

SOBRE EL VALOR DE LAS CERTIFICACIONES DE ADOPCIÓN E
IMPLEMENTACIÓN DE MODELOS DE PREVENCIÓN DE DELITOS FRENTE A LA
RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS*

JEAN PIERRE MATUS ACUÑA**

SUMARIO. I. Introducción. II. El sistema chileno de certificaciones. III. Fuentes de responsabilidad en el Derecho común. La auténtica distinción entre responsabilidad por el hecho propio y por el hecho ajeno. IV. Efecto de las certificaciones (defensa de cumplimiento). V. De por qué una certificación de cumplimiento no puede eximir de la pena anticipadamente, pero sí atenuarla.

PALABRAS CLAVE: Modelo de prevención, certificaciones, hecho propio y ajeno, defensa de cumplimiento.

I. INTRODUCCIÓN

Uno de los valores que la Declaración del Milenio de las Naciones Unidas proclama es el de la libertad, afirmando que “los hombres y las mujeres tienen derecho a vivir su vida y a criar a sus hijos con dignidad y libres del hambre y del temor a la violencia, la opresión o la injusticia”. Y agrega, entre sus objetivos relativos a la “paz, la seguridad y el desarme”, los siguientes:

– “Adoptar medidas concertadas contra el terrorismo internacional y adherirnos cuanto antes a todas las convenciones internacionales pertinentes”.

– “Redoblar nuestros esfuerzos para poner en práctica nuestro compromiso de luchar contra el problema mundial de la droga”.

– “Intensificar nuestra lucha contra la delincuencia transnacional en todas sus dimensiones, incluidos la trata y el contrabando de seres humanos y el blanqueo de dinero”.

Pues bien, si se mira el detalle de los tratados internacionales referidos al terrorismo, la delincuencia transnacional, el tráfico de personas y el blanqueo de dinero, se verá que en todos ellos existe una regla que obliga a los países suscriptores a establecer sanciones proporcionales, efectivas y disuasivas para las personas jurídicas por los delitos a que se refieren.

* Ponencia leída en el XVI Congreso de la Sociedad Internacional de Defensa Social, realizado en el Instituto Nacional de Ciencias Penales de México, México D.F., el 23 de noviembre de 2012. El texto está basado en la exposición realizada el día 27 de febrero de 2012 en el Seminario Internacional “Corporate Criminal Liability in EU Law: A Proposal for a Common Regulation”, organizado en Toledo por la Universidad de Castilla La Mancha que, con correcciones, fue publicada en la Revista Electrónica *Diritto Penale Contemporaneo*, 13 de septiembre de 2012.

** Catedrático de Derecho Penal de la Universidad de Chile y de la Universidad Finis Terrae.

Entonces, efectivamente, a nivel de Derecho Internacional, el problema ya no es el *si* debieran establecerse esa clase de sanciones, sino el *cómo* implementarlas en cada país.

En Chile, ello se hizo, para un grupo determinado de delitos (lavado de dineros, financiamiento del terrorismo y corrupción de funcionarios públicos nacionales y extranjeros), por la Ley N° 20.393, de 10 de diciembre de 2009, sobre Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas.

Por lo mismo, me parece que ya no es un tema la muy germana discusión acerca de la justificación de su establecimiento o de si podemos realmente considerar, desde un punto de vista “externo” a la ley, que estemos o no ante casos de “auténtica” responsabilidad penal, suponiendo que ésta ha de quedar reducida a la posibilidad de que de su declaración se siga la imposición de sanciones corporales o sea consecuencia de la necesidad de reafirmar contrafácticamente la vigencia de las normas frente a una declaración consciente de sentido contrario hecha por un sistema psicobiológico capaz de tal “consciencia”, como afirman –ahora– los seguidores de Jakobs, tras el giro hegeliano de este autor quien antes, desde un punto de vista más bien luhmaniano y, por tanto, positivista, afirmaba sin más la posibilidad de responsabilizar penalmente a las personas jurídicas, en la medida que eran, también “personas en Derecho”, esto es, centros de imputación de derechos y obligaciones.

