos, teniendo presente que una eventual comisión de delito por parte de algún exponente de la persona jurídica, no implicará necesariamente la ineficacia del sistema preventivo<sup>68</sup>, y por lo tanto, la responsabilidad del ente.

Permanece todavía sin aclarar el problema relacionado con el rol del modelo de prevención de delitos en la estructura de imputación de responsabilidad penal a la persona jurídica en Chile, partiendo del presu-

63 La referencia es al art. 3 de la ley n. 20.393/2009, que, según parte de la doctrina chilena, constituiría una norma secundaria cuyo destinatario sería el juez, pues se trataría de "un mandato al juez que le impone la obligación de considerar que la organización de la empresa está inmunizada y que por ello su conducta es atípica": véase en doctrina Piña (2012: 10).

64 Se trata de los parámetros establecidos en el art. 4 de la citada ley chilena.

65 Nos referimos a lo establecido en el mismo art. 4 de la citada ley chilena.

66 En este sentido, en la jurisprudencia prevalente véase Constructora Pehuenche del 7º Juzgado de Garantía de Santiago (Rit 11862-2014), Municipalidad de Arica del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Arica (Rit 33-2014), Salmones Colbún del Juzgado de Garantía de Talca (Rit 9211 - 2012). En sentido contrario, podemos mencionar un caso en el que el Ministerio Público se refiere al delito como consecuencia del incumplimiento de los deberes de dirección y supervisión por el único hecho de no haber adoptado e implementado un modelo preventivo, sin mencionar algún posible modo alternativo para cumplir con dichas obligaciones: Comisión Nacional de Acreditación del 8º Juzgado de Garantía de Santiago (Rit 4799-2012).

67 En este sentido véase Hernández (2010: 226).

68 En este sentido véase Neira (2016: 478).

puesto que, la literatura es prácticamente unánime<sup>69</sup> en reconocer la eficacia eximente de responsabilidad a la adopción e implementación eficaz de un modelo preventivo idóneo, como instrumento principal, pero no exclusivo, de cumplimiento de los deberes de dirección y vigilancia de la persona jurídica, mientras existen diversas posiciones doctrinarias para explicar la relevancia sistemática de la mencionada causa de exclusión de la responsabilidad de la persona jurídica.

Una primera postura, considera que el cumplimiento de los deberes de dirección y supervisión constituiría una ‘causa de atipicidad’, al considerar que el legislador ha establecido que para perfeccionar el ilícito penal de la persona jurídica, debe concurrir el incumplimiento de los deberes de dirección y supervisión como elemento positivo del tipo penal por el que la persona jurídica es responsable (Piña, 2012: 7). De este modo, si la persona jurídica observa los mencionados deberes, el hecho resultaría atípico<sup>70</sup>, debiendo en consecuencia, absolverse en sede procesal a la entidad imputada.

La segunda postura doctrinaria considera, a diferencia de la anterior, que el cumplimiento de los deberes de dirección y supervisión excluiría la ‘culpabilidad’ de la persona jurídica (Salvo, 2011: 293), en la medida que los mencionados deberes constituyen su reflejo. Parece, sin embargo, que tal formulación no resulta del todo coherente con la historia del establecimiento de la ley n. 20.393, pues durante la discusión parlamentaria del proyecto de ley, habría quedado de manifiesto que la voluntad del legislador no habría sido establecer una circunstancia que excluya la ‘culpabilidad’ de la persona jurídica<sup>71</sup>.

Sin embargo, nos parece que una correcta reconstrucción sistemática, debería llegar al resultado de atribuir una ‘doble relevancia’, tanto desde el punto de vista objetivo como subjetivo, al incumplimiento de

los deberes de dirección y supervisión por parte de la persona jurídica, a través de la adopción de un modelo preventivo adecuado, o bien mediante la adopción de algún instrumento equivalente.

En el sentido que el cumplimiento de los mencionados deberes, elimina en primer lugar la conexión esencial en el plano del elemento material, entre la ‘laguna organizativa’ —que en la recién mencionada hipótesis resulta objetivamente inexistente— y el delito cometido por el individuo, pues precisamente de dicha ‘laguna’ de la entidad se debería derivar, como garantía de ‘atribución personal’ de responsabilidad, en un plano objetivo, el hecho constitutivo de delito por parte de la persona jurídica. Como consecuencia de lo anterior, el cumplimiento de los deberes de dirección y supervisión por parte de la persona jurídica generaría, además, el efecto de hacer desaparecer, en el plano subjetivo, la posibilidad de dirigir un ‘reproche’ contra ella, como base imprescindible de atribución ‘plenamente personal’ de responsabilidad a una persona jurídica por la comisión de un delito.

### **5. El ‘programa de integridad’ en la estructura de la imputación de responsabilidad penal a la persona jurídica en el sistema argentino y el significado del ‘esfuerzo’ exigido al autor del delito al violar el sistema de control y supervisión. El alcance del juicio de ‘adecuación preventiva’ en relación con los elementos mínimos ‘necesarios’ y ‘facultativos’ del programa**

En lo que concierne al ordenamiento argentino, con la adopción de la ya citada ley n. 27.401/2017, ha sido introducida solo recientemente, la responsabilidad penal de las personas jurídicas por ciertos delitos<sup>72</sup>, cometidos directa o indirectamente<sup>73</sup>, con su intervención o

69 Así Hernández (2010: 225), quien afirma que, si la persona jurídica cumple con sus deberes de dirección y supervisión, tal como establece la ley, no tendrá lugar la responsabilidad de la entidad, Neira (2016: 478 ss.), quien aclara que, si la persona jurídica cumple con sus deberes a través de la efectiva implementación de un programa de prevención eficaz, no podrá ser considerado penalmente responsable; en la misma línea Piña (2012: 17). En sentido contrario Matus (2012: 8), y el mismo autor (2013: 7), afirmando contrariamente que la adopción e implementación de un modelo organizativo, incluso certificado, no podrá exonerar a la persona jurídica por el delito cometido en el caso en que el delito haya sido cometido por un sujeto en posición apical.

70 En el mismo sentido Neira (2016: 481), quien señala que la implementación eficaz de un modelo de prevención de delitos de la especie del delito cometido “supone una presunción a favor del adecuado cumplimiento de los deberes de dirección y supervisión, que implicaría la atipicidad o la irrelevancia penal de la conducta de la persona jurídica”.

71 Se trata, en particular, de una consideración puesta en evidencia por el Senador Gómez, quien ha sido favorablemente escuchado por la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia, como podemos ver en la Historia de la Ley 20.393, 145, disponible en el sitio web [www.bcn.cl](http://www.bcn.cl).

72 Para el catálogo de delitos, véase supra, de la nota n. 39 a n. 44.

73 La fórmula normativa es interpretada por la doctrina argentina en el sentido que los delitos cometidos ‘indirectamente’ serían aquellos cometidos por un tercero externo al ente, que sin embargo se encuentre en alguna medida vinculado a la persona jurídica por medio formal (sin ser parte de la persona jurídica, como por ejemplo los socios de negocios), en razón del cual se pueda ejercer poder de representación, mientras, a contrario sensu, los delitos cometidos ‘directamente’ con su intervención, o en su nombre, interés o beneficio, consistirían en aquellos cometidos por cualquier persona que tenga un vínculo de pertenencia formal con la persona jurídica, sin distinguir entre ápices y subordinados: en este sentido Papa (2018:4).

en su nombre, o bien en su interés, o beneficio<sup>74</sup>. Con una previsión original respecto de los sistemas chileno y peruano, el legislador argentino no especifica qué rol debe desempeñar el autor del delito en la organización de la persona jurídica, dejando entender que la conducta ilícita de cualquier individuo puede desencadenar la responsabilidad penal de la entidad, incluso la conducta ilícita del 'tercero' que careciere de atribuciones para obrar en representación de la persona jurídica, siempre que ella hubiese ratificado la gestión, aunque fuere de manera tácita<sup>75</sup>.

Entre los criterios de imputación de la responsabilidad penal a la persona jurídica, surge el 'defecto de organización', que plantea la necesidad de una conexión —que en nuestra opinión debería operar en un doble plano objetivo y subjetivo— entre una 'laguna organizativa' y el delito específico cometido por parte de un individuo, como efecto condicionante de la misma laguna. En nuestra opinión, este criterio se puede extraer de una correcta interpretación del art. 9 de la ley argentina, que —tal como el sistema chileno (y, como veremos más adelante, también el peruano)— prevé una exigente de responsabilidad para la persona jurídica, ahí donde, entre las diferentes condiciones impuestas por el legislador<sup>76</sup>, la persona jurídica haya adoptado e implementado un "programa de integridad" antes de la comisión del hecho que dé lugar al proceso, es decir, un sistema de control y supervisión adecuado en los términos establecidos por el mismo legislador, cuya violación hubiera exigido un verdadero "esfuerzo"<sup>77</sup> por parte del agente al cometer el delito.

En el sistema argentino, aun cuando la adopción de un programa de integridad no constituye una obligación jurídica para la persona jurídica (sino únicamente una carga)<sup>78</sup>, el legislador, al definir los contenidos del programa, ha diferenciado los elementos mínimos 'necesarios' de aquellos 'facultativos'.

Surge así, la necesidad de establecer cuáles son los elementos con que deberá contar el programa de integridad para que se reconozca su condición de adecuado a los parámetros de la ley, y en consecuencia, su eficacia exigente de responsabilidad para la persona jurídica, dado que, a efecto de su configuración (de la exigente), el legislador no parece haber hecho alguna distinción entre los diferentes elementos del programa, sino solamente exigir que la persona jurídica haya adoptado, antes de la comisión del hecho, un sistema de control y supervisión adecuado de conformidad a los parámetros normativos establecidos en los arts. 22 y 23<sup>79</sup>.

La propia ley afirma que el programa de integridad 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 en la propia ley<sup>80</sup>, y que debe guardar relación con los riesgos propios de la actividad que la persona jurídica realiza, su dimensión y capacidad económica, requiriendo tres 'elementos mínimos necesarios', consistentes en: 1) la adopción, de parte de la misma persona jurídica, de un código de ética o de conducta, o la existencia de políticas y procedimientos de integri-

74 Con una previsión parcialmente diferente respecto de la disciplina chilena y peruana, el legislador argentino, en el art. 2 inc. final de la ley n. 27.401/2017, estableció que la persona jurídica quedará exenta de responsabilidad sólo si la persona natural que cometió el delito hubiera actuado en su exclusivo beneficio y sin generar provecho alguno para la persona jurídica. Cuestión que podría producir un efecto distorsivo en el caso en que, no obstante, un individuo haya actuado en su exclusivo interés, o en el interés exclusivo de un tercero, y de todos modos se haya derivado un beneficio para la persona jurídica, aun cuando sea del todo ocasional, esta podrá responder penalmente, aun en ausencia de un vínculo de conexión 'genética' de la conducta del individuo en interés del sujeto colectivo.

75 La referencia es al art. 2 de la citada ley argentina, debido al cual la persona jurídica responde del delito en el caso en que "quien hubiere actuado en beneficio o interés de la persona jurídica fuere un tercero que careciese de atribuciones para obrar en representación de ella, siempre que la persona jurídica hubiese ratificado la gestión, aunque fuere de manera tácita". Para un análisis de la importancia de la conducta ilícita del 'tercero' al fin de la eventual atribución de responsabilidad al ente en perspectiva comparada en los sistemas jurídicos de la Unión Europea, véase Valenzano (2012b: 213-248).

76 La exención de responsabilidad para el ente está establecida en el art. 9 de la citada ley argentina, que establece algunas condiciones adicionales que deben verificarse conjuntamente para configurar la exención de responsabilidad para la persona jurídica, estas son, la denuncia espontánea de la comisión del delito como consecuencia de una actividad interna de investigación [art. 9, letra a)] y la restitución del beneficio indebido obtenido [art. 9, letra c)].

77 Más precisamente el art. 9 letra b) de la citada ley argentina requiere textualmente, con el objeto de configurar la exigente de responsabilidad para la persona jurídica, que el ente haya "implementado un sistema de control y supervisión adecuado en los términos de los artículos 22 y 23 de esta ley, con anterioridad al hecho del proceso, cuya violación hubiera exigido un esfuerzo de los intervinientes en la comisión del delito".

78 Es importante poner en evidencia que el art. 24 de la citada ley argentina prevé, contrariamente, una hipótesis en que resulta obligatoria la adopción de un programa de integridad adecuado, en conformidad a los parámetros normativos establecidos en los arts. 22 e 23, como condición necesaria para que la persona jurídica pueda celebrar un contrato con el Estado, siempre y cuando se trate de un contrato con determinadas características.

79 El argumento se extrae del art. 9 de la citada ley argentina.

80 El texto normativo argentino citado corresponde al art. 22 de la ley.

dad aplicables a todos los directores, administradores y empleados, que guíen la planificación y ejecución de sus tareas o labores de forma tal que prevengan la comisión de los delitos contemplados en la ley; 2) reglas y procedimientos específicos para prevenir ilícitos en el ámbito de concursos y procesos licitatorios, en la ejecución de contratos administrativos o en cualquier otra interacción con el sector público; 3) y, finalmente, la realización de capacitaciones periódicas sobre el Programa de Integridad a directores, administradores y empleados<sup>81</sup>.

