

REPORTE EN COMPLIANCE

# LINEAMIENTOS DE INTEGRIDAD

---

**JUAN PABLO MONTIEL**

(DIRECTOR)

**NICOLÁS AYESTARÁN**

(COORDINADOR)



# ÍNDICE

## PRÓLOGO

Por **Nicolás Ayestarán** y **Juan Pablo Montiel**

p. 1

## ARGENTINA

- Observaciones y aportes en el marco de la consulta por los “Lineamientos”, por **Mateo C. Bermejo** p. 5

- Lineamientos de Integridad: breves reflexiones generales del documento y consideraciones específicas sobre las capacitaciones, las investigaciones internas y el oficial de cumplimiento, por **Juan Pablo Montiel** p. 11

- Informe sobre los “Lineamientos” de la OA argentina, por **Darío Rolón** p. 19

- Debida diligencia hacia terceros, por **Raúl Saccani** p. 29

- Señalamientos sobre el Borrador de los “Lineamientos”, por **Diego Zysman Quirós** p. 43



"TRANSFORMANDO LA INVESTIGACIÓN Y EL APRENDIZAJE DEL DERECHO PENAL"

## BRASIL

- Reporte sobre los “Lineamientos”, por **Davi Tangerino y Henrique Olive** p. 55
- Opinión sobre los “Lineamientos”, por **Eduardo Saad-Diniz** p. 65

## CHILE

- Comentarios al borrador de los “Lineamientos”, por **Antonia Bernales Jiménez e Iván Millán Gutiérrez** p. 75

## ESPAÑA

- Observaciones y aportes en el marco de los “Lineamientos”, por **Víctor Gómez Martín** p. 83
- Informe al borrador de los “Lineamientos”, por **José R. Agustina y María Alejandra Vargas Ovalle** p. 87
- Informe de valoración sobre el contenido del borrador de los “Lineamientos”, por **Raquel Montaner Fernández** p. 95

## PERÚ

- Reporte al borrador de los “Lineamientos”, por **Dino Carlos Caro Coria y Percy André Sota Sánchez** p. 105

# PRÓLOGO

Por Nicolás Ayestarán y Juan Pablo Montiel

En agosto de 2018 la Oficina Anticorrupción (en adelante, OA) argentina hizo públicos sus “Lineamientos de Integridad para el mejor cumplimiento de lo establecido en los artículos 22 y 23 de la Ley N° 27.401 de Responsabilidad Penal de Personas Jurídicas” (en adelante, “Lineamientos”), un borrador con los criterios que se pretende seguir de cara a la reglamentación de los artículos 22 y 23 de la Ley N° 27.401, que amplía el régimen de responsabilidad penal de personas jurídicas a delitos de corrupción. Al darse a conocer este documento se remarcó su objetivo consistente en someterlo al análisis de especialistas, procurando llegar por este medio a alcanzar una guía clara y rigurosa para empresas, abogados, fiscales y jueces. En esa misma sintonía, la OA organizó el día 4 de septiembre una intensa jornada en la que se debatieron aspectos puntuales de los “Lineamientos” y a la que se convocó a especialistasna y al público en general. Desde todo punto de vista esta apertura y disposición a escuchar a la comunidad especializada en temas de compliance es digna de felicitación y, desde el punto de vista de las políticas públicas, constituye sin dudas una actitud muy saludable. Ello más aún cuando todavía se trata de un tema incipiente en la comunidad jurídica y en el empresariado argentino, con limitada experiencia práctica en el diseño e implementación de programas de integridad y un cierto desconocimiento (o mal conocimiento) en los círculos universitarios.

Al igual que sucedió en el año 2012, cuando la comisión redactora del Código penal se abrió a sugerencias de la comunidad civil, CRIMINT ha considerado esencial tomar participación en el debate público y contribuir a este tipo de consultas. Desde su creación en 2011 CRIMINT ha tenido entre sus principales líneas de investigación al fenómeno del compliance y al Derecho penal de la corrupción. Su primer proyecto internacional de investigación, titulado “Compliance y Derecho penal”, fue ejecutado entre los años 2012 y 2014 y dio como frutos



**NICOLÁS AYESTARÁN**

- Profesor de la Universidad Nacional de San Juan (Argentina)
- Asistente de investigación de CRIMINT
- Asistente en la Fiscalía Federal de San Juan (Argentina)



**JUAN PABLO MONTIEL**

- Coordinador General de CRIMINT
- Consultor internacional en compliance

seminarios en Alemania, España y Argentina y dos libros gemelos en alemán y español. Ambos libros tuvieron una significativa repercusión en la academia. De hecho, el libro "Compliance y teoría del Derecho penal", aparecido en 2013, constituye uno de los primeros libros publicados en Latinoamérica sobre esta problemática. Además, desde 2017 CRIMINT viene trabajando conjuntamente con la Universidad de Barcelona (España) en un proyecto titulado "Aspectos materiales y procesales de la lucha contra la corrupción" y cuya conclusión será en 2020. De este proyecto ha surgido un seminario en marzo del año pasado en Barcelona y además un libro en alemán (publicado en julio de 2018 en la prestigiosa editorial C. F. Müller) y otro en español, de próxima aparición en la editorial Marcial Pons. En este marco, entendemos que el presente documento constituye una manera de transferir al sector público de la Argentina los conocimientos producidos desde 2012 por nuestro centro de investigación.

Desde CRIMINT hicimos una rigurosa selección de especialistas, sobre la base de su experiencia académica y práctica en el "mundo del compliance". Todas las personas que escriben sus respectivos informes cuentan con una reconocida experiencia en estas cuestiones y cuentan además con una trayectoria en la praxis y la academia. Se ha escogido este perfil intencionalmente para que las personas que se dedican a la praxis del compliance en la Argentina logren superar los injustificados prejuicios que todavía mantienen sobre el valor de los aportes que se pueden hacer a la praxis desde la academia. Que los países referentes en esta materia muestren en

estudios jurídicos y consultoras el trabajo en equipo de abogados (penalistas, mercantilistas, administrativistas, etc.), criminólogos, economistas y juristas, habla de una superación basada en la disolución de prejuicios. La profundidad y la sensibilidad práctica de cada uno de los informes hablan por sí solas del potencial de estrechar la praxis y la academia en materia de compliance.

A su vez, este reporte busca acercar una mirada más internacional de los "Lineamientos" y por esta razón no sólo participan especialistas argentinos sino también de otras nacionalidades. El objetivo de ofrecer un análisis más internacional del borrador de la OA se explica por la novedad que tiene el fenómeno del compliance en la praxis argentina, muchísimo menor a la que existe en otros países europeos y de la región. Así, además de contar con reportes de destacados especialistas españoles, también han contribuido desde Chile y Perú especialmente, donde en los últimos años se produjo una "explosión" en la autorregulación de empresas con fines de prevenir la corrupción. Igualmente se suman reportes de Brasil, donde en los últimos años las estrategias de lucha contra la corrupción se han visto reforzadas.

Esperamos que este documento que se acerca a la Oficina Anticorrupción argentina y a la comunidad de especialistas en Derecho penal de la empresa y en compliance pueda ser de utilidad para mejorar las prácticas corporativas y para profundizar la discusión en torno a este nuevo fenómeno.

# ARGENTINA



# OBSERVACIONES Y APORTES EN EL MARCO DE LA CONSULTA POR LOS “LINEAMIENTOS”

Por Mateo G. Bermejo

## A. INTRODUCCIÓN

El documento propuesto por la OA propone lineamientos detallados para orientar la autorregulación empresarial que, en una aproximación general, deben valorarse como adecuados a las exigencias legales de los artículos 22 y 23 de la Ley 27.401 y como razonablemente profundos en cada uno de los elementos que se consideran necesarios para satisfacer las exigencias legales por parte de las empresas.

De acuerdo con los “Lineamientos”, la empresa debe organizarse a fin de lograr una eficiente prevención de la corrupción en su ámbito de organización, cumpliendo con los estándares de cuidado establecidos en la legislación y en las normas técnicas. La autoorganización (autorregulación) de la empresa adquiere una complejidad directamente proporcional a la complejidad de su organización.

La función de los programas de integridad consiste en establecer los incentivos adecuados para que los miembros de la organización cumplan con su rol interno, el que debe proveer a que todo el sistema de organización (la empresa) evite outputs que consistan en la intervención en los hechos ilícitos enunciados en el art. 1 de la ley.

Al fin de establecer dichos incentivos coadyuvan tanto las sanciones formales (disciplinarias, administrativas, penales) como las informales (autorreproche y censura), las que se encuentran en ciertos casos en una relación funcional entre ellas. Ahora bien, no puede soslayarse que las reglas y estándares legales que tienen como objetivo intervenir sobre estos factores se hallan en tensión con la propia organización de la empresa destinada a la eficiencia privada: las leyes implican importantes costos privados (por un lado, los costos económicos de la implementación del programa, por otro lado los costos potenciales



**MATEO GERMÁN  
BERMEJO**

- Profesor en la Universidad Nacional de San Juan y de la Universidad Austral (Argentina)
- Investigador de CRIMINT
- Juez de Cámara, Poder Judicial de Mendoza (Argentina)

derivados de la mayor eficacia en la imposición de sanciones por parte del Estado) y la renuncia a ciertos beneficios en función de ciertos tipos de negocios que resultan prohibidos o, al menos, poco recomendables por su grado de riesgo. Por ello, el diseño de los programas de integridad debe cumplir con las leyes que establecen un marco adecuado para cumplir con los fines perseguidos por el legislador.