De lo que aquí vamos a hablar no es, por tanto, del fundamento filosófico o sociológico de las sanciones que puedan imponer los tribunales del orden criminal, sino de sus presupuestos normativos, esto es, de las condiciones que la ley chilena establece para hacer efectiva la responsabilidad en el patrimonio de una persona jurídica por hechos que pueden calificarse como delitos y, en particular, del valor que en la determinación de dicha responsabilidad ha de dársele a la adopción e implementación de modelos de prevención de delitos al interior de la empresa.

Para ello, dividiré mi exposición en cuatro partes, comenzando con una breve exposición del sistema chileno de certificaciones de modelos de organización y prevención de la comisión de delitos. Luego, procuraré distinguir las fuentes de la responsabilidad de la persona jurídica en general, para continuar con el efecto esperado de la obtención de tales certificaciones, particularmente en su aspecto más aparentemente novedoso, como “exención” anticipada de la responsabilidad penal. Finalizaré mi exposición concentrándome en justificar mi tesis de que no será admisible en el mediano plazo que la adopción e implementación de modelos de prevención sirva de eximente de responsabilidad penal, especialmente en casos de *responsabilidad por el hecho propio de la empresa*, dadas las razonables resistencias que ante una exención anticipada de responsabilidad penal existen, con base a las reglas tradicionales de imputación de la responsabilidad.

II. EL SISTEMA CHILENO DE CERTIFICACIONES

La Ley N° 20.393, de diciembre de 2009, introdujo en Chile una regulación específica de la responsabilidad penal de las personas jurídicas derivada de la comisión de un grupo determinado de delitos (lavado de dinero, financiamiento del terrorismo, corrupción de funcionarios públicos chilenos y extranjeros), adoptando para ello el modelo de la regulación italiana (aunque designándola directamente como responsabilidad penal y no como responsabilidad meramente legal o administrativa, según se prevé en dicho modelo y se preveía en el proyecto original), y las propuestas que hiciera en su ejercicio para acceder a la Cátedra de Derecho penal el Profesor español Adán Nieto. En la discusión parlamentaria, las principales modificaciones que tuvo el texto legal se refirieron principalmente al sistema de penas, algunos aspectos procesales y a la flexibilización de la extensa y detallada regulación que se preveía para considerar un modelo de prevención o *compliance program* como suficientemente adecuado a los requerimientos de la ley, en relación con los específicos deberes de vigilancia y dirección que allí se establecen.

Como resultado de estas modificaciones, a pesar del limitado ámbito de aplicación actual, el texto vigente contiene un régimen de responsabilidad penal de las personas jurídicas en principio aplicable a toda clase de organizaciones y a toda clase de delitos (en la medida que el legislador desee ampliar su alcance), de carácter mixto, que contempla la responsabilidad penal de las personas jurídicas por los actos de sus directivos y empleados, identificados o no, cometidos directamente en su interés, provecho o beneficio, siempre que la comisión del delito fuere consecuencia del incumplimiento de los deberes de dirección y supervisión de la persona jurídica.

Estos deberes generales de dirección y supervisión se especifican en la ley, entendiendo que se han cumplido cuando, con anterioridad a la comisión del delito, la persona jurídica hubiere adoptado e implementado modelos de organización, administración y supervisión para prevenir la comisión de delitos como el cometido.

A continuación, la ley, siguiendo el criterio de flexibilización antes mencionado, indica que las personas jurídicas podrán adoptar o no dichos programas, entregando lineamientos para el caso que los adopten, que reflejan el estado del arte de la discusión al momento de establecerse la ley, recogiendo los principales elementos que ya se tenían en cuenta en el Derecho comparado, a saber, la designación de un encargado de prevención con facultades y recursos independientes de la gerencia de la empresa, que da cuenta directamente a la Dirección Superior de la misma, encargado de establecer un sistema de prevención de delitos, que tome en cuenta los riesgos de su comisión en las actividades de la empresa, establezca protocolos y reglas de actuación que permitan minimizarlos, y un sistema de sanciones internas que haga posible su *enforcement* dentro de la misma. En cambio, no se exige el

establecimiento de códigos de ética ni la promoción de la ética empresarial, como parte del modelo de prevención.