Todos los demás elementos, entre los que destaca el análisis periódico de riesgos y la consecuente adaptación del programa de integridad, la supervisión sobre la concreta implementación de parte de un responsable interno, así como la disposición de canales internos de denuncia de irregularidades, han sido considerados por el legislador como ‘elementos facultativos’<sup>82</sup>. Decisión legislativa que puede parecer privada de razonabilidad desde el punto de vista de la relación instrumental que existe entre ciertos elementos o condiciones, y los objetivos de prevención que el programa tiene por objeto perseguir.

Ante la falta de certeza en relación con los parámetros necesarios para establecer la adecuación preventiva del programa de integridad, parte de la doctrina, espera una intervención normativa que aclare cuáles son

las conductas exigibles de una persona jurídica a fin de que pueda considerarse que la misma ha hecho todo lo que podía para crear una cultura interna de “*cumplimiento*”<sup>83</sup>, es decir, de observancia de los parámetros normativos.

Otra parte de la doctrina argentina, critica la bipartición que adoptó el legislador argentino entre elementos ‘necesarios’ y ‘facultativos’ del programa de integridad, pues parece ignorar las prácticas empresariales, al haber establecido la necesidad de que el programa cuente con un código de ética, pero no con un *compliance officer* o con un sistema de denuncia de los ilícitos (Montiel, 2018: 76). Observando en modo conclusivo que habría sido oportuno que las diversas condiciones, tanto necesarias como facultativas, operaran conjuntamente al fin de realizar el juicio de valoración de la idoneidad preventiva del programa<sup>84</sup>.

Algunos posteriores puntos de referencia sobre el tema se pueden encontrar en un reciente documento que contiene los “Lineamientos de Integridad para el mejor cumplimiento de lo establecido en los arts. 22 y 23 de la Ley” publicado el 4 de octubre de 2018 por la Oficina anticorrupción del Gobierno argentino, en ejecución de las obligaciones previstas por el Decreto 277/2018<sup>85</sup>.

Los mencionados ‘lineamientos de integridad’ de carácter técnico, afirman que la incorporación en el

81 El art. 23 de la ley afirma textualmente, que el programa de integridad debe contener por lo menos los siguientes elementos mínimos: “a) Un código de ética o de conducta, o la existencia de políticas y procedimientos de integridad aplicables a todos los directores, administradores y empleados, independientemente del cargo o función ejercidos, que guíen la planificación y ejecución de sus tareas o labores de forma tal de prevenir la comisión de los delitos contemplados en esta ley; b) Reglas y procedimientos específicos para prevenir ilícitos en el ámbito de concursos y procesos licitatorios, en la ejecución de contratos administrativos o en cualquier otra interacción con el sector público; c) La realización de capacitaciones periódicas sobre el Programa de Integridad a directores, administradores y empleados”.

82 Los elementos mínimos ‘facultativos’ que un programa de integridad puede contener, son de acuerdo con lo establecido en el art. 23, identificables con las siguientes diez condiciones: “I. El análisis periódico de riesgos y la consecuente adaptación del programa de integridad; II. El apoyo visible e inequívoco al programa de integridad por parte de la alta dirección y gerencia; III. Los canales internos de denuncia de irregularidades, abiertos a terceros y adecuadamente difundidos; IV. Una política de protección de denunciantes contra represalias; V. Un sistema de investigación interna que respete los derechos de los investigados e imponga sanciones efectivas a las violaciones del código de ética o conducta; VI. Procedimientos que comprueben la integridad y trayectoria de terceros o socios de negocios, incluyendo proveedores, distribuidores, prestadores de servicios, agentes e intermediarios, al momento de contratar sus servicios durante la relación comercial; VII. La debida diligencia durante los procesos de transformación societaria y adquisiciones, para la verificación de irregularidades, de hechos ilícitos o de la existencia de vulnerabilidades en las personas jurídicas involucradas; VIII. El monitoreo y evaluación continua de la efectividad del programa de integridad; IX. Un responsable interno a cargo del desarrollo, coordinación y supervisión del Programa de Integridad; X. El cumplimiento de las exigencias reglamentarias que sobre estos programas dicten las respectivas autoridades del poder de policía nacional, provincial, municipal o comunal que rija la actividad de la persona jurídica”.

83 En este sentido Papa (2018: 4).

84 Para profundizar sobre el argumento véase Montiel (2018: 76).

85 El reglamento de la ley n. 27.401, adoptado por medio del decreto nacional n. 277/2018 de 6 de abril de 2018, ha entregado la tarea de establecer los principios y lineamientos generales para la aplicación de los arts. 22 y 23 de la misma ley n. 27.401 a la Oficina anticorrupción del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, que ha publicado recientemente el documento titulado “Lineamientos de Integridad para el mejor cumplimiento de lo establecido en los arts. 22 y 23 de la Ley n. 27.401 de Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas”, aprobado en su contenido mediante resolución n. 27/2018, publicada el 4 de octubre de 2018, disponible en el sitio web: [www.boletinoficial.gob.ar](http://www.boletinoficial.gob.ar), que tiene por objeto entregar una guía técnica a las empresas, las organizaciones de la sociedad civil, otras personas jurídicas, las agencias estatales y los operadores del sistema de justicia, para la adecuación de las estructuras organizativas, y sus relativos procesos, y para prevenir, identificar y remediar los hechos de corrupción, así como la implementación de programas de integridad idóneos.

programa de integridad adoptado de los tres elementos obligatorios o mandatorios<sup>86</sup>, no garantiza por sí mismo que el programa sea adecuado, en la medida que otros elementos pueden ser igualmente necesarios en algunas organizaciones, como por ejemplo la designación de un responsable interno a cargo de la supervisión de la aplicación de las cautelas preventivas, debiendo en cada caso evaluarse cómo el programa ha sido, en concreto, elaborado e implementado.

En otros términos, según el documento mencionado, nada impide a la persona jurídica insertar en su propio programa de integridad otros elementos, incluso diferentes de aquellos previstos como 'facultativos', siempre que tal opción de gestión sea apropiada en relación con los riesgos, dimensiones y capacidad económica de la persona jurídica. Además, la denominación formal de los 'elementos' del programa de integridad no debe ser considerada absoluta, o en cualquier modo vinculante, pudiendo la persona jurídica mantener esquemas organizativos cualificados con diferentes elementos, de acuerdo con la propia cultura de la organización, siempre que éstos se encuentren orientados a prevenir la comisión de delitos.

Nos parece claro, que el efecto que emana del complejo cuadro normativo argentino, más allá de resultar fragmentado, priva a la persona jurídica de cualquier certeza, al menos potencial, sobre cuáles son los elementos constitutivos esenciales de un programa de prevención adecuado, dejando la decisión acerca de cuáles son los parámetros de 'idoneidad preventiva' de un programa, siempre en manos de los jueces, lo que genera como efecto que el ente se encuentre en la imposibilidad objetiva de calcular preventivamente los efectos atribuibles a la propia conducta de organización y su función de prevención de determinados delitos.

Resulta pertinente, finalmente, aclarar cuál es la relevancia sistemática de la condición impuesta por el legislador con el fin de configurar la eximente de responsabilidad para la persona jurídica, de requerir que la violación del programa de integridad "hubiera exigido un esfuerzo"<sup>87</sup> por parte de los intervinientes en la comisión del delito.

Tratándose de una exigencia inédita respecto de la disciplina chilena, y en parte respecto de la peruana,

nos parece que para una útil comparación y en una perspectiva comparada de más amplio alcance, se puede hacer referencia al sistema italiano de la responsabilidad del ente por la comisión de delitos, sistema en el que con el objetivo de configurar una eximente de responsabilidad para el sujeto colectivo, se exige la 'elusión fraudulenta' del modelo preventivo por parte del sujeto en posición apical que cometa el delito<sup>88</sup>.

En la literatura italiana se encuentran diversas posiciones en lo que dice relación con el significado sistemático de la 'elusión fraudulenta'. Según una perspectiva 'subjetiva', la elusión fraudulenta implica un dolo de fraude por parte del sujeto en posición apical, pues lo relevante es actuar con la intención de engañar el modelo organizativo (Salcuni, 2017: 4). Mientras en una perspectiva 'objetiva', la elusión debe ser objetivamente fraudulenta, en el sentido que la conducta misma debe tener un contenido engañoso<sup>89</sup>; debiendo tratarse, en otros términos, de una conducta que busque 'esquivar' la norma imperativa y no de una simple y 'frontal' violación de esta<sup>90</sup>, razón por la cual la conducta fraudulenta no podría consistir en la mera transgresión de las prescripciones contenidas en el modelo<sup>91</sup>.

Por último, una tercera posición, partiendo del presupuesto según el cual podría existir un acuerdo entre el autor del delito y la persona jurídica para eludir el modelo, interpreta la locución 'elusión fraudulenta' como 'elusión no concordada', o bien, 'no simulada' en el sentido que no sea preconstituida, esto es, no sea fruto de una programación creada en el contexto de un improbable acuerdo colusivo<sup>92</sup>.

Por lo demás, si el autor para la realización del delito no ha debido actuar fraudulentamente, se entiende que el modelo resulta, en concreto, inidóneo a la prevención, mientras si contrariamente, en ausencia de fraude el modelo no habría podido ser eludido, se llega a la conclusión de que representa un medida preventiva 'seria', esto es, un mecanismo preparado para reaccionar contra el riesgo de comisión de delitos (Fiorella, 2018: 662), precisamente porque se requiere un comportamiento fraudulento del individuo para evadirlo.

En otros términos, y sacando conclusiones, nos parece que se trata de un elemento cuya función es probar la voluntad del ente de contrastar el delito<sup>93</sup>, o bien la

86 La referencia, claramente, es a los tres 'elementos mínimos obligatorios' establecidos en el art. 23, letra a), b) y c) de la ley. Para una revisión del contenido de dichos elementos, v. supra, nota n. 89.

87 La referencia es, en particular, al art. 9 letra b) de la citada ley argentina.

88 Sobre los contenidos y la relevancia sistemática de la 'elusión fraudulenta' del modelo por parte del ápice [prevista en el art. 6, inc. 1, letra c) del d. lgs. italiano 231/01], en relación con los delitos dolosos y culposos en doctrina, véase Tripodi (2013: 22 ss.).

89 Para una exposición de las diversas posiciones véase Salcuni (2017: 12).

90 En este sentido, véase sentencia de la Corte de Casación penal italiana, sez. V, 18.12.2013, n. 4677.

91 Ídem.

92 En este sentido, véase Tripodi (2013: 81 ss.).

93 Para un análisis del problema, véase Fiorella (2018: 662).

‘divergencia’ entre la voluntad individual y la ‘voluntad colectiva’, que, desde el punto de vista de la imputación subjetiva, impide perfeccionar un reproche contra la persona jurídica, no pudiendo exigir en concreto, una conducta diferente por parte del sujeto colectivo, ahí donde, de hecho, haya sido necesario un comportamiento fraudulento para superar los límites preventivos establecidos por el ente y de éste modo cometer el delito sin perturbaciones.

Ahora bien, volviendo a los sistemas sudamericanos en examen, podemos destacar como la necesidad de prever instrumentos que permitan determinar la eventual ‘divergencia’ de la voluntad del autor del delito, respecto de aquella voluntad virtuosa de la persona jurídica, surge, si bien con diferentes matices, en los sistemas argentino y, como veremos más adelante, peruano<sup>94</sup>, a diferencia del sistema chileno en que la mencionada exigencia no ha sido considerada.

En particular, queriendo el legislador argentino poner en evidencia la necesidad que con el objeto de configurar el exonerado de responsabilidad, la persona jurídica haya adoptado medidas preventivas ‘serias’, y con toda probabilidad, en un intento por superar las dificultades interpretativas que han surgido en el sistema italiano en relación al correcto significado que se debe atribuir al requisito del ‘fraude’ en la ‘elusión’ del modelo, ha exigido que para la violación del programa, es decir, de las cautelas preventivas, haya sido necesario un trabajo efectivo, esto es, un ‘esfuerzo’ por parte del autor del delito. Así, el individuo al cometer el delito, debe superar los muros construidos por la persona jurídica con fines preventivos, por medio de una conducta que revele un trabajo elusivo serio para violar los mecanismos de

control previstos, pero no necesariamente dotada de características fraudulentas (como si es exigido en el sistema italiano), lo que, desde otro punto de vista, podría facilitar la defensa judicial de la persona jurídica en el proceso de verificación de las condiciones necesarias para que opere la exoneración de responsabilidad por el hecho ajeno cometido.

Además, presumiblemente en la misma óptica de simplificar las exigencias probatorias en protección de las personas jurídicas, la ley argentina requiere que la regla preventiva establecida en el programa haya sido ‘violada’, y no necesariamente ‘eludida’, cuestión que permite incluir, bajo una perspectiva amplia del concepto de ‘violación’, tanto la conducta de transgresión frontal de la regla preventiva, como la conducta de elusión en sentido estricto, es decir, la conducta de engaño contra los contenidos preventivos del modelo con el objetivo de evitar la aplicación de las reglas previstas en el mismo.