Esta “autorregulación regulada” engloba una diversidad de manifestaciones que se sitúan en un punto intermedio entre la regulación pública de carácter tradicional y la autorregulación pura. En efecto, frente a los tipos ideales que representan la regulación pública (heterorregulación jurídica) y la autoorganización social (autorregulación) aparece una alternativa que combina ambas perspectivas y que consiste en una autorregulación controlada e instrumentalizada por el legislador y por la Administración para el logro de fines de interés público: la consideración pública de la autorregulación (autorregulación regulada) se manifiesta en una actividad reguladora del Estado tendente a instrumentalizar las normas y controles privados poniéndolos al servicio de fines públicos. Así, si bien las normas técnicas son normas de carácter privado, son los poderes públicos quienes regulan la capacidad y las características organizativas básicas de los sujetos a los que corresponde su aprobación y son también los poderes públicos quienes atribuyen ciertos efectos públicos a dichas normas.

La prevención de los delitos vinculados a la corrupción pública es, junto con la prevención y el castigo del lavado de activos, un caso testigo de un proceso complejo de interpenetración entre normas jurídicas y normas autorregulatorias que se manifiesta en un importante grado de desarrollo de la “autorregulación regulada”. Sin embargo, la sustancial diferencia que plantea la normativa anticorrupción con la legislación contra el lavado de activos y el financiamiento del terrorismo consiste en que en esta última materia la ley penal aparece complementada por una legislación administrativa de fuente legal y reglamentaria (la Ley 25.246 y las Resoluciones de la UIF y/u otros reguladores sectoriales como el B.C.R.A.), que habilitan facultades sancionatorias de carácter administrativo en cabeza de la UIF (o del regulador sectorial) que tienen como presupuesto tanto un deber de implementar los programas de cumplimiento como un mayor detalle de las normas, así como su obligatoriedad con base en un mayor intervencionismo estatal. Por este motivo, resulta de suma importancia la labor emprendida por la OA en esta materia, más aún considerando que el carácter de estos lineamientos resulta más cercano al de normas técnicas que a normas legales stricto sensu.

## **B. ANÁLISIS DE LOS "LINEAMIENTOS"**

El proyecto contempla, adecuadamente, un desarrollo y detalle de los elementos principales establecidos en la Ley, estructurados sobre el vector del risk management (gestión del riesgo) como articulador del análisis coste/beneficio que deberán contemplar las empresas para adecuar el programa a las características de la misma y a los riesgos que afronta (v. punto 2.1 del Borrador de Lineamientos de la OA y el art. 22 de la Ley).

Este vector presenta importantes antecedentes tanto teóricos (en la teoría de la regulación en general y en el análisis económico del Derecho en particular) como prácticos en la legislación nacional y comparada en materia de lavado de activos: en efecto, la Directiva Europea 2005/60/CE así como la legislación argentina (v. Res. UIF 30-E/2017) en materia de lavado de activos y financiamiento del terrorismo se encuentran ya desde tiempo atrás también articulados sobre este eje, bajo influencia de las normas técnicas provenientes del Grupo de Acción Financiera Internacional (GAFI). Asimismo, en materia de prevención de la corrupción diversos documentos de Transparencia Internacional sobre compliance empresarial en la materia también parte de este eje articulador (v. TI, “The Business Case for Speaking Up”, 2017, pp. 8).

El Proyecto de la OA alcanza punto por punto a cada uno de los elementos de los programas de integridad definidos en la Ley, por lo que tiene una acertada pretensión de exhaustividad, a pesar de que ello puede implicar una importante extensión del texto.

Quisiera solamente concentrar el análisis en dos puntos que creo que merecen un mayor detalle en el Borrador: la regulación del informante interno (whistleblower) y del responsable de cumplimiento (ethics compliance officer).

En relación con el informante interno (whistleblower) la ley resulta muy escueta refiriéndose a éste en el artículo 23, indicando que el programa podrá contener “III. los canales internos de denuncia de irregularidades, abiertos a terceros y adecuadamente difundidos; IV. una política de protección de denunciantes contra represalias”. Esta acotada referencia no parece dar al rol del whistleblower el lugar de importancia que históricamente ha tenido este personaje (así, por ejemplo, en el descubrimiento de los escándalos de los casos Enron y WorldCom en Estados Unidos), en particular frente a la ausencia de toda regulación legal al respecto en la legislación nacional: estas normas serán las primeras en tratar el alcance, derechos, deberes y protección del informante en nuestra legislación, no existiendo normativa comparada de referencia para las empresas.

Los “Lineamientos” de la OA no abarcan adecuadamente todas las cuestiones que deben estar alcanzadas a este respecto, a saber: 1. Las características del emisor de la información (quién informa), 2. Las características del receptor de la información (a quién se informa); 3. El contenido de la información (qué se informa); 4. Los medios por la cuales se informa (cómo se informa); 5. La protección del anonimato del informante (al menos hasta alguna instancia en que la develación de la fuente sea inevitable); 6. El requisito de buena fe del informante y el requisito de razonabilidad como exigencia de la licitud del reporte, que tiene importantes precedentes en Estados Unidos como la Sarbanes Oxley Act, siendo oportuno proveer en estos lineamientos tanto una regla al respecto como cierta orientación respecto de qué debe considerarse “buena fe” o “conocimiento razonable de la infracción”; 7. Un análisis integral de los factores que inciden en la decisión de reportar resulta necesario y útil para guiar las decisiones empresarias respecto de la implementación del

whistleblowing en el programa (aunque sí se menciona la necesidad de una regulación premial y de la evitación de sanciones de manera algo escueta); 8. Tomando en consideración lo anterior se debe profundizar respecto de las alternativas que presenta el programa de integridad y la relación contractual con el empleado para incentivar los reportes. A los detalles de estas cuestiones los he tratado en otra parte, por lo que a ello me remito (v. Bermejo, Delincuencia empresarial: la regulación del informante interno (whistleblower) como estrategia político criminal”, Revista Derecho Penal. Año II, N° 4. Ediciones Infojus, pp. 49 y ss.), pero debe destacarse que la ausencia de una regulación nacional comparada, así como de una extensa literatura nacional en la materia, advierte sobre la necesidad de aportar mayores lineamientos e información al respecto: en el paper recién referido analicé la literatura que compara la regulación del whistleblower en las empresas europeas, pudiendo advertirse diferencias en el carácter autoritativo de las reglas, en las infracciones que se reportan, en la persona a la que se reporta, en el modo en que se reporta, en el alcance de la confidencialidad y la protección, —incluyendo la regla de la buena fe, razonabilidad u honestidad del informe—, debiendo tomarse en consideración estos aspecto por parte de las empresas.

Otro rol de suma relevancia en la organización empresarial es la del responsable interno de la prevención o ethics compliance officer, según el documento de la OA, aunque sería mejor denominarlo anti-corruption compliance officer por la relevancia jurídica que adquiere el rol y por las eventuales consecuencias jurídicas de un incumplimiento en este ámbito. La ley menciona al compliance officer en el art. 23 inc. IX., indicando que la empresa podrá designar “un responsable interno a cargo del desarrollo, coordinación y supervisión del Programa de Integridad”. El Borrador de la OA aporta muchos mayores detalles que permiten vislumbrar con mayor claridad el alcance del rol en la organización empresarial. Los “Lineamientos” ponen en relación la complejidad de la empresa con la necesidad y el alcance de las competencias del compliance officer, algo que resulta correcto. Más aún, debe evaluarse como positivo que la propuesta tome en consideración sugerir que este rol sea cumplido por alguien con alta jerarquía y responsabilidad en la empresa y se sugiera que tenga amplias funciones ya desde el diseño del programa hasta su implementación: en todo caso, puede sugerirse que se detallen más las funciones de supervisión y control que tendrá el sujeto y su relación con los canales de denuncia, ya que las consecuencias jurídicas (jurídico-penales, en particular) que pueden derivarse de una inadecuada regulación de esa etapa del programa son graves. Tal vez, pueda resultar conveniente que se sugiera como norma de referencia la Resolución UIF 30-E/2017, que sí aporta un antecedente de suma relevancia en la legislación nacional, por su detalle y obligatoriedad, acerca de las funciones del compliance officer en materia de lavado de activos y financiamiento del terrorismo.

### **C. VALORACIÓN DE LOS "LINEAMIENTOS"**

Considero que el Borrador de la OA que se evalúa cuenta con un adecuado alcance y detalle en la mayor parte de los aspectos que la ley exige. A modo

---

de recomendación se puede considerar que resulta conveniente profundizar algo más en el rol y el contexto institucional en que se cumplen las funciones tanto de whistleblower como de compliance officer, piezas de particular relevancia en el programa de integridad, tanto por la historia que respalda al primero como por el carácter articulador de todo el andamiaje normativo e institucional que posee el segundo.

Considero, asimismo, que puede ser de importancia referir en cada uno de los apartados las normas nacionales y comparadas que puedan aportar un anclaje comparado que permita, junto con los “Lineamientos”, orientar la actividad y organización de la empresa en esta materia.