Si una empresa ha adoptado un modelo de prevención, la ley considera también la posibilidad (no la obligatoriedad) de que decida someterlo a un proceso de “certificación” de la adopción e implementación de su programa de cumplimiento. De obtenerse tales certificados, éstos deberán indicar que el modelo de prevención o programa de cumplimiento “contempla todos los requisitos” establecidos por la ley, en relación “a la situación, tamaño, giro, nivel de ingresos y complejidad de la persona jurídica”.

La ley establece que dichas certificaciones podrán ser expedidas por las empresas de auditoría externa, clasificadoras de riesgo u otras entidades registradas ante la Superintendencia de Valores y Seguros, nuestro equivalente funcional a la SEC norteamericana, la cual ha fijado su período de vigencia en hasta dos años.

La cuestión que hoy en día se plantea es si la literalidad del texto legal, especialmente de su artículo 3º, podría llevar a concluir que, adoptado e implementado un modelo de prevención, debidamente certificado, dentro del período de vigencia de dicho certificado, la persona jurídica podría eximirse de responsabilidad, porque habría cumplido con sus deberes de supervisión y vigilancia, en la forma prevista en el art. 4º.

Sin embargo, como trataremos de demostrar, no parece ser que una respuesta afirmativa a dicha cuestión se ajuste a los principios generales del Derecho penal, especialmente en aquellos casos en que la responsabilidad surge por un hecho que puede calificarse como *propio* o *autónomo* y no meramente derivado de la comisión de un delito por parte de un directivo o subordinado que ha burlado el modelo de prevención establecido.

III. LAS FUENTES DE LA RESPONSABILIDAD EN EL DERECHO COMÚN. LA AUTÉNTICA DISTINCIÓN ENTRE RESPONSABILIDAD POR EL *HECHO PROPIO* Y POR EL *HECHO AJENO*

Si se observa el panorama de la discusión chilena en esta materia, puede verse que en ella, como en la española, suele admitirse que el fundamento de la responsabilidad penal de las personas jurídicas sería el llamado “defecto de organización”, lo que suele caracterizarse también como un “hecho propio” que limita la responsabilidad puramente *vicarial* derivada de la responsabilidad del superior: al infringir la persona jurídica sus deberes de supervisión y vigilancia, se haría responsable por ello y no tanto por el delito cometido por sus subordinados y directivos. Llevado al extremo, esto querría decir que dichos delitos operarían, frente a la responsabilidad penal de las personas jurídicas como una suerte de condiciones objetivas de punibilidad, pues su comisión les es ajena y la responsabilidad no se deriva de ella, sino de no haber adoptado e implementado modelos de organización para su prevención (general, no en particular).

Se suele insistir en que esta manera de responsabilizar a las personas jurídicas, sería “moderna” frente a la, por contraposición, “antigua” responsabilidad *vicarial*, como la del sistema norteamericano, pues exigiría como “fundamento” de la responsabilidad penal un “hecho propio” (el incumplimiento de los deberes de supervisión y vigilancia) cuya prueba no se requeriría, en principio, en el marco de un sistema *vicarial*, donde se atribuiría a la persona jurídica los delitos cometidos en el marco de sus funciones por sus representantes o empleados por el solo hecho de beneficiarse de ellos.

Sin embargo, hay en este planteamiento un equívoco que repercute seriamente en la interpretación del texto legal y el valor que ha de dársele a los modelos de prevención y su certificación.