#### **6. La relevancia del ‘modelo de prevención’ en el sistema peruano de atribución de responsabilidad a la persona jurídica por la comisión de delitos, también en relación con la ‘elusión fraudulenta’ por parte del autor**

En referencia al ordenamiento jurídico peruano, con la adopción de la ya citada ley n. 30.424/2016, se ha establecido la responsabilidad ‘administrativa’ de la persona jurídica por ciertos delitos<sup>95</sup> cometidos por sujetos en posiciones apicales o subordinadas<sup>96</sup>, que actúen en nombre o por cuenta de la persona jurídica, y en su beneficio, por vía directa o indirecta<sup>97</sup>, para garantizar una

94 Ver el art. 17 n. 4 de la ley peruana. En el mismo sentido infra, nota n. 113.

95 Para el catálogo de delitos, véase supra, de la nota n. 31 a n. 36.

96 En cuanto al número de sujetos activos que puede transmitir la responsabilidad por los hechos constitutivos de delitos al ente, el art. 3 de la citada ley peruana distingue entre: a) sujetos en posiciones apicales identificados como sus socios, directores, administradores de hecho o derecho, representantes legales o apoderados de la persona jurídica, o de sus filiales o subsidiarias; b) sujetos subordinados a la dirección y vigilancia de uno de los sujetos en posiciones apicales de aquellos descritos en la letra a), a condición que el delito sea cometido bajo sus órdenes y autorización; c) La persona natural señalada en el literal precedente, cuando la comisión del delito haya sido posible porque las personas mencionadas en el literal a. han incumplido sus deberes de supervisión, vigilancia y control sobre la actividad encomendada, en atención a la situación concreta del caso. Aun cuando la ley peruana distingue entre las posiciones activas, todavía, similarmente al sistema chileno, no parece establecer una diferencia de tratamiento respecto de la posición subjetiva del autor del delito, estableciendo los mismos presupuestos para eximir de responsabilidad a la persona jurídica sea que el delito ha sido cometido por un sujeto en posición apical que en posición subordinada: en este sentido, véase Fernández y Chanjan (2016: 369).

97 Más precisamente, la citada ley peruana, en el art. 3 postula que el delito sea cometido “en su nombre o por cuenta de ellas y en su beneficio, directo o indirecto”, refiriéndose el plural femenino a las personas jurídicas. La doctrina peruana, al buscar un parámetro interpretativo al confrontar la ley peruana con la disciplina española en la materia de referencia, ha considerado que la referencia normativa al “beneficio (directo o indirecto)” tiene una naturaleza objetiva, tratándose de una característica de la conducta, debiendo por lo tanto, determinar si la acción al momento de su ejecución era ‘idónea’ a generar un beneficio para la persona jurídica y no si, como consecuencia de otros eventos, se ha generado un efecto positivo para la persona jurídica. Ha sido además, aclarado que la expresión “indirecto” no tiene esa connotación económica inmediata necesariamente, pudiendo darse supuestos en los que una ventaja inmediata pueda ser un beneficio patrimonial mediato, como una ventaja competitiva que se concrete en un beneficio patrimonial a medio o largo plazo, en un incremento de ingresos, en un ahorro de gastos o costos, en una mejora de su posición en el mercado o en cualquier otro beneficio que se traduzca en términos económicos: véase Fernández y Chanjan (2016: 362).

conexión 'genética' entre la conducta del agente y la persona jurídica<sup>98</sup>.

Emerge así, entre los criterios de imputación de la responsabilidad a la persona jurídica por la comisión de delitos, el 'defecto de organización debido al cual, resulta necesario que exista una conexión —que, en nuestra opinión, debe operar sea en el plano objetivo como en el subjetivo— entre una 'laguna en la organización' y el hecho constitutivo del delito, en la medida que éste haya sido cometido como consecuencia de la mencionada laguna. El criterio se deduce de la correcta interpretación del art. 17 de la ley peruana, que prevé "una eximente por la implementación de un modelo de prevención", al señalar que la persona jurídica que haya adoptado e implementado, antes de la comisión del delito, un 'modelo de prevención' adecuado a la naturaleza de la persona jurídica, a sus riesgos, necesidades y características, se encontrará exenta de responsabilidad administrativa<sup>99</sup>.

El ordenamiento peruano, de forma similar al chileno y al argentino, no prescribe una 'obligación' de adopción del modelo preventivo, contemplando una 'carga' para la persona jurídica, quien puede obtener un beneficio al adoptar el modelo 'antes' de la comisión del delito, configurando a su favor una eximente de responsabilidad.

En cuanto a su estructura, el modelo de prevención consiste en medidas de vigilancia y control idóneas, para prevenir los delitos mencionados en el catálogo legislativo o para reducir significativamente el riesgo de su comisión<sup>100</sup>. El legislador peruano, también, estableció ciertos 'elementos mínimos' que constituyen los contenidos típicos del 'modelo preventivo', pero,

no ha utilizado el recurso complejo de la distinción entre elementos 'obligatorios' y 'facultativos', como ha hecho el ordenamiento argentino. Entre los elementos con que debe contar un modelo idóneo de prevención se señala: la nómina de un encargado de prevención, la identificación, evaluación y mitigación de riesgos para prevenir la comisión de delitos, la implementación de procedimientos de denuncia, la difusión y capacitación periódica sobre el contenido del modelo, así como la evaluación y monitoreo continuo del modelo<sup>101</sup>.

Además, inspirado con toda probabilidad en el sistema de la disciplina italiana, el legislador peruano estableció que se excluirá la responsabilidad para la persona jurídica, ahí donde uno de sus exponentes haya cometido el delito 'eludiendo fraudulentamente' el modelo de prevención debidamente implementado<sup>102</sup>.

Sin embargo, existe una significativa diferencia con el sistema italiano, el que postula, con el objetivo de configurar la exclusión de la responsabilidad para el ente, la elusión fraudulenta del modelo sólo en el caso en que el delito sea cometido por un sujeto en posición apical; mientras en el sistema peruano la elusión fraudulenta del modelo se requiere incluso en el caso en que se trate de delitos cometidos por sujetos en posiciones subordinadas a las posiciones de dirección y vigilancia. Una interpretación posible de la norma es considerar que se trata de una disposición similar a la contenida en el sistema argentino, que no distingue las posiciones subjetivas de los autores del delito al exigir un 'esfuerzo' en la violación de la regla preventiva adoptada por la entidad.

Como se trata de sistemas que regulan la disciplina, de reciente incorporación, no ha sido posible recopilar

98 Desde el punto de vista de la estructura de la imputación del delito al ente, nos parece claro que el criterio de conexión referido a que el exponente del ente haya actuado "en beneficio directo o indirecto" de la persona jurídica indica la necesidad de que la conducta de la persona física sea 'genéticamente' dirigida a producir una ventaja para el ente, debiendo evaluarse la idoneidad de la conducta del individuo para producir una ventaja para el ente, ex ante, sin constituir la mera ventaja eventual criterio suficiente para decretar la pertenencia del hecho a la persona jurídica. Con exclusión además de la hipótesis en la cual la conducta ha sido realizada en el interés exclusivo del agente, o bien de un tercero distinto de la persona jurídica, como establecido por el mismo art. 3 de la citada ley peruana.

99 Diversamente, en el caso en que el modelo preventivo haya sido adoptado 'después' de la comisión del delito, pero antes del inicio del juicio penal, el sistema peruano prevé una circunstancia de atenuación de la responsabilidad administrativa de la persona jurídica y, por lo tanto, de la sanción a imponer a la misma, en razón de lo indicado por el art. 12 letra d) de la ley.

100 Según lo establecido en el art. 17 n. 1), el modelo preventivo no debe ser infalible, en el sentido que es suficiente que el riesgo de comisión de delitos sea reducido en modo significativo, aun cuando éste no sea del todo anulado, no pudiendo exigir a la persona jurídica una conducta objetivamente imposible. Debido al principio ad impossibilia nemo tenetur (a lo imposible nadie está obligado), podemos entender que la comisión de un delito no elimina automáticamente, y por sí misma, la posibilidad de eximir de responsabilidad a la persona jurídica: en este sentido se ha expresado la doctrina chilena, Hernández (2010: 225).

101 Los 'elementos mínimos' del modelo preventivo están regulados en el art. art. 17 n. 2) de la ley peruana, cuando afirma que: "El modelo de prevención debe de contar con los siguientes elementos mínimos: 1. Un encargado de prevención, designado por el máximo órgano de administración de la persona jurídica o quien haga sus veces, según corresponda, que debe ejercer su función con autonomía (...); 2. Identificación, evaluación y mitigación de riesgos para prevenir la comisión de los delitos previstos en el artículo 1 a través de la persona jurídica.; 3. Implementación de procedimientos de denuncia; 4. Difusión y capacitación periódica del modelo de prevención; 5. Evaluación y monitoreo continuo del modelo de prevención".

102 La referencia es al art. 17.4 de la citada ley peruana, en razón del cual se excluye la responsabilidad de la persona jurídica por la comisión de un delito, si el autor comete el delito eludiendo de modo fraudulento el modelo de prevención debidamente implementado.

reacciones significativas por parte de la doctrina peruana, aun cuando, sobre la base de la madura elaboración dogmática del paralelo sistema italiano, nos parece claro que el criterio de imputación de la elusión fraudulenta de las reglas cautelares contenido en el sistema preventivo, es señal de la pertenencia del delito imputado a la persona jurídica desde el punto de vista de su ‘culpabilidad’<sup>103</sup>, permitiendo la verificación de una ‘divergencia’ entre la ‘voluntad criminal’ del autor del delito y la ‘voluntad virtuosa’ del ente que ha adoptado cautelas preventivas serias que hagan necesaria una ‘elusión fraudulenta’ para ser superadas.

### 7. La ‘validación preventiva’ de la idoneidad de los modelos organizativos: buscando determinar cuál es el objeto de la certificación en el sistema chileno

Un punto de interés relevante, que emerge de un atento análisis comparado de los sistemas seleccionados, dice relación con la apreciable tendencia de los legisladores nacionales de regular mecanismos de ‘validación’ de la idoneidad de los modelos de prevención de los delitos tipo. Se trata de instrumentos que, mediante la utilización de diferentes mecanismos, apuntan a demostrar la efectiva ‘voluntad’ virtuosa de la persona jurídica ‘antes’ de la eventual comisión de un delito, es decir, en el momento en que es diseñada la regla cautelar y espontáneamente sometida por la entidad ‘virtuosa’ a un procedimiento de validación dirigido a comprobar la eficacia preventiva.

Instrumentos, en otros términos, idóneos a permitir la determinación de la ‘divergencia’ entre la voluntad del autor del delito y la ‘voluntad’ de la persona jurídica que se encuentra ‘correctamente organizada’ y que, por lo mismo, ha obtenido una evaluación positiva acerca de la efectiva adecuación preventiva de delitos de las reglas cautelares de que se encuentra dotada, a través de un mecanismo de ‘validación preventiva’ de

los contenidos cautelares prescritos por el modelo organizativo.

El resultado lógico del procedimiento de validación preventiva debería ser aquel de garantizar, con razonable previsibilidad, el efecto de exención de responsabilidad para la entidad ahí donde sea cometido un delito por alguno de sus exponentes, no obstante el sujeto colectivo hubiera, *ex ante*, implementado un modelo organizativo adecuado, cuya idoneidad preventiva haya sido certificada, a través de un procedimiento serio y objetivo de ‘validación’ de los contenidos como idóneos a la prevención.

Debemos ahora, establecer si y en qué medida, estos principios que permitirían la determinación de la efectiva ‘voluntad del ente’ y, por lo tanto, la atribución plenamente personal de responsabilidad al sujeto colectivo, respetando así el principio de ‘culpabilidad’, han sido implementados en los ordenamientos chileno, peruano y argentino.

Podemos decir que en el sistema chileno la ‘certificación’ de la adopción e implementación del modelo de prevención de delitos constituye una atestación ‘facultativa’ y no obligatoria, que puede ser requerida por la persona jurídica y otorgada por un tercero externo a la misma —por sociedades u otros entes, provistos de la independencia y profesionalidad necesaria, y se encuentren registrados en la “*Superintendencia de Valores y Seguros*”<sup>104</sup>— en el caso en que el modelo efectivamente implementado por la persona jurídica particular, sea considerado por el certificador como conforme a los parámetros normativos<sup>105</sup>.

La pregunta a que debemos dar respuesta a continuación es cuál es la eficacia de la certificación del modelo preventivo en el sistema de atribución de responsabilidad a la persona jurídica.

