

LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS EN PERÚ: CONSIDERACIONES DESDE LA EXPERIENCIA DEL DERECHO ESPAÑOL

Adán Nieto Martín
Catedrático de Derecho penal la Universidad de Castilla la Mancha.

En el marco de la responsabilidad ex delicto de las personas jurídicas estamos asistiendo a un proceso sin precedentes desde el punto de vista del derecho comparado. Nunca antes los textos legislativos de otros países en esta materia han tenido tanta influencia en los legisladores nacionales. Como de todos es conocido, la ley italiana del 2001, tuvo una gran incidencia en la elaboración chilena y española, y a su vez estas han tenido sin duda alguna influencia en la regulación que se ha aprobado en el Perú. A diferencia de lo que ha ocurrido en otros casos de “influencias” legislativas, en donde se han trasladado sin más soluciones jurídicas de un país a otro, en esta materia estamos asistiendo a un verdadero diálogo entre legisladores. A partir de un ADN común, cada uno de ellos innova e introduce aportaciones, donde con frecuencia se recogen opiniones doctrinales, jurisprudenciales de los ordenamientos que comparten la misma carga genética. Las notas que siguen se realizan con este espíritu dialogante. Se trata de la lectura del texto peruano a partir de la experiencia existente en España.

1. La naturaleza de la sanción.

Perú ha seguido la senda originaria del D. Leg. 2001 italiano y considera que la responsabilidad en que incurrn las personas jurídicas es de tipo administrativo. En ello se diferencia del CP español que habla claramente de responsabilidad penal, al igual que se hace en Chile. Como la experiencia italiana ha puesto de relieve no existen diferencia alguna en la práctica en calificar las sanciones como penales o administrativas. Pero que para esta equivalencia funciones se produzca es necesario que concurran una serie de factores.

El primero de ellos y más importante: la sanción administrativa contra la persona jurídica debe ser impuesta en el mismo procedimiento que el penal. Solo de este modo se consigue que la infracción cometida por la persona jurídica pueda ser investigada mediante los medios mucho más eficaces que se prevén en el proceso penal. Dejar en manos la investigación de delitos como la corrupción internacional o el blanqueo de activos en manos de las autoridades administrativas, con los reducidos medios de investigación que estas tienen sólo conduce a la ineficacia.

Articulando la responsabilidad de persona física y jurídica en un mismo proceso se consigue, lo que es de enorme importancia, que pueda existir un enfrentamiento de las estrategias procesales de la persona física y de la persona jurídica y que lleve a esta última a cooperar en el proceso penal. Esta es una de las finalidades prácticas más importantes de la introducción de la responsabilidad de las personas jurídicas. Se trata de que éstas a cambio de incentivos – rebaja de la sanción o sobreseimiento del proceso - colaboren con el fin de esclarecer los hechos y la responsabilidad de las personas implicadas, y además reparen de manera rápida y completa a la víctima. Dejo por ahora apartada esta cuestión, pues la eficacia de la normativa depende en buena medida de que se hayan dado estímulos suficientes para colaborar y reparar.

Las únicas complicaciones de considerar administrativa la responsabilidad pueden llegar en el marco de la cooperación internacional y la asistencia judicial, cuando los convenios internacionales se reduzcan a la cooperación estrictamente penal.

2. Delitos: ¿numerus clausus o numerus apertus?

Un aspecto que sorprende tanto de la legislación peruana, como en general de todas las que se están aprobando en Latinoamérica es que reducen la responsabilidad de las personas jurídicas a

un número muy pequeño de infracciones. En el caso de Perú se comenzó con la corrupción en las transacciones económicas internacionales. Una infracción que a buen seguro resulta irrelevante para la mayoría de empresas del país. Sólo aquellas que hacen negocios en el exterior y que además tengan contactos con funcionarios públicos habrían de preocuparse por la introducción de la responsabilidad penal de la persona jurídica. La introducción de todo un sistema pensando solo en un delito de estas características como referencia resultaba desde luego, cuanto menos, desproporcionada.

