



UNIVERSIDAD
DE PIURA

REPOSITORIO INSTITUCIONAL
PIRHUA

PERSPECTIVAS SOBRE LA COLABORACIÓN EFICAZ DE LAS PERSONAS JURÍDICAS

Patrick De Gennaro-Dyer

Lima, septiembre de 2018

FACULTAD DE DERECHO

Departamento de Derecho

De Gennaro, P. (2018). *Perspectivas sobre la colaboración eficaz de las personas jurídicas* (Tesis para optar el título de Abogado). Universidad de Piura. Facultad de Derecho. Programa Académico de Derecho, Lima, Perú.



Esta obra está bajo una licencia

[Creative Commons Atribución-NoComercial-SinDerivar 4.0 Internacional](https://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0/)

[Repositorio institucional PIRHUA – Universidad de Piura](https://repositorio.institucional.pirhua.edu.pe/)

UNIVERSIDAD DE PIURA
FACULTAD DE DERECHO



**Perspectivas sobre la colaboración eficaz de las personas
jurídicas**

Tesis para optar por el título de Abogado

Patrick Matteo De Gennaro Dyer

Asesor: Dr. Eduardo Arsenio Oré Sosa

Lima, Septiembre 2018

Aprobación

La tesis titulada “*Perspectivas sobre la colaboración eficaz de las personas jurídicas*”, presentada por el bachiller Patrick Matteo De Gennaro Dyer en cumplimiento con los requisitos para obtener el Título de Abogado, fue aprobada por el Director de Tesis Dr. Eduardo Arsenio Oré Sosa.

.....

Director De Tesis

Dedicatoria

A mi madre, por su apoyo a lo largo de toda la carrera.

Agradecimientos

A mi asesor, el Dr. Eduardo Arsenio Oré Sosa, por su incondicional apoyo en la elaboración del presente trabajo. Asimismo, al Dr. Augusto Loli Carrillo, por su consideración en cuanto al tiempo necesario para completar este trabajo y a mis profesores de la Universidad de Piura, por los conocimientos y valores impartidos.

Índice

Introducción	1
Capítulo I.....	7
Aspectos Generales del Derecho Penal Premial y la Colaboración Eficaz	7
1.1. Introducción	7
1.2. Derecho Penal Premial	10
1.3. La Colaboración Eficaz.....	13
1.3.1. Antecedentes de la colaboración eficaz en el ordenamiento jurídico nacional ...	13
1.3.2. Consideraciones sobre la naturaleza del proceso de colaboración eficaz en base a los planteamientos del profesor Asencio Mellado.....	19
1.3.3. Una definición conceptual de la colaboración eficaz.....	26
1.4. Requisitos o Presupuestos	30
1.5. La utilización de la declaración eficaz a la luz de los alcances del Acuerdo Plenario N° 02-2017 – SPN.....	35
1.6. Conclusiones Provisionales.....	41
Capítulo II	43
La Colaboración Eficaz de las Personas Jurídicas en el Derecho Comparado.....	43
2.1. Países del Derecho Común: Estados Unidos de América y Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte	43
2.1.1. Estados Unidos de América	45
2.1.2. Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte	57
2.2. Países del Derecho Civil: Chile, Brasil.	73
2.2.1. República de Chile	73
2.2.2. República Federativa de Brasil.....	84
Capítulo III.....	95
La Realidad Nacional y la Introducción de Acuerdos de Colaboración Eficaz en el Marco de la Nueva Legislación.....	95
3.1. Introducción	95
3.2. Ley N° 30737 “Ley que asegura el pago inmediato de la reparación civil a favor del Estado peruano en casos de corrupción y delitos conexos”	99
3.2.1. Comentario respecto al mecanismo de incorporación de la colaboración eficaz aplicada a personas jurídicas	99
3.2.2. Antecedentes y alcances de la Ley N° 30727 con respecto a la colaboración eficaz aplicada a personas jurídicas.....	100
3.2.3. Personas jurídicas o entes jurídicos.....	104
3.2.4. Materia de la colaboración	106
3.2.5. Beneficios de la colaboración eficaz.....	108

3.3. Cuestiones de Derechos Vinculados a la Colaboración Eficaz de las Personas	
Jurídicas y Entes Jurídicos	111
Conclusiones	119
Referencias	123

Introducción

“Es preferible la impunidad de uno de los cómplices que la de todos.” – Jeremy Bentham,
Teoría de las Penas y de las Recompensas.

La selección del título “Perspectivas sobre la colaboración eficaz de las personas jurídicas”, obedece al deseo de brindar una visión múltiple de una herramienta procesal que consideramos ha sido utilizada con gran éxito para combatir delitos de gran gravedad en diversos países. En esa línea, se ha optado por abordar la colaboración eficaz desde un punto de vista mucho más práctico que teórico, y orientado a una nueva tendencia que es su aplicación a la criminalidad empresarial o de cuello blanco.

Este tipo de criminalidad, que muchas veces pasa desapercibida, representa hoy uno de los mayores retos para el crecimiento económico y la lucha contra la corrupción. En los últimos años, la corrupción de las instituciones públicas generada por algunas empresas privadas ha tenido como resultado cuantiosas pérdidas al erario y, lo que es más grave aún, la confianza de los ciudadanos en sus autoridades.

Por este motivo, resulta fundamental abordar críticamente el problema de la lucha contra la corrupción – especialmente la generada por empresas – desde una perspectiva interdisciplinaria. Si bien esto deberá tomar en consideración un número de factores ajenos al derecho, consideramos que una gran parte del problema puede ser abordado a través de un marco jurídico que brinde herramientas innovadoras a las autoridades gubernamentales, para perseguir y sancionar la comisión de determinados delitos.

Es dentro de estas últimas donde se ubica la denominada colaboración eficaz, cuyo propósito principal, desde sus orígenes históricos, ha sido poder acceder a un nivel

de información interno de las organizaciones criminales, que resulta esquivo a través de métodos de investigación tradicionales. Como bien señala el jurista Jeremy Bentham en su obra “Teoría de las Penas y Recompensas”, muchas veces resulta preferible permitir un determinado nivel de impunidad si con ello se logra evitar un nivel absoluto de la misma.

Hoy en día las empresas desempeñan un rol de suma importancia en el escenario mundial, sirviendo como importantes motores de crecimiento e innovación. No obstante, el auge de estas trae consigo un alza en los riesgos asociados con las actividades que realizan, y el potencial impacto de los mismos en el colectivo social.

Sobre este particular, el profesor García Caverro ha señalado lo siguiente:

La dinámica de grupo que se desarrolla al interior de las empresas y que puede llegar a tener una naturaleza criminógena, el uso industrial de la tecnología en ámbitos en los que no existe plena certeza sobre la aparición de efectos secundarios nocivos o la vinculación de la actividad empresarial con la generación de riesgos masivos, son solo algunas de las nuevas situaciones del mundo empresarial moderno que ponen en evidencia la peligrosidad de la actividad corporativa en relación con los entes colectivos. (García P. , 2017)

Por otra parte, el grado de sofisticación de una determinada actividad comercial y los cuantiosos recursos que suele generar pueden llegar a dificultar la lucha contra la criminalidad empresarial por parte de las autoridades. Esta facilidad propia de la posición ventajosa que suelen tener las personas jurídicas, genera lo que es quizá una de las mayores características de la criminalidad empresarial: la baja visibilidad que suelen tener los delitos vinculados a la actividad comercial.

En palabras de Silva (2001) estas mismas dificultades pueden ser expresadas de la siguiente forma:

Los fenómenos de la globalización económica y la integración supranacional tienen un doble efecto sobre la delincuencia. Por un lado – aunque esto interesa aquí en menor medida- dan lugar a que determinadas conductas tradicionalmente contempladas como delictivas, deban dejar de serlo, pues de lo contrario se convertiría en un obstáculo a las propias finalidades perseguidas con la globalización y la integración supranacional. En efecto, conductas vulneratorias de barreras y controles estatales a la libre circulación pasan de ser punibles a no serlo (...) Pero, por otro lado, los fenómenos económicos de la globalización y de la integración económica dan lugar a la conformación de modalidades nuevas de delitos clásicos, así como a la aparición de nuevas formas delictivas. Así, la integración genera una delincuencia contra los intereses financieros de la comunidad producto de la integración (fraude al presupuesto-criminalidad arancelaria-, fraude de subvenciones), al mismo tiempo que contempla la corrupción de funcionarios de las instituciones de la integración. Por lo demás, genera la aparición de una nueva concepción de lo delictivo, centrada en elementos tradicionalmente ajenos a la idea de la delincuencia como fenómeno marginal; en particular, los elementos de organización, transnacionalidad y poder económico. Criminalidad organizada, criminalidad internacional y criminalidad de los poderosos son, probablemente, las expresiones que mejor definen los rasgos generales de la delincuencia de la globalización. (p.86)

El segundo efecto de la globalización económica señalado por el autor es la conformación de nuevas modalidades delictivas que atentan contra los intereses financieros de la comunidad y corrompen funcionarios públicos vulnerando la institucionalidad de las entidades públicas. Esto a su vez, requiere una apertura a una

nueva concepción de criminalidad en la que las características más destacadas son la transnacionalidad y el poder económico.

Sobre este particular el mismo autor señala, acertadamente en nuestra opinión, lo siguiente:

En efecto, desde el punto de vista estructural, las características más significativas de la criminalidad de la globalización son dos. Por un lado, se trata de una criminalidad, en el sentido amplio, organizada. Es decir, que en ella intervienen colectivos de personas estructurados jerárquicamente, ya sea en las empresas, ya incluso en la forma estricta de la organización criminal. La disociación que ello produce entre ejecución material directa y responsabilidad determina, asimismo, que el resultado lesivo pueda aparecer significativamente separado, tanto en el espacio como en el tiempo, de la acción de los sujetos más relevantes en el plan delictivo. Desde el punto de vista material, la criminalidad de la globalización es criminalidad de sujetos poderosos, caracterizada por la magnitud de sus efectos, normalmente económicos, pero también políticos y sociales. Su capacidad de desestabilización general de los mercados, así como de corrupción de funcionarios y gobernantes son rasgos asimismo notables. (p.88)

Resulta evidente que estas características representan ventajas incomparables al momento de hacer frente a una investigación penal, que no tendría una persona particular. El hecho de que sea una empresa la que haga frente a la persecución penal implica un nivel mucho mayor de recursos, tanto económicos como logísticos. Esto se manifestará en la contratación de asesoría legal de primer nivel, facilidad para ocultar ciertos actos y un conocimiento mucho mayor de su sector entre otros aspectos.

Ante estas dificultades, la institución de colaboración eficaz para personas jurídicas surge como una alternativa procesal para perseguir eficazmente la comisión de

delitos económicos buscando el apoyo de la propia empresa, a cambio de una serie de beneficios. La utilización adecuada de esta herramienta ha generado un punto de equilibrio, entre la impunidad por parte de la empresa infractora y los intereses de aquellos que se hayan visto afectados por sus actividades.

Ahora bien, para poder ahondar en el concepto de “utilización adecuada” resulta necesario realizar un tratamiento de la colaboración eficaz en general, y luego de su vinculación específica con las personas jurídicas. Con la finalidad de cumplir dicha labor, hemos optado por estructurar dicha visión en tres capítulos detallados a continuación.

El primer capítulo, titulado “Aspectos Generales de la Colaboración Eficaz” brinda una introducción general al proceso de colaboración eficaz detallando, entre otras cosas, su definición actual, los principales requisitos y los principios que deben ser tomados en consideración para su adecuada aplicación.

El segundo capítulo, tiene como objetivo examinar desde el derecho comparado, la utilización de la colaboración eficaz y el proceso de aplicación de la misma, en distintos países que han logrado utilizar dicho instrumento para hacer frente a la criminalidad empresarial. En ese contexto, se examinan dos países del Common Law (Estados Unidos y Reino Unido), y dos países de Derecho Civil (Chile y Brasil). En cada uno de estos casos, se hace un repaso de la regulación actual y de los casos más emblemáticos que han tenido como protagonistas personas jurídicas, y los principales aspectos de cada modelo que deben tenerse en cuenta.

Finalmente, en el tercer capítulo, se abordará la realidad nacional y la introducción de acuerdos de colaboración con personas jurídicas en el ordenamiento nacional. Para ello, se hará un breve repaso de la introducción de la responsabilidad

penal de las personas jurídicas mediante la Ley N° 3042 y su subsecuente modificación mediante el Decreto Legislativo N° 1352.

Una vez realizado dicho análisis, se examinará la decimotercera disposición de la Ley N° 30737 “Ley que asegura el pago inmediato de la reparación civil a favor del estado peruano en casos de Corrupción y delitos conexos”, que contempla permitir a las personas jurídicas la posibilidad de contribuir en el marco de la investigación del delito para obtener beneficios.

Finalmente, en el último apartado titulado “Conclusiones”, brindaremos algunos alcances en torno a los problemas que pueden surgir vinculados a la aplicación de la figura de colaboración eficaz a las personas jurídicas.

Capítulo I

Aspectos Generales del Derecho Penal Premial y la Colaboración Eficaz

1.1. Introducción

La primera gran pregunta que cabe hacerse al inicio de este capítulo es ¿cuál es la verdadera naturaleza de la colaboración eficaz? y si ¿es un instrumento eficaz en la lucha contra la criminalidad corporativa? Con respecto a la primera interrogante, sería presuntuoso establecer en este trabajo una definición final de dicho instrumento, más aún, si consideramos que existe un amplio debate sobre los alcances de este en la doctrina jurídica.

Es por ello que, en los apartados que siguen no intentaremos brindar una postura fija sobre el concepto ideal de colaboración eficaz, sino examinar brevemente sus raíces y el consenso actual en cuanto a su naturaleza. Lo que puede juzgarse como una idea propia del autor, es el hecho que la colaboración eficaz, al margen de los cambios que tenga en el tiempo, siempre será un instrumento con un propósito eminentemente práctico. Este mecanismo tiene, como veremos más adelante, el principal objetivo de hacer frente a un problema social, y por ello siempre estará ligada a criterios más pragmáticos que teóricos.

Este importante instrumento, sea aplicado a personas naturales o jurídicas, se enmarca en el derecho penal premial. En ese sentido, resulta imperativo dedicar una sección de este capítulo, a esta parte del derecho penal y tener una idea general de su evolución en el tiempo, así como en qué consiste.

Como hemos mencionado en la introducción, el fenómeno de la globalización económica plantea un gran número de retos nuevos para la rama del derecho penal. Hoy

gracias a la ayuda de la tecnología, la actividad delictiva vinculada a temas tributarios y/o financieros puede ser realizada desde el anonimato y a través de varios países¹.

En esa línea, la experiencia internacional ha demostrado que más allá de los métodos tradicionales de persecución del delito en lo que se refiere a grandes corporaciones, la herramienta de la colaboración eficaz es mucho más efectiva.

Un antecedente importante que permite apreciar cuan efectivo ha resultado el derecho penal premial, especialmente a través del mecanismo de colaboración eficaz, es el caso de Italia, en donde se implementó dicho mecanismo mediante el Decreto Ley de 1979², n.625, modificado por la Ley 06.02.80 n.15, para aquellas personas que estuvieran dispuestas a colaborar en la lucha contra el terrorismo.

Dentro de este marco normativo, se introdujo por primera vez, la posibilidad de pagar recompensas monetarias para todas aquellas personas que estuviesen dispuestas a brindar información de calidad sobre la comisión de atentados y actividades terroristas. La implementación de dicho sistema fue tan útil para combatir dicho tipo de criminalidad, que la primera modificación substancial al mismo se dio recién en el año 2011 mediante la Ley 45/01 de 13.02.01 que trajo consigo algunas diferencias notables entre las cuales vale la pena destacar: la diferenciación del grado de protección, la

¹ Ver Informe de la Organización para la Cooperación y Desarrollo Económico titulado “Cooperación eficaz entre organismos en la lucha contra delitos tributarios y otros delitos financieros” “(...) los casos en los que la actividad criminal cruza fronteras nacionales, los montos involucrados pueden ser asombrosos. Un informe de la UNODC (por sus siglas en inglés) fechado en 2011. En julio de 2009, los líderes del G8 hicieron un llamado para intensificar los esfuerzos en el combate del financiamiento ilícito y reconocieron los avances logrados por el GAFI en la mejora de las normas para combatir el lavado de dinero y el financiamiento del terrorismo y por parte de la OCDE en materia de normas internacionales de transparencia. estima que entre 2000 y 2009 los ingresos totales derivados del crimen organizado transnacional fue el equivalente de 1.5 por ciento del PIB global, el equivalente de 870 miles de millones de dólares en 2009. Los temas de delincuencia financiera son tema de inquietud para todos los países, pero en especial para los países en desarrollo. Los flujos financieros ilícitos resultantes de los delitos financieros desvían recursos de los países en desarrollo que se podrían utilizar para financiar su desarrollo de largo plazo. Aunque resulta difícil estimar los montos totales en juego, los expertos concuerdan que las cantidades involucradas son altas.” (https://www.oecd.org/ctp/crime/cooperacioneficaz_SP_Final.pdf)

² Ver artículo 4 del Decreto Ley de 15-12-1979, n. 625 “Medidas urgentes para la tutela del orden democrático y la seguridad pública” (http://www.inventati.org/cope/wp/wp-content/uploads/2015/12/117_DL_15_dicembre_1979_625.pdf)

determinación del contenido de la prestación de colaboración, la aplicabilidad de las medidas especiales de protección, la regla de la absoluta transparencia en el ámbito penitenciario, la redacción entre otras.

Sobre los resultados de esta nueva normativa Santos y De Prada (2012) concluyen:

Para concluir, en los primeros años de aplicación de la ley 2001 se había conseguido un número colaboradores de justicia superior a los 1300, y casi 5000 familiares conjuntos acogidos al programa de protección; en enero de 2001 había 1100 colaboradores de justicia arrepentidos y 3858 familiares, 61 testigos en estricto sentido; un año después, 1104 colaboradores, 3748 familiares y 74 testigos; en el 2003, 1088 colaboradores, 3714 familiares y 34 testigos; en el 2004, 1119 colaboradores, 3440 familiares y 65 testigos; a inicios de 2005, 968 colaboradores, 3059 familiares y 71 testigos; y en enero de 2006, 893 colaboradores, 2858 familiares y 74 testigos. Como se desprende de los gráficos adjuntos, estas cifras indican que la legislación vivió en sus principios una especie de explosión del fenómeno colaboracionista; en los últimos años, con una legislación más exigente y restrictiva, el fenómeno ha venido registrando ciertas reducciones. (p. 80)

Como puede apreciarse, este sistema incrementó el número de colaboradores en los primeros años, para luego volverse más exigente y reducir su aplicabilidad a un menor número de casos.

En Italia, el término jurídico que se les asigna a estas personas es el de “collaboratori di giustizia” y son una parte esencial del sistema de derecho penal premial. Si bien el sistema encuentra su origen en la lucha contra el terrorismo

paulatinamente, en el ámbito internacional, se empezó a extender a otras modalidades delictivas tales como el crimen organizado y la delincuencia económica.

Esto, en virtud de que la experiencia práctica permitió demostrar que la información necesaria para lograr condenar a determinados individuos solo podía ser obtenida mediante la colaboración de miembros participantes de la actividad delictiva.

Como repararemos más adelante en el siguiente capítulo, la figura de la colaboración eficaz también ha sido desarrollada por varios países anglosajones, los cuales han sido pioneros en la aplicación de esta herramienta a personas jurídicas. En el mundo anglosajón, existen una variedad de términos para hacer referencia a las personas que se acogen a la colaboración; entre los que destacan el caso del Reino Unido en el que se usa el término testigo de la corona (Crown Witness), quien a cambio de su testimonio recibe inmunidad (Grant of Immunity).

1.2. Derecho Penal Premial

Para poder entender la institución procesal de la colaboración eficaz, resulta necesario enmarcarla dentro del ámbito del derecho penal premial, dado a que como hemos visto en la introducción, esta es una de sus manifestaciones más relevantes. En ese sentido, el mejor punto de inicio es brindar una definición general.

Para el profesor Bramont-Arias (2005, p.1) el derecho penal premial “es la reducción, exención o remisión de la pena de un inculpado que colaboró con la justicia penal en el descubrimiento y esclarecimiento de los hechos ilícitos, la que encontraría enmarcada dentro del denominado Derecho Penal Premial”

Si bien esta definición captura la esencia de la colaboración eficaz, consideramos que no resulta del todo completa. Es por ello que resulta preferible la definición brindada por la profesora española Isabel Sánchez García de Paz quien considera que el derecho penal premial representa un:

“conjunto de normas de atenuación o remisión de la pena orientadas a premiar las conductas de desistimiento y arrepentimiento eficaz de la conducta criminal o bien de abandono futuro de las actividades delictivas y colaboración con las autoridades de persecución penal en el descubrimiento de los delitos ya cometidos o, en su caso, el desmantelamiento de la organización criminal a la que pertenezca el inculpado”. (Sánchez, 2005, p. 2)

En nuestra opinión, esta segunda definición resulta mucho más completa y será la que adoptemos para los alcances del presente capítulo. En primer lugar, debe entenderse que el derecho penal premial no es otra cosa que una serie de normas conducentes a premiar aquellas gestiones que contribuyan al descubrimiento de delitos y a desmantelar organizaciones criminales.

En ese mismo sentido Castillo Alva sostiene que

El Derecho penal premial no sólo tiene un innegable acento político criminal y de estrategia eficaz y útil en el combate contra las distintas formas de delincuencia, sino que se incardina dentro de una corriente de la filosofía jurídica moderna que insiste en recordar las sanciones impuestas por el ordenamiento jurídico pueden ser tanto de naturaleza negativa, en la medida que privan derechos y bienes, como puede haber también sanciones positivas que se caracterizan por establecer beneficios en virtud de la ejecución de determinadas conductas estimadas valiosas o útiles por el ordenamiento jurídico. Se sostiene que los beneficios por la colaboración eficaz no sólo encuentran su sustento y explicación en las variables político criminales de un Estado de derecho y en criterios preventivos, sino que también se apoya en los lineamientos de la teoría del derecho contemporánea”. (Castillo, 2018, p. 331)

Como bien señala el referido autor el derecho penal premial, del que la colaboración eficaz es una evidente manifestación, se ubica dentro de la lógica del derecho penal moderno y en esa línea, rompe de un modo u otro, con esquemas orientados únicamente a la represión y el castigo. Puede que este divorcio con la tradición en favor de las denominadas sanciones positivas sea parte del secreto de la eficacia que tiene esta nueva concepción a la hora de combatir las manifestaciones más graves de la criminalidad.

Más adelante, el mismo autor señala:

El Derecho penal premial tiene como una de sus facetas incentivar a quienes han cometido un delito a realizar conductas positivas de reparación, a reconciliarse con el derecho y a colaborar con la justicia de diversas formas; una de las cuales es la delación premiada. Mientras que el Derecho penal preventivo usa a la pena como un instrumento de disuasión, el Derecho penal premial acude al incentivo y a la recompensa como medio de persuasión. Es posible alcanzar el mismo fin (preventivo general) empleado diversos medios. Se destaca que mientras la represión y la prevención del disvalor del comportamiento delictivo es típico del Derecho penal se tiene como contrapunto que la premiación del valor y la incentivación del comportamiento positivo es manifestación del Derecho premial. (Castillo, 2018, p. 332)

La idea de utilizar métodos de persuasión como son los incentivos y la recompensa en lugar de la imposición de penas severas, se ajusta mucho mejor a la naturaleza de la criminalidad corporativa que pretendemos abordar en el presente trabajo. Esto toda vez, que dado el alto grado de complejidad de las actividades comerciales y los recursos con los que cuenta una determinada empresa, resulta

sumamente impráctico adoptar una postura que únicamente busque sancionar a la empresa.

Asimismo, desde una perspectiva internacional, es importante destacar la existencia de importantes instrumentos que fomentan la aplicación de un sistema de beneficios y o recompensas acordes con la información proporcionada para la lucha contra la delincuencia. Tal es el caso de la Convención de Palermo que en el artículo 26 contempla una serie de medidas para intensificar la cooperación con las autoridades encargadas de hacer cumplir la ley. En esa misma línea encontramos la Convención de la ONU del 2003 contra la corrupción bajo el artículo 37 denominado “Cooperación con las autoridades encargadas de hacer cumplir la ley”.

En conclusión, es perfectamente válido afirmar que hoy en día la aplicación del derecho penal premial se encuentra respaldada no solo por instituciones internacionales, sino también por el gran número de países que han optado por incorporar esta tendencia a su ordenamiento jurídico.

1.3. La Colaboración Eficaz

1.3.1. Antecedentes de la colaboración eficaz en el ordenamiento jurídico nacional

En nuestro país, la legislación en materia de colaboración eficaz se dio en un contexto bastante similar al de Italia cuando uno de los principales retos que enfrentaba el Estado era la lucha contra el terrorismo.

La introducción de esta figura tiene como primer antecedente la Ley N° 24651 del año 1987 modificó el artículo 85-A del CP de 1924 en donde el literal c expresamente señala “Asimismo, podrá acordar la remisión total de la pena cuando la colaboración activa del reo hubiere tenido una particular trascendencia para la

identificación de los delincuentes, para evitar el delito o para impedir la actuación o el desarrollo de los grupos terroristas”

Sobre esta primera aproximación normativa, vale la pena mencionar que los beneficios se aplicaban exclusivamente en casos donde el colaborador ya contaba con una sentencia y se hacía referencia a este mecanismo bajo la denominación de circunstancias eximentes o atenuantes para la graduación individual de las penas.

Más adelante, la Ley N°25103 del 1989 incorporó la posibilidad de acogerse a la exención de pena en los casos en los que el interesado hubiese participado o se encuentre participando en actividades vinculadas al terrorismo sin que exista necesariamente una investigación fiscal o policial.

En noviembre del año 1991³, durante el gobierno de Alberto Fujimori, se publicó el Decreto Legislativo N° 748 que contemplaba de forma específica los beneficios de exención y remisión de la pena los que estaban disponibles a aquellas personas que quisiesen brindar información sobre su participación en actos de terrorismo.

También en la década de los noventa, podemos mencionar el Decreto Ley N° 25499 y el Decreto Ley N° 25582 que abordaban los mismos tipos de beneficios vinculados a temas de terrorismo. En el año 2000, en función del grado de éxito que dicho mecanismo había tenido, se decidió extenderlo al ámbito de la criminalidad organizada. Esto se hizo mediante la publicación de la Ley N° 27378 en el diario Oficial El Peruano. En el texto de la norma se indicó como beneficios los siguientes: la exención de la pena, la reducción de la media hasta un medio por debajo del mínimo

³ Es importante señalar que el 03 de septiembre de dicho año, se realizó la denominada “Matanza de Barrios Altos” lo que claramente fue un signo de la grave situación en la que se encontraba el país y el Estado de derecho. Para poder entender plenamente dicho contexto recomendamos revisar la sentencia de Corte Interamericana de Derechos Humanos disponible en: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_75_esp.pdf

legal; la suspensión de la ejecución de la pena, reserva del fallo condenatorio entre otros.