Pero, para poder responder esta pregunta, parece pertinente responder antes a otra interrogante dirigida a establecer cuál es el alcance la actividad certificadora encargada al tercero, para de este modo, circunscribir

103 En este sentido, véase Fiorella (2018: 670).

104 Más particularmente, los sujetos autorizados a emitir los certificados, según la citada ley [art. 4), n 4), letra b) inc. 2], son: “empresas de auditoría externa, sociedades clasificadoras de riesgo u otras entidades registradas ante la Superintendencia de Valores y Seguros”, en cuanto sean aptas para ejercer la actividad de validación de los contenidos preventivos del modelo [véase art. 4), n. 4), letra b) de la citada ley chilena]. Como garantía de la seriedad del procedimiento de certificación preventiva del modelo, debemos tener presente que, al registrar un ente ante la “Superintendencia de Valores y Seguros” (SVS), es la propia Superintendencia, quien declara que una determinada persona jurídica puede cumplir con la tarea, de conformidad a las normas específicas establecidas por la misma SVS, en razón de lo dispuesto por el art. 4 n. 4) letra b), inc. 2, de la citada ley n. 20.393. Dichas normas específicas se encuentran en el documento titulado “normas de carácter general n. 302, publicado por la SVS el 25 de enero del 2011, (disponible en [http://www.cmfchile.cl/normativa/ncg\\_302\\_2011.pdf](http://www.cmfchile.cl/normativa/ncg_302_2011.pdf)), que contiene una serie de requisitos para garantizar la independencia y profesionalidad de los organismos de certificación, que deben ser respetados tanto por las sociedades de revisión externas, las sociedades clasificadoras de riesgos, y las demás entidades habilitadas e inscritas en el registro que posee la SVS y, por lo tanto, idóneas para desarrollar la actividad de certificación de los modelos de prevención de delitos.

105 El modelo preventivo es certificado si se considera que cumple con los requisitos establecidos por la ley chilena en el mismo art. 4, n. 1), 2) y 3), valorados en relación con la estructura concreta de la persona jurídica, teniendo a la vista su tamaño, giro, nivel de ingresos y complejidad.

cuál es el objeto de la certificación. Más específicamente, creemos que se debe establecer si la certificación debe testimoniar únicamente que el modelo contenga los 'elementos mínimos' expresamente mencionados por el art. 4, n. 4), letra b) de la ley, que consisten en: 1) la designación de un encargado de prevención; 2) expresa definición de medios y facultades del encargado de prevención; y 3) establecimiento de un sistema de prevención de los delitos; o bien, si el alcance de la certificación debe extenderse, como un elástico, a la aplicación efectiva y supervisión del modelo, mencionada en el art. 4, n. 4), letra a)<sup>106</sup>.

De una lectura amplia y sistemática, nos parece que la certificación debe necesariamente dar testimonio de la conformidad del modelo con los tres 'elementos mínimos' mencionados, pero también debe indicar que la persona jurídica ha establecido métodos para la aplicación efectiva y supervisión del modelo preventivo, pues la atestación que emite el certificador debe extenderse tanto a la adopción como a la implementación de las reglas preventivas<sup>107</sup>.

No podríamos razonar en un modo diverso, precisamente, por la conexión estrecha que existe desde el punto de vista lógico, entre la adopción y la implementación de un modelo preventivo, el que no podrá considerarse 'idóneo' a prevenir delitos salvo en el caso de encontrarse 'efectivamente aplicado', resultando la mera adopción de reglas cautelares, en ausencia de implementación concreta, del todo insuficiente a conseguir los objetivos de legalidad preventiva que subyace a este sistema de disciplina.

Además, la solución aquí propuesta se funda en un criterio interpretativo adicional de carácter sistemático, cuál es tener presente que las 'obligaciones de dirección y supervisión' se consideran cumplidas ahí donde la persona jurídica, antes de la comisión del delito, hubiera adoptado e implementado modelos preventivos que contengan 'todos' los 'elementos mínimos' ya indicados, cuestión que incluye necesariamente la aplica-

ción efectiva y la supervisión del modelo exigidas por el art. 4, n. 4), letra a)<sup>108</sup>.

La reconstrucción sistemática aquí formulada encuentra apoyo en una interesante postura doctrinaria chilena, según la cual, para validar el contenido preventivo del modelo se debe tener presente que la actividad de determinación puesta en manos del certificador deberá articularse según dos directrices: por un lado se debe verificar "la idoneidad abstracta del modelo implementado" y, por otro lado, se debe certificar "que el modelo diseñado tiene operación efectiva y está adecuadamente controlado"<sup>109</sup>; lo que parece confirmar que, para obtener una certificación, no basta un control formal que dé cuenta de la incorporación en el modelo de los tres primeros 'elementos mínimos' indicados por el legislador<sup>110</sup>, sino que se debe además demostrar su aplicación efectiva y supervisión.

### 8. La controvertida eficacia de la certificación del modelo de prevención de delitos en el sistema chileno, y el problema de la correcta distribución de la carga de la prueba entre la parte acusadora y la defensa

Luego de haber circunscrito el objeto de la certificación, podemos intentar responder a la pregunta principal en relación con la misma, es decir, cuál es su eficacia en el sistema de imputación de la responsabilidad penal a la persona jurídica. No obstante, resulte bastante controvertido el rol de la certificación del modelo de prevención de delitos en la doctrina chilena, es posible evidenciar dos principales posturas.

Una postura, relega la relevancia sistemática de la certificación a una mera circunstancia de atenuación de la sanción penal aplicable al ente (Matus, 2012: 12), mientras la otra, aún entre líneas, identifica en la certificación del modelo, una posible causa de exención de la responsabilidad del ente "que sin embargo será libremente apreciada por el juez penal", en el caso de considerar que posee valor de "presunción" relativa

106 El problema hermenéutico se origina, con toda probabilidad, en un descuido del legislador, quien al definir el objeto de la actividad certificadora en el art. 4 n. 4) letra b), se limitó a mencionar expresamente el art. 4 en sus numerales 1), 2) y 3), omitiendo incluir, al menos formalmente, el contenido específico del art. 4 n. 4) letra a), que exige que el modelo sea 'efectivamente aplicado' así como supervisado (al establecer que el encargado de prevención, en conjunto con la Administración de la Persona Jurídica, deberá establecer métodos para la aplicación efectiva del modelo de prevención de los delitos y su supervisión a fin de detectar y corregir sus fallas, así como actualizarlo de acuerdo al cambio de circunstancias de la respectiva entidad).

107 La referencia es al art. 4 n. 4) letra b), a través del cual se introduce la certificación del modelo de prevención en el sistema chileno.

108 El argumento se extrae del art. 3, inc. 3, de la ley chilena, que textualmente recita: "se considerará que los deberes de dirección y supervisión se han cumplido cuando, con anterioridad a la comisión del delito, la persona jurídica hubiere adoptado e implementado modelos de organización, administración y supervisión para prevenir delitos como el cometido, conforme a lo dispuesto en el artículo siguiente", esto es, de conformidad al art. 4 de la misma ley, que establece los 'elementos mínimos' que componen un adecuado modelo preventivo, entre los que se encuentra también la efectiva implementación y supervisión del modelo, establecidas en el art. 4 n. 4) letra a).

109 Véase Piña (2012: 90). En la misma línea Neira (2016: 497), quien reconoce esta doble dimensión de la certificación, agregando que la segunda es sin duda, la más compleja, también porque requiere una actualización permanente, que implica, entre otras cosas, que la certificación nace con fecha de caducidad.

110 La referencia claramente está hecha al art. 4, números 1) a 3).

“de la correcta organización del ente” susceptible de ser desvirtuada por la prueba contraria de parte del Ministerio Público (Hernández, 2010: 89).

Nos parece que la primera postura llega a conclusiones que no podemos compartir del todo, principalmente porque usa como punto de partida el presupuesto según el cual, en el sistema chileno la responsabilidad del ente no es, en principio, responsabilidad por el ‘hecho propio’ de la persona jurídica, es decir, por un ‘defecto de organización’, sino más bien una responsabilidad ‘por el hecho ajeno’, es decir, por un hecho cometido por otros, o bien por los exponentes de la persona jurídica, sea que se encuentren en posiciones apicales o en posiciones subordinadas a la autoridad<sup>111</sup>.

Según esta perspectiva, la doctrina considera que la persona jurídica ‘virtuosa’, esto es, aquella que ha adoptado modelos de prevención de delitos, puede ser sustancialmente asimilable a una “buena ciudadana corporativa”, y por lo mismo, en el caso en que sea cometido un delito, la conducta virtuosa precedente del ente, en el caso de ser ‘anterior’ a la comisión del delito, podría constituir únicamente una circunstancia de atenuación de la sanción imponible a la persona jurídica (y no una eximente de responsabilidad), aplicando sustancialmente por analogía *in bonam partem* la circunstancia de atenuación de la sanción, prevista por el código penal chileno para las personas físicas que han tenido una conducta virtuosa precedente al delito, denominada por la legislación “*irreproachable conduct anterior*”.

Además, desde este punto de vista, no se podría reconocer a la certificación eficacia de exención de la responsabilidad para la persona jurídica como “*eximente anticipada*”<sup>112</sup> porque de lo contrario, durante el lapso de tiempo de vigencia de la certificación, la persona jurídica se encontraría legitimada a contratar dirigentes y dependientes dispuestos a cometer delitos y a asumir el rol de ‘chivos expiatorios’ en una eventual investigación penal, resultando en cualquier modo excluida

la responsabilidad penal de la persona jurídica (Matus, 2012: 13). No sin ironía, se compara finalmente la certificación del modelo con una “Bula papal” (Matus, 2012: 11) que permitiría a la empresa comprar el perdón divino, o bien la indulgencia, por medio de la obtención de una certificación a cambio del pago de un precio, que puede ser, además, bastante elevado.

Esta primera interpretación propuesta por la doctrina chilena, choca —en nuestra opinión— con el dato hermenéutico que surge de una lectura sistemática de la disciplina chilena, ahí donde se establece (en el art. 3) que los “deberes de dirección y supervisión” se considerarán cumplidos si la persona hubiera adoptado e implementado, antes de la comisión del delito, modelos de prevención de delitos como el cometido, cuestión que derribaría la ‘laguna’ de organización como elemento constitutivo esencial del ilícito imputable a la persona jurídica, y en consecuencia, haría desaparecer, en primer lugar, la conexión objetiva esencial entre la organización y el hecho constitutivo de delito. Parece claro que la disposición debe ser entendida haciendo referencia a todos los modelos preventivos, hayan sido estos certificados o no —constituyendo, por lo demás, la certificación una actividad facultativa— en la medida que respeten los requisitos esenciales establecidos por el legislador<sup>113</sup>. Sin embargo, en el caso en que el modelo organizativo sea certificado, la atestación tiene por objeto el respeto pleno de los requisitos normativos, proporcionando en tanto, una garantía sobre la eficacia preventiva del modelo adoptado e implementado en concreto.

Esta primera interpretación, parece no tener en cuenta otro dato esencial identificable en el sistema: la ley chilena prevé, entre las “circunstancias de atenuación de la responsabilidad penal” y, en consecuencia, de la pena, la adopción por parte de la persona jurídica ‘después’ de la comisión del hecho constitutivo de delito, pero antes del comienzo del juicio, de medidas eficaces para prevenir la reiteración de la misma clase de delitos

111 Según esta postura, el art. 3 de la ley chilena no prevé una ‘hipótesis de responsabilidad por el “hecho propio”, sino de responsabilidad “por el hecho ajeno”, aunque con el límite dado por el requisito que el acto sea consecuencia de la falta de adopción e implementación de un modelo para prevenir hechos similares. Solo en ciertas hipótesis donde se prevé una “responsabilidad autónoma” de la persona jurídica, reguladas en el art. 5, se configuraría realmente una responsabilidad por el “hecho propio” directamente imputable a la persona jurídica: en ese sentido, véase Matus (2012: 5).

112 Para sostener la tesis según la cual no puede reconocerse eficacia eximente a la certificación, Matus utiliza como criterio adicional lo que ha afirmado el Ministerio Público en su Instructivo General, en la parte que afirma que “la efectiva adopción e implementación del modelo de prevención será siempre objeto de investigación y prueba” (Fiscalía General Instrucción General, n. 440/2010, 7), no obstante lo cual, el autor afirma que, la expresión ‘efectiva’ no figura en el texto jurídico y por lo tanto, sólo resulta necesaria la adopción e implementación de los modelos (Matus, 2012: 9). En lo que dice relación con el requisito de la efectividad, es importante todavía precisar que no es cierto que se encuentre ausente de la ley 20.393, dado que el art. 4, n. 4, letra a), al referirse a la supervisión del sistema de prevención de delitos, establece que el “encargado de prevención”, en conjunto con la Administración de la Persona Jurídica, deberá establecer métodos para la aplicación “efectiva” del modelo de prevención de los delitos y su supervisión a fin de detectar y corregir sus fallas, así como actualizarlo de acuerdo al cambio de circunstancias de la respectiva entidad.

113 Se trata, como hemos dicho, de los elementos establecidos en el art. 4, números 1), 2) y 3) de la ley chilena.

objeto de la investigación<sup>114</sup>. Se trata, sustancialmente, del instrumento que en el sistema italiano suele ser definido como modelo reparatorio o 'post factum'.