Debe destacarse que los “Lineamientos” parecen estar destinados a tener una gran influencia en la prevención de la corrupción, por lo que, seguramente, puede esperarse una progresiva juridificación de sus normas y efectos jurídicos.



# LINEAMIENTOS DE INTEGRIDAD: BREVES REFLEXIONES GENERALES DEL DOCUMENTO Y CONSIDERACIONES ESPECÍFICAS SOBRE LAS CAPACITACIONES, LAS INVESTIGACIONES INTERNAS Y EL OFICIAL DE CUMPLIMIENTO

Por Juan Pablo Montiel

### A. PALABRAS PREVIAS

Como el propio documento indica en su primer párrafo, el objetivo de los “Lineamientos” consiste en “brindar una guía técnica a las empresas, las organizaciones de la sociedad civil, las agencias estatales, los operadores del sistema de justicia y la comunidad profesional experta”. De modo general puede afirmarse que ese objetivo es alcanzado y que el documento, en la medida en que mantenga en su versión definitiva el principal contenido de este borrador, constituirá un instrumento de enorme utilidad para las asociaciones que deben organizarse, como así también para los operadores del sistema judicial.

Esta primera observación general se sustenta en el hecho de que los “Lineamientos”, además de acercar una adecuada caracterización técnica de los diferentes elementos del sistema de integridad y de los elementos que deben ser centrales en un programa adecuado, acercan una guía práctica con los puntos en los que la empresa y la justicia deben enfocarse para analizar la fortaleza de un programa de prevención de corrupción. En este sentido, los “Cuestionarios de corroboración” son de enorme utilidad, aun cuando constituyen tan solo una guía perfectible y sujeta a una complementación. Con ello, entiendo que se logra exitosamente un documento que permite el diálogo de todos los actores del sistema: corporaciones, asociaciones civiles, fiscales, jueces, abogados y académicos.

El presente reporte estará concentrado, principalmente, en tres elementos fundamentales de todo modelo de integridad, a saber, las capacitaciones, el oficial de



**JUAN PABLO MONTIEL**

- Coordinador General de CRIMINT
- Consultor internacional en Compliance

cumplimiento y las investigaciones internas. Si bien únicamente el primero de esos elementos aparece configurado como mandatorio por el legislador, defiende enfáticamente que sería absolutamente inusual encontrar un sistema de compliance robusto que prescindiera de un compliance officer y de investigaciones internas. Como desarrollaré más adelante, esta afirmación es independiente del tamaño de la organización. Como destacaré infra, los “Lineamientos” acercan criterios valiosos para la organización en estos temas. Ahora bien, sin perjuicio del análisis de estos contenidos puntuales del programa de integridad, mi reporte se inicia enfatizando de qué manera el documento de la OA enmienda algunos errores notables de la ley a la hora de regular cuestiones de integridad y advertiré de algunos asuntos que deberían ser modificadas de cara al documento definitivo.

### **B. ELEMENTOS MANDATORIOS Y OPTATIVOS DE UN PROGRAMA DE INTEGRIDAD EN LOS "LINEAMIENTOS": ¿COMPLEMENTACIÓN O CORRECCIÓN DE LA LEGISLACIÓN?**

Una de las equivocaciones más notables en las que ha incurrido el legislador al dar vida a la Ley N° 27.401 es la diferenciación entre elementos mandatorios y optativos de un programas de integridad, esto es, entre elementos cuya presencia es insoslayable y determina la idoneidad del programa (elementos mandatorios) y otros, cuya presencia no determinan per se la adecuación del sistema de compliance. Si bien se trata de una distinción controvertida, entiendo que lo más problemático tiene que ver con los elementos que han sido reconocidos como determinantes de la adecuación. El art. 23 1ª parte establece que el programa de integridad deberá contener al menos un código de ética, reglas y procedimientos para prevenir ilícitos en el ámbito de las contrataciones públicas y la realización de capacitaciones periódicas. El tenor literal de este precepto da a entender que basta con la concurrencia de estos tres elementos para que pueda afirmarse la adecuación del programa de prevención. Los restantes elementos enumerados posteriormente parecieran ser, según la letra de la ley, un mero adorno o complemento.

En mi opinión, los “Lineamientos” se esfuerzan en la primera parte en morigerar esta posición adoptada por el legislador. Si bien no obvia la distinción entre las clases de elementos, sí matiza los efectos de la presencia o ausencia de alguno de ellos para la determinación de la adecuación del programa de integridad. En los “Lineamientos” se interpreta que, si bien los tres elementos contemplados en el art. 23 como obligatorios son el piso, su inclusión no garantiza que el programa sea adecuado (p. 12). En este marco hace además una salvedad de enorme importancia: la adecuación del sistema de integridad no se medirá simplemente por los elementos que se introduzcan, sino que será necesario analizar cómo ha sido implementado, diseñado y puesto en funcionamiento (p. 12). Si interpreto correctamente estos criterios resaltados por la OA, serán suficientes estos tres elementos mandatorios en tanto y en cuanto tengan la capacidad real de prevenir la comisión de delitos contra la Administración Pública. Sin embargo, es aquí donde comienza el principal problema, pues resultaría demasiado naiv creer que un Código de Ética (incluso siendo el mejor imaginable) tenga capacidad real de prevenir la corrupción, dado que, lejos de presentar obstáculos a operaciones sospechosas, representa un libro de valores pregonados y meras expresiones de buenos deseos.

En este punto aparece justamente la hábil (y encomiable) maniobra de la OA, consistente en llevar el foco de la adecuación de un modelo de integridad a criterios más generales, tales como el riesgo, la dimensión de la empresa y su capacidad económica. Con esta estrategia lleva a un segundo plano las exigencias del art. 23 1ª parte y evita así, en mi opinión, que la equivocación del legislador favorezca la dispersión de sistemas de integridad ineficientes o vacíos. Con la cuestión del riesgo, el documento de la OA trae al centro del análisis una cuestión cardinal de todo sistema de compliance adecuado: todo diseño debe partir de un relevamiento de riesgos de la concreta empresa (pp. 8 y s.), un análisis riguroso de cómo ellos se presentan y una valoración y priorización, para recién luego avanzar en el diseño de cualquier plan de tratamiento e inocuización. Este es un dato de enorme relevancia, especialmente para empresas extranjeras que pretenden adecuar los sistemas de integridad empleados en otros países para prevenir la corrupción, puesto que la adaptación suele hacerse sin un relevamiento de riesgos “locales”. En este sentido, los “Lineamientos” ofrecen un análisis detallado de los criterios para llevar adelante un mapeo de riesgo que, en mi opinión, está muy bien logrado (pp. 15 y ss.). En cuanto al criterio de la dimensión de la empresa, resulta muy valioso que por esta vía se logre retomar una idea que aparecía en el Proyecto de Ley del Ejecutivo, consistente en reconocer las diferencias entre las PyMES y las grandes empresas a los efectos de la responsabilidad penal. En mi opinión, esta discriminación no es advertida en la ley vigente como debiera serlo. Claramente, la complejidad de un sistema de compliance no puede ser el mismo para una fundación, una multinacional o una empresa nacional (pp. 9-10) e incluso esta perspectiva se ve concretizada al analizarse los elementos específicos del programa de integridad.

Según mi parecer, merece otra valoración y un análisis separado la cuestión vinculada a la capacidad económica de la organización. Este dato pareciera ser relevante para evitar una sobre-exigencia a aquellas empresas que cumplen con los parámetros de integridad demandados por la ley. Sin embargo, resulta difícil no interpretar este requisito como “menos compliance para empresas pobres”, como si los riesgos de corrupción fuesen menores a los de las empresas de mayor capacidad económica. Toda organización debe gestionarse eficientemente también en materia de integridad, lo que implica que con el presupuesto disponible debe tener un sistema de compliance adecuado a sus riesgos. El negocio debe serle rentable al empresario contando entre los diferentes costos de su actividad también el correspondiente al diseño y mantenimiento del programa de integridad. El negocio debe cerrarle incluyendo la integridad. Según las nuevas exigencias legales, los costos de integridad, son tan importantes como los relativos a la seguridad social de los trabajadores o los impuestos.

A modo de cierre de este apartado cabe señalar que, del hecho de pasar al primer plano los criterios del riesgo, la dimensión y la capacidad económica de la organización, puede extraerse una consecuencia sumamente saludable: todos los componentes de un sistema de integridad reconocidos por el art. 23 (los obligatorios y los optativos) deberían graduarse y exigirse según los anteriores parámetros genéricos. Según esta interpretación no debería exigirse “tal o cual” elemento, sino más bien que los que existan logren

inocuar o reducir drásticamente los específicos riesgos de corrupción de la concreta empresa. Entiendo que los “Lineamientos” apuntan en esta dirección acertada. Sin embargo, si ello fuese así existen serias dudas sobre si de este modo estaría complementando la ley o más bien modificándola. En mi opinión, creo que se tratarían de criterios que operan como mínimo praeter legem y no secundum legem.

### C. LINEAMIENTOS SOBRE CAPACITACIONES

Entre los elementos que resultan obligatorios para la adecuación del modelo de integridad según la ley aparece la realización de capacitaciones periódicas (art. 23 1ª parte). Se trata de un componente fundamental de cualquier sistema de compliance eficiente, puesto que contribuye significativamente a dotar a la empresa de capacidad real para la prevención de ilícitos.