Sobre esta ley, Talavera (2017) destaca tres elementos de gran importancia en relación a la información proporcionada por el colaborador: (a) del artículo 13 se desprende que se exigía una corroboración categórica de la información proporcionada; (b) en los casos en los que se demostrara la inocencia del investigado, el Fiscal estaba obligado a informarle al sindicado la identidad de quien hizo la imputación falsa, para los fines legales correspondientes; y (c) la Quinta Disposición Final incorporó en el artículo 283 del Código de Procedimientos Penales una provisión expresa que indicaba que tratándose de declaración del colaborador eficaz para que el Juez dicte sentencia o medida cautelar, resulta indispensable que las informaciones proporcionadas por los colaboradores sean corroboradas por elementos de prueba adicionales.

Finalmente, en el año 2004 con la publicación del Código Procesal Penal se reguló el procedimiento especial de colaboración eficaz. Este instrumento legal brindó un marco regulatorio mucho más extenso y riguroso que las anteriores leyes, permitiendo con ello una aplicación más amplia del mecanismo.

Ahora bien, dado que la sección del Código Procesal Penal dedicada a la colaboración eficaz aún tenía ciertos vacíos se publicó el Decreto Legislativo N° 1301 en el 2016. Como parte de la introducción de dicha normativa, se puso a disposición del público general la exposición de motivos de dicho decreto en donde se señaló como finalidad principal del procedimiento:

... llegar a conocer cómo es que se realizaron una serie de delitos, cómo intervinieron determinadas personas, qué medios se utilizaron en su ejecución, qué autoridades tuvieron participación, cómo se pueden recuperar los bienes apropiados o sustraídos que se encuentran fuera del país, como interviene el

sector empresarial o privado, que participación tuvieron o no algunos medios de comunicación social, etc. En suma, se busca esclarecer lo ocurrido desde la perspectiva penal, no solo con los medios de investigación comunes bajo la dirección de los jueces y fiscales, sino a través de otros medios que la ley y el Derecho Comparado permiten, a fin de conocer la organización o grupos delictivos que tanto daño le han hecho a una nación. (Congreso de la República, 2017)

Sobre la consideración que se hace sobre la finalidad de la colaboración eficaz, resulta interesante notar la mención de la intervención del sector empresarial o privado en general. Esto no hace más que confirmar el hecho de que eventualmente la figura tendría que extenderse al ámbito de la empresa. También resulta importante notar la sección subrayada, ya que esta corresponde a una cita de varias recogidas de artículos académicos de Pablo Sánchez Velarde, evidenciando la relevancia que el pensamiento de dicho jurista tuvo en la elaboración del texto del decreto.

Este aspecto será de especial relevancia en el siguiente apartado donde abordaremos algunas cuestiones vinculadas a la naturaleza de la colaboración eficaz. Pero antes de ello, continuaremos examinando la exposición de motivos del mencionado decreto, dado que bajo el segundo apartado titulado “Problemática” se analizan cuestiones que consideramos sumamente relevantes en el contexto del presente capítulo.

Uno de los problemas que se identifica es la aplicación misma de la colaboración eficaz. Habiendo reconocido en el propio texto la necesidad de la colaboración eficaz, para que el Estado pueda sancionar delitos especialmente graves o que revistan un alto nivel de interés público, se precisa que la aplicación de la figura es demasiado reducida.

De acuerdo con el análisis realizado, los dos factores principales que causan esto último son de índole normativo y operativo.

En el ámbito normativo, se precisa que el Código Procesal Penal no ha cumplido con regular de forma clara el proceso de colaboración eficaz señalando de forma expresa los siguientes problemas:

(a) no se identifican las fases del proceso especial; (b) no se define claramente la naturaleza no contradictoria del proceso; (c) No se delimita cuáles son los alcances de la fase de iniciación y cuál es el trámite de solicitud o captación de los colaboradores eficaces; (d) no se regulan los alcances de la fase de corroboración distinguiéndola de la negociación (se emplean los términos de verificación y corroboración como disímiles); (e) no se prevé el tratamiento del colaborador recluso en un establecimiento penitenciario, ni se regula un procedimiento confidencial con el INPE, a fin de preservar la identidad del mismo; (f) los márgenes de negociación del fiscal son muy reducidos, en la mayoría de los casos se debe redimir o eximir la pena, ya que la disminución se encuentra circunscrita a los tipos penales (que tienen penas conminadas muy altas) y ello impide que se puedan suspender en su ejecución; (g) se encuentra proscrita la colaboración eficaz para los jefes, cabecillas o dirigentes principales de organizaciones delictivas y los que han intervenido en delitos que han causado consecuencias graves; (h) no se regula expresamente cómo ingresan los actos de corroboración en los procesos penales que se incoan a consecuencia o en conexión con el proceso de colaboración eficaz, pese a que el artículo 158 del Código Procesal Penal regula el uso de la declaración del colaborador y su eficacia para imponer una medida coercitiva o una condena; (i) no se prevén

como medidas de protección específicas, el traslado o separación del pabellón donde se encuentra el colaborador recluido en un establecimiento penitenciario.

Cada uno de estos problemas representa en la actualidad un posible espacio para un desarrollo académico sobre la materia. Sin embargo, dado el tema central del presente trabajo, estos asuntos no podrán ser abordados en esta ocasión, lo que si nos interesa es evaluar las consideraciones respecto a la delimitación de la naturaleza del proceso especial.

En ese sentido, la exposición de motivos señala que la colaboración eficaz es un proceso especial, por el que el Estado cede en su facultad de perseguir y sancionar a una persona por un delito, a cambio de información que le permita sancionar a un conjunto de personas por el mismo delito o uno distinto.

Partiendo de esa premisa se hace una afirmación quizá algo imprecisa a efectos de que los delitos objeto de colaboración eficaz serán los que el Estado defina “dentro de su política criminal” como los más graves. De forma seguida, se hace referencia a una encuesta realizada por IPSOS Apoyo que reporta que los mayores problemas son la criminalidad organizada y la corrupción de funcionarios. Sobre esto último, se hace especial énfasis en el financiamiento de campañas políticas con dinero ilícito y conexiones con funcionarios en puestos clave.

La incorporación de una encuesta de este tipo dentro de las motivaciones para expedir el decreto, resulta loable ya que muchas veces se tiende a generar regulación en un plano netamente teórico ajeno a consideraciones prácticas o percepciones de los ciudadanos. Esta tendencia, que tiene una incidencia especialmente relevante en países de América Latina, no se encuentra por ejemplo en el derecho anglosajón donde la filosofía legal reviste una naturaleza mucho más pragmática. Que se analicen encuestas

que recogen el sentir de los ciudadanos, no es una medida nefasta propia del populismo, sino más bien un intento de incluir la percepción del público general.

Con base en lo referido en el párrafo precedente, se llega a la siguiente conclusión: “Por ello, se propone regular expresamente que el proceso especial de colaboración eficaz es autónomo y puede comprender información de interés en una o varias investigaciones a cargo de otros fiscales; es decir, no es un cuaderno ni un incidente”.

Como puede apreciarse, la exposición de motivos señala claramente que el denominado proceso especial de colaboración eficaz es autónomo y no puede considerarse como un cuaderno o un incidente. Esta noción, que desprende en buen parte del pensamiento de Sánchez Velarde, es un punto de partida inicial para el tema que será objeto del siguiente apartado.

1.3.2. Consideraciones sobre la naturaleza del proceso de colaboración eficaz en base a los planteamientos del profesor Asencio Mellado

Sin perjuicio de lo señalado en el apartado precedente, un primer aspecto que debemos abordar sobre la figura jurídica del colaborador eficaz es si se enmarca dentro del ordenamiento constitucional o si, por el contrario, atenta contra derechos fundamentales como ha señalado el profesor Asencio Mellado. El análisis de esta cuestión resulta imperativo en tanto que la postura del presente trabajo, parte de que la colaboración eficaz es un mecanismo jurídico valioso que puede ser trasladado con éxito a las personas jurídicas.

Ahora bien, cuando se habla de la colaboración eficaz y su ubicación en un determinado sistema jurídico, lo primero que hay que definir es que, si nos encontramos ante un proceso o un procedimiento, dado que esta distinción inicial nos permitirá tener una idea del contexto en el que podrá ser aplicada y con qué limitaciones.

Nuestra legislación al regular la figura de la colaboración eficaz opta por el rótulo “Proceso de Colaboración Eficaz” en el Libro Quinto del Código Procesal Penal, que a su vez lleva el título de “Procesos Especiales”. Con lo cual podríamos afirmar, que por lo menos desde un punto de vista de nomenclatura, nuestro legislador concibió la colaboración eficaz como un proceso y no como un procedimiento.

Sin embargo, existen voces disidentes para las cuales esta denominación es un grave error. Entre ellas, la del reconocido profesor Asencio Mellado quien considera que este mecanismo no solo no es un proceso, con todas las condiciones que eso implica, sino que esta práctica vulneraría un número de derechos constitucionales:

La jurisdiccionalidad, idea central de todo proceso, implica que no puede existir proceso alguno y que no puede ser denominado proceso especial, ninguna fórmula procedimental que se trámite ante órganos diferentes, Ministerio Fiscal u órganos administrativos de cualquier calidad. No hay proceso fuera del Poder Judicial. No es posible atribuir la cualidad de proceso especial a un procedimiento tramitado por y ante el Ministerio Fiscal, que no es tercero imparcial e investido de potestad jurisdiccional, sino parte acusadora. Si, a veces excesiva pregonada imparcialidad objetiva no puede servir para ocultar su condición de parte. Ni siquiera cuando sus decisiones sean controladas por los tribunales, si las mismas alcanzan valor en el proceso por sí mismas o indirectamente mediante mecanismos de reproducción o ratificación formales. No hay proceso especial si ese procedimiento desconoce el elemento esencial del proceso, la dualidad de partes y la contradicción. (Asencio, 2018, p. 14)

De forma resumida, el planteamiento de Asencio Mellado, que la colaboración eficaz no puede ser un proceso, descansa sobre la base de tres argumentos principales a

saber: la autonomía del procedimiento de colaboración eficaz, la no jurisdiccionalidad del mismo y la ausencia de contradicción.

Sobre la autonomía del procedimiento el autor sostiene que, dado que la finalidad principal de dicho mecanismo es obtener una declaración y conceder un beneficio y que no existen horizontes más allá de eso, este puede darse al mismo tiempo que un proceso penal en curso. Por ende, no es realmente un proceso penal entendido bajo la concepción tradicional sino un procedimiento que tiene vida propia.

En relación a este tipo de críticas, nos gustaría traer a colación el pensamiento del profesor italiano Enzo Musco quien, ante este tipo de oposiciones, ha desarrollado una respuesta que consideramos acertada.

En primer lugar, el referido jurista señala que un primer cuestionamiento que se plantea es el de un determinado orden ético, en base al cual se subraya la inmoralidad del uso de un instrumento que conlleva la delación. Este cuestionamiento, tanto para el autor como para nosotros, resulta sumamente genérico.

Un segundo cuestionamiento que aborda el autor es que se ha disminuido fuertemente el papel de la legislación de recompensa en el análisis de la derrota del terrorismo señalando que:

“la impresión de la notable eficacia de esta respuesta respecto al surgimiento de la crisis del terrorismo político, se había degradado fuertemente en el transcurso del tiempo como mera concausa de semejante crisis. Es difícil pensar que el terrorismo político ha sido derrotado por las confesiones de los pentiti; las personas han reflexionado sobre aquellos años se han inclinado a invertir la relación causa – efecto, a pensar que los militantes de las formaciones armadas habían comenzado a hablar en el momento en que la parábola del terrorismo había entrado en su fase declinante. Ninguno habla si vence siempre; más bien

se trata del elemento de la derrota que provocan las crisis políticas, morales y psicológicas que se manifiestan en la decisión de colaborar con el Estado. (Musco, 1998, p. 38)

Esta consideración es importante porque la eficacia que ha tenido la colaboración eficaz como instrumento de lucha contra la criminalidad, especialmente en situaciones extremas de terrorismo, o no es valorada o es atacada bajo una crítica simple a la noción de que el fin justifica los medios. Entre los autores que sostienen dicha postura, podemos señalar al Profesor Asencio Mellado, quien inicia su artículo señalando:

El terrorismo, fenómeno extremadamente violento y anclado en aparentes motivaciones políticas, pero capaces por su demagogia de hacer secundarlo a sectores amplios de la población, dio lugar a un cambio sustancial en los ordenamientos jurídicos penales, incluyéndose en las normas materiales tipos especiales para hacer frente a una lacra de efectos demoledores en todas sus manifestaciones, así como en las normas procesales, aunque ciertamente mucho más limitadas en ese orden. (Asencio, 2018, p. 11)

La visión que tiene Asencio Mellado reduce una importante tendencia en los diversos ordenamientos jurídicos a causa de la demagogia y manipulación política del Estado. Postura que luego, con algunas modificaciones, es utilizada para criticar a Sánchez Velarde de la siguiente forma:

De esta forma, afirma que se trata de un proceso especial 'distinto a los tradicionalmente conocidos', con características singulares. Para este autor lo esencial es el fin, que justifica el medio, cualquier medio, el cual eleva a una consideración que no le es propia. La eficacia de un mecanismo sirve, contra los elementos naturales e indispensables que son consustanciales a la noción de

proceso para elevarlo a una categoría a la que no pertenece, aunque se fueren en extremo sus elementos definitorios. (Asencio, 2018, p. 13)

Como puede apreciarse es claro que el autor considera la existencia de un proceso especial en el ámbito jurídico como algo imposible, al margen de los fines que se persigan con el mismo. Esta es una postura que no compartimos, en tanto que nosotros consideramos que el derecho tiene como objetivo resolver problemas sociales que imposibiliten la convivencia. Si para la consecución de dicho objetivo, el Estado decide crear un proceso sui generis, este deberá ser cuestionado dentro de su propio contexto. Así, nos manifestamos contrario a descartar un determinado proceso porque este no comparte las mismas características que han sido denominadas como tradicionales.

En relación con dicho razonamiento, debemos precisar que esto no implica la postura extrema de que cualquier medio está justificado en virtud del fin que persigue; cuestionamiento que es utilizado en contra de Sánchez Velarde, sino que existe un ámbito de discrecionalidad de los medios siempre y cuando no existan transgresiones flagrantes a los derechos de las personas.

El profesor Enzo Musco señala sobre la utilización de la colaboración eficaz lo siguiente:

Si alguna vez ha producido éxitos, juzgados justa o injustamente como monstruos por la opinión pública, y si en algún caso ha dado razón a quien ha pronosticado a causa de ellos un progresivo desmejoramiento de la legitimación de la democracia, el instrumento del pentitismo no puede ser juzgado ni en clave ideológica ni en perspectiva ética. El elemento de juicio no puede ser sino el del coste-beneficio, o aún mejor del menor coste y del mayor beneficio. Pero para poder hacer esto hace falta que los elementos de esta ecuación fundamental de

política criminal no sean maleables y sobre todo estén en consonancia con las dimensiones fundamentales del sistema penal: la distorsión de los principios penales y procesal-penales tendrá que tener un negativo efecto de retorno no sólo sobre el plano de la eficacia, sino también sobre el de la imagen. (Musco, 1998, p. 47)

Uno de los aspectos más admirables de la obra de Enzo Musco es la capacidad que tiene de capturar en secciones cortas, como la precedente, ideas de gran magnitud. Como bien se señala, la colaboración eficaz no puede ser juzgada desde un punto de vista ideológico o ético. Por el contrario, el principal criterio debe ser siempre el análisis coste-beneficio y la eficacia del mecanismo; cosa que no implica que se vulneren derechos constitucionales.

Aunque respetable, no compartimos la opinión del profesor Asencio Mellado que juzga una institución jurídica sui generis bajo estrictos parámetros propios de los procesos tradicionales. En esa línea, bajo una concepción rígida y extremadamente garantista, se termina perdiendo la visión panorámica. Los sistemas creados por el hombre sean estos jurídicos, políticos, económicos o de cualquier otra índole, nunca han podido (ni podrán) alcanzar la perfección. Cada uno de ellos busca dar una solución a problemas determinados de la mejor forma posible, pero siempre habrá imperfecciones y consecuencias colaterales. Una consideración totalmente garantista del proceso penal nos dejaría, en muchos casos, inmóviles ante la evolución y creatividad propias del ámbito delictivo.

El proceso de colaboración eficaz no es una excepción a dicha regla y si bien estamos convencidos de que este podría quizás ser mejorado, no compartimos la visión fatalista expuesta en torno al mismo. En nuestra opinión, el proceso en su configuración actual cumple una importante función y permite al Estado sancionar actividades

delictivas que, dada su gran escala, afectan a un inmenso número de personas. Por ello, si bien algunas garantías constitucionales pueden ser flexibilizadas en este caso, no consideramos que esto ocurra de una manera irreconciliable con los derechos fundamentales. Asimismo, la legitimidad constitucional del mecanismo, en su configuración actual, no ha sido materia de un pronunciamiento del Tribunal Constitucional, que haga pensar en su eliminación.

Finalmente, tampoco estaría de más, tomar en consideración el origen histórico de esta figura en nuestro país (historia que es compartida por Italia), y los importantes efectos que tuvo en la lucha contra el terrorismo. Es muy sencillo, enarbolar críticas a una institución desde el plano teórico, lejos del estallido de los coches bomba, de los secuestros, de las agresiones diarias al núcleo del Estado de derecho. La distancia temporal y geográfica permiten ese tipo de críticas, pero ignoran la opción más difícil que es idear un mecanismo que pueda combatir un estado de caos sin vulnerar de forma irreparable los derechos más elementales de los ciudadanos.

Nosotros creemos que la evolución de la colaboración eficaz refleja esa idea y que a lo largo de los años nuestro ordenamiento, así como los distintos actores del sistema jurídico, han ido puliendo y refinando los alcances de la colaboración, de tal forma que no exista una vulneración intolerable de los derechos. Indudablemente, este es un tema complejo donde no existe una fórmula ideal, pero ante esta ausencia, consideramos que una postura que conociendo la magnitud de un problema, decide no actuar si no puede hacerlo en estricto cumplimiento de sus términos, es errónea. El *ser*, suele estar alejado del *deber ser*, también en el derecho, pero la inacción o la persistencia en intentar combatir con baldes de agua el incendio de un edificio, generaría un perjuicio intolerable.

1.3.3. Una definición conceptual de la colaboración eficaz

Hecha esta primera precisión, cabe ahora definir la colaboración eficaz en sí misma, para lo cual partiremos de la definición utilizada por el profesor César San Martín quien señala que:

El proceso por colaboración eficaz es un mecanismo de la justicia penal negociada, incardinada en el denominado por Emilio Resta Derecho Penal Premial. Descansa en la figura del arrepentido, quien debe admitir o, en todo caso, no contradecir ante la autoridad los hechos delictivos que se le atribuyen, y proporcionar información suficiente, eficaz e importante en orden a neutralizar una actividad delictiva, identificar las lógicas de actuación criminal de una organización delictiva y a sus intervinientes, y/o entregar bienes delictivos o ubicar su destino o paradero. (San Martín, 2015, p. 871)

El primer elemento de esta definición que vale destacar es que la colaboración eficaz encuentra su principal razón de ser en la figura del arrepentido. Esta afirmación parecería lo suficientemente sencilla, pero es importante entender los alcances de la misma si lo que se busca es un conocimiento esencial de la figura.

El arrepentido es un personaje clave en esta herramienta procesal y, por ende, el diseño de la misma debe lograr dos propósitos: (a) que el arrepentido encuentre suficientes incentivos para que, a través de una evaluación simple de su situación, quede convencido de que esta es la mejor alternativa; y (b) que el mecanismo para implementar la colaboración y suscribir el acuerdo final sea lo suficientemente flexible para adecuarse al grado de información brindado por el colaborador.

Sobre el primero de estos propósitos, nos gustaría recalcar la importancia que tiene un adecuado diseño de incentivos para el funcionamiento de la colaboración

eficaz. Dado que si estos son demasiado exiguos no se logrará obtener información de calidad que facilite una adecuada investigación de las actividades ilícitas.

En cuanto al segundo propósito, podemos afirmar que este es aún más importante y se verá en múltiples oportunidades a lo largo del presente trabajo. El capítulo siguiente está diseñado para examinar de forma general los modelos de colaboración eficaz implementados en otros ordenamientos jurídicos, y cómo cada uno de ellos tiene un determinado grado de flexibilidad en cuanto a las disposiciones necesarias para poder recabar la información producto de la colaboración eficaz y la suscripción del acuerdo. En líneas generales, un modelo que imponga un mayor número de condiciones formales tendrá una eficiencia en captar sujetos interesados en convertirse en colaboradores, lógica que también se traslada en la aplicación a personas jurídicas.

Ahora bien, sobre el valor de la herramienta nos gustaría citar a María Concepción Cruz Gómez quien señala que:

la colaboración es uno de los instrumentos de investigación penal clave en el combate a la delincuencia organizada, porque ¿quién más puede tener información privilegiada de las estructuras, modos de operación, ámbitos de actuación e identidad de los delincuentes organizados que alguien que haya pertenecido a la delincuencia organizada. (Cruz, p. 31)

En efecto, lo que hace imprescindible la aplicación de la colaboración eficaz como instrumento de la lucha contra la delincuencia organizada es la gran cantidad de información que permite obtener sobre el funcionamiento de una determinada organización delictiva. En una investigación tradicional este tipo de conocimiento tomaría una cantidad mucho mayor de recursos. Asimismo, existen determinadas

organizaciones cuyo funcionamiento se encuentra tan bien estructurado que la actividad delictiva se mantiene totalmente encubierta.

En el mundo actual, las organizaciones criminales han alcanzado un alto nivel de organización y estructuración interna, que les permite evadir con un gran nivel de éxito ser perseguidas por la justicia. Según la profesora de la Universidad de Alicante, López Yagues, la clave en las estrategias delictivas de este tipo de organizaciones es:

Sin duda, la peculiar estructuración interna y organizativa de la asociación o consorcio criminal. Como es sabido, la opacidad es una característica de la estructura interna de la organización delictiva, como conocida y nota definitoria es, también, la existencia de un centro de poder o decisión distanciado de otros escalones de mando y, aún más, de los que resultan ser autores materiales del delito, caracteres, uno y otro, que hacen extremadamente compleja tanto la labor de determinación de los responsables últimos de la acción criminal, cuanto la obtención de pruebas suficientes que sirvan para fundamentar, en su caso, la condena a estos últimos y a todo partícipe en la acción delictiva de la organización, en el grado o cuota de responsabilidad que a cada uno corresponda. (López, 2018, p. 121)

En ese sentido, podemos apreciar que la colaboración eficaz debería estar orientada a eliminar la opacidad existente en la estructuración de una determinada organización criminal y reducir la distancia de los miembros más bajos con los líderes. Solo así se podrá identificar con éxito la responsabilidad de todos los involucrados en las actividades delictivas y recabar las pruebas necesarias.

Si bien esto último resulta ya bastante complicado en una organización criminal tradicional, la dificultad aumenta notablemente cuando se aplica a personas jurídicas que se dedican a actividades lícitas públicamente, pero mantienen una unidad dentro de

su organización destinada a realizar actividades delictivas de forma encubierta. Tal es el caso de la empresa transnacional Odebrecht, que veremos más adelante.

Los retos inherentes a este tipo de casos son totalmente distintos y por ende, requieren un sistema propio que tenga como centro ya no al arrepentido, sino a la persona jurídica. Esto implica un cambio de paradigma radical en la lógica del mecanismo de colaboración, que va desde la metodología utilizada para recabar y verificar la información, hasta las condiciones que deben ser integradas al acuerdo.

En relación a la metodología, resulta claro que la cantidad de información que puede brindar una persona natural interesada en acogerse a la colaboración eficaz dista mucho de aquella que puede brindar una empresa, mucho más si esta última realiza actividades comerciales en diversos países. Pero aún en el supuesto que una empresa que realice sus actividades en el ámbito nacional, las autoridades encargadas de la persecución del delito se enfrentan a vastas cantidades de información con diversos grados de complejidad.

En ese sentido, solo la cantidad de información material (documentos, archivos digitales etc.), podría hacer colapsar los recursos del Ministerio Público en el caso de un país como el Perú. Sin embargo, aún en el supuesto que nuestro sistema contase con los recursos necesarios para confiscar, catalogar, transportar y analizar los documentos correspondientes a la actividad comercial de una empresa por un periodo de algunos años, esto no garantizaría el éxito de una investigación. Esto último se debe a que para poder analizar toda la información, la autoridad competente se vería obligada a contratar una elevada cantidad de profesionales ajenos al ámbito jurídico, tales como: contadores, expertos en finanzas, expertos en ingeniería y construcción, administradores, informáticos entre otros dependiendo de la empresa investigada.

Es por ello que un sistema de colaboración eficaz bien diseñado es imprescindible para enfrentar los retos que la criminalidad empresarial plantea en la actualidad, y que sin lugar a dudas, irán en aumentando a futuro.

1.4. Requisitos o Presupuestos

Para que la colaboración eficaz sea una herramienta procesal acorde con los fines de un Estado de derecho, esta debe ser aplicada a la luz de tres principios fundamentales que deben ser considerados en todo momento por los principales actores del sistema de justicia penal.

Principio de eficacia

El primer principio que debe ser tomado en consideración, es el de la eficacia de la colaboración eficaz en un caso determinado. Para ello, es esencial evaluar la información proporcionada por el potencial beneficiado en función de los efectos que podrá tener en una investigación.

El profesor San Martín desarrolla este principio en los siguientes términos:

El beneficiado debe brindar información que permita evitar la continuación, permanencia o consumación del delito o disminuir la magnitud o consecuencia de su ejecución. Asimismo, la información que proporcione ha de impedir o neutralizar acciones o daños como consecuencia de integrar una organización criminal (art. 474, inc. 1, literal a del NCPP), conocer las circunstancias de cómo se planificó o ejecutó o se viene realizando el delito (art. 474, inc. 1, literal b del NCPP), identificar a miembros de una organización criminal así como su funcionamiento, para desarticularla o disminuirla o, en su defecto, detener a sus integrantes, e identificar a autores o partícipes de delito que se cometió o está por cometer (art. 474, inc. 1, literal c, NCPP). (San Martín, 2015, p. 873)

Como puede apreciarse la colaboración eficaz debe ser utilizada exclusivamente cuando a través de ella pueda lograrse cuanto menos uno de los siguientes objetivos; a) evitar la continuación, permanencia o consumación del delito, b) disminuir su impacto, c) conocer las circunstancias en las que se planificó o ejecuto el mismo, d) identificar a los integrantes de una organización criminal.

Estos mismos aspectos son tomados en cuenta por el fiscal Sánchez Velarde al sostener que:

Entre los principios más importantes de este proceso citamos el de eficacia, de tal manera que la información proporcionada debe ser importante y útil para la investigación penal que se realiza, o debe permitir evitar acciones futuras, conocer las circunstancias en que se planificó o ejecutó el delito, o permitir conocer a sus autores o partícipes o los instrumentos o medios utilizados. Si la información no produce tales efectos, carece de eficacia. (Sánchez P. , 2011, p. 23)

Más adelante veremos varios casos de colaboración eficaz, en donde la información brindada por la persona jurídica que busca acogerse al beneficio ha probado ser determinante para un esclarecimiento de la actividad delictiva. Esto tanto porque dicha información ha permitido a la fiscalía, conocer detalles sumamente complejos de la metodología utilizada para cometer el delito, o porque ha identificado a todas las personas involucradas en el mismo.