Tras el 1 de enero de 2018, mediante la reforma operada por el D. Legislativo 1352 entran a formar parte de la responsabilidad el blanqueo de capitales, la financiación del terrorismo, los delitos relacionados con la minería ilegal y el crimen organizado y el terrorismo. Igualmente resulta de gran importancia que se hayan incluido los delitos de cohecho activo nacionales (art. 397 y 398 CP). Esta ampliación, tiene sin duda una importancia trascendental, ya que son más las empresas que pueden verse afectadas por la responsabilidad penal. De todas formas, continúa siendo un tanto sorprendente crear un sistema de responsabilidad ad hoc para un número tan reducido de delitos. Crear toda la infraestructura que conlleva implantar un programa de cumplimiento puede verse como demasiado oneroso y desproporcionado. Por eso sería conveniente que en Perú se subrayara especialmente que más allá de su relación con el derecho penal, los programas de cumplimiento mejoran la gestión empresarial y crean valor de empresa.

3. Personas jurídicas responsables.

El número de personas jurídicas que pueden ser hechas responsables es muy amplio. Incluye a las empresas del Estado, y también a cualquier tipo de asociación o ente con personalidad jurídica, lo que incluye a partidos políticos y sindicatos. Esta inclusión carecía de sentido cuando el único delito que se perseguía era la corrupción internacional, pero ahora con la inclusión del blanqueo de capitales y la corrupción, desde luego que las posibilidades de que un partido político sea sancionado no son irrelevantes. En España tras las reformas del CP de 2012 y la Ley de partidos políticos del 2015 los partidos políticos tienen la obligación de contar con un programa de cumplimiento conforme al CP. El partido en el gobierno, el Partido Popular, ha sido el primer partido imputado como persona jurídica en España.

4. Las transformaciones y su repercusión en la responsabilidad penal.

El Decreto legislativo 1352 contiene una novedad de gran importancia desde el punto de vista del derecho comparado en lo que se refiere a la transmisión de la responsabilidad. El art. 2 en su redacción original se limitaba a indicar que: “El cambio de nombre, denominación o razón social, reorganización social, transformación, escisión, fusión, disolución, liquidación o cualquier acto que pueda afectar la personalidad jurídica de la entidad no impiden la atribución de responsabilidad a la misma”. Esta redacción planteaba tres problemas.

El primero es que en casos de fusión o escisión imputarle la totalidad de la responsabilidad a la nueva entidad resultaba desproporcionado. Correctamente ahora se limita la sanción al patrimonio que haya sido transferido. Es decir, que el juez tiene que hacer dos operaciones primero, en atención al patrimonio, calcular el monto general de la multa y, seguidamente, aplicar las reglas habituales de determinación de la sanción.

La segunda novedad es que reduzca las sanciones a imponer a la multa. Esto tiene su lógica. La escisión y la fusión traerán consigo que de la empresa se ha hecho cargo un nuevo equipo gestor, del que hay que presuponer que cuente con una cultura de la legalidad suficiente. Por esta razón no hay lugar a imponer sanciones fundamentalmente inocuidadoras, como las inhabilitaciones, que persiguen conjurar riesgos delictivos y mucho menos otras como la disolución.

La tercera novedad es a mi juicio la más importante desde el punto de vista del derecho comparado. Y es la admisión de la *due diligence* como causa de exclusión de la responsabilidad de la nueva entidad. Esta previsión no existe en el derecho español, tampoco en Italia, donde

pese a que se haya realizado un correcto examen de la entidad con la que va a realizarse la fusión o la adquisición ello no implica la exención de la responsabilidad penal. A mi juicio, los principios del derecho penal no exigen tener en cuenta la diligencia debida como causa de exclusión de la responsabilidad penal. A la nueva entidad no se le está haciendo ningún reproche, sino simplemente se la hace responsable del pago de una obligación que tenía la empresa antes de ser adquirida y, por tanto, no diferente a ninguna otra deuda.

En cualquier caso, esta previsión incrementa aún más el incentivo para incluir la perspectiva penal en los análisis de *due diligence* en casos de adquisiciones y fusiones. Ello implica también que la empresa que no cuente con programas de cumplimiento ve reducido su valor de mercado, en cuanto que lógicamente su comprador reducirá el precio en función del riesgo penal que entraña su compra. Pero también implica, que en Perú tiene un gran sentido la obtención de certificados y acreditaciones. Contar con una ISO en materia de corrupción o de blanqueo acredita al comprador de la empresa o a aquella con la que se va a fusionar que las cosas se han hecho bien, y que en caso de que se descubra un delito debe estar exento de responsabilidad penal. Después nos ocuparemos de la polémica derogación de la certificación, realizada por el Decreto Legislativo.