Una de las fallas más frecuentes que presentan los programas de integridad es que los procedimientos y lineamientos anticorrupción quedan meramente plasmados de manera impoluta en los cuadernos y libros que contienen las políticas anticorrupción de la empresa. Sin embargo, la máxima que debería guiar la actividad del área de compliance de una empresa es la siguiente: “a mayor cantidad de machas, raspaduras y anotaciones en los manuales de procedimientos anticorrupción, mayor capacidad real de prevención en la empresa”. No debería ser una buena señal para una organización que los libros, biblioratos o cuadernos que contienen las políticas anticorrupción permanezcan limpios, puestos en los estantes de sus bibliotecas. Estos cuadernos deben pasar por todas las manos y tener vida propia; ello debería ser la señal de que todas las áreas conocen las políticas anticorrupción y manejan los procedimientos.

Sin embargo, como indican correctamente los “Lineamientos”, no cualquier capacitación cuenta como motivo para afirmar el adecuado funcionamiento del modelo de prevención. Esta aclaración resulta fundamental, más aún en un contexto en que la avidez de muchas universidades y centros de formación por captar esta nueva veta que se abre en el mercado les hace perder de vista la calidad del servicio y el verdadero contenido que estas capacitaciones deben tener. Como primera pauta a tener en consideración, los “Lineamientos” advierten que no basta con actividades que transmitan conocimientos, sino que es necesario asegurarse que esos conocimientos deban estar efectivamente interiorizados y comprendidos por los destinatarios de las políticas (p. 36). Para ello se requiere no solo de clases con especialistas, campañas de información o diálogos permanentes, sino también se requieren dinámicas de trabajo en equipo y con problemáticas reales, fomentando el razonamiento crítico y la reflexión. El objetivo de las capacitaciones no debería ser tanto que el hecho de que los miembros de la organización conozcan las políticas, sino que tengan competencias y herramientas para poder actuar conforme a las exigencias del programa.

Con acierto advierte el documento de la OA que el círculo de los destinatarios de estas capacitaciones no deben ser únicamente los miembros de la empresa, sino también terceros, tales como, proveedores, subcontratistas, socios comerciales, etc. (p. 36). Esta “expansión” no solo aparece justificada

por la necesidad de prevenir riesgos de corrupción, sino también para mejorar las dinámicas negociales, puesto que ayuda a los terceros que trabajan con la organización en cuestión a entender mejor las prácticas y el sentido de algunas nuevas políticas de la empresa.

Existe además una cuestión fundamental de las capacitaciones que está ligada a los contenidos sobre la que el documento no se pronuncia suficientemente. De poco sirve a las organizaciones que sus miembros manejen, por ejemplo, la teoría y el marco regulatorio de la responsabilidad penal de la persona jurídica (RPPJ), las principales instituciones del criminal compliance y la jurisprudencia relativa a los delitos contra la administración pública vinculados a la RPPJ si desconocen cuáles son las reglas o procedimientos concretos de la empresa que deben seguirse internamente para prevenir la corrupción. Seguramente es necesario manejar aquellos contenidos, pero lo principal es hacer una instrucción sobre las reglas específicamente diseñadas para la concreta organización. Asimismo, el contenido de las capacitaciones debería variar según el perfil de los destinatarios: no requieren de los mismos conocimientos y las mismas capacidades los directores o gerentes, que los empleados encargados de preparar los documentos ante una licitación pública.

Hay una última cuestión sobre la que guardó silencio la OA y que sería necesario poner en consideración. Puesto que no siempre resulta posible asegurar la calidad de la capacitación en el caso concreto o ello podría demandar muchísimo tiempo, no sería disparatado pensar en la posibilidad de que las capacitaciones estuvieran previamente certificadas por el Ministerio de Justicia de la Nación. Esta cuestión no es algo absolutamente novedoso, sino que se trata más bien de una actividad que este ministerio ya viene desempeñando en el marco de la certificación en materia de mediación(1). Siguiendo este modelo, podría pensarse en la elaboración de un registro de entidades certificadas y un listado de cursos certificados por la autoridad de aplicación.

#### **D. LINEAMIENTOS SOBRE INVESTIGACIONES INTERNAS**

El documento analizado ofrece también una serie de interesantes criterios para orientar a las personas jurídicas en la implementación de las investigaciones internas. Entre ellas me parece interesante destacar las siguientes ideas:

- La realización de estas pesquisas empresariales cuenta con un fuerte respaldo en el derecho de todo empresario a organizar su actividad lícita de manera libre y de su derecho a controlar los medios de producción, lo que no implica que pueda abusarse de esta facultad, por lo que será necesario respetar siempre la intimidad, dignidad y privacidad de los trabajadores. (p. 45)
- Bajo el concepto de investigaciones internas pueden caer tanto aquellas pesquisas realizadas por profesionales ajenos a la empresa, como así también por personal de la misma organización investigada. (p. 47)
- Su realización debe variar según cuál sea el personal involucrado en los

hechos investigados, especialmente en cuanto a quienes lideran la pesquisa. Así, sería recomendable acudir a personal externo para realizar investigaciones internas por hechos que involucran a las áreas de legales o a la alta gerencia de la empresa. (p. 47)

Sin perjuicio de estas ideas, me resulta atractivo ahondar brevemente en tres cuestiones que identifican los “Lineamientos” y que son fundamentales para una correcta implementación de las investigaciones internas:

**a. Cambios en las condiciones de los contratos laborales:** los “Lineamientos” invitan a considerar también aspectos previos a la implementación de las investigaciones, especialmente en lo que se refiere a la posibilidad de revisar instrumentos o lugares de trabajos de los empleados. (pp. 46 y s.) Ningún ingreso a los correos electrónicos o al celular corporativo o ninguna revisión de taquillas y escritorios puede estar legitimada sin el previo consentimiento del empleado. En este caso, no solo quedaría invalidada la investigación interna e impediría que esa prueba sea utilizada válidamente en un proceso penal, sino que también generaría la responsabilidad penal del ejecutor y eventualmente del gerente de legales o del oficial de cumplimiento. Por ende, en caso de que una empresa decida implementar “de cero” un programa de integridad, será necesario hacer una revisión general de los contratos laborales en la que se inserten cláusulas en las que el trabajador consienta estas intromisiones en su esfera de intimidad.

**b. Protocolo de investigaciones internas:** La improvisación en la implementación de investigaciones internas puede generar más dolores de cabeza que aportar soluciones. Por ello se torna absolutamente necesario contar con un protocolo de investigaciones internas que guíe la actuación de quienes lideran y trabajan en ese proceso (p. 46). Dicho protocolo debe establecer, entre otras cosas, los pasos y circuitos que deben seguirse, el manejo de la información, como así también los recaudos que deben tomarse ante aquellas medidas que implican una incidencia sobre los derechos personales del trabajador.

**c. Sistemas de reacción:** Los “Lineamientos” también destacan la necesidad de que las investigaciones internas vengas acompañadas de mecanismos de reacción. (p. 48) Sin ellos, se reducen los incentivos para que estas prácticas puedan servir también para disuadir conductas ilícitas. Los mecanismos de reacción son un instrumento fundamental para gestionar los incentivos entre los miembros de la empresa, por lo que deberán adoptarse los máximos recaudos que logren sancionar a quien obró en contra de las reglas de integridad de la empresa, pero al mismo tiempo motivar a que se aporte información decisiva para esclarecer los hechos. En este último sentido, debería trabajarse con máxima prudencia en la elaboración de un programa de leniency.

## **E. LINEAMIENTOS SOBRE EL OFICIAL DE CUMPLIMIENTO**

Una de las ausencias más notorias entre los elementos obligatorios de un programa de integridad que establece la ley es la del oficial de cumplimiento, más aún cuando en materia de compliance antilavado ya existe el

antecedente de que los sujetos obligados legalmente constituidos deben designar uno (art. 20 bis, 4° párr. Ley N° 25.246). Pero, más allá de este antecedente legal, resulta particularmente cuestionable que no constituya un elemento obligatorio de todo modelo que se precie de ser adecuado para prevenir la corrupción, sobre todo por el rol clave que tiene el oficial de cumplimiento en cualquier tipo de organización. Como advierte adecuadamente el documento, esta figura es importante para cualquier organización, independientemente de su tamaño, puesto que en todo caso debería variar únicamente su estructuración o dedicación laboral a la función, pero en cualquier caso sería necesario que exista un responsable interno en integridad (p. 58).

Dicho esto, la figura del responsable interno del sistema de compliance podría asumir formas distintas, desde una gerencia específica en integridad y compliance hasta la dedicación parcial a estas cuestiones por parte del gerente de legales o del abogado de la empresa, dependiendo de las dimensiones y de la envergadura de los riesgos de la concreta organización. Por ejemplo, en las empresas de dimensiones grandes o medianas suele ser necesario contar con varias direcciones dentro de la gerencia de compliance, como por ejemplo anticorrupción, antilavado, whistleblowing o investigaciones internas.