Principio de proporcionalidad

Sin importar cuál sea el modelo de colaboración eficaz implementado en un ordenamiento jurídico, determinado el principio de proporcionalidad es sin lugar a duda, el más importante que debe tenerse en cuenta para garantizar que dicho proceso no genere impunidad.

Los beneficios disponibles para el colaborador, sea este una persona natural o una persona jurídica, suelen liberar a este del castigo habitualmente destinado a aquellos que infringen las leyes, y por ende, se deben otorgar solo en aquellos casos en donde la información proporcionada permita lograr la desarticulación de una organización delictiva.

Para el profesor San Martín el concepto puede explicarse en los siguientes términos:

Relaciona el beneficio premial en función, de un lado, a la importancia de la colaboración y, de otro, en atención a la entidad del delito y la culpabilidad por el hecho (art. 474, apdo. 2, del NCPP). Es lo que se denomina justicia conmutativa. El grado de colaboración con la justicia debe ser medida con rigor, con el objeto de tasar el beneficio penal que simétricamente corresponde otorgar [Sánchez Velarde]. (San Martín, 2015, p. 873)

De esta concepción cabe destacar la referencia a que el grado de colaboración debe ser medido con rigor, pues solo así se podrá garantizar que el beneficio, producto de la misma, no sea excesivo y termine desnaturalizando el propósito principal de la herramienta. ¿Pero qué es lo que se debe tener en cuenta exactamente para poder hablar de proporcionalidad? Sobre este particular Castillo (2018) afirma que:

El principio de proporcionalidad obliga a reparar en la relevancia y utilidad de la información que presta el colaborador en cuanto a precisión de hechos, circunstancias y demás pruebas que permitan descubrir la comisión del delito, la identificación de los autores, la evitación de los daños y la permanencia o continuidad de la consumación del delito, la averiguación o entrega de los bienes, efectos ganancias o instrumentos derivados del delito. Mientras más relevante y útil – o en palabras de la ley: eficaz - sea la información que se

brinda mayor deben ser los beneficios que pueden concederse. La descripción de los hechos, situaciones o circunstancias es esencial en la medida que sirve para el descubrimiento del delito o uno de sus elementos agravantes. (p. 397)

Sobre esta base, podemos afirmar que en relación a las personas jurídicas se deberá tener en consideración que la precisión de hechos, circunstancias y pruebas que permitan obtener los objetivos mencionados por el autor en el párrafo precedente, deberá ser mucho mayor que aquella que pueda brindar una persona natural. Esto tomando en consideración el nivel de información al que la persona jurídica tiene acceso. El principio de proporcionalidad deberá ser aplicado rigurosamente obteniendo la garantía que la persona jurídica investigada brindará toda la información disponible y colaborará en todo cuanto sea requerida.

Como veremos en el siguiente capítulo, todos los países en los que se utiliza actualmente la figura de la colaboración eficaz para personas jurídicas sostienen que el beneficio producto de dicho tipo de acuerdo, deberá ser proporcional a la información brindada. Este mismo criterio también se mantiene en la Ley N° 30737 como no podría ser de otra forma. El beneficio premial otorgado a la empresa debe ser merecido si lo que se busca es la justicia y evitar la impunidad. Es más, de no darse esto, las autoridades no estarán en condiciones de defender ante la población la colaboración eficaz como una herramienta efectiva para garantizar el cumplimiento de las leyes y sancionar a aquellos que las infrinjan.

Principio de condicionalidad

Finalmente, es importante dedicar un espacio al principio de condicionalidad que es esencial al momento de aplicar la colaboración eficaz, ya que es la principal garantía de que se cumpla con las obligaciones impuestas por el acuerdo de colaboración.

En palabras de San Martín:

El beneficio premial está condicionado a la: i) no reincidencia en el delito dentro de los diez años de otorgado el beneficio; ii) imposición de obligaciones; iii) concurrencia a proceso materia de la causa; y, iv) caución en el caso de obligaciones. Es de precisar que el control del cumplimiento de obligaciones estipuladas en el art. 479, apdo.2, del NCPP está a cargo del Ministerio Público (art. 479, apdo. 4, del NCPP). (San Martín, 2015, p.874)

La condicionalidad de los acuerdos de colaboración es otro elemento esencial del mismo, y como veremos en los distintos sistemas estudiados en el presente trabajo, el nivel de condicional si bien varía en grado, siempre resulta un presupuesto necesario para la suscripción de un convenio.

En estado de cosas, el ordenamiento del Reino Unido permite a la Fiscalía denunciar el incumplimiento de las obligaciones previstas en el convenio e incluso variar las condiciones del mismo. Esto sirve para evitar que las obligaciones a las cuales se compromete el beneficiario se materialicen y no queden como letra muerta en el acuerdo suscrito.

En el caso de las personas jurídicas, es especialmente importante ejercer un control de cumplimiento riguroso que implique informes periódicos, visitas inopinadas y auditorías externas, para poder garantizar que esta no se encuentre una vez más inmersa en actividades delictivas.

Para poder aplicar de forma real el principio de condicionalidad, es imprescindible que entre las exigencias del acuerdo de colaboración eficaz se encuentre como obligación estándar, la implementación de un modelo de prevención del delito a cargo de un trabajador de la empresa que cumpla con tener un perfil adecuado. Siendo que esta práctica representará una primera barrera dentro de la institución para dificultar la reincidencia en conductas delictivas, y facilitará un eventual control de cumplimiento

por parte del Ministerio Público, pudiendo asistir a este con requerimientos de información, y brindando informes que muestren las mejoras de la empresa en materia de cumplimiento.

1.5. La utilización de la declaración eficaz a la luz de los alcances del Acuerdo Plenario N° 02-2017 – SPN

Finalmente, nos gustaría concluir el presente capítulo abordando brevemente los principales alcances del Acuerdo Plenario N° 02-2017, suscrito por los jueces superiores de la Sala Penal Nacional y de los Juzgados Penales Nacionales. Esto en tanto que dicho acuerdo brinda algunas precisiones de gran importancia vinculadas a la utilización de las declaraciones del colaborador eficaz, que son pertinentes para el marco general que queremos proporcionar.

Los cuestionamientos abordados en dicho pleno fueron los siguientes: (a) ¿Si la declaración del colaborador eficaz para su utilización requiere ser corroborada en el proceso especial de colaboración eficaz? o (b) ¿Si la declaración del colaborador eficaz puede ser utilizada en razón de elementos de convicción no actuados en el proceso especial de colaboración eficaz?

Un primer matiz que realiza el referido Acuerdo es que:

Los problemas de incorporación de información corroborativa del proceso de colaboración eficaz al proceso receptor son diferentes en cada estadio: así los problemas de su utilización en diligencia preliminares e investigación preparatoria, son distintos a los problemas de incorporación en fase intermedia, como los son en la etapa de juzgamiento. Y son otros los problemas que se presentan cuando es utilizado o incorporado en una medida coercitiva. Por esa razón, es importante precisar la etapa del proceso receptor, pues determina la

forma y modo como se incorpora la información producida en el proceso especial de colaboración eficaz.⁴

Indudablemente, consideramos que esta primera aclaración es fundamental en tanto que cada una de las etapas del proceso penal tiene exigencias propias y una lógica distinta. En esa línea, la información corroborativa incorporada al proceso receptor, no podrá ser la misma en cada una de las etapas.

Ahora bien, como se señala en el Acuerdo si la información producida en un proceso de colaboración eficaz no tiene como contrapartida la existencia de un proceso común en curso, entonces esta deberá ser tratada como una noticia criminal nueva, colocando al Ministerio Público en una posición donde podrá manejar adecuadamente el carácter reservado de la misma. Esta podrá ser incorporada eventualmente al juicio oral en base al régimen normativo de la prueba trasladada.

Sobre esto último, se debe resaltar el hecho de que el régimen de la prueba trasladada no implica una transferencia de cualquier tipo y está sujeta a límites estrictos. Como puede apreciarse en el artículo 20.1 de la Ley N° 30077 que establece: “En los casos de delitos cometidos a través de una organización criminal, las pruebas admitidas y actuadas a nivel judicial pueden ser utilizadas o valoradas en otro proceso penal, siempre que su actuación sea de imposible consecución o de difícil reproducción debido al riesgo de pérdida de la fuente de prueba o de amenaza para un órgano de prueba”.

En base a ello, el Acuerdo extrae dos limitaciones específicas a saber: (a) que las pruebas hayan sido admitidas y actuadas a nivel judicial y; (b) que su actuación sea de imposible consecución o de difícil reproducción, debido al riesgo de pérdida de la fuente de prueba o de amenaza para un órgano de prueba.

⁴ Fundamento 9 del Acuerdo Plenario N 02-2017-SPN

A continuación, el documento realiza una diferencia entre la declaración del colaborador eficaz y los elementos corroborativos y sostiene que normativamente se puede distinguir entre dos fuentes de información: (a) la declaración del colaborador y (b) los actos de investigación. El uso de ambas fuentes se dará en función del desarrollo del proceso de colaboración eficaz en relación con los siguientes criterios según la normativa vigente (Decreto Legislativo N° 1301, 2016)⁵:

- Proceso de colaboración eficaz que concluyó negativamente.

En este caso, según el acuerdo, se tiene que: (a) la declaración del ex colaborador se tendrá por inexistente y tampoco será utilizada en su contra; (b) los demás actos de investigación podrán ser utilizados como prueba trasladada en aplicación de lo dispuesto en el artículo 20° de la Ley N° 30077.

- Proceso de colaboración eficaz que concluyó positivamente.

En este caso, según el acuerdo, se tiene que en esta situación el Fiscal (a) decidirá si aporta el testimonio del colaborador al juicio, y (b) decidirá si lo actuado en la carpeta fiscal será incorporado en todo o en parte al proceso.

Asimismo, en este caso se hace la precisión de que si la información proporcionada por el colaborador, antes del juicio oral, arroja suficientes indicios de la participación delictiva de las personas sindicadas en una imputación, podrá ser materia de investigación y decisión por el Ministerio Público, siempre y cuando se apliquen los controles previstos para la prueba trasladada.

- Proceso de colaboración eficaz no concluido.

En este caso, según el acuerdo, se tiene que: (a) los elementos de convicción podrán ser empleados para requerir medidas limitativas de derechos y medidas coercitivas, (b) la declaración del colaborador puede ser empleada, pero deberá

⁵ Artículos 476-A y 481-A del Decreto Legislativo N 1301 reglamentado por el Decreto Supremo N° 007-2017-JUS.

acompañarse de otros elementos de convicción, además de regir el numeral 2 del art. 158.⁶

Ahora bien, según el acuerdo plenario, es este último supuesto en el que se da el problema de interpretación con relación a la utilización de la declaración colaborador eficaz, acompañado con los elementos de convicción en un requerimiento de prisión preventiva.

Sobre el particular encontramos que el voto en mayoría con respecto a cómo debe funcionar la utilización de la declaración se detalla en los fundamentos 19-21 del Acuerdo Plenario.

En el primero es estos, se señala que necesariamente debe haber elementos de corroboración interna para el uso de la declaración del aspirante a colaboración eficaz, haciendo énfasis en que para poder hacer uso de esta la declaración, debe estar acompañada por elementos adicionales que permitan corroborar el contenido de la misma. Como no podría ser de otra forma, el fundamento señala que la sola declaración del colaborador no puede ser tomada por si sola, dado que su idoneidad futura estriba precisamente del hecho de que pueda ser corroborada.

A continuación, en el fundamento 20, se precisa adicionalmente que: (a) los elementos que corroboren internamente la declaración del colaborador servirán para el objeto del proceso de colaboración eficaz; (b) empero, para habilitar su utilización en el requerimiento de una medida coercitiva, es necesario que el Ministerio Público acompañe los elementos corroborativos del proceso de colaboración eficaz. Señalando, muy acertadamente a nuestro criterio, que esos elementos serán sometidos a contradictorio en la audiencia de la medida coercitiva y que, además, será necesario el

⁶ Aquí el acuerdo plenario hace referencia al siguiente artículo del profesor César San Martín. en: <http://www.gacetajuridica.com.pe/boletin-nvent/ar-web/ponencia.pdf> Lima , diciembre 2017 p.2

debate de otros elementos de convicción, producidos en el proceso receptor que amerite la medida coercitiva.

A manera de conclusión en síntesis el voto en mayoría es expresado en los siguientes términos:

La declaración del colaborador eficaz debe ser corroborada internamente para su objeto (convenio Ministerio Público y colaboración eficaz). Empero, para ser utilizada deberá acompañarse con los elementos de corroboración del proceso de colaboración eficaz. Estos elementos deberán ser valorados por el juez conjuntamente con los elementos de convicción del proceso receptor, para determinar si ha configurado una sospecha grave y decidir la medida coercitiva. La sola declaración del colaborador no puede ser utilizada para requerir una medida coercitiva; en ese orden no es admisible que se pretenda una corroboración solo con elementos de convicción que se han producido en el proceso receptor. La declaración de un aspirante a colaborador eficaz, con procedimiento especial en trámite, podrá ser utilizada en otro proceso, siempre y cuando se acompañe con los elementos de convicción provenientes del procedimiento especial y/o de la carpeta fiscal. Al fiscal le corresponderá postular el ofrecimiento de la declaración del aspirante a colaborador eficaz, acompañando los elementos de convicción que corroboren el dicho. La valoración de la información corroborada corresponderá al juez.⁷

En relación con lo mencionado en el voto en mayoría, cabe resaltar la importancia del reconocimiento de que la sola declaración del colaborador no puede ser empleada para requerir la imposición de una medida de naturaleza coercitiva. Este es un aspecto fundamental, dado que en la práctica han existido casos en donde el órgano

⁷ Fundamento 21 del Acuerdo Plenario 02-2017-SPN

jurisdiccional en colaboración con el Ministerio Público ha impuesto este tipo de medidas sobre la base de una declaración y no mucho más. En ese sentido, el Acuerdo brinda un importante lineamiento para evitar que la colaboración eficaz sea utilizada de forma incorrecta, y termine vulnerando los derechos de las otras personas implicadas en el proceso penal.

Al fiscal le corresponde postular no solo la declaración del aspirante a colaboración eficaz, sino también todos los elementos de convicción que corroboren su contenido. Esto implica que el representante del Ministerio Público deberá investigar rigurosamente la veracidad de las afirmaciones realizadas por el aspirante a colaborador y requerir a este la aportación de todo tipo de material que pudiese ser utilizado para sustentar sus afirmaciones.

En cuanto a la corroboración de la información en sí misma, resulta pertinente mencionar la Instrucción General que norma la Actuación Fiscal en el Proceso Especial de Colaboración Eficaz (Instrucción N°1-2017-MP-FN, 2017) publicada el 20 de noviembre del 2017:

El Fiscal de la colaboración dispondrá el inicio de la fase de corroboración de la información recabada con la finalidad de: a.1) Acreditar que la información proporcionada sea veraz y tenga relación con hechos delictivos estableciendo su eficacia para la persecución, a.2) Recabar elementos materiales que entregue el colaborador, a.3) Realizar acciones inmediatas a efectos de obtener indicios o elementos, o solicitar medidas restrictivas en relación a la información revelada por el colaborador, a.4) Determinar los actos delictivos en los que ha participado el colaborador, solicitando información de los mismos a las diferentes fiscalías, a.5) Determinar de ser el caso la estructura de la organización, así como el funcionamiento de la misma y el rol que desempeñan

cada uno de sus integrantes y a.6) Asegurar los inmuebles, vehículos, cuentas bancarias, cajas de seguridad, sumas de dinero, títulos valores y otros bienes o caudales relacionados con la información proporcionada.

Caso contrario, de no tomarse en cuenta los fines establecidos en el párrafo precedente, nos estaríamos exponiendo a una utilización frívola de la medida, que ciertamente devendría en colaboradores que alegan cualquier cosa y en fiscales que omitan realizar su trabajo con la debida diligencia en virtud de la comodidad de contar con una declaración. Esta es una situación inaceptable, sea en el marco de una colaboración eficaz aplicada a personas naturales o a personas jurídicas.

Por su parte, la síntesis del voto en minoría fue el siguiente: “La declaración del colaborador eficaz puede ser valorada con los elementos de convicción actuados o no en el proceso de colaboración eficaz; no exigencia de la normatividad procesal que la corroboración se produzca con elementos de convicción que se den con posterioridad a su admisión como tal o que necesariamente se realice con elementos no conocidos al momento de su admisión. Debe priorizarse los principios de razonabilidad y proporcionalidad en cada caso concreto.”

Sobre el voto en minoría, nos limitaremos a decir que no estamos de acuerdo con el mismo porque no define claramente la utilización de la declaración de una forma que si lo hace el voto en mayoría.

1.6. Conclusiones Provisionales

En primer lugar, es importante tener que la criminalidad organizada presenta el hoy un reto mucho más significativo que en décadas anteriores, dado el elevado nivel de sofisticación que dichas organizaciones han desarrollado para encubrir sus actividades delictivas.

Asimismo, dentro del ámbito de la criminalidad organizada, aquella que tiene lugar en el ámbito empresarial, ha experimentado a su vez avances propios que hacen mucho más difícil la persecución de delitos que se realizan a través de compañías.

Es por ello, que para enfrentar esta nueva situación de forma eficaz, se debe recurrir a la colaboración eficaz que forma parte del Derecho Penal Premial. Tener claro cómo ha funcionado la colaboración eficaz en relación con personas naturales, resulta esencial para poder entrar de lleno en el objetivo principal de este trabajo, que es analizar cómo dicha herramienta procesal debe ser aplicada a la criminalidad corporativa desarrollada por personas jurídicas.

Como veremos más adelante, la adecuada aplicación de la colaboración eficaz a las personas jurídicas deberá necesariamente estar ligada a los principios analizados en el apartado precedente. Siendo imposible soslayar la adaptación que deberán tener para poder ser trasladado desde su centro histórico el arrepentido (como persona natural), a las personas jurídicas en la actualidad.

Finalmente, debemos recalcar que, dada la estructura, nivel de recursos y capacidad de las autoridades encargadas de la persecución del delito, el modelo de colaboración eficaz adoptado por un determinado ordenamiento jurídico deberá tomar en cuenta la realidad nacional y buscar adaptarse a la misma.

Esto presupone, un paradigma totalmente distinto al de la persona natural y por ende, no será suficiente apelar a un sistema que no tenga como objetivo principal la persuasión de las personas implicadas, con la finalidad de obtener información de calidad que permite sacar adelante las investigaciones.

Capítulo II

La Colaboración Eficaz de las Personas Jurídicas en el Derecho

Comparado

2.1. Países del Derecho Común: Estados Unidos de América y Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte

En este apartado inicial, examinaremos de forma integral los distintos tipos de procesos de colaboración que tienen las empresas privadas en tres países que se rigen por un *Sistema de Derecho Común*. En esa línea, abordaremos primero el caso de los Estados Unidos de América, al ser este el país donde se inició la corriente de acuerdos entre las autoridades y empresas privadas para evitar sanciones penales. Luego analizaremos el caso de Reino Unido, que recientemente incorporó a su ordenamiento jurídico esta práctica.

Es importante precisar, que si bien nuestro ordenamiento nacional tiene su propia regulación basada en sus raíces de derecho continental, es bastante lo que se puede obtener si se estudia con detenimiento a los principales referentes del derecho anglosajón. No obstante, es necesario reconocer – con la finalidad de ser objetivos – que la importación de determinadas instituciones anglosajonas a nuestros ordenamientos ha traído consigo importantes críticas. Quizá uno de los mejores artículos sobre este particular, es el del profesor Gabriel Ignacio Anitua donde este señala lo siguiente:

Pero, además, desde la opinión de algunos otros autores del ámbito anglosajón se defiende a la negociación en la que el acusado asume su culpabilidad frente a la pretensión estatal, por considerarla una muestra del enorme contenido conciliatorio de este tipo de sistemas. Sin percatarse de que en todo caso, esa “amplia” conciliación conduce a la imposición de condenas, que no por existir

otras mucho más crueles dejan de tener un contenido aflictivo grave. La reducción de la hipotética pena a cambio de la renuncia al derecho constitucional del juicio justo es un asunto peligroso para todos los ciudadanos, como posibles acusados en algún momento, a pesar de la circunstancial conveniencia de quien es acusado en el momento concreto. Es por ello que Aguilera ha sostenido que resolver el problema de lentitud y atasco de los Tribunales con este *método tiene* “un ‘precio’ que más que excesivo resulta desorbitante: la desnaturalización del proceso penal y el sacrificio del régimen garantístico procesal. (Anitua, 2015)

Si bien esta crítica podría trasladarse perfectamente a la colaboración eficaz de las personas jurídicas, nosotros consideramos los retos impuestos por las nuevas formas de criminalidad requieren necesariamente un cambio de paradigma.

El Perú se encuentra todavía en un punto de su historia donde los retos que enfrentará en materia de criminalidad empresarial, no pueden bajo ningún alcance, compararse con aquellos que se manifiestan a diario en los países que veremos a continuación. No obstante, esto último no impide que, contrario a la práctica habitual, empecemos a incorporar a nuestro sistema jurídico regulación inspirada en prácticas globales.

El propósito principal que busca el presente capítulo es mostrar, a grandes rasgos, dos sistemas que han logrado con un buen nivel de éxito encontrar el equilibrio entre los intereses económicos de empresas de gran tamaño, y la aplicación de una justicia orientada a resarcir los daños significativos que estas pueden causar dada su relevancia en la sociedad actual. Le guste o no algunos sectores, tanto las empresas nacionales como transnacionales, juegan hoy en día un papel protagónico y tienen en muchos casos más poder e influencia que las propias instituciones de un Estado. Por

ello, los mecanismos que aplique el derecho deben adaptarse a dicha realidad y no aferrarse férreamente a esquemas tradicionales para la persecución del delito.

2.1.1. Estados Unidos de América

Iniciaremos el presente capítulo analizando el país que es quizás el más importante en cuanto a la práctica de los acuerdos de colaboración con personas jurídicas; si bien el sistema de Reino Unido tiene sus propias características, no puede negarse que su creación en su configuración actual tiene como antecesor el de Estados Unidos. Con lo cual resulta pertinente iniciar la búsqueda de lecciones en el origen mismo de dicha práctica, para luego examinar el sistema empleado en el otro lado del continente.

Lo primero que debemos entender, es que el primer reto para introducir acuerdos de colaboración eficaz en materia de criminalidad empresarial en Estados Unidos, fue cambiar la percepción que tenía la mayoría de personas de dicho país, que este tipo de conductas no ameritaban la intervención del derecho penal, y que eran como mucho objetables tan solo desde el punto de vista ético.

Superar dicho paradigma no fue sencillo e implicó varias décadas en las que no solo jugó un rol esencial el ámbito jurídico, sino también el político y empresarial. Estos tres rubros terminarían uniéndose para formar el sistema actual, pero no sin antes generar un intenso debate. En efecto, ese fue uno de los principales retos enfrentados en su momento por el profesor universitario Edwin H. Sutherland⁸ quien fue uno de los principales pioneros en el cambio de paradigma que tuvo dicho país. Sin su importante

⁸ Edwin H. Sutherland (1883-1950) fue un reconocido sociólogo estadounidense. Entre sus aportes más significativos destacan el desarrollo la teoría de la asociación diferencial y el término delitos de cuello blanco. Logró su doctorado en Sociología en la Universidad de Chicago a los 30 años de edad. Para más detalles sobre su vida se puede consultar su perfil en el siguiente enlace: <https://www.britannica.com/biography/Edwin-Sutherland>

trabajo, que incluyó la publicación de artículos, textos y ponencias, es válido afirmar que el proceso mediante el cual se entendió la criminalidad en su total dimensión habría tardado mucho más.

Exponer los valiosos aportes del profesor Sutherland tomaría un extenso grado de desarrollo y que resultaría ajeno a los objetivos del presente trabajo. No obstante, si nos gustaría dedicar algunas líneas a su idea principal por considerar la misma fundamental al desarrollo de la normativa en su país y en nuestra opinión que trascienden fronteras.

La frase que mejor captura esta última se reproduce a continuación:

El costo financiero del delito de “cuello blanco” es probablemente varias veces superior al costo de todos los delitos que se acostumbra a considerar como el ‘problema delictivo’. Un empleado de un supermercado en un año desfalcó 600.000 dólares, que era igual a seis veces las pérdidas anuales causadas por quinientos hurtos y robos de tiendas en esa cadena. Los enemigos públicos número 1 al 6 obtuvieron 130.000 dólares por hurto y robo en 1938, mientras que la suma robada por Ivan Krueger se estima en 250.000 dólares o casi dos veces más. El New York Times en 1931 informó sobre cuatro casos de desfalco en los Estados Unidos con una pérdida de más de un millón de dólares cada uno y una pérdida combinada de más de nueve millones de dólares. Aunque no se oye nunca, o casi nunca, hablar de un ladrón de un millón de dólares, el desfalgador de un millón de dólares ha robado poco, entre los delincuentes de cuello blanco. La pérdida calculada de inversionistas en un trust de inversión entre 1929 y 1935 fue de 580 millones de dólares, debido fundamentalmente al hecho de que el 75 por ciento de los valores en cartera estaban en fianzas de compañías afiliadas, aunque esta casa inversionista anunciaba la importancia de

la diversificación de inversiones y sus expertos servicios en seleccionar inversiones seguras. (Sutherland, 2009, p.68)

En base a la comparación de este tipo de casos el profesor Sutherland realiza la siguiente afirmación:

Los delitos de 'cuello blanco' violan la confianza y, por lo tanto, crean desconfianza; esto reduce la moral social y produce desorganización social.

Muchos de los delitos de 'cuello blanco' atacan los principios fundamentales de las instituciones norteamericanas. Los delitos comunes, por otra parte, producen poco efecto en las instituciones sociales o en la desorganización social.

Esta última afirmación con respecto al impacto de los delitos de cuello blanco en relación al impacto de los denominados delitos comunes es de suma importancia. No podemos más que encontrarnos de acuerdo con la postura del autor, en tanto que una de las notas más características, sino la principal de la criminalidad de cuello blanco, es justamente su increíble impacto en el orden social. Una empresa, como hemos dicho anteriormente, se encuentra en una posición única para generar riesgos al colectivo social. Más aún en la actualidad, donde el estado de la economía tiene un poder considerable en la calidad de vida de los ciudadanos. Si resulta factible resumir el legado del profesor Sutherland en una oración, sería en que su principal mérito fue contribuir de forma drástica a la percepción de las actividades delictivas de cuello blanco.

2.1.1.1. **Marco Regulatorio.** En el sistema de Derecho Americano, la colaboración con las autoridades se encuentra regulada de forma simultánea en los memorandos del Departamento de Justicia de Estados Unidos como en las Sentencing Guidelines de la U.S Sentencing Comission⁹.

⁹ La Comisión de Sentencias de EE. UU. Es una agencia independiente en la rama judicial del gobierno creada por la Ley de Reforma de Sentencias de 1984. El Congreso promulgó la SRA en respuesta a la

- *La colaboración o cooperación en las Sentencing Guidelines.* Las denominadas *Sentencing Guidelines* son una serie de disposiciones diseñadas por la Comisión de Sentencias de EE. UU que ofrecen a los jueces una serie de parámetros para emitir sus sentencias. A partir del fallo judicial del caso *States vs Booker*¹⁰ la sujeción a este tipo de parámetros tiene naturaleza potestativa. No obstante, si un juez decide apartarse de lo previsto en las *Sentencing Guidelines* este deberá fundamentar los motivos de dicha decisión.