Ahora bien, si es tan cierto como parece, que la ley chilena otorga a la adopción del modelo 'post factum' una eficacia de atenuación de la pena a aplicar a la persona jurídica, y si aceptáramos la idea de que la adopción de un modelo organizativo 'ante factum', incluso certificado, tuviera también eficacia como mera causa de atenuación de la sanción penal para la persona jurídica, entonces el legislador debería haberla incluido expresamente en el catálogo de las circunstancias atenuante el modelo adoptado 'ante factum', es decir, 'antes' de la comisión del delito. El campo de aplicación de la citada disposición resulta, al contrario, aplicable únicamente al modelo de prevención de delitos adoptado 'después' de la comisión del delito, tal como podemos deducir interpretativamente de la referencia textual a la investigación penal, que sólo puede referirse a un hecho constitutivo de delito ya cometido.

Mientras tanto una segunda interpretación, con la que nos declaramos de acuerdo, considera que se trata de una presunción puesta por el legislador de la conformidad del modelo de prevención adoptado e implementado por una persona jurídica a los parámetros previstos por la misma ley. La 'presunción de idoneidad preventiva' de las reglas contenidas en el modelo sería relativa<sup>115</sup>, o como la denomina la legislación nacional 'simplemente legal' y, en consecuencia, podría ser derribada por el Ministerio Público rindiendo prueba en contrario. El dato se extrae no de una interpretación literal, sino de una lectura sistemática de las normas, corroborada además por las discusiones parlamentarias de la misma ley<sup>116</sup>.

No obstante, tal como afirmamos, compartimos las consideraciones conceptuales recién explicadas, esta

segunda postura alcanza determinadas conclusiones en materia de distribución de la carga de la prueba, que no podemos compartir del todo. Nos referimos en particular, a la afirmación hecha por la doctrina en relación a que en la hipótesis en que la persona jurídica no tenga una certificación, deberá ser ella misma quien demuestre haber cumplido con sus deberes de dirección y supervisión, al considerar que cuando uno de sus exponentes comete un delito en interés o provecho del sujeto colectivo, es probablemente porque no está funcionando bien en la entidad, de modo que el delito es un indicio fuerte de incumplimiento de los deberes que pesan sobre la misma.

En consecuencia, según la interpretación recién planteada, el Ministerio Público puede, al menos en principio, "descansar", sobre este 'indicio probatorio' (como "indicio de incumplimiento"), limitándose a probar los otros dos criterios objetivos de atribución de responsabilidad a la entidad, esto es, la posición subjetiva del autor, y que su conducta sea en el interés o provecho de la persona jurídica, en el caso en que el sujeto colectivo no rinda pruebas plausibles del cumplimiento de sus obligaciones de dirección y supervisión<sup>117</sup>.

No podemos compartir esta conclusión, precisamente, porque el sistema chileno prevé, en modo directo y acertado, la responsabilidad 'penal' de las personas jurídicas, prescribiendo<sup>118</sup> que son aplicables al sujeto colectivo todas las disposiciones relativas al imputado, acusado y condenado, entre las que se encuentra en primer lugar aquella relativa a la 'presunción de inocencia'<sup>119</sup>, en virtud de la cual ninguna persona puede ser considerada culpable sino en virtud de una condena irrevocable. Por lo mismo, en nuestra opinión no puede resultar aceptable que el Ministerio Público pueda 'descansar' sobre algún —en realidad presunto— 'indicio de incumplimiento', porque sobre el Ministerio

114 La referencia es al 6, n. 3), de la citada ley chilena, que incluye entre las circunstancias atenuantes: "La adopción por parte de la persona jurídica, antes del comienzo del juicio, de medidas eficaces para prevenir la reiteración de la misma clase de delitos objeto de la investigación".

115 A favor de una presunción relativa, se ha manifestado en la doctrina chilena Piña (2012: 90). Sin embargo, la doctrina ha manifestado como objeción en contra de la consideración de la certificación como presunción de idoneidad del modelo que ésta puede resultar discriminatoria para los entes que dispongan de menos recursos financieros, pues se trata de una certificación emitida por un privado: véase Neira (2016: 500). En el mismo sentido, Matus (2012: 13), quien plantea la posible violación del principio de igualdad, fundamento esencial de la mayor parte de los ordenamientos jurídicos occidentales, precisamente porque la certificación puede ser obtenida gracias al pago de una suma de dinero. Sin embargo, nos parece que tal problema, si bien fundado, podría ser resuelto en dos posibles modos alternativos: o encargando la actividad de validación del contenido preventivo del modelo a un ente público (sobre la base del modelo peruano, como veremos más adelante), o bien, más razonablemente, admitiendo la posibilidad de que los entes que produzcan ingresos anuales inferiores a determinada suma, puedan optar a una 'certificación gratuita' efectuada por los mismos entes certificadores, a expensas del Estado.

116 Véase en tal sentido Historia de la Ley 20.393, 149 ss., disponible en <http://www.bcn.cl>.

117 Véase Hernández (2010: 227). Una posición doctrinaria parcialmente diversa, también bajo este perfil, asevera que la certificación puede ser evaluada como un elemento favorable al hecho que el ente observa la legalidad, pero no puede en ningún caso ser considerada prueba autosuficiente de la eficacia del modelo preventivo: en este sentido Neira (2016: 514).

118 Nos referimos al art. 21 de la ley n. 20.393.

119 El principio de presunción de inocencia se encuentra establecido en el art. 19, n. 3), inc. 7, de la Constitución Política de la República de Chile, y en el art. 4 del código procesal penal chileno.

Público recae la obligación de probar, más allá de toda duda razonable, la existencia del delito y su adscripción, objetiva y subjetiva, al individuo específico<sup>120</sup>; así como, mutatis mutandis, recae igualmente sobre el Ministerio Público la obligación de demostrar la existencia del ilícito penal del ente y su adscripción, objetiva y subjetiva, al sujeto colectivo específico.

La correcta distribución de la carga de la prueba entre acusación y defensa ha sido bien abordada por el propio Ministerio Público en el ya citado instructivo, por medio del cual afirma que “si la empresa no adoptó un modelo de prevención como el propuesto por la ley, ello no significa dar por cumplido este presupuesto de imputación, sino que necesariamente, aquel presupuesto deberá ser acreditado por el Ministerio Público”<sup>121</sup>, en referencia a la violación de los deberes de dirección y supervisión. En relación a la validación del contenido preventivo, el Ministerio Público ha afirmado, que en el caso en que la persona jurídica hubiera adoptado un modelo y este haya sido certificado “será más complejo demostrar que la empresa no cumplió con los deberes de dirección y supervisión”, aun cuando se deje siempre a la discrecionalidad del órgano judicial la valoración acerca de la idoneidad preventiva del específico modelo adoptado por la persona jurídica, debiendo el juez determinar, en concreto, la existencia del modelo, el grado de aplicación y su adecuación preventiva, siempre en relación a los elementos de prueba aportados por la Fiscalía en el proceso penal<sup>122</sup>.

En sintonía con la lectura que aquí hemos propuesto del sistema chileno de imputación de responsabilidad penal a la persona jurídica, tiene sentido ir más allá

hasta afirmar que, ahí donde la Fiscalía haga valer en juicio que el modelo certificado no corresponde con el modelo efectivamente implementado por la persona jurídica, deberá demostrar que existe un fractura entre la realidad empresarial y el sistema de organización que resultó acreditado en el procedimiento de validación preventiva, o bien tendrá que probar el eventual acuerdo criminoso entre el ente y el sujeto certificador, o alternativamente la inducción a error por parte de éste último, cuyo efecto haya sido la obtención de una certificación favorable a la persona jurídica, no obstante, no se reconozcan en el modelo los presupuestos<sup>123</sup>. Es, además, importante tener presente que el certificador es un sujeto privado que, asimilado al funcionario público, con la consecuente aplicación del estatuto penal del mismo<sup>124</sup>, en la medida que ejercita una función certificadora.

Un problema complejo adicional, resulta aquel de establecer cuál es la diferencia entre la presunción de inocencia que protege a la persona jurídica siempre, y la presunción de correcta organización de esta a través de la certificación.

Pues bien, en sintonía con los principios generales del ordenamiento chileno, sobre el órgano persecutor recae siempre y en cada caso, la carga de probar la culpabilidad de la persona jurídica, más allá de toda duda razonable, con el objetivo de superar la presunción de inocencia. Por lo anterior, la carga de la prueba recae sobre el ente persecutor sea que el modelo preventivo haya sido o no certificado, incluso en el caso en que no exista en absoluto un modelo.

120 Véase en este sentido el art. 340 del código procesal penal chileno

121 En este sentido la Instrucción General del Ministerio Público que imparte criterios de actuación para la investigación y persecución penal de las personas jurídicas”, n. 440/2010, del 23 agosto 2010, 7, disponible en el sitio web <http://www.fiscaliadechile.cl/Fiscalia/instructivos/index.do?d1=10>.

122 Instrucción General del Ministerio Público, cit., 10, la que señala que la persona jurídica evidentemente “sostendrá que por el hecho de tener una certificación actual ha cumplido con su obligación de adoptar e implementar un sistema de prevención y que el mismo se encuentra operativo”. Sin embargo, la Fiscalía concluye su iter argumentativo señalando que no puede reconocerse a la certificación, por sí misma, eficacia eximente de responsabilidad para la persona jurídica, dado que el objetivo de la certificación es asegurar la efectiva aplicación del modelo, teniendo presente que podrían existir modelos que cumplan solo aparentemente los parámetros normativos.

123 Bajo este perfil analítico, puede ser interesante traer a la luz un proyecto de reforma del sistema italiano de imputación de responsabilidad al ente, por medio del cual se ha propuesto introducir la certificación preventiva modelo en el d. lgs. 231/2001: véase “Schema di disegno di legge Arel-Ministero di Giustizia di modifica del d. lgs. n. 231/2001”, publicado en Pinza (editor), *La responsabilità amministrativa*, 2010, Roma, 9 ss., disponible en <https://www.penalecontemporaneo.it>. El proyecto propone, con claridad que en el caso en que la idoneidad preventiva del modelo adoptado por el ente haya sido certificada, la responsabilidad por la comisión del delito será excluida, siempre que el modelo concretamente adoptado e implementado corresponde al modelo certificado y no sobrevengan violaciones significativas de las prescripciones que vuelvan evidente la laguna organizativa que opera en ese caso como causa del delito porque se procede. Lo que implica que se trataría de una presunción de idoneidad preventiva de las reglas del modelo de carácter ‘relativo’, porque admitiría la prueba en contrario, fundada sobre la falta de correspondencia entre el modelo certificado y el modelo implementado, o bien, sobre la violación significativa de sus prescripciones. El mismo proyecto sugiere, además, la introducción del delito de abuso de funciones del certificador ante una falsa declaración de idoneidad preventiva del modelo, con el fin de garantizar la seriedad y veracidad de las validaciones preventivas que, de este modo, no deberían resultar ‘domesticables’ por medio de eventuales acuerdos criminales entre ente y sujeto certificador que tengan por objeto eludir la verdadera finalidad preventiva del sistema. Para un análisis más profundo sobre el contenido esencial del proyecto, también en relación con los mecanismos certificadores previstos en Chile, véase Valenzano (2015: 166 ss.).

124 En base a lo dispuesto por el art. 4, n. 4), letra c) de la citada ley n. 20.393 y del art. 260 del código penal chileno.

Sin embargo, para comprender mejor el fenómeno, podríamos representar metafóricamente el modelo preventivo como un muro de seguridad que 'protege' a la entidad de los riesgos de comisión de delito, en el sentido de convertir en permitida, en cuanto lícita, la acción de los exponentes que actúan 'en sintonía' respecto de las prescripciones del modelo, permaneciendo su conducta metafóricamente encerrada 'dentro de los muros de seguridad'. El modelo, si se encuentra certificado, constituye una 'barrera de legalidad preventiva' que envuelve y cualifica el correcto funcionamiento de la entidad.

Incumbe al Ministerio Público demostrar, en cada caso, el incumplimiento de los deberes de dirección y supervisión de la persona jurídica del que depende el delito del individuo, y nos parece evidente que, continúa recayendo sobre el órgano persecutor la carga de la prueba de la culpabilidad de la persona jurídica (sea que el modelo exista o no). Dicha carga será más ardua para el Ministerio Público en el caso que el modelo preventivo haya sido certificado, se presume conforme a los parámetros de idoneidad establecidos por el legislador chileno, y en consecuencia constituya una prueba del cumplimiento de los deberes de dirección y supervisión por parte de la entidad, precisamente, por efecto de la presunción relativa de idoneidad del modelo mencionado.

Trasladándonos al plano aplicativo, el problema en relación a qué eficacia reconocer a la certificación en el sistema chileno, no resulta haber sido hasta ahora enfrentado por la jurisprudencia, razón por la cual no es posible establecer cuál es la posición de las Cortes sobre el objeto de la certificación o sobre sus efectos, dado que en los diversos casos a que ha dado lugar la ley, los procesos han concluido en fases anteriores al juicio oral, a través de salidas alternativas o juicios abreviados, sin que se haya generado mayor debate, cuestión que no ha permitido evaluar la relevancia, en concreto, del modelo preventivo en el sistema de atribución de responsabilidad a la persona jurídica, ni menos evaluar la relevancia de mecanismos alternativos de cumplimiento de las obligaciones de dirección y supervisión.