En este punto, el documento omite una referencia importante sobre las empresas de capital extranjero con filiales en la Argentina, especialmente aquellas que cuentan con un compliance officer regional. En la praxis es muy frecuente que en estas situaciones las empresas tengan (por un tema de costos) concentrado el área de compliance en una de sus filiales regionales más importante, a la que los gerentes de legales de los restantes países de la región reportan. Ahora bien, la existencia de un área regional no debería relevar a la filial local de contar con un oficial de cumplimiento o un área de compliance propia, puesto que los riesgos de cada filial son necesariamente distintos, incluso manteniendo un organigrama similar al de otras filiales.

Resulta sumamente interesante la combinación de elementos que recomiendan tener en cuenta los “Lineamientos” a la hora de seleccionar un oficial de cumplimiento. Según lo indicado en el documento, no solo es vital para el buen funcionamiento del área de compliance contar con un responsable que esté dotado de los conocimientos técnicos específicos, sino también tener un perfil configurado por otras destrezas, tales como los conocimientos del negocio y habilidades de persuasión y comunicación. Ello hace que el responsable de la integridad pueda tener una visión general de su área, sin necesidad de integrar el directorio.

Vinculada a esta cuestión aparece la relativa a la ubicación del oficial de cumplimiento dentro de la organización en cuestión. Ya son conocidos los sólidos argumentos en contra de la toma de posición que existe en el ámbito del compliance antilavado a partir de la Resolución 30-E/2017 (art. 7, inc. p), que obliga a que el oficial de cumplimiento integre el directorio. Los “Lineamientos”, por su parte, no encorsetan la decisión de la organización y se limitan a establecer que debe tener una posición de jerarquía (gerencia), que le otorgue independencia y le garantice acceso a la información relevante de

la empresa en temas de integridad (p. 60).

Por último, considero positivo que se hayan delimitado las competencias del oficial de cumplimiento de tal manera que aparezca en la empresa como el responsable técnico de mantener el programa de integridad (pp. 58 y s.). Esta competencia es muy distinta a la de ser el responsable interno de que no se cometa ningún delito de corrupción o de lavado de activos, como parecen insinuar algunas posiciones doctrinales o jurisprudenciales dentro y fuera del país. Ello no implica que un oficial de cumplimiento no pueda responder como autor o partícipe de algún delito, pero esta responsabilidad no podría derivarse de una posición de garante, consistente en impedir la comisión de delitos de la empresa.

#### F. LITERATURA CONSULTADA

- Bermejo, Prevención y castigo del blanqueo de capitales, Marcial Pons, Madrid et. al., 2015.
- Kuhlen/Montiel/Ortiz de Urbina Gimeno, Compliance y teoría del Derecho penal, Marcial Pons, Madrid et. al., 2013.
- Montiel, "Sentido y alcance de las investigaciones internas en la empresa", en Mir Puig/Corcoy Bidasolo/Gómez Martín (dir.), Responsabilidad penal de la Empresa y Compliance, BdeF, Buenos Aires/Montevideo, 2014, pp. 487 y ss.
- Montiel, "Ley 27.401 y criterios para determinar la idoneidad de los programas de integridad", en Sacconi/Durrieu (dir.), Compliance, Anticorrupción y Responsabilidad penal empresaria, Thomson Reuters, Buenos Aires, 2018, pp. 73 y ss.
- Montiel, "Apuntes sobre el nuevo régimen de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en el derecho argentino", en Revista En Letra Derech Penal (6) 2018, pp. 124 y ss.
- Montiel, "Autolimpieza empresarial: compliance programs, investigaciones internas y neutralización de riesgos penales", en Kuhlen/Montiel/Ortiz de Urbina (eds.), Compliance y Derecho penal, Marcial Pons, Madrid et. al., 2013, pp. 221 y ss.
- Montiel, "Cuestiones teóricas fundamentales del Criminal Compliance", en En Letra (7) 2007, pp. 21 y ss.
- Montiel, "Aspectos fundamentales de la responsabilidad penal del compliance officer en el derecho argentino", en Anuario de la Revista Argentina de Derecho penal y Procesal penal (4) 2015, pp. 85 y ss.
- Moosmayer/Hartwig (eds.), Interne Untersuchungen, 2ª ed., C. H. Beck, Múnich, 2018.
- Rotsch (ed.), Criminal Compliance, Nomos, Baden-Baden, 2015.

#### Notas finales

(1) Cfr. Ley N° 26.589 y art. 32 del Dec. Reglamentario N° 1467/2011.

## INFORME SOBRE LOS “LINEAMIENTOS” DE LA OA ARGENTINA

Por Darío Rolón

### A. INTRODUCCIÓN

Nos alegra tomar parte en la iniciativa del Ministerio de Justicia de la Nación Argentina que, a través de su OA (1), fomenta la colaboración entre el sector privado y el sector público en la prevención e investigación de la corrupción (2). En forma similar a lo establecido en el Programa de Gobierno "Justicia 2020" (3) y al artículo 12 de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción (2003) de la cual Argentina es parte, el proceso de redacción y debate de la Ley 27.401 merece una profunda discusión técnica fundamentada en la experiencia nacional e internacional en materia de prácticas corporativas. Con motivo de ello, en el presente informe se formularán algunas sugerencias al borrador del texto denominado "Lineamientos de Integridad para el mejor cumplimiento de lo establecido en los artículos 22 y 23 de la Ley N° 27.401 de Responsabilidad Penal de Personas Jurídicas" (4).

El presente informe debe ser entendido como complementario del contenido del borrador del texto oficial.

### B. PROGRAMAS DE INTEGRIDAD

Ante todo, compartimos la referencia de la OA sobre el mandato de claridad en la formulación de programas de integridad pues ello contribuirá de mejor manera al desarrollo de una cultura ética en el interior de la empresa (5).

A ello cabe añadir que se recomienda que los "Lineamientos" expliciten que el mandato de claridad debe extenderse no sólo al contenido de los compromisos asumidos internacionalmente, a las normas penales aplicables en materia de corrupción, sino también a todas aquellas normas



**DARÍO ROLÓN**

- Asistente Científico en la Universidad de Mannheim (Alemania)
- Foreign Associate Investigation White Collar and Fraud (IWCF)-Hogan Lovells Múnich

referidas directa o indirectamente al gobierno corporativo. Por otra parte, el documento oficial debería indicar que el mandato de claridad también se debe extender a todas las explicaciones que debe suministrar la empresa, en caso de que adopte la decisión de no implementar un programa de integridad (Principle "Comply or Explain" or "Comply or disclose").

### **I. LA OA Y SUS "LINEAMIENTOS"**

En sintonía con el Programa de la Política del Estado ("Justicia 2020") (6), se recomienda que la OA defina en el documento final sus objetivos prioritarios en la lucha anti-corrupción corporativa (7), y determine sus prioridades de corto, mediano y largo plazo con mayor claridad (8).

Asimismo, tal como lo ha señalado la oficina estatal, si bien el éxito de las reglas depende del respaldo de la alta dirección de la compañía, los "Lineamientos" deberían contener un párrafo que indicase explícitamente la necesidad de garantizar el acceso a la información a los socios minoritarios y fomentar el incremento del poder de supervisión de estos. Por otra parte, debido a que es imprescindible el monitoreo continuo de los programas de integridad, la OA debería comprometerse a actualizar regularmente sus lineamientos y a proporcionar asesoramiento técnico en caso de que fuese necesario (9).

### **II. PROGRAMAS DE INTEGRIDAD Y FORTALECIMIENTO DE LA COMPETENCIA.**

Los programas de integridad constituyen un pilar fundamental para la competitividad de la empresa en un mercado internacional altamente regulado, siempre que sea coherente con el grado de cultura ética en el interior de la empresa. El desarrollo de una cultura ética permite incorporar valor a la cadena de producción, lo que conduce invariablemente al incremento de la competitividad empresarial. Debido a ello, sería conveniente que los "Lineamientos" de la OA resaltaran la relación causal entre el desarrollo de una cultura ética, el surgimiento de programas de integridad y la competitividad nacional e internacional de una empresa, indicando que los esfuerzos para implementar una cultura ética deberían ser considerados una inversión y no un costo. Ello vale también incluso en el caso en que la compañía no hiciera uso de un programa de integridad. En efecto, en tal caso, la alta gerencia debería suministrar explicaciones sobre por qué la no utilización de un programa de integridad, y, por lo tanto, por qué las buenas prácticas existentes hasta el momento en la empresa tornan a la compañía mucho más competitiva que aquellas compañías que disponen de un programa de integridad, de manera similar a como sucede con la Ley de Sociedades Anónimas alemana (§161 AktG). Allí la ley alemana establece que la dirección y el consejo de vigilancia de una sociedad que cotiza en bolsa deberán indicar qué recomendaciones sobre gobierno corporativo del Ministerio de Justicia Alemán está dispuesta a cumplir y de cuál de esas recomendaciones ha decidido apartarse, debiendo fundamentar su decisión al respecto.