Las *Sentencing Guidelines* se encuentran divididas en capítulos en función de la temática a la que hacen referencia. El capítulo ocho, incorporado en el año 1991, se titula “Sentencias a Organizaciones” y contiene el marco aplicable a las personas jurídicas. En su texto, se prevén el tipo de sanciones que pueden ser impuestas, los supuestos de atenuación y los agravantes.

La definición que se utiliza para el término organización es amplia, en tanto que regula todos los casos en los que el imputado no sea una persona natural¹¹. Esto incluye entre otras, sociedades anónimas, asociaciones, sindicatos, fideicomisos, fondos de pensiones. Pero es evidente que existe una clara intención de que estas sean principalmente aplicadas a grandes corporaciones¹².

Ahora bien, la parte referente a los acuerdos de colaboración puede ser consultada en el U.S Sentencing Guidelines Manual S 8C2.5 (g) (1) 2008. Entre los principales requisitos, encontramos que la información proporcionada por la

disparidad generalizada en las sentencias federales, dando paso a una nueva era de sentencias federales mediante la creación de la Comisión y la promulgación de pautas federales de sentencia. (<https://www.ussc.gov/about-page>)

¹⁰ United States v. Booker, 543 U.S. 220 (2005)

¹¹ Se establece ““Organization” means “a person other than an individual.” 18 U.S.C. § 18. The term includes corporations, partnerships, associations, joint-stock companies, unions, trusts, pension funds, unincorporated organizations, governments and political subdivisions thereof, and non-profit organizations.”

¹² Jennifer Moore, Corporate Culpability Under the Federal Sentencing Guidelines, 34 Arizona Law Review 743 (1992). Available at: http://digitalrepository.unm.edu/law_facultyscholarship/377

organización que busca acogerse a este sistema debe ser entregada de forma oportuna y completa. El momento en el que se brinde la información será fundamental para determinar la sentencia final. Asimismo, se tomará en cuenta la calidad de la información y que no se hayan omitido detalles. Estos requisitos serán tomados en consideración para asignar el denominado “Culpability Score” (puntaje de culpabilidad) que podrá ser reducido hasta en cinco puntos si la organización cumple con los mismos (Tuffin , 2010).

El sistema utilizado por estas directrices parte de una multa base escogida para reflejar la gravedad del delito cometido. Esta base es ajustada con base en las circunstancias atenuantes y agravantes. Algunos adicionales tomados en consideración son: el nivel jerárquico de los funcionarios involucrados, la historia de la organización y la presencia de un programa de cumplimiento. La finalidad de esto es que la sanción sea proporcional a la ofensa cometida, evitando caer en excesos en aquellos casos en los que exista una voluntad manifiesta de la organización de cooperar con las autoridades.

Sin perjuicio de lo anterior, debemos precisar que dada la naturaleza del sistema jurisdiccional de Estados Unidos, existe una marcada tendencia a buscar soluciones que eviten que los casos lleguen a juicio y sean objeto de una sentencia. Esto se enmarca en métodos de *Alternative Dispute Resolución* que son previstos por la propia legislación procesal estadounidense. En el siguiente apartado, abordaremos dos de los métodos comúnmente empleados: los acuerdos de no persecución y los acuerdos de persecución diferida.

- *Colaboración y Acuerdos de DPA o NPA.* Como hemos señalado, los acuerdos de colaboración pueden ser divididos a su vez en dos tipos: los acuerdos de no persecución (Non-Prosecution Agreements o NPA’s) y los acuerdos de persecución diferida (Deferred Prosecution Agreements o DPA’s). Cada uno de estos acuerdos tiene

características singulares y su propia razón de ser en el ordenamiento jurídico estadounidense, aspectos que serán explicados a continuación. No obstante, primero resulta necesario hacer un breve repaso de las medidas que tiene el Departamento de Justicia de los Estados Unidos cuando decide que tiene suficiente evidencia como para armar un caso contra una corporación.

Christopher J. Christie, Fiscal de los Estados Unidos para el Distrito de Nueva Jersey, hace la siguiente precisión respecto a dichas opciones: “Los casos de criminalidad empresarial presentan a los fiscales con un complejo conjunto de opciones que deben ser analizadas con sumo cuidado para garantizar que los casos sean resueltos de forma adecuada. Es por ello, que el rango de soluciones disponibles es amplio” (Christie & Hanna, 2006, p. 1043).

Brevemente, las opciones que contempla el ordenamiento procesal estadounidense pueden ser resumidas de la siguiente forma: “1. Proceder con la persecución del delito formulando una acusación o suscribir un acuerdo de culpabilidad, 2. Desistir de la persecución penal por motivos de política pública, 3. Suscribir un acuerdo de persecución diferida con la compañía, y 4. Suscribir un acuerdo de no persecución con la compañía” (Warin & Jaffe, 2005, 3.61).

Naturalmente, cada una de estas opciones tiene un impacto diferenciado para la compañía que se encuentre al frente del fiscal. En el primer caso, esto es que se formule una acusación, el impacto mediático será sumamente alto. Asimismo, la suscripción de un acuerdo de culpabilidad estará sujeta a un control judicial público. La segunda alternativa no suele ser anunciada públicamente por el Departamento de Justicia.

Por su parte, las opciones tres y cuatro son explicadas así:

Cuando el Departamento de Justicia va más allá de la simple declinación y entra en un no-enjuiciamiento formal acuerdo, ese acuerdo se publica con frecuencia,

pero no universalmente. La alternativa federal más formal a la acusación corporativa es el acuerdo de enjuiciamiento diferido. La acusación o la información permanecen abiertos durante el período de aplazamiento. (Orland, 2006).

El primer acuerdo de persecución diferida fue suscrito en el año 1994 en el caso de Prudential Securities, y fue utilizado como modelo para acuerdos de forma subsecuente. Bajo los alcances del acuerdo, que tuvo un plazo de tres años, la empresa se comprometió a implementar mecanismos de control internos que incluyese la incorporación de un oficial de cumplimiento. También se impuso un pago de \$330 millones de dólares a un fondo para compensar a los accionistas de la compañía (Paltrow, 1994).

Casos Emblemáticos

The Hong Kong and Shanghai Banking Corporation (HSBC) 2012. La empresa multinacional británica de banca y servicios HSBC Holdings PCL, es una de las más grandes en su rubro a nivel mundial. Como parte de sus actividades comerciales, desarrolla negocios en Europa, el Medio Oriente, África, Asia y las Américas. En el año 2012 se vio afectada por una investigación criminal vinculada a su negocio global de intercambio de divisas en sus tres sedes principales: Nueva York, Londres y Hong Kong.

Según las autoridades británicas, desde al menos octubre del 2011 la empresa HSBC habría participado, junto con otras entidades, en un esquema de defraudación en agravio de Cairn Energy. Bajo dicho esquema, se habría hecho uso de información privada proporcionada por Cairn Energy (vinculada a los intercambios de divisas) para la compra de libras esterlinas sabiendo que el precio de esta divisa aumentaría en base a las transacciones realizadas por Cairn, generando importantes ganancias para HSBC.

Para poder obtener dicho resultado la entidad financiera diseñó la transacción de intercambio de divisas con Cairn, de tal forma que su fraude no fuese descubierto y ningún tipo de consideración por el perjuicio económico que se generaba al cliente.

En el año 2010, Cairn Energy decidió suscribir un acuerdo con otra compañía para vender su participación en una subsidiaria ubicada en la India por aproximadamente US\$3.500 millones de dólares. Debido a que el sector energético se encuentra regulado, dicha transacción debía ser aprobada por el ente regulador encargado del sector en India. Si dicha venta era aprobada, la empresa Cairn Energy tenía la intención de convertir sus ganancias a libras esterlinas con el objetivo de distribuirlas entre sus accionistas. Es así que, en el 2011 Cairn solicitó a varios bancos (incluyendo HSBC) su apoyo para ejecutar el intercambio de divisas. HSBC también se comprometió a usar la información solo para la finalidad con la cual había sido brindada. Sin embargo, Mark Johnson, jefe de operaciones de intercambio de divisas a nivel global, y Stuart Scott director de esta área, violaron las disposiciones del acuerdo con la finalidad de beneficiar de forma directa a la entidad.

Esta actividad fue detectada por el Departamento de Justicia de los Estados Unidos, que inició la investigación correspondiente. En el transcurso de dicha investigación, HSBC decidió acogerse a un acuerdo de colaboración pagando una multa ascendiente a US\$ 63.1 millones de dólares y una reparación 38.4 millones por la defraudación del cliente antes mencionado (The United States Department of Justice, 2018). Las ganancias de la actividad delictiva realizada por HSBC habrían sido \$46.4 millones de dólares con lo cual la multa fijada resultó adecuada.

Este caso fue uno de los más grandes en su momento, y demostró la efectividad de este tipo de acuerdos en Estados Unidos. La alta complejidad de las transacciones realizadas y la escala global de las mismas, hacían mucho más necesario que la propia

empresa fuese la que brinde información y decida acogerse a la colaboración eficaz. Este tipo de casos demuestran que, si los beneficios son adecuados las empresas, no importa cuán grandes sean, optarán por solucionar las cosas a través de esta herramienta.

JP Morgan Chase 2014. En el año 2004 la empresa JP Morgan Chase se encontró sumida en uno de los casos de defraudación financiera más significativos de Estados Unidos en las últimas décadas. La empresa Bernard L. Madoff Investment Securities, con sede principal en Nueva York, operaba tres líneas de negocios: generación de mercado, negociación financiera y asesoría en temas de inversión. Como parte de los requisitos para operar como bróker financiero, la empresa fue registrada en la Securities and Exchange Commission (SEC) desde aproximadamente 1960 y para asesoría en temas de inversión, desde el año 2006. Desde su inicio la empresa tuvo como único propietario a Bernard L. Madoff.

Por su parte, JP Morgan Chase & Co, también con sede principal en la ciudad de Nueva York, tenía cuatro líneas de negocios principales: banca corporativa, banca de inversión, administración de activos y banca comercial. Como entidad prestadora de servicios bancarios es importante mencionar que la empresa se encontraba sujeta a la supervisión y regulación por parte del Departamento de Tesoro de los Estados Unidos. Ahora bien, como veremos a continuación los caminos de Bernard L. Madoff Securities y JP Morgan Chase & Co estaban destinados a cruzarse con nefastas consecuencias económicas. Durante más de tres décadas, el negocio de asesoría de inversiones operó como una estafa piramidal masiva y multimillonaria. Se estima que dichas actividades iniciaron en los años setenta y concluyeron con el arresto del Sr. Madoff en el año 2008.

El señor Madoff y sus colaboradores prometieron a un elevado número de accionistas que su dinero sería utilizado para la adquisición de acciones, opciones y otros valores de empresas reconocidas, asegurándoles importantes ganancias futuras.

Sin embargo, el dinero nunca fue invertido con dichos fines y fue destinado a enriquecer personalmente al propietario de la empresa. Las ganancias pagadas a los inversionistas provenían de nuevos fondos proporcionados por distintos inversionistas, en lugar de ser producto de las inversiones realizadas. En el momento del colapso de dicha estafa piramidal, se estima que existieron 4,000 cuentas de clientes con un saldo aproximado de US\$ 65 mil millones de dólares, no obstante, las cuentas de la empresa solo registraban activos valorizados en US\$ 300 millones de dólares.

El vínculo con la empresa JP Morgan proviene del hecho que todas las transacciones fueron realizadas a través de cuentas en dicha entidad. Todo el dinero de las inversiones de los clientes era depositado en dichas cuentas y prácticamente todos los reembolsos, se efectuaban a través de ellas.

A partir del año 2006, el Equity Exotics Desk con sede en Londres, tomó la decisión de crear derivados complejos basados en ciertos fondos de inversión vinculados a fondos que invertían dinero en Madoff Securities. Como cobertura para la emisión de estos instrumentos, JP Morgan Chase realizó inversiones propias vinculadas al rendimiento de dicha empresa. Esa inversión por parte de JP Morgan Chase, generó que un analista financiero de la entidad escribiese un correo electrónico al director del área sobre Madoff Securities. Entre los principales asuntos detallados en el correo se hacía mención a la capacidad nula que tenía JP Morgan Chase de verificar la actividad comercial realizada por Madoff. El analista también cuestionó que la firma Madoff, relativamente pequeña y desconocida, tuviese el manejo exclusivo de tal número de activos sin ningún tipo de revisión por parte del banco. Una de las preocupaciones

expresadas en el correo era que básicamente se estaba confiando plenamente en la integridad del Sr. Madoff sin realizar ningún tipo de averiguación respecto a lo que realmente sucedía.

Un par de meses después, al parecer impulsado por el extenso correo, JP Morgan Chase presentó un informe a la Agencia de Crimen Organizado Serio del Reino Unido, señalando a Madoff Securities como su principal sujeto sospechoso. En el referido informe se mencionó que el rendimiento de la inversión logrado por la empresa era sumamente superior al de cualquier competidor año tras año, a pesar de las condiciones variables del mercado en la que operaba. También señaló que como consecuencia de ello, JP Morgan Chase había solicitado el reembolso de más de 300 millones del dinero que habían invertido en los fondos vinculados con dicha empresa. JP Morgan Chase nunca presentó un informe similar ante las autoridades de Estados Unidos con respecto a las actividades de Madoff Securities y las preocupaciones expresadas en el correo inicial, nunca se comunicaron a los empleados encargados de prevención de lavado de activos.

Finalmente, tras el arresto de Madoff el 11 de diciembre del 2008 y las revelaciones relacionadas con sus actividades comerciales, se comprobó que JP Morgan Chase Bank no contaba con políticas, procedimientos o controles efectivos para garantizar la legalidad de las transacciones efectuadas. Como parte del acuerdo con el Departamento de Justicia de los Estados Unidos, se comprometió a lo siguiente: (a) reconocer su responsabilidad por los hechos vinculados a Madoff Securities, (b) Pagar una multa de 1.7 billones para la reparación de las víctimas de Madoff Securities, (c) cooperar activamente con la investigación de fraude en contra de Madoff Securities, (d) a reportar cualquier actividad sospechosa a las autoridad y (e) a realizar mejoras a sus

políticas de prevención con la finalidad de evitar que situaciones como la mencionada se repitan.

Conclusiones Provisionales

La conclusión principal de los casos antes mencionados, es que la criminalidad corporativa puede generar daños ascendientes a varios billones de dólares y cruzar fronteras. En ambos casos, encontramos que las empresas involucradas eran transnacionales con oficinas en múltiples jurisdicciones. Es por ello, que detener este tipo de conductas resulta fundamental para el bienestar de la sociedad.

Para poder luchar contra este tipo de conductas, el gobierno de Estados Unidos otorga, un rol fundamental a los fiscales, dándoles la potestad de suscribir acuerdos de colaboración, sin la necesidad de que dicho acuerdo sea aprobado por un órgano jurisdiccional.

Esta facultad conlleva una gran responsabilidad, dado que la determinación de si el acuerdo es compatible con los intereses de la justicia, recaerá únicamente en el representante del Ministerio Público, quien además será encargado de determinar las medidas destinadas a reparar los efectos dañinos del delito.

Es esta situación, la que en nuestra opinión, genera un problema con el modelo estadounidense y lo hace sumamente difícil de aplicar en un país como el Perú. Si bien resulta evidente que los representantes de la fiscalía deben tener un nivel de discrecionalidad al momento de tomar una decisión respecto a potenciales acuerdos, consideramos que dicha facultad no debería ser absoluta.

Todo Estado de derecho debe implementar mecanismos para garantizar que los agentes del gobierno no estén en condiciones de ejercitar su autoridad para perseguir sus propios objetivos. En Estados Unidos el Departamento de Justicia tiene un poder casi

absoluto en cuanto a la suscripción de acuerdos, y no existen suficientes controles de la actuación fiscal en este ámbito.

Es por ello, que consideramos que, si bien el sistema estadounidense resulta eficaz para determinados casos, este no brinda la misma seguridad que el sistema del Reino Unido que involucra desde las negociaciones, la participación de un órgano jurisdiccional encargado de evaluar cada acuerdo. En el siguiente apartado, desarrollaremos los alcances de dicho control con la final de resaltar, por qué consideramos que este es un mejor sistema.

2.1.2. Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte

2.1.2.1 *Introducción.* La Oficina de Fraudes Graves (en adelante, OFG) es un departamento gubernamental encargado investigar y ejercer la acción penal en casos complejos de fraude, sobornos y corrupción de funcionarios públicos. Desde el año 2010, en el que entró en efecto la Bribery Act, la entidad ha sido encargada con la función de garantizar el cumplimiento de esta.

Además de sus actividades de investigación, la Oficina de Fraudes Graves del Reino Unido es una excelente fuente de información sobre delitos económicos en su jurisdicción. Por ejemplo, en virtud de los estudios realizados por dicha entidad, se estima que los delitos investigados por la misma le cuestan al Reino Unido un aproximado de 73 billones de dólares al año (Serious Fraud Office , 2014).

Que exista una cifra de esta magnitud en un país con los niveles de institucionalidad gubernamental del Reino Unido y la cantidad de recursos con los que cuentan las autoridades encargadas de la persecución del delito, demuestra que la criminalidad de cuello blanco es un fenómeno de alta complejidad capaz de afectar drásticamente incluso a los países más desarrollados. Como en el caso de los Estados

Unidos, esto obliga necesariamente a las autoridades a impulsar nuevos mecanismos para la persecución del delito.

Según Polly Dyer y HHJ Michael Hopmeier, las opciones para tratar este tipo de problema pueden ser resumidas en los siguientes términos:

Existe un reconocimiento general de que las opciones para tratar las ofensas por parte de organizaciones comerciales son limitadas y que el número de enjuiciamientos exitosos cada año, a través de procedimientos tanto penales como civiles, es demasiado bajo. La vigilancia de estos delitos es extremadamente difícil, ya que depende en gran medida de la autodeclaración y la denuncia (donde normalmente hay incentivos limitados para que una organización se autoinforme) y a medida que crecen la complejidad y el tamaño de las organizaciones comerciales, también lo hacen las dificultades de investigar la actividad delictiva y llevar a las organizaciones comerciales ante la justicia. Además, los enjuiciamientos criminales de compañías por fraude y delitos afines implican largas investigaciones y costosos juicios. (Dyer & Hopmeier, 2013)

La primera afirmación, que señala que el número exitoso de enjuiciamientos a organizaciones comerciales tanto en el ámbito penal como en el civil no son exitosos, reviste un nivel de importancia que difícilmente puede ser soslayado. Esto indica que, por lo menos en la experiencia británica, las herramientas tradicionales para la persecución de este tipo de delitos no son hoy en día lo suficientemente eficaces.

Uno de los aspectos más significativos de la criminalidad empresarial, es que la empresa se encuentra en una posición mucho más poderosa que la de un individuo que comete un delito común. Esto se traduce en muchos casos, en un mayor conocimiento

de las complejidades de una industria específica, así como la capacidad de contratar equipos legales de primer nivel.

También es importante mencionar que las empresas tienen suficientes recursos económicos para encubrir cualquier tipo de actividad delictiva que se de en su interior. Son estos detalles los que, a la larga, dificultan la investigación por parte de las autoridades correspondientes y resultan en pocos juicios exitosos al final del camino. Esta realidad, como bien señalan los autores, hace necesario un cambio de paradigma. Si un gobierno planea enfrentar este tipo de situaciones como enfrenta la criminalidad de la persona natural para delitos comunes, habrá sin lugar a dudas, perdido la batalla sin siquiera iniciarla. Los procesos de colaboración eficaz deben ser regulados de forma inteligente brindando incentivos para que la propia persona jurídica, a pesar de su posición de poder, vea los beneficios en colaborar activamente con las autoridades.

Pero sin perjuicio de lo antes mencionado, supongamos por un momento que la Fiscalía haciendo uso de una gran cantidad de recursos humanos y materiales, logre obtener suficiente evidencia para llevar el proceso penal a una condena exitosa de la empresa. Lo que se logra con ello es muy poco.

Dyer & Hopmeier (2013) explican muy bien dicho particular al mencionar que:

Desde la perspectiva de la fiscalía, el mejor resultado en casos de delitos económicos con un demandado corporativo bajo el sistema actual resulta en una condena y multa contra una identidad corporativa. Sin embargo, es probable que las compañías que son condenadas sean estigmatizadas y excluidas de la licitación para el trabajo gubernamental y del gobierno local. La condena y la sentencia pueden tener un impacto en el precio de las acciones, pueden llevar a la empresa a evitar responsabilidades al liquidarse y pueden tener un efecto tan

negativo en la viabilidad de la empresa que se pierden empleos y los accionistas, proveedores y clientes se ven afectados. De lo cual es de interés público.

Como puede apreciarse, el resultado es una condena y una multa en términos generales. Pero además de dichas sanciones, el efecto negativo más grave que se genera es la estigmatización de dichas compañías y su exclusión de determinados ámbitos de negocio. Así como la persona natural puede verse afectada por la denominada “pena del banquillo”, también puede serlo la persona jurídica. ¿Pero debe esto último preocuparnos? Después de todo, no debería ser satisfactorio que la reputación de una empresa que opera al margen de la ley se vea destrozada.

Nosotros sostenemos que el asunto no es tan sencillo, y de hecho esa también es la postura predominante en el ordenamiento jurídico del Reino Unido. Esto debido a que las empresas que se ven implicadas muchas veces suelen ser compañías masivas con negocios a nivel global. El colapso de este tipo de entidades representaría en muchos casos, daños tan considerables e incluso mayores que los causados por la práctica delictiva. Es por ello, que el sistema jurídico sea ha visto forzado a encontrar una alternativa que conjugue los intereses de la justicia con la prevención de un colapso económico a gran escala. En los apartados que siguen intentaremos mostrar la naturaleza de dicho sistema y el motivo por el cual consideramos que cumple con su objetivo.

2.1.2.2 **Marco Regulatorio.** En el año 2012, el gobierno de Reino Unido anunció su plan de introducir los denominados “Deferred Prosecution Agreements” (DPAs), con la finalidad de dotar a las autoridades de una nueva herramienta para hacer frente a la criminalidad corporativa. En palabras del Ministro de Justicia Damián Green, estos acuerdos “asegurarán que se aborde un comportamiento corporativo más inaceptable... a través de sanciones sustanciales, una reparación adecuada a las víctimas

y medidas para prevenir faltas futuras” (UK to strike plea bargaining deals with crooked firms, 2012).

La “Crime and Courts Act 2013” es una ley del parlamento británico propuesta por Oliver Eden que entró en vigencia el veinticinco de abril del año 2013 (Crime and Courts Act 2013, 2013). El propósito principal de este nuevo marco regulatorio fue la creación de la Agencia Nacional del Crimen (o NCA por sus siglas en inglés) con la finalidad reemplazar la autoridad encargada de investigar el crimen organizado hasta dicho momento.

La ley también realizó una serie de modificaciones para facilitar la filmación de audiencias judiciales y las reglas del ejercicio de la defensa propia. Asimismo, y en esto se centra su relevancia al presente trabajo, se introdujo por primera vez la posibilidad de celebrar acuerdos de colaboración eficaz con personas jurídicas.

El artículo 45 de la Ley establece que los acuerdos de colaboración eficaz se sujetarán a las disposiciones contenidas en el Schedule 17. En el siguiente apartado, realizaremos un breve análisis de los elementos más característicos del instrumento normativo británico que consideramos regula de una forma bastante adecuada el proceso de colaboración eficaz de las personas jurídicas.

Características de un acuerdo de colaboración eficaz. El primer artículo del Schedule 17, en el inciso 1, define los acuerdos de colaboración como el acuerdo celebrado entre el fiscal competente y una persona a la cual el fiscal está considerando acusar por la comisión de un delito.

En virtud de este acuerdo, la persona jurídica se compromete a cumplir una serie de requerimientos impuestos por el acuerdo con el fiscal, mientras que este último se compromete, a que una vez sea aprobado el acuerdo por la autoridad jurisdiccional

competente, este se regirá por las disposiciones vinculadas al proceso de colaboración eficaz.

1. Personas elegibles para la celebración de un acuerdo de colaboración.

En el marco de la normativa del Reino Unido, la colaboración eficaz bajo los alcances del Schedule 17 podrá ser aplicada únicamente a las personas jurídicas o asociaciones no inscritas que se encuentren envueltas en una investigación penal.

Si el DPA (en adelante “acuerdo de colaboración”) es entre un fiscal y una sociedad anónima, el acuerdo de colaboración deberá ser suscrito a nombre de la empresa y nunca de los socios de la misma. Esto es importante dado que lo que se busca es reforzar la autonomía de la empresa.

Este criterio, también se aplica a cualquier tipo de pago dinerario que deba ser realizado por un requerimiento del acuerdo de colaboración siendo necesario que los fondos provengan de la cuenta de la empresa.

Asimismo, en el caso de que el acuerdo de colaboración se dé entre el fiscal y una asociación, el acuerdo deberá estar a nombre de dicha entidad y no de sus miembros. Como en el caso de la empresa, todos los fondos para realizar reparaciones o pagos deberán provenir de una cuenta de la asociación.

Estas precisiones, se enmarcan dentro de la lógica de que este tipo de acuerdos solo está destinado a personas jurídicas y que, por ende, estas deberán retener su autonomía a lo largo de proceso de colaboración eficaz. Un aspecto sumamente importante dado que lo que se busca con la medida es preservar la integridad de la empresa, sin que esto implique necesariamente una protección a los socios quienes podrán responder por sus acciones a título individual.

2. Contenido de un DPA.

Sobre el contenido mínimo de un acuerdo de colaboración, debe tenerse en cuenta que el requisito principal es que el documento tenga un resumen detallado de los hechos vinculados a la presunta comisión del delito, y de ser el caso, una confesión de la persona jurídica reconociendo su responsabilidad.

Asimismo, todo acuerdo debe especificar la fecha de vencimiento del mismo, que no es otra cosa que el momento en el que el acuerdo perderá sus efectos, si es que antes no se ha dado algún tipo de incumplimiento.

Algunas de las principales exigencias que usualmente son incorporadas a los acuerdos de este tipo, podemos encontrar: (a) el pago de una multa directamente a la Fiscalía, (b) la compensación a todas las víctimas afectadas por la conducta delictiva, (c) la donación de una suma de dinero a una asociación sin fines de lucro o institución dedicada a obras de caridad, (d) la renuncia a todo tipo de ganancias y/o beneficios producto de la comisión del delito, (e) la implementación de un adecuada programa de cumplimiento o la modificación de uno existente, (f) la colaboración plena con cualquier investigación vinculada al delito, y (g) el pago de cualquier gasto razonable incurrido por la fiscalía asociado con la investigación o con la suscripción del acuerdo.

Como puede apreciarse en base a las referidas exigencias, resulta claro que los acuerdos de esta naturaleza lejos de representar un marco de impunidad tienen como objetivo resarcir gran parte de los efectos lesivos de la actividad delictiva.

En esa línea, es importante destacar el nivel de rigurosidad que puede aplicarse a un determinado acuerdo. Por ejemplo, el hecho de que la empresa que suscribe el mismo tenga que realizar el pago de cualquier gasto razonable incurrido por la fiscalía al momento de realizar la investigación, es de vital importancia. En primer lugar, porque implica que la empresa buscará reducir la posibilidad de tener que abonar montos por

ese concepto realizando una investigación interna de calidad y brindando a la fiscalía toda la información necesaria.