Sin embargo, resulta interesante evidenciar que, en casi todos los (pocos) procesos en contra de las perso-

nas jurídicas en Chile, la Fiscalía ha formulado la acusación en contra de los entes explicitando en la descripción de la imputación que la persona jurídica resulta responsable por no haber adoptado un modelo preventivo y no haber previsto tampoco 'otras medidas' (diferentes del modelo en sentido estricto) para cumplir con sus deberes de dirección y supervisión<sup>125</sup>, demostrando así, que también en sede aplicativa, se considera la posibilidad de incorporar métodos alternativos al modelo preventivo de cumplimiento espontáneo de las obligaciones de gestión y vigilancia de la persona jurídica.

### 9. La 'validación *post factum*' de la idoneidad preventiva de las cautelas organizativas a través de la pericia del modelo en el ordenamiento peruano. La relevancia sistemática de la 'eximente incompleta' en los sistemas chileno y peruano

En lo que concierne al ordenamiento peruano, no obstante, la previsión de la certificación del modelo en el texto de la ley originaria<sup>126</sup>, la institución fue rápidamente suprimida por medio de la intervención del decreto de reforma<sup>127</sup>.

Ha sido, sin embargo, incorporado en el sistema peruano un mecanismo diverso de validación '*post factum*' de la idoneidad preventiva del modelo, esto es, que opera 'después' de la eventual comisión del delito, pero 'antes' del ejercicio de la acción penal. Debido a lo cual el Fiscal antes de notificar a la persona jurídica la existencia de una investigación en su contra, debe pedir un informe técnico a la Superintendencia del Mercado de Valores que tendrá valor probatorio de pericia institucional, cuyo objetivo es evaluar la implementación del modelo preventivo efectivamente adoptado por la entidad<sup>128</sup>.

En cuanto a la relevancia del informe técnico, desde el punto de vista de su eficacia probatoria, se debe considerar que la pericia institucional emitida por un sujeto público (como la Superintendencia u otra autoridad), tiene, en el sistema peruano, valor de prueba asimilable a cualquier pericia de parte.

El legislador peruano, optando por una opción incisa desde el punto de vista de los efectos procesales, ha establecido que la pericia constituye una 'condición de procedibilidad' por la formalización de la investiga-

125 En este sentido véanse las sentencias de los casos: Constructora Pehuenche del 7º Juzgado de Garantía de Santiago (Rit 11862-2014), Municipalidad de Arica del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Arica (Rit 33-2014); así como Salmones Colbún del Juzgado de Garantía de Talca (Rit 9211 - 2012).

126 Antes de la reforma, el art. 19 de la citada ley peruana prescribía que el modelo de prevención de delitos podía ser certificado por un tercero autorizado a tal efecto, con el objetivo de acreditar el cumplimiento de todos los elementos establecidos en el art. 17 inc. 2 de la misma ley.

127 La referencia es al, ya citado, d. lgs. n. 1352 del 2017, que ha reformado la ley peruana n. 30424/2016 antes de su entrada en vigencia.

128 La institución se encuentra prevista en el art. 18 de la ley peruana.

ción en contra de la persona jurídica<sup>129</sup>. Para profundizar sobre el rol y el funcionamiento de la mencionada ‘condición de procesabilidad’ fundada sobre la ‘validación post factum’ de la idoneidad preventiva de las reglas cautelares contenidas en el modelo organizativo, podemos identificar en el sistema diversas situaciones procesales que abordaremos a continuación.

Se puede dar una primera situación en el caso en que la pericia asevere que, no obstante, un delito haya sido cometido, el modelo preventivo implementado en concreto por el ente, ‘antes’ de la comisión del hecho ilícito, es idóneo: caso en el cual el órgano persecutor tendrá que disponer el archivo de la investigación<sup>130</sup> y, por lo tanto, del procedimiento penal, mediante una decisión motivada.

Podemos encontrar un segundo caso en que la pericia asevere que el modelo preventivo, en concreto, implementado por la persona jurídica ‘antes’ de la comisión del delito no es idóneo: caso en el cual el órgano persecutor dará lugar a las diligencias preliminares a través de la formalización de la investigación.

Queda todavía una tercera posibilidad que podríamos definir como de ‘arrepentimiento activo’ de la entidad que, ‘*post factum*’, puede haber adoptado un modelo preventivo idóneo de carácter ‘reparador’, no obstante, no contara con un modelo —o hubiese implementado cautelas inadecuadas— antes de la comisión del hecho constitutivo de delito. En consecuencia, en el caso en que la pericia establezca que la persona jurídica implementó un modelo preventivo únicamente ‘después’ de la comisión del delito (pero antes del inicio del juicio penal), la Fiscalía dispondrá la formalización de la investigación y la continuación de la investigación preparatoria, ya que la implementación de un así llamado ‘modelo reparatorio *post factum*’, tiene eficacia como mera circunstancia atenuante de la pena para el ente<sup>131</sup>, que no constituye una causa de exención de la responsabilidad para el sujeto colectivo; razón por la cual, la

responsabilidad de la persona jurídica por el delito cometido se mantiene, si bien con la aplicación de una pena atenuada.

Por último, el ordenamiento peruano prevé la posibilidad, original respecto de los otros sistemas objeto de la comparación, de que la pericia otorgue, no obstante el modelo preventivo concretamente implementado no sea idóneo a prevenir delitos, una ‘acreditación parcial’. En el caso en que la pericia establezca que el modelo adoptado respeta sólo algunos de los parámetros de idoneidad<sup>132</sup>, pero no todos, dicho modelo podrá operar como ‘eximente incompleta’, es decir, no como causa de exclusión de responsabilidad de la persona jurídica, sino como mera circunstancia de atenuación de su responsabilidad y, por lo tanto, de la pena a imponer<sup>133</sup>. En otros términos, en el ordenamiento peruano se configura una ‘eximente incompleta’ en el caso en que no se configuren ‘todos’ los elementos constitutivos de una circunstancia de exclusión, atenuando la responsabilidad, con los respectivos reflejos sobre el plano sancionatorio. El código penal peruano califica las mencionadas hipótesis como “responsabilidad restringida”<sup>134</sup>, autorizando al juez penal a reducir la penal por debajo del límite legal.

El efecto procesal de estas normas sustanciales es la razón por la cual en caso de ‘validación parcial’ de los contenidos preventivos del modelo, el órgano persecutor tendrá que dar lugar a la investigación preliminar por medio de la formalización de la investigación, pues como hemos indicado, la pena de la persona jurídica será reducida debido a la eximente incompleta, pero no será excluida porque el efecto eximente de responsabilidad se encuentra ausente.

Bajo este perfil de análisis específico, es interesante destacar que, a diferencia del ordenamiento peruano, en el que ha sido expresamente prevista la eximente incompleta en el sistema de imputación de responsabilidad a la persona jurídica derivada de la comisión

129 Al tenor de lo establecido en la octava disposición complementaria final de la ley peruana.

130 Según lo establecido en el art. 334 del c.p.p. peruano, el archivo puede ser decretado después de recibir una denuncia o después de que concluyen las “diligencias preliminares”, (cuyo plazo es el de 20 días). Esquemmatizando los aspectos esenciales, cuando el Ministerio Público recibe una denuncia de delito: 1) puede decidir incluso inmediatamente disponer el archivo de las noticias de un delito (con un decreto de archivo); 2) puede dar inicio a las “diligencias preliminares”, como primeras investigaciones, que pueden durar sólo 20 días, (salvo que el propio Ministerio Público fije un término más amplio), en el curso de las cuales el órgano persecutor debe pedir el Informe técnico a la Superintendencia para poder proceder con el envío a la investigación preliminar propiamente tal en contra del ente; 3) transcurridos los 20 días (o el plazo más largo que el M.P. haya establecido como necesario), el órgano persecutor puede disponer el archivo del procedimiento penal o bien puede dar lugar a la investigación preliminar propiamente tal en contra del ente, por medio de la “formalización de la investigación”, que no representa todavía el ejercicio de la acción penal, pues el M.P. aún no ha ejercido la acusación penal en sentido estricto, tratándose todavía de actividades procesales tempranas.

131 De acuerdo con lo dispuesto en el art. 12, letra d) de la citada ley peruana.

132 Se trata de la existencia parcial de los ‘elementos mínimos’ establecidos en el art. 17, inc. 2, de la citada ley peruana.

133 En razón de lo dispuesto por el art. 21 del código penal peruano, en relación al art. 12 letra e) de la citada ley, que prevé como circunstancia atenuante la “acreditación parcial de los elementos mínimos del modelo de prevención”.

134 El art. 21 del código penal peruano, titulado de la “responsabilidad restringida”, establece que, en lugar de excluir la responsabilidad, la atenúan, las causas de exclusión de esta, cuando no se configuran todos los elementos constitutivos.

de un delito, en el ordenamiento chileno la eximente incompleta se encuentra prevista, en términos generales, en el código penal<sup>135</sup>, pero no en la ley especial que estructura el sistema de responsabilidad por delitos a la persona jurídica (así como tampoco la ley argentina sobre responsabilidad penal de las entidades la prevé).

En razón de lo anterior, podría —en nuestra opinión— plantearse en el sistema chileno, la pregunta acerca de la aplicabilidad de la eximente incompleta como posible causa de atenuación de la responsabilidad penal de la persona jurídica que haya adoptado un modelo que satisfaga sólo parcialmente los requisitos impuestos por el legislador chileno<sup>136</sup>. Será necesario establecer, si y en qué medida, puede extenderse el alcance de la norma contenida en la disposición del código penal que prevé la 'eximente incompleta' en el art. 11 n. 1), hasta incluir en ella la falta de perfeccionamiento de los 'elementos mínimos' de un modelo de prevención, considerando además que, al establecer el catálogo de atenuantes aplicables a la persona jurídica, la citada ley especial no hizo referencia al art. 11 n. 1).

Volviendo al sistema peruano, y para concluir sobre este punto, es importante destacar que el sistema de 'validación *post factum*' de la eficacia preventiva, no obstante su relevancia, al reconocer el efecto liberatorio para la persona jurídica incluso in sede procesal, en tanto demarcación entre la voluntad del autor del delito y aquella de la entidad, ha sido parcialmente criticado por la doctrina peruana, por el rol que se ha entregado a la Superintendencia de Valores, a quien se considera privada de las competencias necesarias para evaluar la adecuación preventiva del modelo<sup>137</sup>.

Nos parece, sin embargo, que la evaluación sobre el innovativo sistema de 'validación *post factum*' de la eficacia preventiva del modelo debe ser mayormente desarrollada. En otros términos, resulta apreciable que el legislador peruano haya identificado en la pericia una condición de procesabilidad de la acción penal contra la persona jurídica, cuya solicitud constituye una obligación para el Ministerio Público, o más bien, en el resultado negativo de la pericia, que excluye la eficacia de las reglas cautelares elaboradas e implementadas, en concreto, por la persona jurídica.

A contrariis, la prevista condición de procesabilidad de la acción penal contra la persona jurídica puede, en nuestra opinión, resultar un instrumento idóneo a la verificación de una 'divergencia' efectiva entre la voluntad del autor del delito y voluntad virtuosa de la persona jurídica, ahí donde la pericia entregue un re-

sultado positivo que reconozca la eficacia de las reglas preventivas implementadas en concreto por la entidad virtuosa. Se trata de una 'fractura' entre las dos 'voluntades', en presencia de la cual el Ministerio Público debe archivar el procedimiento penal en contra del sujeto colectivo, al no encontrarse en posición de dirigir un 'reproche' a la entidad correctamente organizada 'antes' de la comisión del delito, cuestión que derriba la conexión 'subjettiva' entre el delito cometido por el individuo y la persona jurídica, en aplicación de los principios de personalidad y culpabilidad.

Todavía, evaluando en modo positivo la existencia de un mecanismo liberatorio para la persona jurídica virtuosa, centrado sobre la específica condición de procesabilidad de la acción penal contra la entidad, existe al mismo tiempo una reserva en relación al 'tiempo' en que debe requerirse la pericia sobre la adecuación del modelo, pues se trata de un momento 'sucesivo' respecto a aquel en que el Ministerio Público ya haya decidido decretar las diligencias preliminares, es decir, a continuación de la aparición, en opinión del órgano persecutor, de al menos un indicio de comisión de un delito como contexto que podría en alguna medida 'afectar' la objetividad de juicio del perito. El problema puede surgir, en otros términos, por la circunstancia de que el hecho de que haya sido cometido un delito en nombre o por cuenta de la persona jurídica, y en su interés, pueda ser considerado por el evaluador como presunción de falta de adecuación del modelo a los fines previstos por la ley.