En efecto, en primer lugar, como con toda claridad se aprecia en el desarrollo de la discusión acerca de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en el Derecho comparado, donde las reticencias “dogmáticas” continentales (las personas jurídicas no existen, si existen, no pueden tener una “voluntad final”, si tienen voluntad, no comprenden “el sentido” del Derecho, etc.), han sido superadas por el “pragmatismo” del *common law*, no hay en su establecimiento un fundamento “filosófico” o “sociológico” que vaya mucho más allá de la necesidad político criminal de evitar la comisión de delitos bajo la protección o en beneficio de una organización cuyos dueños y controladores podrían emplear para distribuir las responsabilidades, atribuyéndose a través de la separación patrimonial el beneficio resultante de la comisión de un delito e imputando el costo (la sanción penal) al empleado que, actuando o no como “palo blanco” o “cabeza de turco”, resultase responsable a título personal. Ello nos obliga a analizar con razonable escepticismo propuestas que pretenden fundamentar en conceptos y categorías *a priori* desarrollos normativos que claramente las anteceden y cuyos orígenes pragmáticos no pueden dejarse de lado.

En segundo término, la afirmación de que en la ley chilena se establece un sistema de responsabilidad por “el hecho propio”, pasa por alto el hecho de que, en todos los casos que allí se mencionan se trata más de *atribución de responsabilidad por un hecho ajeno*, pues se exige la comisión de un delito por parte de sus ejecutivos o empleados como fuente de la responsabilidad penal de las personas jurídicas. No es la falta de un modelo de prevención (cuya adopción ni siquiera es obligatoria al tenor del art. 4º de la ley) lo que genera la responsabilidad penal de la empresa, sino el delito que comete uno de sus directivos y subordinados.

Se trata, por tanto, más bien de un sistema *vicarial limitado o mixto*, donde la adopción e implementación de sistemas de prevención puede tener la función de eximir de responsabilidad o atenuarla, pero no la fundamenta. De hecho, si se demuestra que la comisión del delito no es consecuencia de la falta de tales modelos de organización, su efectiva inexistencia no genera responsabilidad penal. Como tampoco se genera responsabilidad penal por no haber adoptado

e implementado tales modelos de organización, claramente facultativos según el texto legal.

Lo que estamos diciendo, entonces, es que en la ley chilena no tenemos casos de *responsabilidad por el hecho propio*, sino de *responsabilidad por el hecho ajeno, limitada por la exigencia de que tal hecho sea consecuencia de la falta de adopción e implementación de un modelo de organización para prevenir hechos similares*.

Para entender bien esta diferencia, quizás sea mejor recurrir a la doctrina que, entre nosotros, ha debido lidiar con la responsabilidad de las personas jurídicas durante un tiempo más prolongado que los penalistas. Me refiero, obviamente, a la doctrina del Derecho civil en materia de responsabilidad extracontractual. Allí se distingue con claridad entre la responsabilidad por el *hecho ajeno* y la responsabilidad por el *hecho propio*.

Según el último tratadista chileno en la materia, Enrique Barros, son casos de responsabilidad de las personas jurídicas por el *hecho ajeno* aquéllos en que ésta se deriva de la infracción de una norma de cuidado por parte de un empleado, cuya identidad puede o no estar determinada (casos de *culpa anónima*), infracción que es posible por la falta de vigilancia del empresario en su cumplimiento; mientras la responsabilidad por el *hecho propio* deriva de la atribución que, “pragmáticamente”, hace el Derecho de los efectos de su propia organización a la persona jurídica: una decisión o acuerdo adoptado por sus órganos directivos y dirigentes personales, o la deficiente organización de sus procesos internos que generan daños a terceros o a sus propios empleados. Luego, la responsabilidad por el *hecho propio* no deriva de alguna infracción (culpable) de los empleados a la normativa interna para prevenir el riesgo de la comisión de un delito, sino, al contrario, del cumplimiento por parte de directivos y empleados de sus funciones como tales: adoptando decisiones cuya ejecución suponga un hecho ilícito, por ejemplo, emitir contaminantes más allá de lo permitido; o ejecutando las labores propias, por ejemplo, operando máquinas que, como empleado, debe operar, pero cuya operación genera productos defectuosos o accidentes a sus usuarios, no por un defecto en el proceso o una negligente vigilancia del mismo, sino por haberse “economizado” conscientemente en las materias primas o en la mantención de la maquinaria empleada. También es posible considerar, como se hace en los Estados Unidos, como un *hecho propio*, el consentir, aprobar o ignorar deliberadamente la realización por otro (empleado o no de la empresa) de un hecho que recae en beneficio propio, como sería el caso de un empleado que, en principio sólo “por las suyas”, soborna a funcionarios públicos, lo cual, por el beneficio que reporta a la empresa, no es denunciado por sus Ejecutivos Principales, a pesar de ser conocido.