Asimismo, el posible cobro de gastos vinculados a la suscripción del acuerdo hará que la empresa busque que la suscripción del mismo sea de la forma más eficiente. Sin embargo, si aun así la fiscalía incurriese en gastos, estos no tendrán que ser solventados por el presupuesto de la entidad, sino que podrán ser cobrados directamente a la empresa.

3. Aprobación judicial para el acuerdo de colaboración.

Una nota característica del sistema del Reino Unido es la necesidad de contar con aprobación judicial para la suscripción del acuerdo de colaboración. Este requisito es evaluado mediante una audiencia preliminar y una audiencia final.

Durante el inicio de las negociaciones entre la fiscalía y la persona jurídica interesada, la primera deberá solicitar a la Corte de la Corona la emisión de las siguientes declaraciones: (a) la afirmación de que el acuerdo de colaboración es acorde con los intereses de la justicia, y (b) la afirmación de que los términos del acuerdo son razonables y proporcionales a la ofensa cometida.

En ambos casos, la Corte de la Corona deberá emitir un pronunciamiento debidamente motivado para denegar o aceptar la solicitud realizada por la fiscalía. Si la Corte manifiesta no estar en condiciones de dar las declaraciones, la fiscalía tendrá la posibilidad de argumentar su postura con la finalidad de conseguir un cambio de opinión. La audiencia en la cual se realizan dichos actos debe ser privada, al igual que la emisión del pronunciamiento por parte del órgano jurisdiccional.

Por su parte, la audiencia final tiene lugar cuando la fiscalía y el interesado han logrado ponerse de acuerdo con respecto a los términos finales del acuerdo, y requiere las mismas declaraciones favorables de la Corte. El fiscal no podrá hacer esta solicitud

si no se ha llevado a cabo una audiencia preliminar y obtenida la declaración favorable de la Corte.

Una vez obtenido el pronunciamiento favorable de la Corte en ambas audiencias, el fiscal deberá publicar el acuerdo de colaboración, la declaración de la Corte en la audiencia preliminar y su motivación y las declaraciones de la corte en la audiencia final y sus motivaciones. Esto siempre que la Corte no hubiese prohibido de forma expresa la publicación de dichos pronunciamientos.

Es así que el sistema de aprobación judicial garantiza que los acuerdos de colaboración suscritos sean evaluados de forma completa en hasta dos oportunidades para velar por los intereses de la justicia y la proporcionalidad de los beneficios obtenidos en el acuerdo. Si bien siempre existe un riesgo de error judicial, consideramos que dejar la suscripción y aplicación de un acuerdo de esta índole únicamente a la fiscalía, no resultaría la mejor alternativa para garantizar un adecuado control de dicha herramienta procesal.

4. Incumplimiento del DPA.

Habiendo examinado la naturaleza de los acuerdos de colaboración y el proceso para la aprobación del mismo, es el momento de hablar sobre las consecuencias de un eventual incumplimiento por parte de la persona jurídica solicitante. Como hemos visto, parte del contenido de todo acuerdo es el plazo de vigencia en el cual se efectuará un monitoreo constante del cumplimiento de las medidas impuestas.

Si durante el referido periodo, la Fiscalía considera que se han incumplido los términos del acuerdo, el fiscal encargado podrá someter el asunto a la Corte de la Corona. En dicho supuesto, el órgano jurisdiccional será quien, sobre la base de un análisis de la solicitud presentada, determine si el beneficiario del acuerdo ha incumplido con los requisitos previstos en el mismo.

Una vez hecha la determinación, si la Corte considera que existe un incumplimiento, esta podrá instar a la Fiscalía y a la persona jurídica a reunirse nuevamente para encontrar remedios orientados a mantener el acuerdo en funcionamiento, o terminarlo dependiendo del caso concreto. Cualquiera de estas alternativas, requerirá un pronunciamiento debidamente motivado por la Corte.

Cuando el tribunal decida que la persona jurídica no ha incumplido los términos del acuerdo, el fiscal debe publicar la decisión del tribunal y los motivos de esa decisión, a menos que el fiscal no pueda hacerlo mediante una orden del tribunal. Por su parte, si el tribunal invita al fiscal y a la persona jurídica a llegar a un acuerdo para remediar el incumplimiento, el fiscal deberá publicar la decisión del tribunal a esos efectos y la motivación de dicho pronunciamiento a menos que este impedido por mandato del tribunal.

Finalmente, si la Corte juzga conveniente terminar el acuerdo, debido a un incumplimiento, el fiscal deberá publicar (a) el hecho de que el DPA ha sido rescindido por el tribunal después de que P no cumpla con los términos del DPA, y (b) las razones del tribunal para sus decisiones, a menos que el fiscal sea impedido por una disposición o por una orden del tribunal. Esta medida está orientada a promover la transparencia, de tal forma que quede claro los motivos por los cuales la Corte ha optado por la terminación del acuerdo.

5. Variaciones.

Durante el periodo que el acuerdo se encuentra en vigor, el fiscal y la persona jurídica beneficiada podrán acordar variar los términos del mismo en los siguientes supuestos: (a) el tribunal invitó a las partes a modificar el acuerdo, o (b) la variación del mismo es necesaria para evitar que la persona jurídica no se vea obligada a cumplir los

términos del acuerdo en circunstancias que no fueron contempladas o no pudieron serlo por el fiscal o persona jurídica en el momento en que se suscribió.

En todos los casos en los que el fiscal solicite la variación de los términos inicialmente previstos en el acuerdo, este deberá solicitar la evaluación de la Corte de la Corona a fin de que esta emita las siguientes declaraciones: (a) que la variación no afecta de forma significativa los intereses de la justicia, y (b) que la variación de los términos es justa, razonable y proporcional dado el caso específico. La variación del acuerdo solo tiene vigencia una vez recibida la aprobación de la Corte.

6. Terminación.

Si un acuerdo logra permanecer en vigencia hasta su fecha de vencimiento, el fiscal deberá notificar a la Corte de la Corona para culminar el procedimiento. Bajo los alcances del acuerdo la persona jurídica que se acogió al beneficio no podrá ser objeto de nuevos procedimientos penales por el presunto delito. Sin embargo, esto no impide que se inicien nuevos procesos contra la persona jurídica, si el fiscal encuentra que durante el curso de las negociaciones para la celebración del acuerdo, la persona jurídica proporcionó información inexacta, engañosa o incompleta o que debería haber sabido que lo hacía.

7. Consecuencias Penales del Acuerdo de Colaboración.

La declaración de los hechos contenida en el acuerdo, en cualquier proceso penal iniciado contra la persona jurídica por presunto delito, es tratada como una admisión de parte bajo los alcances de la Ley de Justicia Penal de 1967.

El material solo se puede usar como evidencia contra la persona jurídica en los siguientes supuestos: (a) en un enjuiciamiento por un delito que consiste en el suministro de información inexacta, engañosa o incompleta, o (b) en un enjuiciamiento por algún otro delito donde al dar evidencia P hace una declaración inconsistente con el

material. Cualquier dinero recibido por un fiscal bajo un mandato de un DPA que estipule que P pague una sanción económica al fiscal, o que renuncie a las ganancias obtenidas por el presunto delito, se ingresará en el Fondo Consolidado.

Diferencias propias del sistema del Reino Unido con respecto a Estados Unidos.

Una de las principales diferencias entre el sistema de acuerdos de persecución diferidos del Reino Unido y el de Estados Unidos, es que bajo los lineamientos del primero todo acuerdo debe ser supervisado por un juez que este convencido de lo siguiente: que el acuerdo siga los intereses del sistema de justicia, que sea justo, proporcional y razonable. Esto le permite al magistrado rechazar acuerdos que no se ajusten a dichas características. Esto último no ocurre en el caso estadounidense donde los acuerdos no necesitan ser aprobados por el Juez y están a la sola discreción del fiscal. Esta primera diferencia ha sido reconocida como un pilar del sistema británico por las más altas autoridades de dicho país (Serious Fraud Office, 2017).

El principal beneficio de requerir la aprobación judicial para finalizar cada uno de los acuerdos es que esto permite una adecuada evaluación de cada caso por un juez imparcial y evita un uso excesivo de esta herramienta por parte de órgano encargado de la persecución del delito. Otra diferencia fundamental, es que en el sistema británico los DPAs se aplican solo a organizaciones y nunca a individuos.

Casos emblemáticos.

Caso Standard Bank PCL. El caso de Standard Bank PCL se encuentra vinculado a una transacción financiera realizada a nombre del gobierno nacional de la República Unida de Tanzania, por la empresa británica “SB” y una de sus compañías hermanas “ST” (con sede en Tanzania).

El gobierno nacional de Tanzania necesitaba recaudar fondos públicos para contribuir a la ejecución del “Año Cinco”, un componente de su plan de desarrollo

nacional. Dentro de este plan, se encontraba la ejecución de una serie de obras de infraestructura (en los sectores de energía, transporte, agua y saneamiento). Con dicho propósito, se permitió al gobierno recaudar financiamiento dentro de los parámetros fijados por el Fondo Monetario Internacional, para financiar ciertos proyectos claves de infraestructura.

Las empresas “SB” y “ST” presentaron una propuesta en virtud de la cual se encargarían de recaudar dichos fondos para el gobierno de Tanzania a través de la venta de bonos de deuda soberana. Las negociaciones comenzaron en febrero de 2012 y la transacción se completó en marzo del 2013. Entre los beneficios recibidos por la empresa, además de los importantes ingresos económicos, se puede destacar el incremento en reputación y futuras oportunidades por haber completado una transacción de dicha naturaleza.

La propuesta inicial de las empresas preveía una comisión del 1.4% del producto bruto recaudado a favor del gobierno de Tanzania, pero este fue incrementado a 2.4% un año después. Según las empresas, el incremento se debía al pago de 1% adicional que debían realizar a favor de un “socio local”, la empresa Enterprise Growth Markets Advisors Limited (en adelante EGMA).

El presidente de EGMA y uno de sus accionistas y directores, el Sr. Harry Kitilya se encontraba a cargo de la Autoridad de Ingresos de Tanzania durante el tiempo en que estas transacciones tuvieron lugar. La Autoridad de Ingresos de Tanzania era el organismo gubernamental encargado de manejar las cuentas del gobierno y brindar asesoría en los programas de financiamiento para obras públicas.

El jefe de mercados globales de “SB”, Florian von Hartig (en adelante FVH), estuvo a cargo del equipo de negociaciones de la empresa durante el tiempo en que esta brindó servicios al gobierno de Tanzania. Durante las negociaciones “ST” sugirió la

incorporación del socio local y el pago de una comisión de 1% por sus servicios. FVH afirmó en una entrevista, que si bien SB había estado dispuesto a realizar una verificación de este nuevo socio, dicha acción no era obligatoria para ellos. Según el funcionario, la responsabilidad de la verificación recaía en la empresa “ST” y que ellos no habían tenido ningún contacto con EGMA.

Después de las investigaciones correspondientes, las empresas involucradas decidieron acogerse a la colaboración eficaz sentando el primer precedente de dicha práctica en el Reino Unido. Entre las condiciones más relevantes de dicho acuerdo se dispuso: (a) la cooperación plena de Standard Bank, (b) el pago de una multa de US\$ 16.8 millones, y (c) la implementación de un programa de cumplimiento.

Caso Royce-Rolls PCL: Un ejemplo del poder de cooperación entre la empresa privada y la autoridad del gobierno. El caso de Royce-Rolls PCL ha sido incorporado al presente trabajo porque demuestra, de forma clara y directa, el profundo nivel de cooperación entre una empresa privada y una autoridad gubernamental, cuando existe un marco normativo que brinda los beneficios adecuados.

Son casos como estos los que demuestran que ante determinadas infracciones, o incluso ante la participación en conductas delictivas, los intereses de la justicia de no generar impunidad pueden ser conjugados con una solución que no implica un golpe a la economía de un determinado país.

La empresa multinacional Royce-Rolls PCL (en adelante “RR”), con su sede principal en Reino Unido, se dedica a la industria automotriz y aeronáutica. En la actualidad cuentan con más de 40,000 empleados en más de cincuenta países.

Los problemas legales de dicha compañía surgieron en relación con sus negocios de Aeronáutica Civil, Aeronáutica Militar y finalmente su negocio de energía. La

actividad principal dentro de dichos rubros fue la venta de motores de aviación, sistemas de energía y servicios vinculados.

El primero de estos negocios, la venta de motores aéreos para la aviación civil representa el 50% de los ingresos globales de la empresa. El segundo giro, dedicado al mercado de transporte militar, genera a su vez 20% de los ingresos, y el tercero vinculado al sector energético aproximadamente 10%.

A inicios del 2012 se solicitó información a RR sobre sus negocios de aviación civil en China e Indonesia, a raíz de algunas publicaciones en internet. En virtud de este requerimiento de información, RR investigó estas preocupaciones y emitió un informe de hallazgos a finales del año 2012. Asimismo, a partir del 2013 RR también suministró de forma voluntaria información a la Serious Fraud Office (en adelante SFO), entidad encargada de perseguir delitos económicos en el Reino Unido.

En el marco de sus investigaciones internas, la RR realizó las siguientes diligencias: revisión de datos de los empleados relevantes, revisión de los correos electrónicos de los empleados relevantes, revisión de archivos de la empresa, la realización de 229 entrevistas de investigación y remisión de los hallazgos a la SFO y al DOJ. Como parte del trabajo realizado, se evaluaron las relaciones de la empresa con más de 250 intermediarios, asesores, agentes y consultores.

Este tipo de investigación interna demuestra el nivel de complejidad que implica, tanto recopilar la información pertinente para determinar la existencia de irregularidades, como el proceso de análisis por el que debe pasar la misma. Si consideramos la carga laboral de instituciones como el Ministerio Público y el Poder Judicial en un país como el Perú, resultará evidente que este tipo de trabajo excede sus capacidades.

Aquellos cercanos a la realidad de nuestro sistema penal nacional, tienen una idea muy clara del plazo que tomaría tan solo entrevistar 50 empleados de una empresa determinada. Solo un esquema en el que se obtenga la cooperación plena de la empresa, en función de beneficios proporcionales, será efectivo para solventar con eficacia este tipo de investigaciones.

Para concluir la referencia a este caso, debemos mencionar que una vez proporcionado el informe de hallazgos internos elaborado por RR interna, la SFO realizó su propia investigación, la más grande realizada en la historia de la entidad hasta ese momento. En el marco de esta investigación RR se comprometió a colaborar de forma total y brindar información sobre sus prácticas en múltiples jurisdicciones y cuatro líneas de negocios, cubriendo un periodo de tiempo sumamente extenso.

El enfoque proactivo de la RR para la colaboración permitió a la SFO recibir y analizar una cantidad de información relevante a la que no hubiese tenido acceso de ninguna otra forma. Este proceso, permitió llegar a un acuerdo entre ambas partes.

Conclusiones Provisionales

Habiendo analizado los aspectos principales de la regulación aplicable al Reino Unido, cabe ahora hacer algunas conclusiones con respecto a su sistema de colaboración eficaz y el futuro que el mismo tendría en los próximos años.

En primer lugar, resulta importante mencionar que el sistema en cuestión es algo más estricto que el aplicado en Estados Unidos, e implica una mayor intervención por parte de la autoridad judicial. En esa característica resulta similar al sistema peruano, que ha optado por requerir la aprobación judicial de los acuerdos de colaboración. Esta es una práctica que consideramos acertada ya que representa un control en el accionar de la entidad encargada de la persecución del delito y brinda mayor seguridad de que el acuerdo final sea proporcional en cuanto a los beneficios.

Ahora bien, también es importante resaltar, que tanto en el caso de Standard Bank como en el Rolls-Royce, podemos apreciar una alternativa al endurecimiento de sanciones a la criminalidad corporativa. Esto es importante ya que permite encontrar un compromiso entre un sistema de disuasión total, cuyo efecto secundario generaría en muchos casos la destrucción de importantes compañías, y la impunidad por la realización de delitos de cuello blanco.

Asimismo, es importante recoger del sistema su efectividad al momento de calcular los beneficios. Como puede apreciarse, un sistema de colaboración directa en el marco de un acuerdo permite que una empresa de la envergadura de Rolls-Royce acepte realizar una investigación interna profunda y remitir a la autoridad competente una cantidad de información impresionante. Este nivel de acceso sería imposible, si no existiesen beneficios o incentivos que permitan que las empresas vean el sentido de ser totalmente transparentes, e identificar a todos los miembros dentro de su organización que han fomentado prácticas ilícitas.

Los próximos años, verán al Perú crecer económicamente y consolidarse cada vez más como un país líder en la región. En el momento en que se escribe esta tesis, uno de los objetivos principales ligados al desarrollo futuro es la inclusión de nuestro país en la OCDE, meta que será lograda solo si el crecimiento económico va de la mano con una efectiva regulación para abordar la criminalidad empresarial. Aquellas empresas que se muestren reacias a colaborar serán excluidas de los beneficios, y si bien en este momento la asimetría en la información jugará en su favor, esta es una tendencia que ir reduciéndose.

2.2. Países del Derecho Civil: Chile, Brasil.

2.2.1. República de Chile

Introducción. Chile se convirtió en un país pionero en América Latina en el año 2009, cuando introdujo por primera vez la responsabilidad penal de las personas jurídicas en delitos de lavado de activos, financiamiento del terrorismo y delitos de cohecho a través de la Ley N° 20.393. Esto, tal y como ha sucedido en los otros países, que han implementado sistemas para combatir la criminalidad empresarial, representó en su momento un importante cambio de paradigma. En ese sentido, la experiencia del país vecino durante los últimos nueve años representa un bagaje importante que puede ser de gran utilidad al momento de analizar la colaboración eficaz aplicada a las personas jurídicas.

En primer lugar, resulta interesante mencionar que el sistema de protección de la libre competencia chileno ha creado un marco normativo que aplica de forma efectiva la institución de la denominada “delación compensada” que es –desde un punto de vista comparativo – muy cercana a la colaboración eficaz como se conoce tradicionalmente. Es por ello, que iniciaremos este apartado discutiendo los alcances de dicha normativa y como está aborda el problema de las actividades lesivas que realizan las distintas empresas.

En el año 1973 entró en vigencia el Decreto Ley N° 211 cuyo objetivo principal fue promover y defender la libre competencia en los mercados a través de la intervención de la Fiscalía Nacional Económica (“FNE”) y el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia (“TDLC”). Asimismo, se promulgó la Ley N° 20.945 que estableció sanciones aún más drásticas para dicho tipo de conductas.

En palabras de Irarrázabal:

La colusión aumenta los precios, contrae la oferta, reduce la variedad y calidad de los productos y afecta la eficiencia económica o tiende a producir dichos efectos. Con ello se perjudica a los consumidores, a las empresas y a la

economía en su conjunto. Por lo mismo, la colusión es sistemáticamente sancionada alrededor del mundo y constituye uno de los principales focos de aplicación del DL 211 para la FNE. Para detectar, sancionar y disuadir eficazmente la colusión, los artículos 39 bis y 63 del DL 211 establecen y regulan la delación compensada. Esta figura permite la exención o reducción de las sanciones a que se expone quien ha intervenido en una conducta colusoria, si esa persona entrega antecedentes que conduzcan a acreditar la conducta y a determinar a sus responsables. (Fiscalía Nacional Económica, 2017)

El nivel de desarrollo de dicha normativa será analizado en el siguiente apartado, ya que consideramos que este representa un antecedente mucho más antiguo de cómo, la empresa privada, obtiene determinados beneficios si acepta cooperar con la institución pública encargada de sancionar determinadas faltas. Más aún, cuando tenemos que el proceso de evolución natural, tal y como se dio en Estados Unidos, implica que la colaboración eficaz aplicada a personas jurídicas en el ámbito estrictamente penal, tiene como antecedente la regulación anti monopolio.

También abordaremos, la denominada “suspensión condicional del procedimiento”, una salida penal alternativa que ha sido aplicada en diversos casos que involucran empresas.

Marco Regulatorio.

1. Delación compensada.

Noción esencial. El proceso de delación compensada puede ser definido como aquel mediante el cual, la persona natural o jurídica que realice prácticas colusorias suscribe un acuerdo con la Fiscalía Nacional Económica, con la finalidad de obtener beneficios por su colaboración en el proceso de investigación que realiza dicha entidad.

En esencia, los beneficios son la exención o la reducción de la sanción correspondiente que veremos más adelante.

Requisitos para la obtención de beneficios. Un primer requisito impuesto por la normativa es el deber del interesado de proporcionar antecedentes precisos, veraces y comprobables, que sean efectivos para la investigación de la FNE. Son manifestaciones de dicho deber: (a) entregar sin demora la información y evidencia relativa a la colusión y al mercado en que esta tuvo lugar, (b) realizar todas las gestiones que estén razonablemente al alcance del interesado para asegurar la cooperación de trabajadores, asesores y ejecutivos, (c) estar a disposición de la FNE para responder cualquier requerimiento de información, (d) evitar cualquier pérdida o destrucción de evidencia, (e) no negar o desconocer los hechos reconocidos ante la FNE y (f) cooperar en todo lo que se requiera con la FNE durante la investigación.

Otro deber importante que forma parte de los requisitos para acceder a los beneficios, es estar dispuesto a brindar todos los antecedentes de la práctica colusoria en sede penal, en caso de que el Fiscal Nacional Económico interponga una querrela criminal referida a la conducta objeto de la delación: las personas exentas de responsabilidad penal así declaradas por el TDLC deberán colaborar como testigos.

También encontramos el deber de no divulgar la solicitud de beneficios y su contenido, salvo expresa autorización de la FNE. Esto con la finalidad de garantizar la confidencialidad de la investigación vinculada a la práctica colusoria.

Finalmente, el beneficiado deberá poner fin a la conducta. La FNE considera que este ha sido el caso cuando el postulante ha puesto fin a toda conducta colusoria en sus actividades comerciales. Esto implica que todas las decisiones respecto a precios, producción y mercados sean tomadas al margen de las decisiones tomadas por sus competidores.

Clases de beneficios:

- Beneficio de exención.

En cuanto al primer tipo de beneficio, denominado beneficio de exención, encontramos que este se aplica únicamente al primer postulante que opte por colaborar con la FNE. Los efectos principales son eximirse; (a) de una sanción de disolución de la persona jurídica, (b) la multa económica correspondiente y (c) la responsabilidad penal por el delito de colusión.

Como requisitos principales para optar por dicho beneficio, encontramos: (a) aportar antecedentes precisos, veraces y comprobables, (b) abstenerse de divulgar la solicitud del beneficio y (c) poner fin a su participación en la conducta de forma inmediata.

- Beneficio de reducción.

Este tipo de beneficio podrá ser aplicado al segundo aportante de información en el marco de la investigación correspondiente y tendrá acceso a los siguientes beneficios: (a) una reducción de hasta un 50% de la multa que de otro modo habría sido solicitada, (b) la rebaja en un grado de la pena por el delito de colusión tipificado en el art. 62.

Así las cosas, resulta claro que los beneficios previstos en el marco del proceso de delación compensada, si bien no son estrictamente penales, comparten en muchos aspectos la lógica de la suspensión condicional del procedimiento. En líneas generales, ambos buscan generar acceso a información esencial a cambio de determinados beneficios para la persona jurídica.

2. Suspensión condicional de procedimiento.

Noción esencial. La suspensión condicional del procedimiento consiste en un acuerdo entre fiscal e imputado, que tiene como objeto suspender la investigación y el procedimiento por un periodo de hasta tres años. Durante dicho periodo, el imputado se

somete al cumplimiento de determinadas condiciones impuestas por el juez de garantía, siendo que si las cumple y no es objeto de una nueva formalización por hechos delictivos distintos, se extingue la acción pena dictándose el sobreseimiento definitivo.

Requisitos para otorgar la suspensión condicional del procedimiento. En primer lugar, el Código Procesal Penal Chileno (“CPP”) en base a los artículos 10 y 237 CPP, requiere que el imputado manifieste de forma expresa su voluntad de suscribir este tipo de acuerdo. Esto en virtud de que hacerlo implica una renuncia al derecho al juicio oral, que es una garantía de gran importancia. El fiscal solo podrá solicitarla si tiene la aprobación directa del imputado.

Asimismo, resulta esencial que la persona jurídica no tenga una condena anterior u otra suspensión condicional vigente por los delitos previstos en la normativa de responsabilidad penal de la persona jurídica (Lavado de activos, financiamiento del terrorismo y cohecho). El periodo de suspensión no podrá ser inferior a seis meses ni superior a tres años.

Una vez hecha la solicitud, el juez de garantía deberá citar a los intervinientes a una audiencia pública, siempre que el acuerdo no haya sido puesto en conocimiento del juez en una audiencia previa. Entre las opciones disponibles que puede aplicar el juez de garantías encontramos; (a) pagar una determinada suma al beneficio fiscal, siendo deber del juez comunicar la decisión a la Tesorería General de la República; (b) prestar un determinado servicio a favor de la comunidad; (c) informar periódicamente su estado financiero a la institución que se determinará; (d) implementar un programa para hacer efectivo el modelo de organización, administración y supervisión a que se refiere el art. 4 de la ley; y (e) cualquier otra condición que resulte adecuada en consideración a las circunstancias del caso concreto y fuere propuesta, fundadamente, por el Ministerio Público.

Oportunidad en la que se puede solicitar la suspensión. De acuerdo con lo previsto en el Art. 237, la solicitud de suspensión puede presentarse en la audiencia de formalización o una vez formalizada en cualquier estado de la investigación penal hasta su cierre e incluso en la audiencia de preparación de juicio oral.

Casos Emblemáticos.

Delación Compensada. Si bien el sistema de delación compensada al que hacemos referencia está pensado para hacer frente a prácticas colusorias que vulneren la libre competencia y no estrictamente al ámbito del derecho penal, esto no impide considerar el siguiente caso como un importante ejemplo de los beneficios que este tipo de acuerdos pueden tener.

1. Whirlpool S.A. y Tecumseh Do Brasil Ltda.

El presente caso es importante por el ser el primero en que la Fiscalía Nacional Económica de Chile utilizó el mecanismo de la delación compensada para detectar un cartel y sancionar las prácticas colusorias del mismo de forma eficaz.

Dichas prácticas, tenían como punto de partida fijar los precios de un importante número de compresores herméticos: una pieza esencial para la producción de refrigeradores. La empresa brasileña Tecumseh admitió haberse puesto de acuerdo con la empresa Whirlpool S.A para fijar los precios en el mercado chileno. Este acuerdo estuvo en vigencia desde el año 2004, e incrementó notablemente los precios finales pagados por el consumidor (Ferrando, s.f.).

En el marco de las investigaciones realizada por la FNE, a raíz de la auto denuncia efectuada por los propios dirigentes de la empresa Tecumseh Do Brasil Ltda., se tuvo acceso a una importante cantidad de correos electrónicos, minutas de reuniones y declaraciones de todos los ejecutivos implicados en dichas actividades. Estos elementos permitieron a la entidad tener pruebas sólidas de la existencia del cartel, que

habrían sido sumamente difíciles de obtener sin la existencia de un acuerdo de delación compensada.

Producto de dicha investigación la empresa fue sancionada con una multa de aproximadamente US\$ 4.9 millones, cifra que representa una rebaja considerable de la multa correspondiente (Corte Suprema confirma acusación de la FNE en primer caso de Delación Compensada, 2013).