### III. CARÁCTER ADECUADO DEL PROGRAMA.

Debido a que el monitoreo inicial de la actividad corporativa permite formular un diagnóstico sobre el nivel de cultura ética de la empresa, sería conveniente que la oficina estatal hiciera referencia a la importancia de incluir en la evaluación sobre la adecuación del programa a aquellas buenas prácticas pre-existentes en la compañía. Adicionalmente, debería suministrar un catálogo no taxativo de buenas prácticas respecto de cada uno de los puntos mencionados en sus lineamientos, de manera tal que, si una compañía decidiese no utilizar un programa de integridad, proceda a ajustar sus prácticas internas a los ejemplos de buenas prácticas proporcionados por la OA, y proporcione una explicación sobre cómo sus prácticas conducen a mejores resultados que los obtenidos por empresas que efectivamente cuentan con un programa de integridad. Incorporar ejemplos de buenas prácticas en el documento oficial no sólo los constituye como punto de referencia, sino también pueden constituirlos en agentes motivadores para aquellas compañías que deben implementar un sistema de compliance desde cero.

Por otra parte, debido a que el contenido de la ley debe ser claramente comprendido por los integrantes de la compañía (10), se sugiere que el documento de la OA haga una breve referencia a los contenidos mínimos de un programa de capacitación (11) y que, en el mismo sentido, también suministre ejemplos de buenas prácticas. Adicionalmente, el documento oficial debería destacar la importancia del uso de las nuevas tecnologías, y la necesidad de formular directrices internas sobre el uso de medios electrónicos en concordancia con el Código Procesal Civil y Comercial, el Código Procesal Penal de la Nación, la Ley de Telecomunicaciones, la Ley de Protección de Datos Personales y la legislación laboral aplicable. Sobre este tema la oficina pública se ha detenido sólo en forma superficial en la sección referida a las políticas y procedimientos de integridad, y debería dedicarle una sección separada debido a la importancia y complejidad de la cuestión en la actividad cotidiana de una empresa.

### IV. EVALUACIÓN INICIAL DE RIESGOS, MONITOREO Y EVALUACIÓN CONTINUA.

Un programa de integridad empresarial presupone la elaboración de un análisis de riesgos empresariales, el monitoreo y la evaluación continua, tal como lo dispone la norma SAS 78, según recomendaciones del informe COSO (13). Al respecto, la experiencia internacional converge en torno a un grupo de documentos básicos sobre el tema, que deberían ser explícitamente referidos en los "Lineamientos", tales como, por ejemplo, la "Guía para la aplicación del Bribery Act" del Reino Unido (14), o en el "Modelo de Control Interno Internacional del Committee of Sponsoring Organizations of the Treadway (15), entre otros. El documento oficial debería hacer mención explícita, a modo de ejemplo, a las prácticas de organismos y asociaciones internacionales para difundir los esfuerzos de la comunidad internacional en esta materia.

Asimismo, la OA debería hacer hincapié en la necesidad de realizar auditorías contables con el fin de establecer cómo se controlan los activos, cómo se contabilizan los ingresos y cómo se consignan los gastos; también debería referirse a la necesidad de examinar la identidad y eficacia de los sistemas de control financiero, operacional y administrativo, la legalidad de las operaciones y las salvaguardas contra el fraude y la corrupción (16), con independencia de la fase de evaluación de riesgos de que se trate. En el mismo sentido, los "Lineamientos" deberían indicar la importancia de un procesamiento eficiente de datos en el interior de la empresa, y del equipo forense a cargo de la investigación interna (17).

Por otra parte, los análisis periódicos de riesgos deben establecer un régimen de prioridades, especialmente en aquellas empresas que carecen de experiencia en la implementación de sistemas de integridad. Por esa razón, sería conveniente que el documento oficial incorpore las prioridades en la formulación de un programa de integridad que, asimismo, estén en sintonía entre sí.

En cuanto al objeto de los programas de integridad, el documento oficial parece establecer el límite en los delitos relacionados con la corrupción a través de la remisión al art. 1 de la ley 27.401, sin embargo, lo amplía en forma poco clara (18). La falta de claridad parece estar relacionada con la necesidad de determinar claramente cuáles son los objetivos de política criminal de la OA de largo y corto plazo en la aplicación de la ley de responsabilidad de personas jurídicas.

En lo relativo a la determinación de riesgos, si bien la práctica recurre a muchos modelos y simulaciones para la evaluación inicial de los mismos (19), existen numerosas críticas razonables en la literatura especializada que parecen desaconsejar el reduccionismo matemático de riesgos. Por esa razón, los "Lineamientos" deberían acentuar su tono crítico con respecto a toda clase de reduccionismo matemático. También debería destacarse que los modelos tienen un valor puramente indiciario. Debido a ello, no es recomendable que la guía contenga pautas de determinación o de cálculo de riesgos (20), pues se trata de una tarea compleja que debería ser determinada en concreto.

Nuevamente se debe insistir en que la OA asocia el término "riesgo" con "corrupción" (21). Sin embargo, la asociación de ambos términos realizada sin mayor aclaración puede connotar que numerosos riesgos relacionados con responsabilidad por el producto, daños ambientales, industriales, etc., debidos a falencias en el ejercicio de deberes de vigilancia queden excluidos de la evaluación inicial de riesgo, porque se identificaría la noción de "riesgo" únicamente con la de una conducta "intencional" o "dolosa" implícita en un acto de corrupción (22).

Asimismo, en la sección referida a la "evaluación inicial de riesgos" sería recomendable que la oficina pública destacase la necesidad de conformar equipos multidisciplinarios en la evaluación y monitoreo de los programas de integridad.

En ese contexto es indispensable la participación de profesionales del Derecho para definir los riesgos legales que derivan de la actuación de la empresa en el mercado.

Un ejemplo de una buena práctica lo brinda la empresa SASOL de Sudáfrica que cuenta con un "equipo forense" encargado y facultado para investigar cualquier indicio de corrupción o actividades sospechosas (23).

#### **V. POLÍTICAS Y PROCEDIMIENTOS DE INTEGRIDAD**

Los códigos de ética deben considerar las experiencias existentes y promover su modificación en caso de que fuera necesario. No obstante, si bien la incorporación de un código de ética es uno de los primeros pasos hacia la estandarización de sistemas de control y de monitoreo de prácticas riesgosas de la compañía, no es el único. Por esa razón, los lineamientos deberían explicitar, en la misma sección, otras medidas complementarias a la existencia de manuales de ética que deben guardar relación con todos los aspectos que involucra el fortalecimiento de una cultura ética; también debería especificar las mínimas condiciones que deberían cumplir los programas de capacitación.

Al respecto, una buena práctica en materia de transparencia internacional lo aporta Colombia que ha implementado el "Programa rumbo Empresas – Íntegras y Transparentes" con el objetivo de generar prácticas éticas en las pequeñas empresas de Colombia, aportando de esta manera una forma de combatir y prevenir la corrupción. El programa consiste en un taller de cuatro módulos básicos y seis de apoyo temático. Al iniciarse el programa se realizó un diagnóstico del clima ético en la empresa y, con base en los resultados, se seleccionaron los módulos necesarios para reforzar las áreas de oportunidad de la empresa. Hasta la fecha 761 empresas han implementado el Programa en 35 ciudades colombianas con un impacto en más de 148 mil empleados de la iniciativa privada (24).

#### **VI. CANALES INTERNOS DE DENUNCIA.**

En una compañía de gran extensión habitualmente el control de la información es centralizado y lo más abierto posible para recibir cualquier tipo de información. Sólo bajo condiciones de seguridad suficientes puede hablarse de tratamiento confidencial de la información, lo que constituye un paso previo fundamental para la imposición sanciones en el interior de la empresa. Por otra parte, la protección de los denunciantes es una consecuencia necesaria del deber de confidencialidad de la empresa en el tratamiento de información. Por ese motivo, el sistema de protección de denunciantes debe ser una política empresarial claramente comunicada en el interior de la compañía que goce de canales amplios de recepción y de un sistema de seguimiento exhaustivo, y la alta gerencia debe comprometerse a respaldar todas las políticas relacionadas con la protección de denunciantes y a respetar la confidencialidad de la información transmitida con independencia de su valor para la investigación posterior. Un ejemplo de buena práctica en esta materia lo constituyó la empresa británica "Río Tinto"

que cuenta con una línea telefónica confidencial de denuncias que son administradas por personal independiente a la compañía, con el deber de reportar a los directivos en forma mensual. De ese modo la empresa pudo garantizar que los incidentes graves fueran reportados a los directivos y altos mandos correspondientes para posteriormente tomar decisiones en caso de afirmar la veracidad de los hechos (25).

La experiencia internacional recomienda contar con un servicio de asesoría y seguimiento de denuncias, y el establecimiento de un mecanismo de presentación de denuncias al nivel superior de la empresa (26). Por razones de objetividad, sería recomendable que el sistema de denuncias estuviese constituido por una compañía externa. De no ser posible, sería conveniente que la compañía externa estuviese a cargo de la supervisión periódica del funcionamiento del sistema.

Los lineamientos de la OA deberían hacer mención a la forma de implementación de programas de incentivos no pecuniarios al interior de la empresa a los empleados que se destaquen por su probidad. Un ejemplo de buena práctica al respecto lo suministra el caso de Ethics Champions de la empresa sudafricana SASOL, al establecerse una serie de estímulos no pecuniarios para los "gestores de integridad" -denunciantes internos- (27).