Si se analiza desde esta perspectiva la ley chilena, podrá apreciarse que en ella no se contempla directamente un caso de responsabilidad por el hecho propio derivado de las decisiones de los órganos directivos, en el caso de las Sociedades Anónimas, Juntas de Accionistas, Directorios y Ejecutivos Principales, como si

la ley asumiera de entrada que estos órganos no pueden tomar decisiones cuya adopción suponga dar comienzo a la ejecución de un delito. En cambio, parece asumirse que si algún ejecutivo o empleado comete un delito (en beneficio de la empresa), lo hará siempre fuera del *giro social*, como un *exceso* no atribuible directamente a la persona jurídica, sino indirectamente: esto es, si ese “exceso” es consecuencia de no haberse adoptado e implementado un modelo de prevención del delito cometido. Ello explica que se admita para empresas pequeñas que sea el propio dueño o controlador el encargado de prevención.

Esta constatación, que puede vincularse con una profunda e inconsciente resistencia a considerar en serio la comprobada potencialidad criminógena que ofrece a controladores y Ejecutivos Principales la separación de sus patrimonios con el de las empresas, poniendo énfasis sólo en los estímulos que los empleados y trabajadores de menor rango pueden tener para recibir beneficios y cumplir metas, tiene consecuencias prácticas en la legislación.

En efecto, para ponerlo en términos concretos: si el Directorio de una sociedad anónima aprueba la contratación de un “intermediario” que “facilitará” los trámites para obtener una autorización municipal, pagándole una suma cuantiosa al efecto y por anticipado, parte de la cual, por el conocimiento que se tiene del mercado, es presumible se destine al soborno del empleado municipal encargado de la autorización, *decide la comisión de un delito por un hecho propio*, decisión que *normativamente* es equivalente a la de una persona natural que actúa con conocimiento y voluntad, esto es, dolosamente, pues la *voluntad de la persona jurídica, normativamente*, es la que resulta de ese acuerdo, el cual no es equivalente a la suma de voluntades de los concurrentes, pues de haber votos minoritarios, éstos no son capaces de alterarla. Lo mismo sucederá si el Directorio o la Junta de Accionistas se niega deliberadamente a conocer los detalles de la operación que aprueba para no tener que rechazarla, o la da por buena, una vez conocida y aprovechados los beneficios que le reporta a la empresa.

Sorprendentemente, en esos casos no está pensando, al menos no directamente, la ley chilena, sino en otros diferentes: el del jefe de contabilidad que, para conseguir el bono de metas, se “excede en sus funciones” y paga un soborno (incluso con su dinero) para que la empresa obtenga el contrato cuya cuantía le permite disfrutar de ese pago extra (y que compensa lo abonado), o el del Jefe de una Obra que, para cumplir las metas impuestas, soborna al inspector municipal que pretende su paralización. En estos casos, los delitos son *hechos ajenos* para la empresa, pues sólo son *hechos propios* de quienes los ejecutan: la empresa sólo responde de ese hecho ajeno si se comete a consecuencia de que carece de un modelo de prevención implementado de conformidad con la ley.

La explicación a este fenómeno y las confusiones que produce radica en un malentendido acerca del origen de la *defensa de cumplimiento* y su regulación allí donde se ha desarrollado.

En efecto, por una parte, la *defensa de cumplimiento* o *compliance* no es producto de elucubraciones sociológicas o filosóficas acerca de las fuentes de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, sino de la práctica procesal norteamericana, enfrentada a un sistema de atribución de responsabilidad vicarial, donde la comisión de un delito en el contexto empresarial es directamente atribuible a la empresa en cuyo contexto y beneficio se comete, por mor de la teoría del *respondeat superior*. Sin embargo, allí la defensa no ha logrado imponerse como eximente, aunque sí como atenuante de la responsabilidad (y como un antecedente para llegar a acuerdos y *probation*), con una excepción general: que el delito sea cometido por los ejecutivos principales de la empresa, o consentido o deliberadamente ignorado por éstos, es decir, cuando el hecho pueda concebirse como *un hecho propio de la empresa actuando a través de sus órganos y ejecutivos principales* y no como un *hecho ajeno evitable*.