5. El modelo de imputación y la función de los programas de cumplimiento.

La regulación peruana sigue en lo substancial el modelo de atribución de responsabilidad existente en Italia o España, aunque como después se indicará que lo siga en lo substancial no quiere decir que sea idéntico. Existen algunas divergencias importantes.

En cualquier caso se sigue el núcleo del modelo de imputación, un modelo mixto, que implica que la imposición de la sanción a la persona jurídica requiere de dos fases: la primera de ellas exige constatar el delito realizado por la persona física; en la segunda la valoración del programa de cumplimiento de la empresa. Vayamos por partes.

5.1 El delito cometido por la persona física.

- a) Las personas que dan lugar a responsabilidad. Especial mención a los grupos de sociedades.

La ley establece, en primer término, que dan lugar a responsabilidad los delitos cometidos por los administradores, de hecho y derecho, y las personas que se integran en los órganos de representación. Así como a los apoderados de la persona jurídica y las filiales.

La inclusión de los administradores de hecho permite incluir por ejemplo a la alta dirección y también los delitos que pueden ser cometidos por un administrador oculto. Más importante aún: si la persona jurídica pertenece a un grupo de empresa, el delito cometido en su beneficio por los órganos o empleados de la sociedad dominante que podrán ser considerados administradores de hecho de la filial

Ahora bien, en el caso de los grupos de sociedades, lo importante no es sólo poder considerar que los administradores o altos dirigentes de la matriz pueden ser considerados administradores de hecho de la filial, sino también hacer responsable a la entidad matriz de los hechos cometidos por la filial. Las sanciones ganan con esta posibilidad un enorme efecto preventivo general: la multa se calculará en atención al patrimonio de la matriz, mucho más elevada, y esta puede también sufrir las medidas inhabilitadoras, que de otro modo podría eludir con facilidad. A estos efectos un gran acierto del legislador peruano ha sido indicar expresamente que: “Las personas jurídicas que tengan la calidad de matrices serán responsables y sancionadas siempre que las personas naturales de sus filiales o subsidiarias, que incurran en cualquiera de las conductas señaladas en el primer párrafo, hayan actuado bajo sus órdenes, autorización o con su consentimiento”. La virtualidad de este párrafo es aclarar que la matriz será responsable aunque el comportamiento individual realizado en la filial solo beneficie directa o indirectamente a la filial (por ejemplo, el soborno se ha pagado para obtener un contrato para la filial). Este precepto pone de manifiesto que a efectos penales en realidad matriz y filial son un mismo

sujeto de imputación o que en realidad el beneficio de la filial siempre supone un beneficio indirecto para la matriz.

En su redacción original, el art. 3 de la ley permitía que cualquier persona natural que esté bajo la autoridad de algunos de los administradores o altos directivos de la persona jurídica que cometa el hecho delictivo da lugar a responsabilidad, si se dan dos situaciones.

La primera es que su comportamiento sea consecuencia de una orden o autorización del superior, la segunda situación es que el comportamiento del subordinado se deba a una falta de supervisión del superior. El D. Leg. 1352 ha simplificado un tanto la redacción de este precepto pero no lo ha alterado en lo substancial. Al igual que ocurre en el CP español lo decisivo no es la existencia de una relación laboral con el principal, sino un criterio material como estar sujeto a su autoridad y control, que ha de entenderse circunscrita a la actividad que la persona realiza para la entidad. De este modo, por ejemplo, los trabajadores puestos a disposición de una empresa de trabajo temporal pueden dar lugar a la responsabilidad de la persona jurídica. Más dudoso es el caso del abogado externo que representa a la persona jurídica en una determinada negociación. En este caso, lejos de dar soluciones a priori, hay que examinar si se dan los criterios materiales aludidos.