## **VII. DEBIDA DILIGENCIA Y PROCESOS DE ADQUISICIÓN Y FUSIÓN SOCIETARIA.**

Las empresas de gran tamaño recurren habitualmente a un equipo encargado del control de conflictos internos (también denominado Conflict-Check-Team), y al fomento de mecanismos internos destinados a cumplir la misma función en empresas que tengan relación con el Estado. Con motivo de ello, el documento oficial debería establecer con claridad cuáles deberían ser los criterios rectores en la relación de una compañía con cada uno de sus clientes y prestadores de servicios externos. Por otra parte, debería añadir que también deben cubrirse riesgos que no sólo pudiesen derivar de una defectuosa supervisión de transacciones comerciales, sino también de la propia cadena de producción de la empresa.

En cuanto al apartado referido a los procesos de fusión y adquisición societaria, éstos por regla no son procesos breves sino que son el resultado de un proceso de negociación extendido en el tiempo. En efecto, la especificidad y duración del proceso hace posible que los exámenes se puedan realizar exhaustivamente a través de la intervención de especialistas. Por esa razón, los "Lineamientos" deberían hacer mención a que la inobservancia de reglas en el marco de estos procedimientos estará sujeta a una valoración mucho más rigurosa que frente a inobservancias a la ley que resultan de hechos espontáneos y difíciles de anticipar como, por ejemplo, determinadas adquisiciones urgentes de una compañía.

En caso de que se emprendiera una investigación interna con motivo de la fusión o adquisición empresarial, debería aclararse que en el programa de integridad esta tarea estará sujeta a las condiciones generales de integridad

de la empresa, y deberá complementarse con otros principios de actuación de los órganos estatales. Por ese motivo, el documento oficial debería mencionar que la conducción de una investigación interna deberá sujetarse a los límites de la legislación procesal civil y penal de la Nación, a los códigos y prácticas éticas de la compañía y a la legislación laboral, lo que supone la ineludible participación de la representación sindical durante el devenir de una investigación interna.

#### **VIII. RESPONSABLE INTERNO.**

En empresas de mediano y gran porte el responsable de integridad está acompañado habitualmente de un equipo de trabajo, debido a la extensión de sus competencias. Si bien la organización del equipo del responsable de integridad es una cuestión que depende de criterios propios de la empresa, el documento debería especificar bajo qué condiciones se pueden delegar funciones; también debería indicar que el sistema de organización debería ser lo más claro y eficiente posible. Para ello, pueden ser de utilidad los criterios provenientes del Código Civil o incluso de las normas ISO referidas a la delegación de funciones, así como también otras reglas de naturaleza sustantiva, especialmente, de tipo comercial y/o laboral. A ello el documento final debería añadir que la delegación de funciones no exonera de la responsabilidad por delitos de naturaleza penal, sean dolosos o imprudentes.

#### **C. CONSIDERACIONES FINALES.**

A modo de consideraciones finales, sólo resta mencionar algunas recomendaciones adicionales no exhaustivas.

Sería deseable que los "Lineamientos" contuvieran la indicación según la cual la OA se comprometerá a la supervisión de la aplicación de los programas locales de anticorrupción. Para facilitar el acceso a la información, también sería deseable que la OA constituyera una base de datos con disposiciones de importancia para el fortalecimiento de buenas prácticas en el interior de la empresa y que pusiera esa base de datos a disposición a las empresas a través de medios electrónicos con el fin de lograr la pronta actualización de sus programas de integridad. Esto último no sólo incluye las normas de Derecho de fondo, sino también las principales normas referidas a estándares de certificación y calidad.

Por otra parte, el documento final debería indicar cuáles han sido los esfuerzos hasta el momento de la OA actuando en conjunto con el Ministerio Público Fiscal, Consejo de la Magistratura y Colegios de Abogados, y cuáles han sido los resultados para lograr uniformidad en ciertos aspectos fundamentales de los programas de integridad, tales como, por ejemplo, reglas de secreto profesional, reglas de participación de representación sindical y otros aspectos sensibles con la finalidad de proporcionar una certidumbre mínima sobre los tópicos relevantes al momento de confeccionar un programa de integridad. En caso de que la OA no haya iniciado aún algún tipo de programa de cooperación con las instancias públicas mencionadas sería recomendable que avanzara en la promoción de estándares valorativos uniformes. En un sentido similar, el documento oficial debería hacer una alusión a las normas de certificación de estándares de

calidad, especialmente a las disposiciones básicas referidas a ciertos riesgos claves tales como, por ejemplo, riesgos medioambientales, laborales, políticas de seguridad de la información, responsabilidad social corporativa, etcétera.

Asimismo, el documento oficial debería incorporar referencias a la debida diligencia al momento de incorporar personal, y por lo tanto, debería hacer mención a aspectos centrales de recursos humanos y de dirección de personal. Por ejemplo, el BBVA Bancomer solicita a sus empleados firmar una carta de compromiso en la cual se detallan los lineamientos éticos a los cuales debe apegarse el empleado en el ejercicio de sus funciones. Dicha carta también contempla los temas de conflicto de interés, soborno, y otros actos asociados a la corrupción a los cuales se comprometen evitar (29).

Además, sería recomendable que el documento oficial hiciera mención a la necesidad de modernizar los sistemas de procesamiento de datos dentro de la organización corporativa y utilice como modelo de referencia sistemas exitosos de administración de datos. Debería citar para ello algunos ejemplos de buenas prácticas. Finalmente, la OA debería poner a disposición una plataforma para el registro de las relaciones comerciales de la empresa con servidores públicos respetando la confidencialidad en los términos de la ley de protección de datos personales.

#### Notas finales

(1) Véase al respecto Plan de Acción 2018-2022 de la OA aprobado por la Resolución N° 186/2018 del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación.

(2) Véase el borrador del documento titulado "Lineamientos de Integridad para el mejor cumplimiento de lo establecido en los artículo 22 y 23 de la Ley 27.401 de Responsabilidad de las Personas Jurídicas" de la OA de fecha 30 de julio de 2018. Un debate similar ha tenido lugar ya en México a través del denominado "Modelo de Programa de Integridad Empresarial" y especialmente por medio de los "Lineamientos para la implementación de una política de integridad para las empresas" de COPARMEX (2016), disponible:

[https://www.coparmex.org.mx/downloads/ENVIOS/Codigo\\_de\\_Etica\\_2017.pdf](https://www.coparmex.org.mx/downloads/ENVIOS/Codigo_de_Etica_2017.pdf).

(3) Véase, Programa de Justicia 2020, p. 7, sobre la necesidad de "construir un espacio de participación institucional y ciudadana en la elaboración, implementación y evaluación de las políticas del Estado para el sector Justicia. Se abren múltiples espacios de diálogo para debatir los proyectos entre los referentes del ámbito de la justicia, profesionales, ONG, expertos legisladores y todos los que deseen aportar a esta construcción de un mejor servicio público, con el objetivo de construir los consensos necesarios para la elaboración de políticas de Estado de los próximos años". Al respecto, véase: <http://www.jus.gob.ar/media/3139950/JUSTICIA%20VEINTEVEINTE.pdf>.

(4) Véase: [https://www.argentina.gob.ar/sites/default/files/lineamientos\\_de\\_integridad\\_para\\_el\\_mejor\\_cumplimiento\\_de\\_lo\\_establecido\\_en\\_los\\_arts\\_22\\_y\\_23\\_ley\\_27.401\\_0.pdf](https://www.argentina.gob.ar/sites/default/files/lineamientos_de_integridad_para_el_mejor_cumplimiento_de_lo_establecido_en_los_arts_22_y_23_ley_27.401_0.pdf).

(5) Al respecto, se puede tomar como referencia la Cláusula Anticorrupción de la Cámara de Comercio mexicana, cuyo texto es el siguiente: "Las partes manifiestan que durante las negociaciones y para la celebración del presente

Se han conducido con apego a las Reglas de Conducta para combatir la extorsión y el soborno publicadas por la Cámara de Comercio Internacional (Las Reglas) y que se comprometen a actuar conforme a las mismas durante la ejecución del mismo hacia sus contrapartes y hacia terceros. Las partes aceptan expresamente que, la violación a estas declaraciones o a "Las Reglas" implica un incumplimiento sustancial del presente contrato". Al respecto véase:

[https://www.gob.mx/cms/uploads/attachment/file/272749/Modelo\\_de\\_Programa\\_de\\_Integridad\\_Empresarial.pdf](https://www.gob.mx/cms/uploads/attachment/file/272749/Modelo_de_Programa_de_Integridad_Empresarial.pdf), p. 3.

(6) Una de ellas puede ser, por ejemplo, según el Programa de Justicia 2020, en su página 3: "La utilización creciente de soluciones tempranas y métodos alternativos de resolución de conflictos, especialmente en la justicia civil, ayuda a lograr acuerdos contruidos por las partes que satisfagan las necesidades de los involucrados, ahorrando los recursos económicos y el tiempo que requiere una sentencia judicial tradicional".

(7) Véase por ejemplo, Justicia 2020, p. 10: "Proyecto de Ley del arrepentido, y proyecto... para la introducción de la responsabilidad de las personas jurídicas...".

(8) Así, por ejemplo, incremento de cultura ética, y reducción de casos de corrupción en el corto plazo, en el largo plazo, desarrollo de culturas ecológicas, consciencia tributaria, incremento de actividad social, etcétera. De lo contrario se corre el riesgo de que se identifique un programa de integridad únicamente con una hipótesis de corrupción. También el Programa de Justicia 2020 hace mención a la necesidad de la adopción de indicadores de progreso, si bien se refiere en términos generales a los derechos económicos, sociales y culturales. Véase, "Justicia 2020", p. 4.