O, en otras palabras, la defensa de *cumplimiento* parece tener sentido cuando con ella se demuestra haber realizado todo lo posible para prever y evitar un hecho que, por razones ajenas a la capacidad de quien debe evitarlo, se comete por otra persona de todos modos, esto es, cuando se emplea para alegar que se ha sido diligente en el cumplimiento de los deberes de supervisión y vigilancia.

Pero no parece tener sentido cuando se pretende alegar para excusar la responsabilidad por el *hecho propio voluntario de la persona jurídica*, como sería si el Directorio de una Sociedad Anónima o sus Ejecutivos Principales decidiesen, con conocimiento de causa, realizar una operación financiera que involucrase lavado de activos, atendido el beneficio que le reporta.

Con estas consideraciones y distinciones en mente, pasemos ahora a analizar el efecto esperado sistema chileno de certificaciones.

IV. EL EFECTO DE LAS CERTIFICACIONES (LA DEFENSA DE CUMPLIMIENTO)

La cuestión de fondo que aquí se debate es la siguiente: ¿hasta qué punto la “adopción e implementación de modelos de prevención” permite eximirse de responsabilidad penal, especialmente cuando ello ha sido previamente “certificado”?

Desde luego, lo primero que llama la atención es que la idea de una completa exención para el caso de adopción de modelos de prevención, como la que parece plantear la ley chilena, no se encuentra presente allí donde se originó la defensa de cumplimiento.

En efecto, en el sistema norteamericano, como ya dijimos, basado en la idea de la responsabilidad vicarial, la defensa de *compliance* tiene un efecto claro y delimitado en juicio: permite una la reducción de la pena (siempre que el delito no haya sido cometido, aprobado o deliberadamente ignorado por los directivos). Previamente al juicio, la Fiscalía puede tomar en cuenta el cumplimiento para aplicar criterios de oportunidad y llegar a acuerdos con *probation*. Pero si el delito

es decidido, cometido o deliberadamente ignorado por los ejecutivos principales y los órganos de dirección de la empresa, la defensa no es aplicable.

Por otra parte, tampoco se acepta tan llanamente en Italia, cuya legislación se tuvo de modelo, pues salvo algún caso excepcional de primera instancia, los tribunales se resisten consistentemente a aceptar que la adopción e implementación de un sistema de *compliance* permita eximir completamente de responsabilidad penal en el caso concreto, alegando que la comisión de un delito es la prueba de que el modelo de prevención ha fracasado, esto es, que no es idóneo para la prevención de tales delitos.

A mi juicio, la razón de estas distinciones, incertidumbres y resistencias ante la defensa de cumplimiento no se encuentra en las supuestamente “modernas” teorías que fundamentarían la responsabilidad penal de las personas jurídicas, sino más bien en las viejas cuestiones derivadas de los fundamentos de la responsabilidad por el hecho propio y ajeno. Y a ello nos abocaremos a continuación.

En efecto, desde Aristóteles se afirma que la prudencia es una virtud y, como tal, un hábito consistente en el constante ejercicio de actos prudentes. La adopción habitual de decisiones prudentes y su materialización hace a un hombre prudente, un buen ciudadano. Por extensión, podría decirse que la adopción e implementación constante de medidas de prevención de delitos por parte de una empresa, la convertiría en una empresa “virtuosa”, en una “buena ciudadana corporativa”. Pero un hombre prudente se puede equivocar y cometer una injusticia, aun involuntariamente. Y en tal caso, ha de responder por su equivocación. Pero como en el error radica también el perdón, según el Estagirita, pocos negarían que la prudente conducta en el pasado pudiese habilitar, eventualmente, para atenuar la responsabilidad penal (así, por ejemplo, en Chile, para las personas naturales, esta atenuante se llama “irreprochable conducta anterior”).