Una solución posible, podría ser reconocer 'también' en manos de la persona jurídica, no la obligación, pero sí la facultad de requerir a la autoridad pública (la Superintendencia) un informe técnico, con el mismo valor jurídico de pericia, 'después' de la adopción del modelo, pero 'antes' de la comisión del delito, en un tiempo que no pueda ser considerado como 'sospechoso', para obtener una 'validación preventiva' y que pueda operar en el futuro también como 'condición de procedibilidad' de una eventual acción penal contra la persona jurídica. El mecanismo propuesto, en una perspectiva de reforma del sistema, permitiría poner al ente 'virtuoso' al resguardo del juicio de la autoridad pública que podría encontrarse, en alguna medida, contaminado por el contexto de referencia, permitiéndole a la entidad acceder, con algún nivel de certeza, al 'beneficio' del archivo de las diligencias preliminares que podría ser eventualmente decretadas en presencia de la comisión de un delito en el ejercicio de sus actividades, ahí donde las

135 En el código penal chileno, el art. 11 n. 1) establece que, en lugar de excluir la responsabilidad, la atenúan, las eximentes previstas en el art. 10, cuando no se configuran todos los elementos constitutivos de las causas de exclusión de responsabilidad penal. Para una explicación sobre cuándo y cómo opera la eximente incompleta en el sistema chileno véase Garrido Montt (2010: 185).

136 Se trata de los elementos del modelo preventivo establecidos en el art. 4 de la citada ley chilena.

137 En este sentido, véase Balmaceda (2017: 31-32).

cautelares diseñadas e implementadas por el ente, sean consideradas, ex ante, eficaces por la misma pericia.

Ciertamente, se debería estructurar un mecanismo de tutela que, más completamente y con el objetivo de evitar cómodas ‘escapatorias’ para las entidades que quieran sólo ‘fingir’ estar organizadas correctamente, pueda operar con eficacia liberatoria de la validación ‘*ante factum*’, únicamente en el caso en que el modelo preventivo concretamente implementado corresponda a aquel que ha sido validado y no sobrevengan, en el entre tiempo, ‘significativas violaciones’ de sus prescripciones que vuelvan manifiesta la ‘laguna organizativa’ que haya ocasionado el delito del individuo, en presencia del cual el ente debería haber actuado correctamente<sup>138</sup>. Se trataría, en definitiva, de un instrumento más completo que, así como la certificación en el sistema chileno, cuando es correctamente interpretada en sus alcances y eficacia sistemática, permitiría verificar la autónoma voluntad virtuosa de la entidad y, en consecuencia, en ausencia de ‘reproche’, condujere a la exoneración de la responsabilidad de la persona jurídica por el delito eventualmente cometido.

#### 10. Una propuesta de certificación en el sistema argentino, no obstante, el vacío normativo

La ley argentina sobre responsabilidad penal de las personas jurídicas no prevé la posibilidad de certificar o validar preventivamente el programa de integridad, aun cuando los ya citados “lineamientos de integridad” hagan expresa referencia al monitoreo y la evaluación continua de la adecuación del programa, sugiriendo a cada persona jurídica efectuar revisiones periódicas para verificar si el programa en concreto implementado, individualiza los riesgos de comisión de delito de manera suficiente, si se aplican verdaderamente las políticas y los procedimientos en las actividades cotidianas y qué resultados tienen los controles<sup>139</sup>.

No obstante el indicado vacío normativo sobre el perfil aquí considerado, puede ser interesante evidenciar que el proyecto del documento titulado “lineamientos de integridad”, luego enmendado en su versión aprobada de forma definitiva, al referirse al monitoreo continuo y a la evaluación de la eficacia del programa preventivo, indicaba que el ente podría recurrir a un soporte profesional externo para certificar, o en cualquier

modo, validar la buena marcha del programa, o bien asista en la realización de las mediciones.

La validación del sistema de prevención de delitos llevado a cabo por un consultor externo a la persona jurídica, tenía por objeto conferir al programa mayor credibilidad de frente a terceros o a las autoridades. Sin embargo, el mismo proyecto aclaraba que la decisión de certificar un programa (o de obtener una opinión profesional independiente sobre su idoneidad preventiva) para la legislación argentina no habría constituido una garantía plena de la adecuación y eficacia del programa preventivo, quedando dicha evaluación como de exclusiva competencia del órgano judicial.

#### 11. Conclusiones

De la comparación entre los tres ordenamientos considerados, se extrae en primer lugar que, no obstante la —al menos aparente— diversa naturaleza jurídica de la responsabilidad de la persona jurídica por la comisión de delitos, los legisladores nacionales, si bien con diversos matices, han basado el sistema de imputación de responsabilidad a la persona jurídica sobre el ‘defecto de organización’, estableciendo como condición que el delito del exponente sea consecuencia de una específica ‘laguna organizativa’.

En el plano objetivo de imputación, si bien con ciertas diferencias entre disciplinas, se revelan las directrices fundamentales, que consisten en la posición subjetiva del autor del delito (con acentos más elásticos en el sistema argentino), en la conexión final entre la conducta criminal y el interés (o beneficio) de la persona jurídica, y, en modo más incisivo, en la conexión objetiva entre el hecho cometido y una específica ‘laguna organizativa’ que lo haya ocasionado.

Los tres ordenamientos seleccionados prevén, en realidad, la exclusión de la responsabilidad de la persona jurídica, en el caso en que ‘antes’ de la comisión del delito se haya instaurado un modelo de prevención de delitos de la especie de aquel cometido (o bien un otro mecanismo preventivo) que, al momento en que ha sido proyectado e implementado, resultara ‘idóneo’ a prevenir determinados delitos.

Además, se contempla la posibilidad para la persona jurídica de adoptar, ‘*post factum*’, un modelo preventivo que asuma la forma de un ‘modelo reparatorio’, precisamente, porque se encuentra dirigido a reprimi-

138 Una formulación similar, en sintonía con la lógica aquí manifestada, ha sido propuesta en el sistema italiano de atribución de responsabilidad a los entes por la comisión de delitos, en particular para la reforma del d. lgs. 231/2001, por medio del proyecto titulado “Schema di disegno di legge Arel-Ministero di Giustizia” del 2010, publicado en Pinza (editor.), *La responsabilità amministrativa*, 2010, 9 ss., para profundizar sobre este argumento véase Fiorella y Valenzano (2016: 88 ss.).

139 Nos referimos, en particular, al capítulo 3.12 del documento “lineamientos de integridad”, en que se explica, entre otras cosas, que tales revisiones pueden tener lugar en la forma y periodicidad por establecer en relación con las características concretas y recursos del ente, y pueden consistir en múltiples acciones, entre las que menciona, la investigación, la revisión de autores, así como el análisis agregado de datos estadísticos.

nar condiciones de legalidad 'después' de la comisión de un hecho constitutivo de delito. Mostrando así, los sistemas chileno, peruano y argentino, haber atribuido cierto valor a la así denominada "*reactive fault*"<sup>140</sup> de la persona jurídica, y que se configura en el caso de ausencia de adopción, por parte del ente, de suficientes medidas de 'reacción' a continuación del ilícito penal que haya sido cometido, omitiendo incluso la reprimenda de una 'correcta organización' para prevenir la comisión de posteriores delitos. Lo anterior, en sintonía con los objetivos propios de un modelo organizativo que debe consistir no sólo en la prevención de ilícitos penales, sino también en su identificación con el fin de que sean sancionados, con la consecuente reacción del ente para la reprimenda de las condiciones de legalidad en la organización<sup>141</sup>.

Así, los legisladores nacionales de los ordenamientos objeto de la comparación, han estimulado a las personas jurídicas a adoptar mecanismos de contención de los riesgos penales, elaborando, a través de reglas cautelares, un perímetro al interior del cual se puede considerar que la actividad de la persona jurídica está permitida, es decir es lícita, no obstante, un sujeto colectivo sea por su propia naturaleza, generador de riesgos.

La violación de las reglas cautelares de las cuales se ha dotado la persona jurídica, constituye la base para un 'reproche' sobre el plano subjetivo, y por lo tanto para un juicio de 'culpabilidad' en contra del ente, en la medida en que fuese, ex ante, representable y previsible que de la laguna conductual de la persona jurídica pueda derivarse un resultado delictivo por parte de un individuo, siempre y en la medida en que fuera, en concreto, exigible un comportamiento diverso por parte del mismo sujeto colectivo.

Sin embargo, las reconstrucciones dogmáticas de la doctrina sudamericana sobre el perfil 'subjetivo' de imputación de la responsabilidad por la comisión de delitos a la persona jurídica, y por lo tanto, sobre la necesidad y el fundamento del 'reproche subjetivo' del mismo, en el estado actual de las cosas, no parecen representar todavía un grado significativo de elaboración, con toda probabilidad, porque se trata de sistemas de disciplina muy innovativos y de reciente introducción en los relativos ordenamientos jurídicos.

No obstante lo anterior, los sistemas peruano y argentino, si bien con diversos acentos, contemplan interesantes instrumentos para la determinación de la eventual 'divergencia' de la voluntad del autor del de-

lito respecto a aquella, virtuosa, de la persona jurídica. Exigiendo en el sistema argentino, al fin de atribuir responsabilidad a la persona jurídica por la comisión de delito, que la violación de las reglas cautelares, fruto de la autorregulación del sujeto colectivo, no haya implicado un esfuerzo efectivo por parte del agente, y planteando el sistema peruano que no se haya verificado una 'elusión fraudulenta' de las mismas reglas preventivas por parte del autor del delito.

El perfeccionamiento del juicio sobre la elusión no fraudulenta de las reglas preventivas, o sobre la violación no dificultosa de las mismas, permite en otros términos, formular un 'reproche personal' en contra de la persona jurídica que haya elaborado e implementado cautelas preventivas inidóneas, en cuanto susceptibles de ser eludidas o violadas sin esfuerzo alguno por parte del autor del delito, como posible develador de una 'sintonía' entre las dos voluntades, o en cualquier caso, de la ausencia de contraste de una voluntad al ser confrontada con la otra.

A contrariis, el hecho de haber reconocido en los dos sistemas jurídicos la exoneración de responsabilidad para la persona jurídica, ahí donde el autor del delito haya eludido fraudulentamente (en Perú), o en cualquier caso violado con 'esfuerzo' las reglas cautelares de que se ha dotado (en Argentina), representa un mecanismo que, si bien con diferentes matices, permite atribuir importancia a la divergencia entre la 'voluntad criminosa' del autor del delito y la 'voluntad virtuosa' de la persona jurídica de actuar conforme al ordenamiento. Esto significa, que el agente no pudo contar ni con el 'consentimiento' ni, menos, con la 'complicidad' de la persona jurídica, de sus exponentes y mecanismos de control, al punto tal de tener necesariamente que engañarlos, es decir, eludirlos, en el sistema peruano, o violarlos, en el sistema argentino.

Otros elementos relevantes, surgen del ejercicio comparativo, en particular entre los ordenamientos chileno y peruano, y que dicen relación con la incorporación de mecanismos de validación de la idoneidad de las reglas cautelares establecidas en el modelo (como testimonio 'preventivo' en el sistema chileno y 'post factum' en el peruano), que tienen por objeto 'garantizar', sea sobre el plano sustancial como procesal, que la persona jurídica 'virtuosa' se ha organizado correctamente para prevenir la comisión de delitos.

Particularmente interesante resulta el innovativo mecanismo elaborado por el legislador peruano, que

140 Los padres del innovativo concepto son los autores Fisse y Braithwaite, *Corporations, Crime and Accountability* (1993: 48) quienes definen la "*reactive corporation fault*" como un 'defecto de organización' ("*corporate failure*") al adoptar medidas preventivas satisfactorias o correctas en respuesta a la comisión del *actus reus* de un delito por parte de un exponente del ente que actúe por su cuenta. En sede procesal, el juez podrá, en consecuencia, evaluar la conducta 'culpable' tenida por la persona jurídica 'después' de la comisión del delito para la mejor determinación de la sanción a imponer al ente.

141 Desde este punto de vista, en la doctrina española véase Nieto (2013-2014: 196).

estableció en la pericia una ‘condición de procesabilidad’ de la acción penal contra la persona jurídica (cuya solicitud constituye una obligación para el Ministerio Público) que descansa sobre la idoneidad de las reglas cautelares establecidas por el modelo concretamente implementado por la misma persona jurídica; subordinando el ejercicio de la acción penal contra la persona jurídica, al resultado negativo de la misma pericia, esto es, al testimonio de la falta de idoneidad preventiva del modelo concretamente implementado.

De este modo, los mecanismos de validación preventiva de la idoneidad del modelo, si son correctamente interpretados, sirven, por un lado, como instrumento de estímulo y garantía de la efectiva introducción de mecanismos de prevención de delitos idóneos en la entidad ‘virtuosamente’ organizada, y, por otro lado, deberían proporcionar certeza jurídica sobre los efectos que se relacionan en el caso particular con la validación misma, evitando la atribución prácticamente ‘automática’ de la responsabilidad por la comisión de delitos a la persona jurídica por el solo hecho que el delito haya sido cometido por un exponente, en su interés.

Sobre un plano sistemático amplio, desde el punto de vista de los efectos, la validación podría excluir el elemento objetivo del ilícito de la persona jurídica, siempre que resultase, en concreto, inexistente el ‘riesgo no permitido’ que deriva de una ‘laguna en la organización’; mientras al contrario podría excluir el elemento subjetivo, en la perspectiva distinta de verificación ex ante de la idoneidad preventiva del modelo, en el caso en que el riesgo hubiese sido verificado, debiendo en consecuencia, atribuir relevancia a la ‘buena fe’ de la persona jurídica, que sin culpa, se ha confiado del testimonio regularmente obtenido.