Suspensión Condicional del Procedimiento. A continuación, revisaremos algunos casos en los que se aplicó con éxito la suspensión condicional del procedimiento en el ámbito empresarial chileno. En la mayoría de estos casos, es importante precisar que las empresas no contaban con un plan de prevención del delito que hubiese evitado la generación de las conductas delictivas.

1. Caso Empresa Industrias Ceresita S.A.

Un primer caso que resulta sumamente interesante para examinar las consecuencias prácticas de la suspensión condicional del procedimiento, es el caso de la empresa Industrias Ceresita S.A. El hecho principal por el cual dicha empresa terminó encontrándose involucrada, fue la denuncia por el delito de cohecho realizada por el dueño del restaurante “El Otro Sitio” en contra del Director de Obras Municipales de la comuna de Recoleta, quien exigió el pago de una importante suma para regularizar la licencia de ampliación del local.

Cuando a raíz del caso se examinaron las finanzas personales de dicho funcionario. Dentro del marco de las diligencias de investigación, se encontró que existía un desbalance patrimonial entre lo que este poseía y lo declarado al Servicio de Impuestos Internos. Asimismo, se verificó la existencia de una empresa denominada “Carpediem” que se encontraba involucrada en actos de asesoría para los trámites de edificaciones, y era la recomendada por el mencionado director de obras. Al ser

requerida en el marco de la investigación, la gerente general de dicha empresa reveló que esta empresa servía para actuar de intermediaria en la obtención de permisos y que la mitad de las ganancias eran entregadas al director de obra (Compliance empresas: caso Empresa Industrias Ceresita S.A, 2014).

Fue en ese contexto que la empresa privada Industrias Ceresita S.A, a través de su gerente de recursos humanos, contrató con Carpediem para evitar que se lleve a cabo una fiscalización sobre el predio en la que esta tenía sus instalaciones y su clausura por no contar con los permisos urbanísticos requeridos. Entre las irregularidades de la planta en la que operaba dicha empresa, encontramos que no contaba con certificado de recepción final de obras, autorización sanitaria, patente comercial y que se encontraba en una zona que no podía ser utilizada para actividades industriales.

Fue en virtud de ello, que en el marco de la investigación por la comisión del delito de cohecho, la empresa solicitó acogerse a una suspensión condicional del procedimiento. Dicha solicitud fue finalmente aprobada y la fiscalía solicitó las siguientes medidas: (a) abandonar la comuna de Recoleta, (b) realizar la demolición de las instalaciones de la planta, (c) realizar un estudio de riesgo para acreditar que el predio en el que se encontraba no generaba un riesgo a la salud de la población y de generarlo implementar un plan de remediación, (d) desarrollar un sistema interconectado de parques en la comuna de Recoleta, (e) pintar las fachadas de algunos predios, (f) Aceptar que los antecedentes de la investigación sean utilizados para fines académicos entre otras.

2. Caso Universidad Privada SEK.

El caso de la Universidad SEK también se encuentra ligado al delito de cohecho. El presidente interino y comisionado de la Comisión Nacional de Acreditación (CNA), un organismo público chileno le propone al rector de la universidad contratar a su

sobrino para que esta lo guiara durante el proceso de acreditación y que lo contratasen también a él en algún cargo de la universidad. Dicha solicitud fue aceptada por el rector y la sobrina ingresó a trabajar pagándose su sueldo mediante boletas de honorarios sin que esta brindase algún tipo de aporte útil a la entidad.

El delito de cohecho quedó configurado en tanto que gracias a este incentivo el comisionado brindó apoyo constante para que la universidad saliese airosa del proceso de acreditación e incluso hizo entrega de material confidencial de la CNA.

Finalmente, la empresa se acogió a la suspensión condicional del procedimiento, comprometiéndose a cumplir con los siguientes requisitos: (a) Pagar una suma de dinero al Fisco chileno, (b) crear y ejecutar un programa de becas para cuarenta alumnos cubriendo el 100% de los gastos, y (c) implementar un modelo de prevención del delito a cargo de un oficial de cumplimiento y emitir informes sobre su progreso cada seis meses.

3. Sociedad Química y Minera de Chile (SQM).

El caso de la Sociedad Química y Minera de Chile (S.Q.M), es quizá uno de los más grandes ejemplos de criminalidad corporativa en los últimos años. Nuevamente, el delito por el cual se ve involucrada una empresa privada es el de cohecho. El gerente general de la empresa, mediante boletas falsas emitidas por terceros, realizó pagos a un senador de la República. Con la finalidad de ocultar la naturaleza de dichos pagos, SQM realizó donaciones mensuales a fundaciones sin fines de lucro vinculadas al Senador.

El principal objetivo de los pagos ilícitos fue la inclusión de un inciso en la Ley de Reconstrucción o Royalty Minero (Ley N° 20.469), a efectos de que la empresa SQM pudiese permanecer en un esquema tributable mucho más favorable.

Entre las medidas impuestas por la Fiscalía para el acuerdo de suspensión condicional del procedimiento podemos encontrar las siguientes: (a) el pago de una

suma única entre las tres sociedades del grupo ascendiente a \$900.000.000 pesos chilenos a la Tesorería General de la República, (b) la entrega por parte de las tres sociedades de un informe que incluye el modelo de prevención del delito, programa de capacitación interna con referencia a diversas jurisdicciones debidamente certificado con informe en derecho de 2 profesores universitarios con doctorado en derecho penal, y (c) donar entre las tres sociedades \$ 1650000000 pesos, divididos entre la fundación Debra, el Hospital Sanatorio Marítimo de San Juan de Dios de Viña del Mar, la fundación Pequeño Cottolengo y la escuela Toki de la Isla de Rapa Nui.

Conclusiones Provisionales

Como podemos apreciar, la experiencia chilena nos permite alcanzar algunas conclusiones sobre la eficacia de implementar un sistema de colaboración eficaz de personas jurídicas en el contexto latinoamericano. Esto es importante dado que una primera objeción a la adopción de herramientas procesales de países como Estados Unidos y el Reino Unido, es que estos no se adaptan a un sistema de derecho civil como el nuestro, por entre otras cosas, tener instituciones que han evolucionado de forma distinta.

Esta concepción resulta equivocada en el caso de Chile, y ciertamente también en el de Brasil como veremos más adelante. La implementación de un sistema de responsabilidad penal de las personas jurídicas en Chile marcó un primer hito en el desarrollo de mecanismos jurídicos para combatir la corrupción y la criminalidad de cuello blanco. Pero dicha reforma no se dio espontáneamente producto de la creatividad de los legisladores, sino que reflejo una tendencia global.

Una vez realizado ese primer paso, era evidente que la necesidad de implementar un mecanismo como la suspensión temporal del procedimiento, llegaría más temprano que tarde y cambiaría el escenario jurídico.

Como hemos podido ver con los casos examinados en el apartado anterior, las posibilidades que brindan este tipo de salidas son sumamente alentadoras desde un punto de vista de resarcimiento del daño.

La primera característica esencial, es que se permite a la empresa que ha cometido irregularidades, seguir operando bajo ciertos parámetros. Este es un elemento esencial dado que permite mitigar los efectos lesivos del delito de dos formas: desde el punto de vista de los efectos internos, seguir funcionando brinda recursos a la empresa para el pago de reparaciones a las víctimas, y desde el punto de vista externo, logra que los trabajadores de la empresa (que suelen ser cientos en empresas de gran envergadura) no se encuentren desempleado de forma abrupta.

Pero más allá de estos dos beneficios, la regulación chilena permite la imposición de medidas que van mucho más lejos y resultan en ganancias para la comunidad. En el caso de la Universidad SEK por ejemplo se requirieron becas, mientras que en el caso de Industrias Ceresita, se impuso una serie de condiciones orientadas a mejorar los espacios públicos. Este tipo de medidas resultan mucho más útiles, desde un punto de vista agregado, que sanciones drásticas que lleven a la empresa a la quiebra.

Es por ello, que consideramos que la experiencia del país vecino demuestra que esta forma de hacer frente a la criminalidad de cuello blanco, si es posible en nuestro continente.

2.2.2. República Federativa de Brasil

Introducción. La República Federativa de Brasil comparte con el Perú una historia nacional con diversos periodos de autoritarismo y centralización del poder en función a diversos intereses. Con la finalidad de iniciar un proceso de democratización y sentar las bases de un país gobernado por sus ciudadanos, en el año 1988 la Asamblea

Nacional Constituyente promulgo la Constitución Federal de Brasil vigente hasta la fecha. Entre las características principales de dicha carta magna, destaca el establecimiento de un orden jurídico respetuoso de los derechos de los ciudadanos.

En la última década, bajo los alcances del referido documento, Brasil experimentó uno de los más altos niveles de crecimiento del mundo pasando a formar parte del denominado grupo BRIC (compuesto por Brasil, Rusia, India y China), y expandiendo su influencia comercial en diversos países (García, 2015). Sin embargo, en los últimos años el país se ha visto afectado en gran medida por diversos escándalos de corrupción que han remecido a la sociedad brasileña e involucrado importantes personalidades políticas y empresariales. Esta tendencia amenaza con destruir los avances logrados hasta el momento y afectar seriamente las posibilidades de desarrollo futuras.

Con el objetivo principal de hacer frente al incremento en los casos de corrupción, el país promulgó la Ley N° 12.846 (“Ley Anticorrupción) en el año 2013, introduciendo por primera vez los acuerdos de lenidad. El presente apartado busca brindar una visión general de los alcances de dicha normativa, y las notas características de este tipo de acuerdos.

Ahora bien, a finales del año 2015 el Gobierno Federal de Brasil modificó dicho marco normativo mediante la promulgación de la Medida Provisional N° 703-2015 (LEI N° 12.846, DE 1° DE AGOSTO DE 2013, 2013), alterando drásticamente los alcances de la Ley Anticorrupción y debilitando el rol del Ministerio Público. Esta medida fue tomada con la intención de salvaguardar la actividad económica nacional y garantizar la seguridad del sector laboral.

No obstante, es importante tomar en consideración lo que sostiene El Khoury Pereyra (Pereira, 2016):

El pretexto de la necesidad de una recuperación rápida de la economía no es motivo para la promulgación de una medida provisional que flexibiliza las normas de un instituto cuyo propósito es dismantelar esquemas de corrupción pública, permitiendo así que las empresas involucradas en esa modalidad de ilícito tengan acceso irrestricto a líneas de financiamiento público y exención de sanciones. (p. 82)

En concordancia con lo expresado por el referido autor, nosotros no podríamos más que estar de acuerdo con la premisa de que, el bienestar económico de un país no puede admitir un tratamiento jurídico favorable a empresas que se dedican a fomentar esquemas de corrupción y mellar la institucionalidad de los organismos públicos. Esto, en tanto que los efectos de la corrupción como práctica generalizada, siempre causaran efectos económicos adversos en el largo plazo.

Lo fundamental de los acuerdos de lenidad debería ser lograr fortalecer la acción penal orientada a reprimir las conductas más graves, otorgando en determinados casos beneficios a empresas que colaboren.

El aspecto más grave de la medida provisional tomada por el Gobierno Federal de Brasil es que excluye de forma total al Ministerio Público de celebración de acuerdos de lenidad, oscureciendo su margen de actuación y restándole la capacidad de controlar que los acuerdos celebrados se realicen respetando los intereses de la justicia. Es por este motivo, que este instrumento fue cuestionado por el Fiscal General de la República, Rodrigo Janot, quien propuso una acción de inconstitucionalidad sin éxito.

En el siguiente apartado, nos centraremos en examinar la Ley Anticorrupción utilizada en Brasil, antes de que esta fuese mutilada en el año 2015 por la referida medida provisional. Esto en tanto que consideramos que la redacción original de la misma

cumplía con las necesidades principales de este tipo de regulación y dotaba a las empresas brasileñas de una forma de salir adelante.

Marco Regulatorio.

Tal y como sucedió en Estados Unidos, en Brasil los primeros antecedentes procesales de los acuerdos de lenidad tuvieron su origen en el ámbito de la regulación antimonopolio. Es importante destacar la Ley N° 10.149, que realizó modificaciones en la Ley N° 8.884/1994, a efectos de poder incorporar este tipo de acuerdos entre el gobierno y los particulares acusados de infracciones contra el orden económico del Estado.

Otro antecedente, es la Ley N° 12.529 del año 2017 que versa sobre el abuso del poder económico y la defensa de la competencia. Dicha norma, tuvo como objeto derogar la de 1994, pero manteniendo siempre la herramienta del acuerdo de lenidad. La Ley N° 12.846/2013, surgió como un instrumento orientado a aplicar los acuerdos de lenidad no solo a aquellas prácticas lesivas contra el mercado u orden económico, sino también a aquellas que afectasen instituciones públicas.

Para Ubirajara Costódio Filho los acuerdos de lenidad pueden ser definidos como:

Acuerdos celebrados entre la Administración Pública y particulares involucrados en ilícitos administrativos, por medio de los cuales estos últimos colaboran con la investigación y reciben en beneficio la extinción o la reducción de las sanciones a las que estarían sujetos por tales ilícitos. (Santos & Bertoncini, 2015, p. 280)

Sin perjuicio de que la cita anterior haga referencia al ámbito administrativo, la lógica utilizada es la misma que en el ámbito penal con una diferencia en el nivel de beneficios. Ahora bien, entre la Ley Antimonopolio y la Ley Anticorrupción

encontramos una gran diferencia, mientras que en el caso de la primera las conductas lesivas al orden económico requieren una concertación entre empresas privadas, en la segunda es suficiente que exista una única empresa que entre en contacto con un funcionario público.

El artículo 5 inciso 1 del referido texto normativo, es claro al establecer como una de las modalidades lesivas contempla: “prometer, ofrecer o dar, directa o indirectamente, ventaja indebida a agente público, o la tercera persona a él relacionada”

Hecha la comparación referida en el párrafo precedente, cabe ahora entrar de lleno en los alcances de la Ley Corrupción Brasileña. En primer lugar, debemos tomar en consideración lo previsto en la parte inicial del artículo 16 que señala “La autoridad máxima de cada órgano o entidad pública podrá celebrar un acuerdo de lenidad con las personas jurídicas responsables de los actos previstos en esta Ley que colaboren efectivamente con las investigaciones y el proceso administrativo, y de que dicha colaboración resulte: (a) la identificación de los demás involucrados en la infracción, cuando corresponda; (b) la obtención rápida de informaciones y documentos que demuestren el ilícito bajo escrutinio.”

Es importante destacar que la colaboración eficaz es una herramienta orientada a la consecución de dos resultados claros, siendo estos el principal motivo de su existencia. En la práctica, esto impone un compromiso por parte de las autoridades que hacen uso de ella de garantizar que los beneficios otorgados a través de este mecanismo tengan como contrapartida una información de calidad que pueda ser utilizada para impulsar la investigación y fortalecer una eficaz persecución del acto ilícito.

Por otra parte, la ley brasileña considera fundamental que se cumplan los siguientes requisitos:

- Que la persona jurídica sea la primera en manifestarse sobre su interés de cooperar para la investigación del acto ilícito.

Esto implicaría que en el caso de existan múltiples personas involucradas en un acto ilícito, solo la primera de estas en solicitar un acuerdo de lenidad, tendrá la opción de suscribirlo. El resto de las empresas involucradas no podrá suscribir ningún acuerdo, salvo que existan nuevas infracciones no cubiertas por el antecedente.

Sobre el origen de este requisito Khoury M. Pereira (Pereira, 2016), precisa que:

... se deriva de la expresión en inglés the first to ring the bell (el primero en tocar la campana), prestado del derecho antimonopolio norteamericano y reproducida también en la Ley de Cade de 2011.5. (p. 96)

El hecho que el beneficio este condicionado a ser el primero en manifestar un interés de cooperar con la justicia es esencial, en tanto que esto impedirá que se acojan a un procedimiento múltiples personas jurídicas que ofrezcan la misma información.

- Que la persona jurídica cese completamente su implicación en la infracción investigada a partir de la fecha de interposición del acuerdo.

Sobre este requisito solo cabe mencionar, que no todos los actos realizados por una persona jurídica pueden detenerse, dado que podrían ya haberse consumado al momento de la suscripción del acuerdo.

- Que la persona jurídica admite su participación en el ilícito y coopera plena y permanentemente con las investigaciones y el proceso administrativo, compartiendo, bajo sus expensas, siempre que sea solicitada, a todos los actos procesales, hasta su cierre.

Por supuesto, la expresión "cooperación plena" significa que no es bastante una colaboración compuesta por informaciones parcas acerca del cometido de las actividades ilegales, sino el suministro de detalles sustanciales, que traigan un resultado

satisfactorio y útil en la elucidación de la verdad. A la vista de ello, se desconsideran los elementos ya averiguados, o aquellos de fácil aclaración. Además, la cooperación debe ser continua y regular, de modo que el acuerdo se merece se sostendrá si los representantes de la persona jurídica deciden no continuar apoyando las investigaciones.

Casos Emblemáticos.

Caso Odebrecht S.A.

Los datos contenidos en el estudio del caso Odebrecht que se brindan a continuación, provienen salvo indicación en contrario, de la información que ha brindado el Departamento de Justicia de los Estados Unidos y que puede ser consultada en la página de esta entidad.

Entre los años 2003 y 2016, la empresa brasilera Odebrecht realizó pagos de sobornos ascendientes aproximadamente a US\$349 millones de dólares, dirigidos a campañas políticas, funcionarios públicos nacionales y extranjeros, con la finalidad de obtener y retener negocios para las empresas del grupo económico. Se estima que estas prácticas delictivas tuvieron como beneficios más de US\$ 9,000.00 millones de dólares a nivel global.

A partir del 2004, Odebrecht decidió incorporar como política de negocios la realización de pagos clandestinos a funcionarios públicos y políticos brasileños, con el objetivo de obtener un número de contratos con la empresa Petrobras. Dentro de este esquema delictivo, Odebrecht realizó una serie de reuniones con otras empresas de su rubro para evaluar y dividir futuros contratos públicos, y garantizar así mayores beneficios. La constitución efectiva de cárteles implicaba un proceso de revisión, en el que se escogía que compañía debía participar en cada una de las licitaciones realizadas por Petrobras.

Una vez realizado el primer filtro, la empresa predeterminada presentaba una propuesta elegible y el resto presentaba ofertas más elevadas orientadas a mejorar esta. A través del tiempo, la empresa favorecida iría cambiando.

Este esquema de corrupción no es una invención original de Odebrecht y fue usado en el pasado por otras empresas. Como antecedente, resulta interesante compararlo con el caso de General Electric & Westinghouse en los años sesenta. Estas conocidas empresas, se pusieron de acuerdo para arreglar los precios de venta de generadores eléctricos para determinados contratos con el Estado, generando cuantiosos beneficios cobrando precios por encima del valor real (Cabral, 2010).

Asimismo, la práctica de conformar cárteles con el objetivo de defraudar a diversas entidades públicas también fue exportada por Odebrecht a distintos países, incluido el nuestro. En el ámbito nacional, encontramos fuertes indicios de la existencia del denominado “Club de la Construcción” en el que habrían participado importantes compañías del sector de la construcción con la finalidad de direccionar la adjudicación de diversos contratos con la colaboración de funcionarios del Ministerio de Transportes (Redacción EC, 2018).

Volviendo al caso en Brasil, encontramos que los distintos funcionarios de Petrobras estaban al tanto de la conducta fraudulenta vinculada a las licitaciones públicas, pero que lejos de denunciarlas se dedicaron a aceptar los sobornos ofrecidos y consolidar el funcionamiento de dicho esquema.

Uno de los múltiples casos de corrupción al que podemos hacer referencia, es el acontecido en octubre del 2010 en el que Odebrecht hizo una oferta y ganó un contrato para la prestación de servicios ambientales a Petrobras. Para ganar este contrato, Odebrecht acordó pagar un número de sobornos a diversos políticos. El empleado N°5 de Odebrecht se reunió con algunas de las compañías que formaban parte de los cárteles

para que todas acordaran que Odebrecht sería la empresa ganadora. En el marco de este arreglo Odebrecht, a través de su división de pagos estructurados dirigió US\$40 millones de dólares de fondos no registrados a funcionarios públicos.

Un aspecto fundamental del esquema de sobornos es la utilización de cuentas bancarias en diversos países. Entre el año 2006 y el año 2007, Odebrecht realizó transferencias por aproximadamente 40 millones a cuentas en Nueva York para luego, durante el 2011, realizar pagos a través de esa cuenta a un importante ejecutivo de Petrobras. De la misma manera, en el 2009 Odebrecht transfirió 20 millones de su cuenta en Nueva York a la cuenta “Arcadex” que fue utilizada para un pago de US\$ 430,000 a otro funcionario de Petrobras.

Además de estos pagos ilícitos vinculados a contratos con Petrobras, Odebrecht realizó un número de pagos a funcionarios públicos para la obtención de un proyecto de transporte. Si bien Odebrecht no se encontraba dentro del consorcio que se adjudicó el proyecto, luego pudieron comprar los derechos para poder ingresar al mismo.

En esa línea, Odebrecht realizó pagos a un funcionario del gobierno de Brasil, para que este pudiese brindar apoyo para la continuidad de Odebrecht en dicho proyecto. Entre el 2010 y el 2014, Odebrecht pagó mediante su División de Operaciones Estructuradas, una suma de 20 millones de reales al funcionario de Brasil y otros funcionarios extranjeros. En dicho proyecto, la empresa obtuvo beneficios ascendientes a 184 millones de dólares.

El 23 de mayo de 2017, el juez federal brasileño Sergio Moro validó un primer acuerdo de lenidad, en el que el Grupo Odebrecht se comprometió a pagar 3.280 millones de reales (unos 1.000 millones de dólares). Esta suma deberá ser pagada en un plazo de 23 años y el 82% del importe se quedará en Brasil para pagar los daños causados por los crímenes cometidos y sus efectos en el erario público (El juez del caso

Petrobras valida el acuerdo de lenidad de Odebrecht con la Fiscalía, 2017). El lunes 09 de julio de 2018, Odebrecht firmo un nuevo acuerdo de lenidad con la Abogacía General de la Unión (AGU) y el Ministerio de Transparencia y Contraloría General de la Unión, en el que la empresa se comprometió a pagar 700 millones en un plazo de 22 años (Gobierno brasileño firma acuerdo de lenidad con Odebrecht, 2018).

Caso Andrade Gutiérrez

Otro importante caso de corrupción en Brasil fue el que involucró a la segunda empresa constructora más importante de dicho país, Andrade Gutiérrez que suscribió una serie de contratos públicos fraudulentos entre los cuales destacan la remodelación de estadios de fútbol para la Copa del Mundo 2014 y para la empresa Petrobras.

El 27 de noviembre de 2015, el presidente de la constructora brasileña Otávio Marques Azevedo llegó a un acuerdo con la Procuraduría General de la República en el que se compromete a cancelar una multa de 260 millones por los sobornos que pago (La constructora Andrade Gutierrez pagará una multa por su implicación en 'Lava Jato', 2015).

Otro importante caso de corrupción vinculado a la empresa Andrade Gutierrez es el de la central nuclear Angra 3 en la ciudad Angra dos Reis. Se calcula que alrededor de 48 millones de reales habrían sido utilizados para sobornar a diversos funcionarios públicos (Andrade Gutierrez pagou R\$ 48 milhões de propina em Angra 3, afirma MPF, 2016). El esquema de pagos empleado por la empresa constructora habría sido similar al utilizado la empresa Odebrecht, utilizando múltiples personas jurídicas como fachada para la contratación de servicios ficticios.

Conclusiones Provisionales

La experiencia brasileña es quizá la más significativa en la región, por el nivel de corrupción al que la regulación de dicho país ha tenido que hacer frente. El caso

Odebrecht ha marcado un antes y un después en el fenómeno de la criminalidad corporativa en América del Sur, poniendo en evidencia hasta que nivel puede llegar una organización cuando cuenta con los recursos para encubrir sus actividades delictivas. Los cientos de políticos implicados, incluidos funcionarios de alto nivel y presidentes de la república, son un testamento a los efectos altamente perjudiciales que puede tener la corrupción cuando esta se infiltra a las más altas instituciones de un Estado.

Esta situación, que ha trascendido fronteras afectando a varios países, ha logrado ser enfrentada en Brasil gracias a la delación premiada, sin la cual no se podrían haber descubierto las operaciones ilegales de Odebrecht orientadas al pago de sobornos y lavado de dinero. Si tomamos en consideración el nivel de sofisticación de la denominada “División de Operaciones Estructuradas” que operaba de forma clandestina y contaba con un personal altamente calificado encargado de mover los fondos utilizados para realizar sobornos a funcionarios a través de diversas cuentas bancarias y personas jurídicas, resulta difícil imaginar el grado de recursos que habría tomado descubrir todos los detalles sin la asistencia de colaboradores. Otro elemento que hacía esencial este tipo de colaboración fue el hecho de que todas las comunicaciones efectuadas por los miembros de este grupo utilizaban sistemas encriptados para garantizar la anonimidad de los intervinientes (Odebrecht utilizó cuatro niveles de cuentas bancarias para pagar sobornos, 2017).

Hoy, la gran mayoría de avances efectuados por las autoridades de nuestro país se debe a la información compartida por las autoridades brasileñas, gracias a los acuerdos de colaboración que estas han suscrito en dicho país. Lo que demuestra cuán difícil es avanzar en una investigación fiscal, utilizando los métodos tradicionales.

Capítulo III

La Realidad Nacional y la Introducción de Acuerdos de Colaboración Eficaz en el Marco de la Nueva Legislación

3.1. Introducción

En el Informe Global de Competitividad 2017-2018 - elaborado por el Foro Económico Mundial – se incorporó la tradicional encuesta para determinar los principales factores que dificultaban la realización de negocios en nuestro país. El primero de estos, seguido por barreras burocráticas y altas tasas tributarias, fue la corrupción generalizada (World Economic Forum, 2017) que afecta a nuestro sistema. No obstante, es importante mencionar que el segundo factor, las barreras y demoras burocráticas, puede ser una de las mayores causas del elevado nivel de corrupción que experimentamos en la actualidad.

En ese sentido, si nuestras instituciones gubernamentales no tienen la capacidad de operar eficientemente al momento de atender los requerimientos de los ciudadanos, sea esto en el ámbito judicial o en el otorgamiento de una licencia por parte de la administración pública, se genera un ambiente en el que los pagos informales son una alternativa viable para superar dicho tipo de resultados.

Resulta claro que, en base a la situación actual, el ordenamiento jurídico deberá plantear nuevas fórmulas para poder hacer frente a este fenómeno. Entre ellas, en el área específica del derecho penal, la colaboración eficaz representa una alternativa importante para combatir la corrupción reduciendo los gastos del erario nacional a la par que un mecanismo para integrarnos a las nuevas tendencias internacionales.

Ahora bien, antes de entrar de lleno en la regulación de la colaboración eficaz para las personas jurídicas en el ordenamiento peruano, resulta necesario hacer un breve repaso del fenómeno que ha llevado a nuestro país a dejar de lado la concepción de que

las personas jurídicas son incapaces de responder penalmente por la comisión de delitos. Un cambio que, a todas luces, representa un primer paso hacia un ordenamiento jurídico capaz de enfrentar los nuevos retos planteados por la criminalidad empresarial.

En nuestro país, la incorporación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas se debe en gran medida al esfuerzo realizado para lograr la admisión a la OCDE (Organización para la Cooperación y Desarrollo Económico), por los beneficios que esto conlleva.