Sin embargo, el haber actuado previamente de manera prudente o justa, no exime de la responsabilidad por el acto injusto que se comete después. Ergo, no es posible eximirse *ex ante* de la responsabilidad por el *hecho propio*, alegando haber anteriormente cumplido escrupulosamente con la ley.

Lamentablemente, en Chile faltan casos prácticos donde se haya resuelto jurisprudencialmente el problema planteado, aunque no sería de extrañar, atendidas la experiencia italiana y norteamericana, que ante la disyuntiva entre una atenuación y una exención completa de pena, los tribunales chilenos se decanten por la primera vía, sobre todo tratándose de supuestos en que el delito es, efectivamente, *un hecho propio de la persona jurídica*, porque sus directivos lo han decidido y ejecutado, o porque lo han aprobado, consentido o ignorado deliberadamente.

En estas situaciones el rol que podría llegar a jugar la certificación de la adopción de programas de prevención de delitos es el de una acreditación de buen comportamiento previo, una especie de “certificación del actuar prudente” o irreprochable conducta anterior.

En cambio, si no se distingue entre la responsabilidad por *el hecho propio de la empresa* y la *responsabilidad por el hecho ajeno evitable*, como no hace la mayor parte de la literatura nacional, un sistema de certificaciones podría servir para algo más, esto es, para configurar las bases de una eximente absoluta construida *ex ante*, una suerte de *Bula papal*. En efecto, compartiría con las *Bulas* su carácter de bien de mercado, esto es, susceptible de ser comprada al precio puesto por el vendedor y, al igual que las *Bulas* que garantizaban el acceso al cielo sin necesidad de ser virtuoso en realidad (y, sobre todo, después de adquirida la *Bula* correspondiente), podrían servir para garantizar a una persona jurídica que estaría *ex ante* exenta de la responsabilidad por la comisión de un delito en su provecho, tanto en los casos de delitos cometidos por parte de un directivo o un subordinado actuando con el acuerdo o aquiescencia de éste, como en los casos de “excesos” de los subordinados que, por cuenta propia, cometen delitos en beneficio propio y de la empresa. Así, la certificación podría servir de prueba para convencer al tribunal de que la empresa es un “buen ciudadano corporativo” y, por lo tanto, aunque el delito le beneficie y se haya cometido por sus directivos como órganos de la misma, como la empresa es una buena ciudadana, no respondería del mismo, con independencia de que, obviamente, el modelo haya fallado o hubiese sido burlado (otra forma de fallar: no prevenir la burla) en el caso concreto.

Pero tal interpretación es insostenible, ya que no existe hasta el momento ningún sistema de responsabilidad que admita la exención anticipada por hechos o delitos futuros. Incluso en el Derecho civil se prohíbe la condonación del dolo futuro entre particulares.

Y en Derecho penal existe una larga tradición contraria a la exención anticipada de la responsabilidad penal, por las razones con que paso a concluir esta exposición.

V. DEL POR QUÉ UNA CERTIFICACIÓN DE CUMPLIMIENTO NO PUEDE EXIMIR DE LA PENA ANTICIPADAMENTE, PERO SÍ ATENUARLA:

1º.- Porque en el Derecho continental la idea de que un “buen ciudadano” está exento de penas por el solo hecho de serlo, no parece acorde con la de un Derecho penal de actos (y aun de actos propios de la empresa), tal como hemos dicho antes, donde lo que se juzga en los casos criminales es un hecho concreto y no la vida pasada del acusado;

2º.- Porque si se aceptase la tesis del “buen ciudadano corporativo”, también tendría que extenderse a los “buenos ciudadanos” de verdad. Y viceversa: debería pensarse en excluir de la vida en común a los “malos ciudadanos”, siquiera para mantener una cierta coherencia. Sin embargo, dejando de lado la exageración, la verdad es que, en el ámbito corporativo, quizás éste sea uno de los efectos reales de la adopción e implementación efectiva de modelos de prevención, debidamente certificados: la habilitación para la actuación de la vida en sociedad (económica),

como una suerte de requisito básico para la constitución de sociedades, junto con sus estatutos y demás requisitos. Probablemente, el Estado, las organizaciones internacionales y los bancos y otras grandes corporaciones sólo quieran mantener en el futuro relaciones comerciales con empresas “certificadas”, así como con aquellas con suficiente crédito o solvencia como para respaldar los créditos o contratos que se otorguen o celebren.