El segundo requisito es que o bien existan órdenes o tolerancia o bien se hayan eludido la debida supervisión. En realidad la primera posibilidad no describe sino una situación de coautoría o complicidad entre el superior y el subordinado. Mientras que la segunda, la ausencia de supervisión debe considerarse como una reiteración de la eximente consistente en no contar con un programa de cumplimiento eficaz. La forma que tiene los superiores de supervisar el comportamiento de los subordinados es precisamente la implantación de un programa de cumplimiento. El precepto no puede estar pensando en una supervisión personal, lo cual solo sería operativo y real en pequeñas empresas, pero no en grandes empresas donde es imposible pensar que los altos directivos supervisen directamente a todos sus subordinados.

b) En beneficio directo o indirecto.

El comportamiento del subordinado necesita haber sido realizado, en el ejercicio de sus atribuciones, y en beneficio directo o indirecto de la persona jurídica. Mientras que el primer elemento no genera dudas, existe más polémica en torno a la interpretación del actuar “en beneficio”. Dejando de lado que es un elemento perturbador y que carece de sentido político criminal, lo que no puede abordarse en este lugar, la principal polémica que afecta a este elemento es si debe interpretarse de modo subjetivo (demostrando que la persona física actúe expresamente con la intención de beneficiar a la física) u objetivo. Esta última interpretación resulta más acertada. Lo importante es que objetivamente el comportamiento sea idóneo para aportar algún tipo de beneficio a la empresa.

c) La relación entre la responsabilidad de la persona jurídica y la física.

La legislación peruana sigue, como es la tónica general en el derecho comparado, la pauta de acumular la responsabilidad de la persona física y la jurídica, y además considerando que determinadas medidas que excluyen la responsabilidad de la persona física no afectan a la de la jurídica. Debemos entender sin embargo, que las causas que afectan a la culpabilidad de la persona física determinan también la exclusión de la responsabilidad de la persona jurídica (por ejemplo, el error o la enajenación mental) e igual ocurre con las causas que se insertan en la punibilidad. Esto no me parece siempre acertado. Por ejemplo el error o la inimputabilidad de la persona física no siempre debiera beneficiar a la persona jurídica.

La existencia de una responsabilidad independiente se reduce por tanto a las causas que extingue la acción penal: muerte, perdón, indulto, prescripción. A diferencia de lo que ocurre en España los plazos de prescripción de persona física y jurídica pueden ser diversos, la regulación peruana aclara que han de seguirse los plazos que determinan la prescripción de la acción de la persona física. La prescripción de la pena es por el contrario independiente.

Un aspecto criticable en la legislación peruana es que no contempla aquellas situaciones en que no ha podido identificarse a la persona natural responsable del delito. Lo que resulta útil sobre todo en supuestos de delitos imprudentes (que por ahora quedan al margen de la responsabilidad penal).

5.2 El delito cometido por la persona jurídica.

La existencia de un delito cometido por la persona física no es suficiente para establecer la responsabilidad de la jurídica, es preciso constatar también que ésta tiene un defecto de organización consistente en no haber adoptado medidas destinadas a su prevención. Se trata de la infracción propia de la persona jurídica. Desde luego, se puede discutir en el plano teórico si la Ley peruana consagra un modelo de hetero- o autorresponsabilidad, pero lo cierto es que en el terreno práctico la responsabilidad de la persona jurídica depende de la existencia de un nuevo hecho: la constatación de un defecto de organización consistente en no haber implantado un programa de cumplimiento o modelo de organización, tal como especifica la ley.

En España la principal discusión sobre este asunto a la postre ha tenido carácter procesal: ¿a quién corresponde demostrar la existencia de un programa de cumplimiento eficaz a la acusación o a la defensa? En la jurisprudencia, de manera equivocada, el debate dogmático entorno a la función de los programas de cumplimiento se ha visto condicionado por el problema procesal de la carga de la prueba. El TS ha zanjado esta polémica señalando que la falta de eficacia del programa de cumplimiento debe ser probada por la acusación, pues así se desprende de los principios básicos del Derecho penal y en especial de la presunción de inocencia.

Aunque en la ley peruana haya sido conformada como una eximente, lo que podría sugerir una inversión de la carga de la prueba, cabe mantener la misma opción que mantiene la jurisprudencia española.