Habiendo realizado un repaso de la figura de los acuerdos de colaboración en el derecho comparado, es momento de abordar su aplicación en el territorio nacional tomando en consideración la nueva legislación que ha incorporado por primera vez dicha posibilidad a nuestro ordenamiento.

Ahora bien, para poder entender el contexto en que dicho tipo de acuerdos deberán ser aplicados, resulta necesario hacer una breve introducción a la incorporación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en el ordenamiento jurídico nacional. En ese sentido, la primera ley penal peruana que criminaliza el accionar delictivo de las personas jurídicas fue la Ley N° 30424 publicada en el diario oficial “El Peruano” el día 21 de abril del 2016.

Un primer aspecto que cabe resaltar es la fecha en la que se introdujo, que representa una demora considerable en una modificación tan esencial a nuestro sistema jurídico. Basta revisar el resto de los países de la región, incluyendo los mencionados en el capítulo precedente, para poder darse cuenta de que el ordenamiento peruano todavía manifestaba una preferencia notable por el principio latino “*Societas delinquere non potest*” y que solo estuvimos dispuestos a introducir un cambio con el objetivo de ingresar a la OCDE.

Un segundo problema es que el título de la ley hizo alusión a una responsabilidad “administrativa” de las personas jurídicas, cuando lo que en realidad se estaba haciendo era regular la responsabilidad penal de las mismas. Este detalle fue criticado extensamente por la comunidad de abogados, calificándolo como un fraude de etiqueta que le quitaba transparencia al instrumento normativo.

Sobre este particular Alva Monge señala:

Estamos ante una ley de contenido penal. Si bien se denomina “Ley que regula la responsabilidad administrativa de las personas jurídicas por el delito de cohecho activo transnacional”, es una clara ley penal contra las personas jurídicas. Se aprecian penas principales, distintas a la prisión por razones obvias, que van desde la multa (hasta S/. 197,500.00 o el séxtuplo del beneficio ilícito obtenido); inhabilitación (de actividades propias de la empresa, contratar con el Estado, entre otras); cancelación de licencias y disolución de la compañía. Las reglas penales aplicables son las del Código Penal y las reglas de investigación, procesamiento y sanción son las del Código Procesal Penal. La persona que sanciona es el juez penal (arts. 5 al 11). Tan es materia penal que las reglas de prescripción son las de materia penal (art. 4). Así, por ejemplo, la multa y la inhabilitación prescriben a los 2 años (interpretación sistemática por comparación de art. 4 de la ley y art. 80 del CP). (Alva, 2016)

En esa línea, estamos de acuerdo con la opinión precedente, en tanto que es imposible argumentar la existencia de una responsabilidad administrativa de las personas jurídicas, cuando el texto de la ley claramente determina que para la investigación, procesamiento y sanción se aplicará el Código Procesal Penal. También consideramos que la introducción de la responsabilidad penal, únicamente al delito de

cohecho activo transnacional, deo fuera otros delitos sumamente importantes situación que sería corregida más adelante.

Desde el 1 de enero de 2018 entró en vigencia el sistema de responsabilidad penal de personas jurídicas, cuyo principal texto normativo es el Decreto Legislativo N° 1352. La promulgación de dicho decreto, se enmarca dentro del Plan de Gobierno 2016-2021 específicamente “dentro del Lineamiento estratégico 3: Inteligencia y justicia penal limpia y efectiva, la Acción estratégica 7: Fortalecer la lucha contra el lavado de activos y financiamiento del terrorismo, contempla como acción 3.7.2 “Para el 2016, insistir en solicitar al Congreso de la República la aprobación de los siguientes proyectos de ley: (...) 3) Establecimiento de la responsabilidad penal autónoma o directa de las personas jurídicas involucradas en actos de corrupción, lavado de activos y financiamiento del terrorismo” (Congreso de la República, 2017).

En dicho decreto si se cumplió con ampliar la responsabilidad de las personas jurídicas por un mayor número de delitos que pueden ser clasificados en los siguientes grupos.

En relación con la corrupción de funcionarios, el cohecho activo genérico (Art. 397 C.P), el cohecho activo transnacional (Art. 397-A C.P.) y el cohecho activo específico (Art. 398 C.P). Su incorporación respondió al elevado número de casos sobre esta materia en los juzgados penales. En el período 2010 a 2015, el número de condenas por los delitos mencionados asciende a 9,022, registrándose el mayor número en el 2015 (1,836) con una marcada tendencia al alza.

En cuanto al delito de lavado de activos se hace referencia de forma expresa a las siguientes modalidades: Actos de Conversión y Transferencia (Art. 1 D.L 1106), actos de ocultamiento y tenencia (Art. 2 D.L 1106), actos de traslado y transporte (Art. 3 D.L 1106) y las circunstancias agraviantes o atenuantes (Art. 3 D.L 1106).

Finalmente, se hace referencia al delito de financiamiento del terrorismo (D. Ley 25475 Art. 4-A).

3.2. Ley N° 30737 “Ley que asegura el pago inmediato de la reparación civil a favor del Estado peruano en casos de corrupción y delitos conexos”

3.2.1. Comentario respecto al mecanismo de incorporación de la colaboración eficaz aplicada a personas jurídicas

Un aspecto bastante importante en cuanto a la colaboración eficaz aplicada a personas jurídicas, que al parecer no ha sido materia de un gran debate, es el mecanismo mediante el cual se ha incorporado la regulación de esta materia a nuestro ordenamiento. En ese sentido, resulta bastante debatible que la introducción haya tenido lugar a través de la Ley N° 30737 cuyo principal propósito era asegurar el pago de la reparación civil a favor del Estado en los casos de corrupción.

Asimismo, resulta cuestionable que el texto de la ley haya reservado la extensión de la colaboración eficaz a las personas jurídicas para una disposición final, que además, solo se limita a hacer cambios menores a los artículos del Código Procesal Penal que regulan la figura para los casos en los que intervengan personas naturales.

Con el objetivo de evaluar esta forma de incorporación y brindar una opinión al respecto, nos gustaría mencionar brevemente algunas de las alternativas utilizadas en otros ordenamientos para regular este mecanismo.

En esa línea, Castillo Alva resume los métodos de regular la colaboración eficaz en cinco: (a) la incorporación de la colaboración eficaz dentro de las reglas de la parte general del Código Penal como causas de exención o atenuación de la pena, (b) la incorporación de la colaboración eficaz dentro de la parte especial del Código penal, estableciendo diversas disposiciones que atenúen o exoneren la responsabilidad penal según la clase y forma de la criminalidad, (c) la incorporación de la colaboración eficaz

en el Código procesal penal como una forma y modalidad aplicativa del principio de oportunidad, (d) la incorporación de la colaboración eficaz como una forma de proceso especial y (e) la incorporación de la colaboración eficaz dentro de una ley especial (Castillo, 2018).

Si bien la colaboración eficaz ha sido recogida como un mecanismo único bajo los alcances de un proceso especial, cuya legitimidad ya hemos discutido en el primer capítulo, aun así, es lamentable que lo único que se ha hecho para ampliar este mecanismo a personas jurídicas es una modificación en el Código Procesal Penal mediante una disposición transitoria.

3.2.2. Antecedentes y alcances de la Ley N° 30727 con respecto a la colaboración eficaz aplicada a personas jurídicas

La Ley N° 30737 (“Ley que asegura el pago inmediato de la reparación civil a favor del Estado peruano en casos de corrupción y delitos conexos”) se publicó en el diario oficial El Peruano el 12 de marzo del 2018 con la finalidad de reemplazar el Decreto de Urgencia N° 003-2017 de fecha 13 de febrero de 2017.

El cambio se produjo porque el referido decreto no logró la continuidad de los proyectos de obras públicas, la no interrupción de la cadena de pagos y la preservación de puestos de trabajo vinculados a dichos proyectos. Asimismo, ha habido varias críticas por parte de diversos sectores argumentado que dicho decreto no era lo suficientemente duro con las empresas implicadas en casos de corrupción de funcionarios¹³.

¹³ Ver los siguientes enlaces: Comentarios de la Procuradora Ad Hoc Katherine Ampuero <https://elcomercio.pe/politica/justicia/personas-juridicas-someter-colaboracion-eficaz-421475>, Comentarios del Presidente del Poder Judicial Víctor Prado Saldarriaga <https://gestion.pe/peru/politica/victor-prado-critica-sistema-colaboradores-eficaces-caso-lava-jato-241680>.

En ese contexto, se promulgó la Ley N° 30373 que – a través de su disposición complementaria final décima tercera – introduce por primera vez en nuestro ordenamiento, la posibilidad de suscribir acuerdos de colaboración eficaz con personas o entes jurídicos. Sin embargo, esta posibilidad ya había sido discutida con anterioridad a la entrada en efecto de Ley N° 30373 en el Proyecto de Ley N° 2408-2017-PE (“Ley que asegura el pago inmediato de la reparación civil a favor del Estado en casos de corrupción, incentivando la colaboración eficaz y la reactivación de la economía”¹⁴).

Sobre la base de dicho proyecto, la Comisión de Justicia y Derechos Humanos y la de Economía Banca, Finanzas e Inteligencia Financiera emitieron un dictamen conjunto de fecha 08 de marzo del 2018, en el que se hizo especial énfasis en que el acuerdo de colaboración eficaz suscrito no podría incorporar una renuncia a la reparación civil.

Otro aspecto fundamental del dictamen es la incorporación de las modificaciones al articulado de la colaboración eficaz en el Código Procesal Penal con la finalidad de poder crear la base legal para la utilización de dicho mecanismo con

Asimismo la opinión de Alfredo Alpaca Pérez “Para concluir, creo que es importante que el legislador nacional no se deje llevar por la tendencia internacional, comúnmente pragmática y consecuencialista (sustraída de principios tan elementales como los de personalidad de las penas, responsabilidad por el hecho, proporcionalidad de las penas, entre otros). Por el contrario, debe aplicar las instituciones básicas del derecho penal. En ese sentido, en lugar de admitir de manera irreflexiva una presunta responsabilidad penal de personas jurídicas, considero que la existencia de los Proyectos de Ley N.o 4054/2014-PE y N.o 3492/2013-CR constituye una gran oportunidad para que en el ámbito nacional se planteen propuestas orientadas al establecimiento de mejores criterios de imputación en el ámbito de las personas jurídicas o de tipificación de figuras delictivas de eventual utilidad para la fundamentación de responsabilidad penal de los directivos de las empresas” (http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/articulos/a_20160408_01.pdf)

¹⁴ Según dicho proyecto: “El Ministerio Público podrá celebrar Acuerdos de Colaboración Eficaz con las personas jurídicas o entes jurídicos, que opten por colaborar efectivamente en las investigaciones a cargo del Ministerio Público, siempre que permita la identificación de los involucrados en la infracción y la obtención rápida de información que demuestre ilícito sujeto a investigación./ La aprobación del Acuerdo de Colaboración Eficaz por parte de los órganos judiciales, a criterio del Ministerio Público podrá eximir a la persona jurídica o ente jurídico de las consecuencias jurídicas derivadas del delito o reducirlas; así como podrá excluir- total o parcialmente- la aplicación de la presente norma, así como incluir dentro del acuerdo , a las personas jurídicas pertenecientes al mismo Grupo Económico. / El Acuerdo de Colaboración Eficaz al que arribe el Ministerio Público con aprobación de los órganos judiciales, puede incluir la aplicación de los impedimentos previstos en los literales m) y n) del numeral 11.1 del artículo 11 de la Ley N° 32205, Ley de Contrataciones del Estado.”

personas jurídicas o entes jurídicos. En esa línea, es importante señalar que la posibilidad de suscribir un acuerdo de colaboración eficaz por el momento se encuentra vinculada solo a aquellos delitos previstos en la Ley N° 30424 y sus modificaciones, la más reciente de las cuales, incorporó los delitos de tráfico de influencias y colusión.

La ley establece en su disposición complementaria final décimo tercera la posibilidad de suscribir acuerdos de colaboración eficaz entre el Ministerio Público y una persona jurídica en los siguientes términos:

El Ministerio Público puede celebrar Acuerdos de Colaboración Eficaz con las personas jurídicas o entes jurídicos, que decidan colaborar efectivamente en las investigaciones a cargo del Ministerio Público, siempre que permita la identificación de los involucrados en los hechos delictivos y la información alcanzada sea eficaz, corroborarle y oportuna. La aprobación del Acuerdo de Colaboración Eficaz por parte de los órganos judiciales, a criterio del Ministerio Público puede eximir, suspender o reducir a la persona jurídica o ente jurídico de las consecuencias jurídicas derivadas del delito; sin que ello implique renuncia a la reparación civil que corresponda.

Asimismo, el Acuerdo de Colaboración Eficaz al que arribe el Ministerio Público con aprobación de los órganos judiciales puede eximir, suspender o reducir la aplicación de la presente ley, así como incluir dentro del acuerdo, a las personas jurídicas pertenecientes al mismo grupo económico.

El beneficio de inaplicación de los impedimentos previstos en los literales m) y n) del numeral 11.1 del artículo 11 de la Ley 30225, Ley de

Contrataciones del Estado, al que arribe el Ministerio Público, solo es aplicable bajo las siguientes condiciones:

- a. Haber cumplido con el total de las obligaciones laborales y sociales exigibles y vencidas con sus trabajadores.
- b. Haberse comprometido con el cumplimiento de sus obligaciones tributarias en un plazo no mayor a 10 años y
- c. El acuerdo de colaboración eficaz alcanzado debe haber sido aprobado durante la etapa de la investigación penal. Los beneficios a otorgarse, como consecuencia del Acuerdo de Colaboración Eficaz que se celebre, debe sujetarse al principio de proporcionalidad entre la colaboración y el beneficio que se obtiene.

De conformidad con lo dispuesto en el inciso 1 del artículo 481 del Código Procesal Penal, en caso de que el Acuerdo de Colaboración Eficaz y beneficios sea denegado por el Fiscal o desaprobado por el Juez, las declaraciones formuladas por el colaborador se tienen como inexistentes y no pueden ser utilizadas en su contra, por lo que durante el proceso de colaboración eficaz y en caso este sea denegado o desaprobado, no puede ser considerados para la aplicación del literal b del numeral 1.1. Del artículo 1, el numeral 9.3 del artículo 9, y el numeral 16.4 del artículo 16 de la presente ley.

En los siguientes apartados, revisaremos de forma completa los aspectos principales de la disposición aplicable a los acuerdos de colaboración eficaz de la persona jurídica en el siguiente orden: qué debe entenderse por persona o ente jurídico en el marco del mismo, la materia de los acuerdos y los beneficios de los mismos.

3.2.3. Personas jurídicas o entes jurídicos

Lo primero que debe analizarse con respecto a la disposición, es a qué se refiere cuando señala que el Ministerio Público podrá celebrar acuerdos con personas o entes jurídicos. Si bien estos términos pueden parecer simples a primera vista, resulta sumamente útil describir algunos matices propios de su uso en el presente contexto.

En ese sentido, hay que tener en cuenta que la disposición que introduce la posibilidad de celebrar acuerdos se encuentra ubicada en la Ley N° 30737 (Ley que asegura el pago inmediato de la reparación civil a favor del Estado peruano en casos de corrupción y delitos conexos), con lo cual cualquier interpretación que se haga debe guardar relación con el resto del contenido de dicha ley.

Es así que el primer artículo señala que la aplicación será a las personas o entes jurídicos:

- a. Condenadas con sentencia firme, en el Perú o en el extranjero por la comisión de delitos contra la administración pública, lavado de activos o delitos conexos; o equivalentes cometidos en otros países, en agravio del Estado peruano, b. Cuyos funcionarios o representantes hayan sido condenados con sentencia firme en el Perú o en el extranjero por la comisión de delitos contra la administración pública, lavado de activos o delitos conexos; o equivalentes cometidos en otros países, en agravio del Estado peruano, c. Que, directamente o a través de sus representantes, hubiesen admitido o reconocido la comisión de delitos contra la administración pública, lavado de activos o delitos conexos; o equivalentes ante autoridad nacional o extranjera competente, d Vinculadas a las personas jurídicas o entes jurídicos de los literales a, b y c.

El mismo artículo, luego pasa a definir qué debe entenderse por vínculo en el último supuesto, dando como criterios; tener la propiedad de más del (10%) de las

acciones representativas del capital social o ser tenedor de participaciones sociales, o que directamente o indirectamente participe en dicho porcentaje en la propiedad de esta, toda persona capaz de ejercer un control sobre la persona o ente jurídicos y la pertenencia a un mismo grupo económico.

En ambos casos, sea que la entidad vinculada en cuestión se enmarque dentro del primer supuesto o que se enmarca dentro del segundo como entidad vinculada, se entiende que la ley deberá ser aplicada de forma obligatoria. Prueba de ello es que el Art. 1.4 establece que “El Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, bajo responsabilidad, elabora una relación de los sujetos comprendidos en el presente artículo. Dicha información se publica en su portal institucional y es actualizada el último día hábil de cada mes”.

Asimismo, dado que la ley hace una modificación al Código Procesal Penal de carácter general, existe la posibilidad de que personas o entes jurídicos no comprendidos en los supuestos anteriores, decidan de forma completamente voluntaria, solicitar la celebración de un acuerdo de colaboración eficaz al Ministerio Público en el contexto de una investigación fiscal.

Finalmente, resulta adecuado hacer una breve mención al concepto de ente jurídico bajo los alcances del primer artículo de la ley. En este último se precisa que son entes jurídicos los siguientes. fondos de inversión, patrimonios fideicometidos y otros patrimonios autónomos gestionados por terceros, que carecen de personería jurídica. También se señala que no calificarán como entes jurídicos los fondos mutuos de inversión en valores y los fondos de pensiones.

Esto último es interesante si se tiene en consideración el ámbito subjetivo de aplicación del Decreto Legislativo N° 1352 (Decreto Legislativo que amplía la responsabilidad administrativa de las personas jurídicas), que señala “Para efectos de la

presente Ley, son personas jurídicas las entidades de derecho privado, así como las asociaciones, fundaciones, organizaciones no gubernamentales y comités no inscritos, las sociedades irregulares, los entes que administran un patrimonio autónomo y las empresas del Estado peruano o sociedades de economía mixta”.

Con lo que tendríamos, de una comparación literal entre la ley y el decreto, que todos los entes que administran un patrimonio autónomo serán responsables por la comisión de los delitos previstos en el mismo, pero bajo los alcances de la ley la colaboración eficaz no podrá aplicarse a los fondos de inversión, que bajo la normativa peruana no tienen personería jurídica.

3.2.4. Materia de la colaboración

El primer aspecto que llama la atención sobre el método utilizado para regular los acuerdos de colaboración eficaz en el caso de las personas jurídicas es el endurecimiento de los requisitos con respecto a aquellos destinados a personas naturales. Según la Ley N° 30737, el Ministerio Público solo podrá celebrar un acuerdo de colaboración eficaz siempre que este “permita la identificación de los involucrados en los hechos delictivos y la información alcanzada sea eficaz, corroborarle y oportuna.”

Ahora bien, si revisamos el mecanismo para la determinación de eficacia prevista en el artículo 475, inciso 1, del CPP de 2004, aplicable a personas naturales, encontraremos que la información será juzgada en tanto permita, alternativa o acumulativamente, lo siguiente:

- a. Evitar la continuidad, permanencia o consumación del delito, o disminuir sustancialmente la magnitud o consecuencias de su ejecución. Asimismo, impedir o neutralizar futuras acciones o daños que podrían producirse cuando se está ante una organización delictiva.

- b. Conocer las circunstancias en las que se planificó y ejecutó el delito, o las circunstancias en las que se viene planificando o ejecutando.
- c. Identificar a los autores y partícipes de un delito cometido o por cometerse o los integrantes de la organización delictiva y su funcionamiento, de modo que permita desarticularla o menguarla o detener uno o varios de sus miembros.
- d. Entregar los instrumentos, efectos, ganancias y bienes delictivos relacionados con las actividades de la organización delictiva, averiguar el paradero o destino de los mismos o indicar las fuentes de financiamiento y aprovisionamiento de la organización delictiva.

Como puede apreciarse, el hecho que un colaborador cumpla de forma alternativa con una de estas circunstancias no sería suficiente en el caso de la persona jurídica donde siempre se requerirá que la información proporcionada permita la identificación de los involucrados además de ser eficaz, corroborarle y oportuna.

Es aquí donde surge un problema, dado que la disposición prevista en la Ley N° 30737, no desarrolla mucho más en cuanto a la noción de “los involucrados”, por lo que no existe forma de determinar si la identificación de algunos de los involucrados sería suficiente para poder suscribir un acuerdo de colaboración eficaz.

Este problema ha sido tratado por Ávalos (2018) quien señala que:

“El precepto en comentario no establece el número de personas involucradas que deben identificarse como resultado de la información que proporcionen las personas o entes jurídicos; ni tampoco la calidad (autores o partícipes) o jerarquía dentro de la organización criminal de la que se trate. Si nos atenemos solo a la redacción literal (‘permita la identificación de los involucrados en los hechos delictivos’) pareciera que resulta necesario que la información que se

brinda deba permitir la identificación de la totalidad de los involucrados en el hecho; sin embargo, el uso de 'hechos delictivos' en la frase nos lleva a afirmar que se usa el plural solo de modo referencial; pues si no tendríamos que entender que la colaboración eficaz de las personas o entes jurídicos solo es posible cuando se trata de una pluralidad de 'hechos' y no cuando la comisión del delito ha implicado la comisión de un solo hecho, lo que no resulta razonable.

Como bien señala el referido autor, está claro que una interpretación estrictamente literal según la cual, para poder suscribir un acuerdo de colaboración eficaz la persona jurídica interesada tendrá que brindar información para identificar a la totalidad de personas involucrados, sería del todo contraria al propósito esencial de la ley.

Por ejemplo, en un caso donde la persona jurídica forma parte de un consorcio y brinda información que permite avanzar con la investigación fiscal y determinar la responsabilidad de algunos de los funcionarios, tanto de la propia empresa como de las otras empresas consorciadas, pero no de todos los involucrados. Descartar la posibilidad de suscribir un acuerdo de colaboración en este caso sería un sinsentido y desperdiciaría la posibilidad de obtener información de primera mano.

3.2.5. Beneficios de la colaboración eficaz

Como hemos visto antes, los beneficios que se ofrecen a los colaboradores deben estar orientados a promover la utilización de colaboración eficaz como alternativa. Si estos no son lo suficientemente beneficiosos, la herramienta estará destinada al fracaso. Las personas jurídicas, al igual que las personas naturales, buscan la opción que implique el menor costo. En el ámbito de las personas jurídicas, esto estará más ligado al elemento económico y su afectación a través de multas y/o reparaciones. La idea es

que el principio de proporcionalidad sea aplicado de forma adecuada para evitar que se termine imponiendo una medida que impide a la persona jurídica continuar existiendo.

Con respecto a los beneficios aplicables la Ley señala lo siguiente: “La aprobación del Acuerdo de Colaboración Eficaz por parte de los órganos judiciales, a criterio del Ministerio Público puede eximir, suspender o reducir a la persona jurídica o ente jurídico de las consecuencias jurídicas derivadas del delito; sin que ello implique renuncia a la reparación civil que corresponda.”

El principal beneficio premial que ofrece la colaboración eficaz, como puede apreciarse, es eximir, suspender o reducir las consecuencias jurídicas derivadas de la comisión de un determina delito.

Las principales consecuencias aplicables a las personas jurídicas se encuentran en el art. 105 del Código Penal y consisten en:

1. Clausura de sus locales o establecimientos con carácter temporal o definitivo.

La clausura temporal no excederá de cinco años, 2. Disolución y liquidación de la sociedad, asociación, fundación, cooperativa o comité., 3 Suspensión de las actividades de la sociedad, asociación, fundación, cooperativa o comité por un plazo no mayor de dos años, 4. Prohibición a la sociedad, fundación, cooperativa o comité de realizar en el futuro actividades, de la clase de aquellas en cuyo ejercicio se haya cometido, favorecido o encubierto el delito.

En esa misma línea, el Decreto Legislativo N° 1352 contempla un número de medidas administrativas a imponerse algunas de las cuales coinciden directamente con lo previsto en el Código Penal:

1. Suspensión de sus actividades sociales por un plazo no menor de seis meses ni mayor de dos años. 2. Prohibición de llevar a cabo en el futuro actividades de la misma clase o naturaleza de aquellas en cuya realización se haya cometido,

favorecido o encubierto el delito. La prohibición podrá tener carácter temporal o definitivo. La prohibición temporal no será menor de un año ni mayor de cinco años. 3. Para contratar con el Estado de carácter definitivo. c. Cancelación de licencias, concesiones, derechos y otras autorizaciones administrativas o municipales. d. Clausura de sus locales o establecimientos, con carácter temporal o definitivo. La clausura temporal es no menor de un año ni mayor de cinco años. e. Disolución.

Sobre estas medidas Hernández (2018) hace la siguiente reflexión:

Como se advierte, la legislación ha previsto un conjunto de consecuencias penales y administrativas que pueden ser aplicables a las personas jurídicas envueltas en la comisión de actividades delictivas, las cuales inciden negativamente en la continuidad y estabilidad de las actividades económicas y de las inversiones en ejecución; por lo cual, a efectos de salvaguardar sus intereses, sin perjuicio de la responsabilidad penal que recaiga en las personas naturales que actuaron a través de las personas jurídicas, el legislador a considerado por conveniente brindarles un instrumento de Derecho Premial premial, que les permita colaborar con el sistema penal a través de la suscripción de un acuerdo de colaboración, el cual puede gestarse estando o no sometidas a un proceso penal (incluso sin existir sentencia), a efectos de brindar información valiosa (comprobable) que permite a la autoridad penal dotarse de material probatorio para la imputación y sanción de hechos constitutivos de delitos.

Es importante destacar, que la exención, suspensión o reducción deben ser aplicadas en estricta observancia del principio de proporcionalidad, no pudiendo ser concedida de forma arbitraria. En efecto, en ese contexto será sumamente relevante la

revisión del acuerdo por parte de órgano jurisdiccional, para garantizar que no se suscriban acuerdos contrarios a los intereses de la justicia.

De forma adicional, se prevé que la persona jurídica podrá ser beneficiada con la inaplicación de los impedimentos previstos para contratar con el Estado siempre que se cumplan las siguientes disposiciones:

- a. Haber cumplido con el total de las obligaciones laborales y sociales exigibles y vencidas con sus trabajadores.
- b. Haberse comprometido con el cumplimiento de sus obligaciones tributarias en un plazo no mayor a 10 años y
- c. El acuerdo de colaboración eficaz alcanzado debe haber sido aprobado durante la etapa de la investigación penal. Los beneficios a otorgarse, como consecuencia del Acuerdo de Colaboración Eficaz que se celebre, debe sujetarse al principio de proporcionalidad entre la colaboración y el beneficio que se obtiene.

Sobre este tipo de beneficio es importante mencionar, que los tres requisitos son acumulativos, aspecto que se encuentra justificado totalmente dado que contratar con el Estado debe requerir altos parámetros de cumplimiento. Que este cumplimiento se manifieste en los ámbitos del derecho laboral y tributario es excelente.