En otros términos, los mecanismos de validación, siempre que sean interpretados en una correcta perspectiva sistemática, permiten al juez nacional comprobar y evaluar la ‘actitud subjetiva’ de la persona jurídica que se haya organizado correctamente, como demuestra la aseveración ‘post factum’, o que haya de cualquier modo ‘de buena fe’ reposado la propia confianza en una certificación regularmente obtenida ‘ante factum’ que asevere que cuenta con una correcta organización, con el efecto de excluir, en la situación concreta, la posibilidad de dirigir un ‘reproche’ a la persona jurídica por la ausencia de ‘culpabilidad de la organización’. Así, los mecanismos de validación (ante o post factum) de la idoneidad de los modelos, representan un instrumento esencial para una efectiva introducción de sistemas de legalidad en las organizaciones y para una instalación de la responsabilidad de las personas jurídicas por la comisión de delitos que sea realmente observante de los principios de ‘personalidad’ y, por lo tanto, de ‘culpabilidad’ de la responsabilidad penal (o para-penal).

## BIBLIOGRAFÍA

- BALMACEDA, Justo (2017). “Las personas jurídicas y su responsabilidad ‘administrativa’ autónoma para los delitos de corrupción y lavado de activos visto desde el Decreto Legislativo n. 1352”. *Revista Actualidad Penal*, 33: 15-36.
- BARTOLE, Sergio, DE SENA, Pasquale y ZAGREBELSKY, Vladimiro (2012). *Commentario breve alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell’uomo e delle libertà fondamentali*. Padova: Cedam.
- CORDERO, Eduardo (2012). “El Derecho administrativo sancionador y su relación con el Derecho penal”. *Revista de Derecho Chileno*, XXV (2): 131-157.
- CORDERO, Eduardo (2013). “Concepto y naturaleza de las sanciones administrativas en la doctrina y jurisprudencia chilena”. *Revista de Derecho Universidad Católica del Norte Sección: Estudios*, 20 (1): 79-103.
- FERNÁNDEZ, Carmen y CHANJAN, Rafael (2016). “La responsabilidad penal de las personas jurídicas: un estudio comparado entre España y el Perú”. *Revista de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Perú*, 77: 349-379.
- FIORELLA, Antonio (2018). *Le strutture del diritto penale. Questioni fondamentali di parte generale*. Milano: G. Giappichelli Editore.
- FIORELLA, Antonio y VALENZANO, Anna Salvina (2016). *Colpa dell’ente e accertamento. Sviluppi attuali in una prospettiva di diritto comparato*. Roma: Sapienza Università Editrice.
- FISSE, Brent y BRAITHWAITE, John (1994). *Corporations, Crime and Accountability. (Theories of Institutional Design)*. Melbourne: Cambridge University Press.
- GARRIDO MONTT, Mario (2010). *Derecho Penal, Parte General, Tomo I*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- GÓMEZ-JARA, Carlos (2005). *La culpabilidad penal de la empresa*. Madrid: Marcial Pons.
- HERNÁNDEZ, Héctor (2010). “La introducción de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en Chile”. *Revista Política Criminal*, 5 (9): 207-236.
- MANNA, Adelmo (en curso de publicación). “La responsabilità dell’ente da reato tra sistema penale e sistema amministrativo”. En Fiorella, Antonio, Gaito, Alfredo y Valenzano, Anna Salvina (editores), *La responsabilità dell’ente da reato nel sistema generale degli illeciti e delle sanzioni*. Roma: Sapienza Università Editrice.

- MATUS, Jean Pierre (2009). "Informe sobre el proyecto de ley que establece la responsabilidad legal de las personas jurídicas en los delitos de lavado de activos, financiamiento del terrorismo y delitos de cohecho que indica, Mensaje 018-357". *Revista Ius et Praxis*, 15 (2): 285-305.
- \_\_\_\_\_. (2012). "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". *Diritto penale contemporaneo online*, disponible en <https://www.penalecontemporaneo.it/d/1661-sobre-el-valor-de-las-certificaciones-de-adopcin-e-implementacin-de-modelos-de-prevencin-de-delitos>.
- \_\_\_\_\_. (2013). "El valor de la defensa de cumplimiento". *La Semana Jurídica*, 51: 7-8.
- MONTIEL, Juan Pablo (2018). "Ley 27.401 y criterios para determinar la idoneidad de los programas de integridad". En Durrieu, Nicolás y Saccani, Raúl (editores), *Compliance, anticorrupción y responsabilidad penal empresaria*, (pp. 73-83). Buenos Aires: Thomson Reuters.
- NEIRA, Ana María (2016). "La efectividad de los *criminal compliance programs* como objeto de prueba en el proceso penal". *Revista Política Criminal*, 11 (22): 467-520.
- NICOSIA, Emanuele (2006). *Convenzione europea dei diritti dell'uomo e diritto penale*. Torino: Giappichelli.
- NIETO, Adán (2013-2014). "Problemas fundamentales del cumplimiento normativo en el derecho penal". *Revista Temas de Derecho Penal Económico: empresa y compliance*, Anuario de Derecho Penal, 171-200.
- PAPA, Rodolfo (2018). "La nueva ley de responsabilidad penal empresarial". *La Ley*, LXXXII (26): 1-6.
- PETRO GONZÁLEZ, Ingrid Regina, MOSQUERA RENTERÍA, Jennifer y TORRES MOLINA, Luz Elena (2014). "La responsabilidad penal de personas jurídicas como omisión legislativa en Colombia". *Revista Criminalidad*, 56 (3): 87-102.
- PIÑA, Ignacio (2012). *Modelos de prevención de delitos en la empresa*. Santiago: Thomson Reuters.
- SALCUNI, Giandomenico (2017). "Brevi cenni sull'imputazione soggettiva del reato commesso dagli apicali e il ruolo del giudice". *Giurisprudenza Penale web*, 12: 1-10, disponible en [http://www.giurisprudenzapenale.com/wp-content/uploads/2017/12/Salcuni\\_gp\\_2017\\_12.pdf](http://www.giurisprudenzapenale.com/wp-content/uploads/2017/12/Salcuni_gp_2017_12.pdf).
- SALVO, Nelly (2011). "Principales aspectos de la nueva responsabilidad penal de las personas jurídicas en Chile (Ley N° 20.393)", en Pieth, Mark y Ivory, Radha (editores), *Corporate Criminal Liability, Emergence, Convergence and Risk* (pp. 289-311). Ius Gentium, 9. Springer Netherlands: Springer Science+Business Media B.V.
- SOTO KLOSS, Eduardo (2005). "La potestad sancionadora de la Administración, ¿se adecua a la Constitución?". En *Sanciones Administrativas y Derechos fundamentales: regulación y nuevo intervencionismo*, Conferencias Santo Tomás de Aquino (pp. 29-49), Santiago: Ediciones Universidad Santo Tomás.
- TRIPODI, Andrea (2013). *L'elusione fraudolenta nel sistema della responsabilità da reato degli enti*. Padova: Cedam.
- VALENZANO, Anna Salvina (2012a). "Main Aspects of Corporate Liability 'ex Crimine' in Eastern European Countries: Poland, Czech Republic, Slovakia, Hungary, Romania, Bulgaria, Slovenia and Croatia". En Fiorella, Antonio (editor), *Corporate Criminal Liability and Compliance Programs. Liability 'ex Crimine' of Legal Entities in Member States, Vol. 1* (pp. 497-562). Napoli: Jovene.
- \_\_\_\_\_. (2012b). "Triggering persons: the Role of the Offender in 'ex Crimine' Liability of Legal Entities. A comparative Study on member States' Legal Systems". En Fiorella, Antonio (editor), *Corporate Criminal Liability and Compliance Programs. Towards a Common Model in the European Union* (pp. 213-248), Napoli: Jovene.
- \_\_\_\_\_. (2015). "Il rilievo della certificazione dei modelli organizzativi anche con riferimento all'esperienza cilena". En Fiorella, Antonio, Borgogno, Roberto y Valenzano, Anna Salvina (editores), *Prospettive di riforma del sistema italiano della responsabilità dell'ente da reato, anche alla luce della comparazione tra ordinamenti*, (pp. 161-184). Napoli: Jovene.

### SOBRE LAS AUTORAS

ANNA SALVINA VALENZANO es Doctora en Derecho Penal y Abogada, Investigadora en Derecho Penal en Universidad La Sapienza, Roma (Italia) desde el año 2014, Docente de la Escuela de especialización para las profesiones legales de la misma Universidad, Docente encargada del módulo denominado "Responsabilidad administrativa por delitos y compliance programs ex d. lgs. n. 231/2001" del curso de alta formación de la Universidad Sapienza "Organización de la empresa y responsabilidad penal en la tutela de la salud y la seguridad en el trabajo". Ha participado en diversos proyectos de inves-

tigación, nacionales e internacionales, entre los que destaca la investigación tri-anual financiada por la Unión Europea, titulada “Corporate Criminal Liability and Compliance Programs”, llevada a cabo entre los años 2009-2012. Autora de las obras “Modelos organizativos y organismo de vigilancia en el sistema de responsabilidad del ente por hechos delictivos”, Roma, 2007; “Culpa del ente y verificación. Desarrollos actuales en una perspectiva de derecho comparado” (Co-autor A. Fiorella), Roma, 2016; así como de numerosos ensayos en italiano, inglés y español en la materia de la responsabilidad de la persona jurídica por delitos y, en general, de derecho penal económico.

DIVA SERRA es Abogada de la Universidad de Chile, ayudante ad honorem del Departamento de Ciencias Penales de la Universidad de Chile (2009-2017), actualmente Doctoranda en Derecho Penal en Universidad La Sapienza, Roma (Italia), autora de la obra “El encubridor en la Jurisprudencia Chilena”, recopiladora en el Proyecto “Repertorio de Código Penal Chileno y Leyes Penales Especiales”, y colaboradora en diversas obras en derecho penal, en su calidad de ayudante del Departamento de Ciencias Penales de la Universidad de Chile. Les aut C. Elicauc opopore ma, occhili issertus tum iam us elum nonsiciem quam sa ilin hinatquod st actorem inerempl. Ifes pubi culinatimus condet factuusquo et; nonvere steris conerio, is? quis hostraet, estanter publii sent, qua din sena, dit? Ficipsenatus cotisti ntrarit. Itandac tortiem nocio Cupiemque tatus.

Fulos perius in vitia tes sil us, conum aucie atiaetodiu mandampro tatum audam, et, nocte perumurbes, consensus horum nonfit, tabendiem ditus. Boneres trarbitum omniquertem terfica estrae quem intus eti, C. cone niu senam pra nosus morum occhum con sin is norunc re reditra in st virmiss imussidet; issum ne norarbit. Satusa publius pribunum aur us, mei si-

mus, essic viriderors cula ad senduciem obsedo, Cupiorum pris, consulto nes ac rei pra et neris hui ia ci ste, nostrum te, ut ad sent. Ad num publi porit, nox nis cit, qua me renaridi, Casdam etio tam publina- tum perfirmist verum norum untionfeci perum cuppl. Grae cotilis; C. M. Habuntui cus cervir pri pris Catat, ut peripim atiam hoc ocremus.

Conferf econfec upimpese perbit, C. Se temusquampl. Opienatium sus cus publicastius caequosul vir atust alie nos confeco nfeconsulic res simum iam tiam ocutuus viviribus noximus hacemedi pon tere, ur audeatque publinte abi tereme terius auspicio ubi curnit; C. Habus, que ninam, niu, simili publici pricientiae cultimi lintri ius.

Servis orarbit. ex modiem in sum host aceperus consus, comaximur, nit iamdiem etius cre haet rem se ad inte es ium ni se patum idestivas rei estris, sendac rei igilles furi, senam no. Imo vivit, cononfiri forei publis. Nihicit det vid in hi, num avenari conitu il ut vid is? Muntem inam inprae ta perfertus is; iam inum tratis igilibus eo, nocasdam oponit, ocaedior quodidum, quidiessus oris nit; Cupimed nor los in denter loc, Catimurnit, crimensit; ne clus omnes publicaedii confirm ilintere tarendam nicioct ussillin iae nerimus ocum unulvivilis, mo unique te fur ausultores, su es sentiur que mus, quam ta peremquid anu quonsum tu intili, Cationdam pris. Is vilicam satudet faciam aricavolus prebatur, int? Opiocae pl. Re abunter cerunte conficiam ad iuro, se nontra L. es liciosto tra nonum or in tia quo et pl. O tebem, Catuam nondi publi, num inuliciena, senatus cae opteriu robulicio ia dum ficepse cotiam di ta et acchucit, cum qua vem.

Iquemus. Usse, quitera, que inatur, capertus, C. Maximihi, nihilicaedet inem fachuis sicaesi pat ad cre, que re, qua nos senatiq uidisse inati, videatervid in dum primiu mante, Palatuus pro eorte hos venterem, Catica sederis iam