De hecho si se aprecia la regulación procesal se imponen a los fiscales actuaciones ex officio destinadas a demostrar la eficacia o no del programa, e incluso los fiscales tienen el deber de archivar el procedimiento cuando consideren que éste resulta eficaz. Como establece el art. 18 el fiscal está vinculado por el informe de la Superintendencia y debe archivar el procedimiento si éste organismo considera que el modelo de organización es eficaz. Desde el punto de vista del derecho español, la vinculación del fiscal a un organismo administrativo resulta muy discutible. El art. 18 deja en manos de la superintendencia la apertura del proceso penal y además sin control judicial posible. Esto carece de lógica procesal, desde luego, pero también de lógica técnica. La Superintendencia del Mercado de Valores puede ser competente para los programas que tengan que ver con el insider trading o la manipulación de mercado, ¿pero cuál es su competencia en materia de delitos mineros o imaginemos que ocurrirá si en el futuro se incluyen delitos contra la intimidad donde resulta relevante las medidas de cumplimiento que se desprenden de la legislación de datos personales?

5.3 Los programas de cumplimiento y su regulación.

En cualquier caso este precepto evidencia un problema importante que es la relación de la regulación penal de los programas de cumplimiento y su regulación extrapenal, a través del derecho bancario, de protección de datos, del medio ambiente. Este problema se irá acrecentando a medida que suba el número de delitos que da lugar a la responsabilidad de la persona jurídica.

El art. 17 regula la estructura de los programas de cumplimiento estableciendo sus elementos básicos, y lo hace a mi juicio de una manera más clara que el legislador español o el italiano. Prevé además que un reglamento detalle sus contenidos con mayor precisión. Esta pretensión no me parece acertada. Más allá de aspectos como la regulación de los canales de denuncia, los programas de prevención de los delitos difieren unos de otros. En gran medida y como he apuntado los elementos de los programas de cumplimiento vienen determinados por la legislación administrativa, es lo que ocurre ya hoy con el blanqueo de capitales.

5.4 Programas de cumplimiento y relación con el hecho cometido: la elusión (a)

Una de las principales diferencias del sistema peruano con el español y el italiano es que no establece ninguna diferencia en aquellos casos en que el delito sea cometido por un administrador o alto dirigente y un subordinado. El modelo original italiano al igual que el español es más exigente para exculpar a la persona jurídica cuando el delito lo comete una persona que se encuentra en el top de la organización. De un lado exige, que en relación a los superiores los modelos de organización se doten de un elemento más: el denominado órgano de vigilancia; de otro se exige que para exculpar al superior este tiene que haber eludido fraudulentamente una medida de control

Pues bien, como se desprende del art. 17.3 la elusión fraudulenta en el sistema peruano es un requisito para ambos tipos de autores, dirigentes y subordinados. Este requisito impone una mayor exigencia para los programas de cumplimiento en cuanto que han de establecer controles específicos para cualquier empleado, que según el mapa de riesgos, esté en situación de cometer un hecho delictivo. Para conseguir la eximente no sólo hacer falta un correcto diseño e implementación del sistema, sino “también” demostrar que en el caso concreto ha funcionado. Es decir la eficacia del sistema no se demuestra solo comprobando que ex ante es idóneo, sino también que ha funcionado ex post.

De la necesidad de elusión fraudulenta (eficacia ex post), se deriva que para probar la eficacia del programa de cumplimiento habrá de demostrarse que en el caso concreto el autor ha realizado una actividad adicional a la de la comisión del hecho delictivo con el fin de eludir, sortear, el control que establece el programa de cumplimiento. Para que el programa de cumplimiento se considere eficaz y despliegue todos sus efectos eximentes la actividad adicional debe suponer un entorpecimiento notable al plan delictivo del autor. Esta es la interpretación que debe dársele a la expresión de “reducir significativamente el riesgo de su comisión” del art. 17.1.