3.3. Cuestiones de Derechos Vinculados a la Colaboración Eficaz de las Personas Jurídicas y Entes Jurídicos

Si bien la Ley N° 30737 examinada en el apartado anterior, cumple con determinar de forma adecuada los parámetros jurídicos en los que la colaboración eficaz puede ser aplicada, las personas jurídicas o entes jurídicos consideramos que la incorporación de esta novedad legislativa debe traer consigo una discusión y debate profundo sobre los derechos fundamentales de dichas entidades, en el marco de un

proceso de colaboración eficaz. Esto en tanto que, como se ha mencionado anteriormente, la realidad de las personas jurídicas no es igual a la de las personas naturales, y una simple modificación en el Código Procesal Penal deja al aire una serie de cuestiones relevantes.

En ese sentido, en los siguientes apartados nos ocuparemos de señalar dos temas de gran importancia para la correcta aplicación de la colaboración eficaz en el ámbito empresarial en las siguientes secciones: (a) problemas de confidencialidad abogado-cliente, y (b) el derecho de la persona jurídica o ente jurídico de no declarar contra sí mismo.

Estas cuestiones nunca han sido tratadas por el ordenamiento peruano antes debido a que tanto la responsabilidad penal de las personas jurídicas como la posibilidad que tienen las mismas de acogerse a la colaboración eficaz eran hasta hace algún tiempo impensables. Pero esto, sin lugar a duda, está a punto de cambiar y es necesario, por ende, iniciar una discusión sobre estos detalles. Si tomamos como referencia el derecho comparado, y en particular los países sobre los cuales nos hemos detenido antes, encontraremos que estos tres temas son quizá los que más debate suscitan en la práctica cotidiana.

Problemas de confidencialidad abogado-cliente

Un primer problema que puede surgir en el futuro, conforme se celebre un número creciente de acuerdos de colaboración con personas o entes jurídicos, es el de la relación abogado-cliente y la protección del secreto profesional.

Como hemos visto en el presente capítulo, los acuerdos solo procederán en aquellos casos en los que las personas jurídicas colaboren “efectivamente” en las investigaciones a cargo del Ministerio Público y la información brindada sea corroborable y oportuna.

Ahora bien, supongamos que como parte de las exigencias impuestas en el acuerdo de colaboración se requiera que la empresa proporcione copia de todas las comunicaciones del área legal, o aquellas realizadas con abogados externos contratados.

Desde un punto de vista práctico, esto se podría enmarcar dentro de la denominada revelación facultativa del secreto profesional, aspecto que liberaría a los asesores legales de responsabilidad siempre y cuando se cuente con la autorización expresa del cliente a estos efectos.

Sin embargo, el problema ocurre cuando se analiza dicha dificultad desde el punto de vista de la empresa. Así, resulta importante entender que en un proceso de colaboración eficaz, la persona jurídica se encuentra en una posición menos favorable que la del Ministerio Público, en tanto que es finalmente esta la entidad que decide los requerimientos del acuerdo, lo que genera una menor capacidad de negociación.

Esta situación ha generado dificultades en otros ordenamientos, particularmente en el de Estados Unidos en donde el Departamento de Justicia y los fiscales han utilizado su posición ventajosa para imponer el levantamiento del secreto profesional (Witzel, 2013).

En nuestra opinión, el secreto profesional es un requisito fundamental para el ejercicio de una asesoría legal adecuada, y por ende, su levantamiento tiene que darse solo en circunstancias excepcionales. No resulta permisible en un Estado de derecho, que una herramienta como la colaboración eficaz sea empleada de forma errónea para erosionar una de las protecciones más esenciales para el ejercicio de una defensa legal. Más aún cuando estamos hablando de un proceso penal con serias consecuencias.

Un problema adicional, vinculado al secreto profesional ocurre en el caso que el Ministerio Público plantease como requerimiento la realización de una investigación interna por parte de la persona jurídica.

Este requerimiento, será probablemente uno de los estándares futuros de todo acuerdo como ha sido el caso en el derecho comparado. Pero la realización de este tipo de investigaciones debe ser estudiada a fondo para desarrollar una metodología que tutele los derechos, tanto de la persona jurídica como de los empleados que estarán sujetos a estas investigaciones.

En ese orden de ideas, resulta evidente que una investigación interna realizada por la persona jurídica podría colisionar con el derecho de no autoincriminación que tiene cada uno de los trabajadores a su cargo.

Esto es especialmente importante, en el marco de un acuerdo de colaboración eficaz, toda vez que el destinatario final de la información recabada será el Ministerio Público y que este podría – en principio- utilizarla para la persecución de la acción penal en contra de los trabajadores que considere son responsables.

En nuestra opinión, el deber que tiene todo trabajador de colaborar en una investigación interna realizada por la empresa no puede, bajo ningún concepto, exceder el derecho del mismo a no proporcionar información que pueda ser utilizada en su contra. La intersección entre deberes propios del derecho privado (producto de una relación laboral) y derechos de toda persona en el ámbito del derecho público es en este caso de fácil solución.

Sin perjuicio de ello, cabe preguntarse en primer lugar quién sería la persona encargada de celebrar el acuerdo con el Ministerio Público y que efectos tendría esto para los trabajadores. Sobre este particular, resulta claro que la persona jurídica deberá suscribir el acuerdo a través de su representante legal.

En cuanto al tema de los trabajadores, debemos tener en consideración el artículo 4 del Decreto Legislativo N° 1352 que señala “La responsabilidad administrativa de la persona jurídica es autónoma de la responsabilidad penal de la

persona natural. Las causas que extinguen la acción penal contra la persona natural no enervan la responsabilidad administrativa de la persona jurídica”.

Dada la total autonomía de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, todo parecería indicar que un acuerdo de colaboración eficaz que libere la persona jurídica de su responsabilidad no tendría por qué extenderse a los trabajadores de la misma.

Sin embargo, esta interpretación terminaría generando una serie de problemas tanto para la empresa, a quien no le conviene que sus principales trabajadores se vean envueltos en procesos penales independientes y para el Ministerio Público que tampoco tendría interés en perseguir de forma individual a cuantos empleados hayan participado en la comisión del delito. Este último punto, con más razón si se ha suscrito un acuerdo de colaboración con la persona jurídica.

Ahora bien, una solución que podría ofrecerse a dicho problema, sería transmitir de forma clara al Ministerio Público, las limitaciones que tiene una investigación interna por su propia naturaleza. Asimismo, podría realizarse una negociación para que todos los trabajadores que tengan un grado significativo de responsabilidad, tengan la opción de suscribir a su vez un acuerdo que exima, suspenda o reduzca la sanción correspondiente.

Este tipo de medida supondría reconocer que la actividad delictiva realizada en el marco de una empresa, muchas veces no es atribuible a individuos que tienen pleno conocimiento de esta, sino más bien, es producto de una actuación colectiva. Por lo que, en determinados casos, muchos de los trabajadores implicados pueden no tener pleno conocimiento de su propio rol en un esquema delictivo. Que el Acuerdo de Colaboración Eficaz marco que celebre la empresa con el Ministerio Público, incluya la

posibilidad de que determinados trabajadores se acojan a la colaboración, o no sean perseguidos penalmente es la mejor manera de proceder en estos casos.

Esta medida ha sido utilizada exitosamente en el caso de Odebrecht, por ejemplo, en el que un número importante de empleados de alto nivel de la empresa, aceptó colaborar con las investigaciones de forma plena, a cambio de que se les permita acceder a acuerdos de colaboración eficaz individuales.

Derecho de la persona jurídica o ente jurídico de no declarar contra sí misma

Finalmente, nos gustaría cerrar el presente capítulo haciendo referencia a la siguiente sección de la norma:

De conformidad con lo dispuesto en el inciso 1 del artículo 481 del Código Procesal Penal, en caso que el Acuerdo de Colaboración Eficaz y beneficios sea denegado por el Fiscal o desaprobado por el Juez, las declaraciones formuladas por el colaborador se tienen como inexistentes y no pueden ser utilizadas en su contra, por lo que durante el proceso de colaboración eficaz y en caso este sea denegado o desaprobado, no puede ser considerados para la aplicación del literal b del numeral 1.1 del artículo 1, el numeral 9.3 del artículo 9, y el numeral 16.4 del artículo 16 de la presente ley.

Si bien resulta loable que se haya incluido este aspecto de forma expresa en el texto normativo, cabe preguntarse qué medidas concretas serán implementadas para garantizar que efectivamente las declaraciones realizadas por el colaborador, la empresa, se tengan por no realizadas y no puedan ser utilizadas en su contra.

En esa línea, sería óptimo establecer de forma clara y precisa los alcances de qué tipo de información brindada a través de la declaración se encuentra protegida. Porque si bien en principio, la declaración debería ser tenida como inexistente los datos

contenidos en la misma podrían ser utilizados de forma indebida para recabar material probatorio distinto.

Es importante, que en los casos de criminalidad empresarial se aplica rigurosamente el principio establecido en el derecho anglosajón de fruta del árbol prohibido. Esto especialmente teniendo en cuenta la gran cantidad de información y declaraciones que pueden enmarcarse en el proceso de colaboración eficaz de una empresa dependiendo del tamaño de la misma.

Asimismo, las sanciones por cualquier tipo de conductas deberán ser lo suficientemente drásticas para garantizar un fuerte mensaje disuasivo. Caso contrario, se estaría afectando gravemente la eficacia de la colaboración eficaz al restringir un beneficio esencial propio de la misma. Las personas jurídicas no estarán dispuestas a solicitar la suscripción de un acuerdo si la información brindada podrá ser utilizada en su contra en caso de que se rechace el acuerdo.

Conclusiones

Resulta, de especial importancia poner énfasis en las lecciones prácticas que los casos de derecho comparado nos brindan y como estas experiencias podrían servir para fortalecer el sistema jurídico peruano, de tal forma que esté listo para enfrentar los retos que el futuro le prepara.

La criminalidad corporativa o de cuello blanco es hoy una realidad, y si bien resulta imposible aspirar a predecir lo que sucederá en los próximos años, consideramos que los delitos vinculados a este ámbito experimentarán un aumento.

Esto se debe principalmente a que, en nuestra opinión, el sector empresarial del país, si bien ha experimentado un crecimiento notable en los últimos años, todavía no ha alcanzado un tamaño comparable al de los otros países de la región. Un ejemplo de ello, es que los ingresos de la empresa Odebrecht durante el año 2017 se estiman en 25.7 billones de dólares, mientras que los de la empresa líder en nuestro sector de construcción Graña y Montero se estima en 1.93 billones (Grana y Montero Revenue, Profits - GRAM Annual Income Statement, 2018).

Esta notable diferencia es uno de los motivos por los cuales el impacto de la corrupción generada por la empresa Odebrecht ha sido tan grande en nuestro país, dado que esta empresa contaba con un tamaño notable que le facilitó la entrada al mercado nacional, sin verdaderos competidores internos para los grandes proyectos de infraestructura.

Ahora bien, en el futuro – siempre y cuando el país continúe en la senda del crecimiento y del desarrollo económico – el Perú tendrá empresas de un tamaño notable que contarán con poder mucho mayor que el actual para realizar e encubrir actividades delictivas. Dicho escenario puede ser enfrentado como se dio en Brasil, de forma

reactiva y por ende tardía, o de forma preventiva con la estructuración de un sistema integral que sancione a aquellas empresas que decidan transgredir el ámbito de la legalidad, con suficiente eficacia como para prevenir una situación como la de Brasil.

El presente trabajo aboga por la segunda alternativa, que implica utilizar los casos de corrupción vinculados al sector privado conocidos en este momento, como una oportunidad para establecer un sistema jurídico que capaz de disuadir este tipo de prácticas a futuro de forma indirecta. En ese contexto, la implementación de acuerdos de colaboración eficaz con personas jurídicas resulta una herramienta invaluable.

Estamos, así, ante una concepción de prevención o disuasión indirecta, que se condice con lo señalado por Castillo (2018) cuando sostiene que dicha función puede cumplirse, no solo con la pena, sino también, entre otros “cuando hay una conducta que implica que el agente neutraliza los efectos del delito cometido, impide que de la generación de un peligro se pase a la producción de un daño o permite la reconciliación con el derecho a través de la confesión, la reparación del daño o la colaboración para evitar que se cometa otro delito o se ayude a la identificación de los demás intervinientes en el hecho punible” (p.330).

Esto en virtud de que hace más probable la detección del delito y envía el mensaje a las organizaciones delictivas de cuello blanco, de que sus actos pueden ser detectados en cualquier momento a través del mecanismo de la colaboración eficaz.

Esto especialmente podría suceder en el caso de que una empresa integrante de un consorcio decida acogerse a la colaboración eficaz como persona jurídica, y revele información que implique a las demás consorciadas en la comisión de delitos de corrupción de funcionarios. Tener el conocimiento de que un socio comercial puede acogerse a este mecanismo, puede llegar a ser un elemento disuasorio más para este tipo de criminalidad.

En ese sentido, si bien la Ley N° 30737 representa un importante primer paso a la regulación de los acuerdos de colaboración eficaz y su uso en el marco de una investigación penal, todavía hay importantes ámbitos en los cuales podrían darse mejoras.

De este modo, deberán tomarse en cuenta los temas de confidencialidad en el marco de este tipo de procesos. Como hemos mencionado, un primer problema se da debido al riesgo que existe de que el Ministerio Público utilice su posición dominante en cuanto al ejercicio de la acción penal, para forzar a la persona jurídica a autorizar el levantamiento del secreto profesional de forma total. Las comunicaciones entre un cliente y su abogado en materia de asesoría legal deberán mantenerse en el ámbito de la confidencialidad, incluso en casos en los que la empresa esté buscando acogerse al mecanismo de colaboración eficaz. Aspecto que, por otra parte, no tiene por qué implicar una renuncia a brindar información de calidad y cooperar plenamente con la investigación penal en curso.

Otro aspecto fundamental que deberá tenerse en cuenta es el delicado equilibrio, en el marco de investigaciones internas, entre los derechos de los trabajadores y el deseo por parte de la empresa de determinar los grados de responsabilidad en su organización por la comisión de una conducta delictiva. Nuestra sugerencia sobre esta materia es establecer esquemas de colaboración eficaz en los que se incluyan a los principales trabajadores de una determinada compañía, como de hecho ha sido el caso en la experiencia de Brasil.

También debemos señalar la importancia de que, si la colaboración eficaz es rechazada, las declaraciones brindadas en el marco de la misma no puedan ser utilizadas en contra de la persona jurídica. Esto va más allá de lo expresamente previsto en la norma; creemos que para que esa disposición tenga una vigencia real se deben

establecer protocolos que sancionen de forma drástica la utilización de información que haya sido obtenida en base a una declaración de forma indirecta. Si esto no se hace correctamente, se corre un riesgo elevado de arruinar la eficacia de la colaboración eficaz como instrumento.

Conforme pase el tiempo, y ciertamente en las próximas décadas, la criminalidad empresarial en el territorio peruano irá adquiriendo el mismo nivel de sofisticación que ha adquirido en otros países. En esa misma línea, nuestras autoridades irán adquiriendo la experiencia y conocimientos necesarios para ampliar nuestra regulación y plantear mejoras a las mismas. También será sumamente significativo el rol del Poder Judicial y las interpretaciones que se irán generando a través de la jurisprudencia. Todo ello, permitirá a su vez generar una mayor cantidad de publicaciones académicas a futuro, aspecto en el que esperamos poder colaborar.

Referencias

- Alva, P. J. (21 de abril de 2016). *La responsabilidad penal de las personas jurídicas llegó al Perú*. Recuperado de <https://laley.pe/art/3243/la-responsabilidad-penal-de-las-personas-juridicas-llego-al-peru>
- Andrade Gutierrez pagou R\$ 48 milhões de propina em Angra 3, afirma MPF. (6 de julio de 2016). Recuperado de <https://epocanegocios.globo.com/Brasil/noticia/2016/07/andrade-gutierrez-pagou-r-48-milhoes-de-propina-em-angra-3-afirma-mpf.html>
- Anitua, G. (2015). La importación de mecanismos consensuales del proceso estadounidense, en las reformas procesales latinoamericanas. *Revista brasileña de Direito Processual Penal*, 1(1).
- Asencio, J. M. (2018). El Procedimiento de Colaboración Eficaz. La ilícita e inconstitucional incorporación de sus actuaciones en el proceso penal. En J. Asencio, & J. L. Castillo, *Colaboración eficaz* (pp. 11-80). Lima, Perú: Ideas Solución.
- Ávalos, C. C. (2018). Colaboración eficaz de las personas jurídicas que se encuentran bajo los alcances de la Ley N° 30737. *Gaceta penal & Procesal*.
- Bramont-Arias, L. A. (2005). *Arrepentimiento y colaboración eficaz La importancia de la manifestación de coincepado colaborador en el proceso penal*. Lima.
- Cabral, L. (2010). *GE and Westinghouse*. NYU Stern New York University. Recuperado de <http://luiscabral.net/economics/teaching/gewestinghouse.pdf>
- Castillo, J. L. (2018). La colaboración eficaz en el derecho peruano. En J. M. Asencio, & J. L. Castillo, *Colaboración eficaz* (pp. 289-444). Lima, Perú: Ideas Solución.
- Christie, C. J., & Hanna, R. M. (2006). A push down the road of good corporate citizenship: The deferred prosecution agreement between the U.S. Attorney for the District of New Jersey and the Bristol-Myers Squibb Co. . *43 Am. Crim. L. Rev.* , 1043.
- Compliance empresas: caso Empresa Industrias Ceresita S.A.* (3 de octubre de 2014). Recuperado de <http://complianceempresas.cl/compliance-empresas-caso-empresa-industrias-ceresita-s-a/>
- Congreso de la República. (2017). *Exposición de motivos DL 1352. Decreto Legislativo que amplía la responsabilidad administrativa de las personas jurídicas*. Recuperado de [http://www.congreso.gob.pe/Docs/comisiones2016/ConstitucionReglamento/files/dl_1352_\(1\).pdf](http://www.congreso.gob.pe/Docs/comisiones2016/ConstitucionReglamento/files/dl_1352_(1).pdf)
- Congreso de la República. (2017). *Exposición de motivos Decreto Legislativo 1301 que modifica el Código Procesal penal para dotar de eficacia al proceso especial por colaboración eficaz*. Obtenido de Comisión de Constitución y Reglamento. :

[http://www.congreso.gob.pe/comisiones2016/ConstitucionReglamento/Decretos Legislativos/](http://www.congreso.gob.pe/comisiones2016/ConstitucionReglamento/DecretosLegislativos/)

- Corte Suprema confirma acusación de la FNE en primer caso de Delación Compensada.* (24 de setiembre de 2013). Recuperado de Fiscalía Nacional Económica: <http://www.fne.gob.cl/corte-suprema-confirma-acusacion-de-la-fne-en-primer-caso-de-delacion-compensada/>
- Crime and Courts Act 2013.* (2013). Recuperado de <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2013/22/contents/enacted/data.htm>
- Cruz, M. C. (2004). Instrumentos de Investigación Penal. En R. Macedo de la Concha, *Delincuencia Organizada* (pp. 19-35). México: Instituto Nacional de Ciencias Penales de México.
- Decreto Legislativo N° 1301. (2016). Decreto Legislativo que modifica el Código Procesal Penal para dotar de eficacia al proceso especial por colaboración eficaz. Congreso de la República.
- Serious Fraud Office. (14 de febrero de 2014). *Deferred prosecution agreements: new guidance for prosecutors.* Recuperado de <https://www.sfo.gov.uk/2014/02/14/deferred-prosecution-agreements-new-guidance-prosecutors/>
- Dyer, P., & Hopmeier, M. (13 de setiembre de 2013). Assess the role & impact of DPAs at home & abroad. Recuperado de [https://www.newLawjournal.co.uk/content/time-agree-terms](https://www.newlawjournal.co.uk/content/time-agree-terms)
- El juez del caso Petrobras valida el acuerdo de lenidad de Odebrecht con la Fiscalía.* (23 de mayo de 2017). Recuperado de <https://www.efe.com/efe/espana/economia/el-juez-del-caso-petrobras-valida-acuerdo-de-lenidad-odebrecht-con-la-fiscalia/10003-3274149>
- Ferrando, K. (s.f.). Multinacionales protagonizan primer caso de delación compensada en Chile. Recuperado de <http://diario.latercera.com/edicionimpresa/multinacionales-protagonizan-primer-caso-de-delacion-compensada-en-chile/>
- Fiscalía Nacional Económica. (2017). *Guía interna sobre delación compensada en casos de colusión.* Santiago, Chile. Recuperado de http://www.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2017/10/Guia_Delacion_Compensada.pdf
- García, P. (2017). Compliance anticorrupción. *Compliance anticorrupción y antilavado de activos*, 20.
- García, R. (2015). *La economía Brasileña: BRICS, desarrollo y futuro de la economía mundial* (Tesis de licenciatura). Recuperada de <https://uvadoc.uva.es/bitstream/10324/9111/1/TFG-E-39.pdf>
- Gobierno brasileño firma acuerdo de lenidad con Odebrecht.* (10 de julio de 2018). Recuperado de <http://agenciabrasil.ebc.com.br/es/politica/noticia/2018-07/gobierno-brasileno-firma-acuerdo-de-lenidad-con-odebrecht>

- Grana y Montero Revenue, Profits - GRAM Annual Income Statement*. (setiembre de 2018). Recuperado de <https://amigobulls.com/stocks/GRAM/income-statement/annual>
- Hernández, E. (abril de 2018). Colaboración eficaz de las personas jurídicas en el marco de las modificaciones introducidas por la Ley N° 30737 al CPP de 2004. *Gaceta Penal & Procesal Penal*.
- The United States Department of Justice. (18 de enero de 2018). *HSBC Holdings Plc Agrees to Pay More Than \$100 Million to Resolve Fraud Charges*. Recuperado de <https://www.justice.gov/opa/pr/hsbc-holdings-plc-agrees-pay-more-100-million-resolve-fraud-charges>
- Instrucción N°1-2017-MP-FN, I. G. (20 de noviembre de 2017). Actuación fiscal en el proceso especial de colaboración eficaz. Fiscalía de la Nación.
- La constructora Andrade Gutierrez pagará una multa por su implicación en 'Lava Jato'*. (27 de noviembre de 2015). Recuperado de <http://www.europapress.es/internacional/noticia-constructora-andrade-gutierrez-pagara-multa-implicacion-lava-jato-20151127232343.html>
- LEI N° 12.846, de 1° de agosto de 2013. (2013). *Dispõe sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira, e dá outras providências. Presidência da República Brasil*. Recuperado de http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/112846.htm
- López, V. (2018). Incorporación al proceso penal y valor probatorio de la información lograda en el procedimiento especial por colaboración eficaz. En J. M. Asencio, & J. L. Castillo, *Colaboración Eficaz* (pp. 119-193). Lima, Perú: Ideas Solución.
- Musco, E. (1998). Los colaboradores de la justicia entre el pentitismo y la calumnia: problemas y perspectivas. *Revista Penal*(2), 35-47. Recuperado de <http://rabida.uhu.es/dspace/bitstream/handle/10272/13226/Colaboradores.pdf?sequence=4%20y%20http://rabida.uhu.es/dspace/handle/10272/13226>
- Odebrecht utilizó cuatro niveles de cuentas bancarias para pagar sobornos*. (17 de abril de 2017). Recuperado <https://larepublica.pe/politica/866282-odebrecht-utilizo-cuatro-niveles-de-cuentas-bancarias-para-pagar-sobornos>
- Orland, L. (2006). The transformation of corporate criminal law. *Brooklyn Journal of Corporate, Financial & Commercial Law*, 1, 46-85. Recuperado de <https://brooklynworks.brooklaw.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1169&context=bjcfcl>
- Paltrow, S. J. (28 de octubre de 1994). *Prudential Firm Agrees to Strict Fraud Settlement*. Recuperado de http://articles.latimes.com/1994-10-28/news/mn-55889_1_prudential-securities
- Pereira, V. A. (2016). Acordo de leniência na Lei anticorrupção. *R. bras. de Infraestrutura*, 79-113. Recuperado de <http://www.editoraforum.com.br/wp-content/uploads/2017/03/acordo-leniencia-lei-anticorruptcao.pdf>

- Presidencia de la República de Italia. (15 de diciembre de 1979). Decreto-Legge. Recuperado de http://www.inventati.org/cope/wp/wp-content/uploads/2015/12/117_DL_15_dicembre_1979_625.pdf
- Redacción EC. (13 de enero de 2018). '*Club de la construcción*': los descargos de las empresas. Recuperado de <https://elcomercio.pe/politica/caso-club-construccion-descargos-empresas-noticia-488780>
- San Martín, C. (2015). *Derecho Procesal Penal Lecciones*. Lima, Perú: Instituto Peruano de Criminología y Ciencias Penales, Centro de Altos Estudios en Ciencias Jurídicas Políticas y Sociales .
- Sánchez, I. (2005). El coimputado que colabora con la justicia penal. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 1-33. Recuperado de <http://criminet.ugr.es/recpc/07/recpc07-05.pdf>
- Sánchez, P. (2011). La colaboración eficaz en el nuevo Código Procesal Penal. *Revista Jurídica del Consejo de Defensa Jurídica del Estado*(1).
- Santos, A., & De Prada, M. (2012). Los colaboradores de la justicia en Italia. *Revista de Derecho de la Universidad de Montevideo*, 71-81.
- Santos, J. A., & Bertoincini, M. (2015). *Comentários à Lei 12.846/2013: Lei anticorrupção* (2da ed.). Sao Paulo: Revista dos Tribunais.
- Silva, J. M. (2001). *La expansión de derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales* (2da ed.). Madrid: Civitas.
- Sutherland, E. (2009). *El delito de cuello blanco*. (R. d. Olmo, Trad.) Buenos Aires, Argentina: B de F.
- Talavera, P. (2017). Fiabilidad y Suficiencia de las declaraciones de los colaboradores eficaces. *Ius Puniendi*(4), 215-242. Recuperado de <http://ius-puniendi.com/revista-n-4/>
- Serious Fraud Office. (8 de marzo de 2017). *The future of deferred prosecution agreements after Rolls-Royce*. Recuperado de <https://www.sfo.gov.uk/2017/03/08/the-future-of-deferred-prosecution-agreements-after-rolls-royce/>
- Tuffin , P. A. (2010). Effective compliance and ethics programs under the amended sentencing guidelines. 1-7. Recuperado de <http://apps.americanbar.org/buslaw/committees/CL925000pub/newsletter/201007/tuffin.pdf>
- UK to strike plea bargaining deals with crooked firms*. (23 de octubre de 2012). Recuperado de Reuters: <https://www.reuters.com/article/britain-pleabargaining/uk-to-strike-plea-bargaining-deals-with-crooked-firms-idUSL5E8LN8BN20121023>
- Warin, J. F., & Jaffe, P. E. (2005). The deferred-prosecution jigsaw puzzle: A modest proposal for reform. *Andrews Litigation Reporter: white collar crime*(19).

Witzel, S. M. (2013). Privilege Waivers' Role in Deferred. *New York Law Journal*, 250(47). Recuperado de http://www.friedfrank.com/siteFiles/Publications/New_York_Law_Journal_Privilege_Waivers_Role_in_Deferred.pdf

World Economic Foun. (2017). *The Global Competitiveness Report 2017-2018*. Recuperado de <http://www3.weforum.org/docs/GCR2017-2018/05FullReport/TheGlobalCompetitivenessReport2017%E2%80%932018.pdf>