3º.– Porque el “certificado” de que se ha adoptado e implementado un sistema de prevención de delitos, esgrimido como *eximente anticipada*, tiene el aroma del “pretexto de la defensa” y de la “causa ilegítima”, conceptos que se traían a cuento en la jurisprudencia antigua para rechazar los alegatos de legítima defensa en caso de provocación del agresor por parte del que se defiende o del mal que se trata de evitar por parte del que alega estado de necesidad. Incluso en casos como el de las antiguas leyes donde se permitían el uxoricidio en flagrante adulterio, a mediados del siglo pasado la Corte Suprema de Colombia declaró que el que se casaba con una novia infiel para poder darle muerte al sorprenderla con su amante tras el matrimonio, no podía recurrir a la eximente, que él mismo se había construido.

Para ponerlo en el caso chileno: si se entendiera que bastaría el establecimiento de modelos de prevención y su eventual certificación para eximir de responsabilidad penal, el “mensaje legal” sería que, a continuación, durante el período de vigencia de la certificación, se contratasen gerentes y empleados inescrupulosos cuyos salarios estuviesen fuertemente vinculados al monto de contratos del Estado que se obtuviesen, dispuestos a asumir como “cabezas de turco”, en caso de una eventual investigación en contra de la persona jurídica.

4º.– Porque si se asimila funcionalmente el defecto de organización a la culpabilidad de las personas naturales, podemos ver que existen respecto de éstas, en diversos ámbitos de actividades más o menos riesgosas, mecanismos de certificación de competencias, conocimientos, destrezas y habilidades, como las titulaciones que se exigen para ejercer ciertas profesiones o los exámenes que se rinden periódicamente para obtener y conservar las licencias de conducir o portar armas o manipular alimentos para consumo público, etc. Y hasta donde alcanzan mis conocimientos, pocos parecen estar dispuestos a admitir que por el solo hecho de poseer un título de doctor en medicina o una licencia de conducir uno pueda eximirse *ex ante* de la responsabilidad por una actuación imprudente en un momento determinado posterior. Desde esta perspectiva, y sumado a lo que acabamos de decir en el número anterior, podemos prever que quizás en el mediano futuro estas “certificaciones” se conviertan, así como la adopción e implementación de planes de prevención, no en exenciones anticipadas de penas, sino en *condiciones generales para el desarrollo de ciertas actividades económicas por parte de personas jurídicas*, como lo son ahora, con carácter *especial*, las certificaciones sanitarias, técnicas y de toda otra índole que se exigen para la participación en determinados mercados y actividades.

5º.- Y, finalmente, porque el “certificado” que exime de la responsabilidad penal, en tanto es pagado, no se diferencia de las famosas “*Bulas papales*” a que ya hemos hecho referencia y está, por lo tanto, sujeto a las mismas críticas morales y, ahora, a las derivadas del principio de igualdad que supuestamente rige en la mayor parte de los Estados occidentales, pues no parece admisible que “ciudadanos corporativos” con mayor capital que otros, lo que les posibilita la adopción de modelos de prevención y su certificación, puedan transformarse, por ese hecho, en “buenos ciudadanos”; en tanto que otros, con menos recursos pero que cumplen rigurosamente la ley, no califiquen como tales, por no estar “certificados”.

Pero claro, esto último no es un problema del sistema de certificaciones ni de la defensa de *compliance*, sino un efecto propio del capitalismo del siglo XXI y de la sociedad neoliberal al que quizás debemos irnos acostumbrando: cuanto más se exige a las corporaciones, más se favorece la concentración económica, aun en casos que esta exigencia provenga, como parece ser, de quienes quieren, por el bien de toda la sociedad, limitar las actuaciones dañinas de las personas jurídicas.