5.5 Programas de cumplimiento y relación con el hecho cometido: el oficial de cumplimiento (a).

Uno de los puntos más complejos en la confección de programas de cumplimiento es diseñar los controles destinados a aquellas personas que tienen mayor poder dentro de la entidad. No es creíble que un subordinado, como es el responsable de cumplimiento, pueda ser capaz de supervisar la actividad del director general. Por ello en el sistema italiano y español se establece la necesidad de crear un organismo de vigilancia. Se trata de una configuración del compliance bicéfala. Por una parte está el oficial de cumplimiento y por otra el organismo de vigilancia que supervisa un órgano independiente que supervisa si especialmente si los controles que afectan a los que tienen más poder son eficaces y propone mejoras. En las empresas cotizadas la comisión de auditoría puede realizar estas funciones, aunque a mi juicio con esta elección el sistema ideado pierde parte de su sentido.

La norma peruana optó en su primera redacción porque fuera la comisión de auditoría quien eligiera al oficial de cumplimiento. Ello tiene la ventaja de que economiza y reduce gastos. Si la comisión es independiente y efectivamente actúa como un contrapoder dentro de los órganos de la sociedad puede tener sentido y generar un control eficaz. Además se remarcaba la autonomía en el ejercicio de sus funciones. El problema es que probablemente solo existe comisión de auditoría en las sociedades cotizadas. Por esta razón quizás, el Decreto legislativo ha introducido un cambio importante en este punto: al oficial de cumplimiento lo nombra el órgano de administración, y en las pequeñas empresas el órgano de administración puede realizar esta función.

Se trata desde luego de una posibilidad válida para el cumplimiento de subordinados, pero cuando se adopta se debe ser consciente de que no existe un sistema de cumplimiento eficaz para los miembros del consejo de administración y alta dirección. No es creíble que un subordinado supervise a su superior. Al igual que ocurre con el estado, el sistema de

cumplimiento solo es eficaz si descansa en una división de poderes independientes dentro de la entidad.

6. Otras funciones del programa de cumplimiento.

La función de los programas de cumplimiento no se agota en el momento de decidir si existe o no responsabilidad. Tal como ocurre en el sistema español, puede tener una función importante en la determinación de la pena. Y la pueden tener de dos formas. Una reactiva: la empresa que no cuenta con un programa de cumplimiento o uno no enteramente eficaz, pero que tras la comisión de los hechos reacciona y comienza con su implantación o mejora puede verse compensada con una atenuante. A mi juicio, igualmente la generación del programa debe llevar consigo que no puedan imponérsele las sanciones habilitadoras, ni mucho menos la disolución que prevé la ley.

Contar con un programa de cumplimiento, no enteramente eficaz, puede servir también de circunstancia atenuante e igualmente evitar el tipo de sanciones a la que acabamos de hacer referencia. Tara de la jurisprudencia es distinguir que grado de eficacia de lugar a la eximente plena y a la semiplena. Este criterio podría conectarse con la “elusión”. Una entidad puede haber desplegado durante años un buen programa de cumplimiento, haber invertido en él y poder mostrar que se ha ido mejorando, sin embargo en el caso concreto puede ocurrir que el autor individual no tenga que haber eludido ningún concreto control. Un mal diseño puntual del programa de cumplimiento, dentro de un diseño y ejecución correcta del programa merece al menos que sea considerado como atenuante y a mi juicio incluso como atenuante privilegiada.

7. Consideraciones sobre el sistema de sanciones.

En el sistema español las sanciones que pueden imponerse a la persona jurídica se dividen en dos bloques. De un lado, la multa tiene un fin preventivo general y se impone siempre. De otro, el resto de sanciones: inhabilitaciones, clausura locales, disolución. Este segundo grupo no tiene una finalidad preventivo general, sino innocuizadora. Su finalidad es impedir la reiteración delictiva de la empresa. Por eso no pueden imponerse sino hay peligro de reincidencia. La normativa peruana no sigue esta directriz de política criminal. Las sanciones inhabilitadoras tienen una clara finalidad preventivo general, similar a la multa, lo que se demuestra en el modo en que se determina su extensión. En este punto juega ciertamente un cierto papel la reincidencia, pero en ningún caso la posibilidad de reiteración. La única forma de mitigar las durísimas consecuencias que tiene esta elección, que puede terminar con la vida de muchas empresas, es hacer un uso generoso y no excepcional, como dice el texto, de la posibilidad de suspensión. A mi juicio, la suspensión debiera también ser posible en los casos en que esta excluida (art. 8 y 9, si en cambio me parece lógica su exclusión de los casos de criminalidad organizada a que se refiere el art. 10).

8. Circunstancias agravantes y atenuantes.

El sistema de determinación de la pena deja escaso margen de maniobra al juez, lo que contrasta con la tendencia predominante en España y no sólo en relación a la responsabilidad penal de personas jurídicas. En este punto existe una regulación muy detallada de como operar cuando concurren distintas circunstancias agravantes y atenuantes, que se inspira totalmente en la “aritmética penal” de los códigos del XIX, pero que de algún modo coincide con la aritmética más moderna que han traído las Guidelines en los Estados Unidos.

En cualquier caso lo que quería introducir en este punto es el debate que ha existido en España en torno a los casos en que concurren todas las atenuantes. Tal como primero sugirió la doctrina y después recogió la FGE en su Circular la concurrencia de todas las circunstancias atenuantes, lo que indica verdaderamente es que el sistema ha funcionado, por lo que debe dar lugar a considerar que la empresa no es responsable. Esta solución es correcta desde el punto de vista del comportamiento normativo. La cultura de la legalidad se demuestra tanto antes, como también por el modo en que se responde al delito (culpabilidad reactiva).

Ahora bien, en el caso del Perú esta solución viene condicionada por la exigencia de la “elusión fraudulenta” del sistema que en realidad es la clave a la hora de decidir si un programa de cumplimiento es o no eficaz. Como antes indicaba, aunque la empresa haya hecho todos los esfuerzos del mundo para que su sistema funcione y, como ahora vemos, haya reaccionado bien ante el delito y lo haya hecho a través de los mecanismos previstos en su sistema de cumplimiento (ha colaborado realizando aportando información tras una investigación interna, que obedece a una denuncia), todo depende del funcionamiento del programa en el caso concreto. La exigencia de elusión fraudulenta en todos los casos resulta por tanto disfuncional e incita poco a la cooperación y la reparación del daño, pues la empresa en cualquier caso será castigada. De nuevo, en este caso la salida para dar coherencia al sistema debe ser una utilización no excepcional de la suspensión.

9. Consideraciones sobre el sistema procesal.

El proceso penal contra las personas jurídicas tiene que dejar puertas abiertas a la cooperación. El “pena de banquillo” es suficientemente disuasiva como para que las empresas intenten a toda costa evitar el proceso penal. Igualmente otra de las funciones del proceso penal es permitir que las buenas empresas, las que han implementado correctamente el programa de cumplimiento no tengan que esperar hasta el juicio oral para verse recompensadas.

La necesaria – aunque criticable - intervención de la Superintendencia como condición de procedibilidad puede servir para esto último, aunque también para lo contrario: un juicio negativo sobre el programa de cumplimiento será difícil de levantar por la defensa de la entidad. Por esta razón, y a modo de contrapeso, quizás sería conveniente haber mantenido el sistema de certificaciones que ha derogado el Decreto legislativo.

El segundo objetivo es permitir la colaboración, y en su caso el reconocimiento de hechos, a cambio de una resolución rápida del proceso. Dos son las vías que ofrece el código procesal. La primera es la terminación anticipada del proceso (art. 468), que además ofrece una reducción importante de la pena, acumulable a la concesión. Esta vía resulta de gran interés, aunque todo depende de cómo se interprete y utilice el art. 469 que regula la terminación anticipada cuando existen varios acusados e imputados. Si lo que perseguimos es que la persona jurídica de información útil como prueba de cargo contra la persona física, lo normal es que esta no acepte la terminación anticipada y nos encontremos ante un supuesto en que el juez debe decidir si cabe un acuerdo parcial o no. En el caso de personas jurídicas v. personas físicas esta tendría que ser la tónica general.

En caso contrario la otra posibilidad de terminación anticipada en la que ofrece el art. 372 del código procesal penal de admisión de los hechos en el momento de la apertura del juicio oral, que permite a la persona jurídica desmarcarse de la estrategia de defensa de la persona natural, en cuanto no es necesaria la conformidad de todos los acusados.