(9) Ello podría tener lugar en espacios públicos tales como universidades o centros de estudios terciarios, cámaras de comercio, sindicatos u otro tipo de foros públicos. También sería recomendable que en el proceso de asesoramiento técnico participasen funcionarios del Ministerio Público Fiscal.

(10) No son suficientes los programas de capacitación relacionados con la administración de recursos humanos, eventualmente denominados Compliance Management System.

(11) Los programas de capacitación interna pueden ser presenciales o a distancia y deben ser cuidadosamente diseñados atendiendo a las objetivos estratégicos del sistema de integridad.

(12) Véase página 28 de los "Lineamientos".

(13) Véase Nieto Martín, La Responsabilidad penal de las personas jurídicas: modelo legislativo, 2008, pp. 225 y ss.

(14) Véase, por ejemplo: (1) riesgo del país; (2) riesgo sectorial, (3) riesgo de transacción, (4) riesgo de oportunidad comercial, (5) riesgo de asociación comercial.

(15) Al respecto, véase: <https://www.aec.es/web/guest/centro-conocimiento/coso>, que abarca los siguientes componentes: ambiente de control, administración de riesgos, actividades de control, información y comunicación y, finalmente, supervisión.

(16) Véase: [https://www.gob.mx/cms/uploads/attachment/file/272749/Modelo\\_de\\_Programa\\_de\\_Integridad\\_Empresarial.pdf](https://www.gob.mx/cms/uploads/attachment/file/272749/Modelo_de_Programa_de_Integridad_Empresarial.pdf), p. 5.

(17) En cuanto a la respuesta al riesgo, las alternativas que allí se plantean son al menos dos: la neutralización del riesgo a través de la interrupción o cese

de actividades, o la reducción de riesgos, en el caso de que la primera alternativa no se presente. Otras alternativas no son viables en materia de corrupción. Las opciones relacionadas con la transferencia y asunción de riesgos no son adecuadas en materia de corrupción. Los "Lineamientos" deberían definir la relación entre desarrollo de una cultura ética y sus posibles consecuencias.

(18) Así lo establece el documento en su página 16: "A los efectos de una evaluación inicial de riesgos acorde a estos Lineamientos y a la Ley tal alcance lo definen, como base mínima, el art. 1 y los delitos consignados en él". La OA amplía luego el alcance de la evaluación de riesgos: "(...) añadiendo temas relativos a, por ejemplo, fraude ocupacional, antimonopolio, defensa del consumidor, ciberseguridad, medioambiente y muchos otros". La amplitud señalada en la misma página del documento guarda relación estricta con la necesidad de que la OA determine las prioridades en materia de transparencia en el gobierno corporativo.

(19) Por ejemplo, la simulación "Montecarlo". Otra forma de simplificación, que sólo debería ser entendida como "modelo" es la terminología sistémica que recurre a las categorías sistémicas de "input" y "output". Este tipo de terminología en la determinación de riesgo sólo puede ser comprendida como terminología técnica cuyo contenido, sin embargo, debe ser claramente especificado, con el fin de evitar zonas grises que pueden derivarse del empleo de las referidas menciones. La reducción de riesgos a términos matemáticos sólo debería ser recomendable si los resultados que emergen de esas reducciones se pueden entender como si fueran "modelos ideales" con una finalidad puramente orientativa.

(20) Véase, página 18 de los "Lineamientos".

(21) Definido parcialmente en la página 8 del documento oficial, a través de la remisión al art. 1 de la ley 27.401.

(22) Más adelante, la propia OA en la página 27 referida a las "Políticas y procedimientos de integridad (código de ética)" dice: "Por supuesto, no tiene por qué limitarse [se refiere al código de ética] a contemplar los riesgos asociados a los delitos contemplados en el art. 1 de la Ley (...). Puede ser también una política idónea para que la organización fije reglas de juego claras frente a riesgos de otro tipo (por ejemplo: fraude interno, daños al medio ambiente, seguridad operacional (...))". Por las razones indicadas, sería recomendable que la OA definiera con mayor rigurosidad al comienzo del documento cuáles son sus prioridades en la lucha anti-corrupción, y cuál es el rol que cumplen riesgos relativos con delitos ambientales, u otro tipo de conductas imprudentes en la dirección de una empresa.

(23) Véase: [https://www.gob.mx/cms/uploads/attachment/file/272749/Modelo\\_de\\_Programa\\_de\\_Integridad\\_Empresarial.pdf](https://www.gob.mx/cms/uploads/attachment/file/272749/Modelo_de_Programa_de_Integridad_Empresarial.pdf), p.6.

(24) Véase: [https://www.gob.mx/cms/uploads/attachment/file/272749/Modelo\\_de\\_Programa\\_de\\_Integridad\\_Empresarial.pdf](https://www.gob.mx/cms/uploads/attachment/file/272749/Modelo_de_Programa_de_Integridad_Empresarial.pdf), p.8

(25) Véase, ídem, p. 7.

(26) Véase: [https://www.gob.mx/cms/uploads/attachment/file/272749/Modelo\\_de\\_Programa\\_de\\_Integridad\\_Empresarial.pdf](https://www.gob.mx/cms/uploads/attachment/file/272749/Modelo_de_Programa_de_Integridad_Empresarial.pdf), p.7.

(27) Véase: [https://www.gob.mx/cms/uploads/attachment/file/272749/Modelo\\_de\\_Programa\\_de\\_Integridad\\_Empresarial.pdf](https://www.gob.mx/cms/uploads/attachment/file/272749/Modelo_de_Programa_de_Integridad_Empresarial.pdf), p. 9.

(28) Véase página 55 y ss. de los "Lineamientos".

(29) Véase: [https://www.gob.mx/cms/uploads/attachment/file/272749/Modelo\\_de\\_Programa\\_de\\_Integridad\\_Empresarial.pdf](https://www.gob.mx/cms/uploads/attachment/file/272749/Modelo_de_Programa_de_Integridad_Empresarial.pdf), p. 9

## DEBIDA DILIGENCIA HACIA TERCEROS

Por Raúl Saccani

### A. INTRODUCCIÓN

El art. 23.VI de la ley 27.401 enumera entre los elementos de un programa de integridad aquellos “procedimientos que comprueben la integridad y trayectoria de terceros o socios de negocios, incluyendo proveedores, distribuidores, prestadores de servicios, agentes e intermediarios, al momento de contratar sus servicios durante la relación comercial”.

Compartimos el comentario del documento borrador de los lineamientos al referir que este elemento tiene una significativa importancia ya que la ley responsabiliza a las personas jurídicas por la acción de cualquier persona física –con independencia de si es un integrante de la organización o un tercero, posea o no un vínculo formal– con tal de que la acción se cometa en nombre, beneficio o interés de la persona jurídica. En este sentido, se ha dicho que la mayoría de los pagos irregulares normalmente son llevados a cabo por terceros (1).

El nivel de interacción con esos socios varía y podría incluir relaciones informales, relaciones contractuales individuales o la integración estrecha de actividades comerciales. El nivel de influencia que tienen las empresas sobre sus socios también puede diferir. En ciertos casos mantienen completa independencia mientras que en otros actúan en representación de la empresa o incluso tienen dependencia financiera de ella.

La categorización de los distintos tipos de relaciones permite a las empresas evaluar adecuadamente los riesgos relacionados con cada tipo de relación y establecer prácticas de mitigación para cada una. Sería conveniente exigir a los socios adoptar normas similares a



**RAÚL SACCANI**

- Socio Líder en Forensic & Dispute Services en Deloitte (Argentina)
- Presidente de la Comisión Anticorrupción del Consejo Público de Ciencias Económicas de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (Argentina)

las propias de la empresa, lo que no siempre lo que no siempre resultará factible considerando que la dimensión de algunos socios comerciales no les permite solventar similares entornos de control.

Así, cada vez con mayor frecuencia los Códigos de Conducta se proyectan no solamente sobre los empleados sino también sobre cualquier persona o entidad que mantenga o vaya a mantener vínculos con la empresa. Para que la organización sea coherente con los principios a los que adhiere, es necesario que ponga cuidado en la selección de las personas con las que va a colaborar, sea que se trate de un vínculo laboral o comercial. Antes de establecer tales vínculos, debería prestar atención a si esas personas o entidades están alineadas con sus valores. Esta es, en esencia, la lógica de los procedimientos de diligencia debida en el ámbito de compliance.

La guía sobre la evaluación de programas de cumplimiento corporativo emitida por el Departamento de Justicia de los EE.UU en 2017 (2) incorpora una serie de preguntas en relación con los riesgos que asumen las empresas al relacionarse con terceros:

- Procesos integrados basados en riesgos: ¿cómo ha correspondido el proceso de gestión de terceros de la empresa en relación con la naturaleza y el nivel del riesgo identificado? ¿Cómo se ha integrado este proceso en los procesos de adquisición y gestión de proveedores relevantes?

- Controles apropiados: ¿cuál fue la razón comercial para el uso de los terceros en cuestión? ¿Qué mecanismos han existido para garantizar que los términos del contrato describan específicamente los servicios que se realizarán, que los términos de pago sean apropiados, que se realice el trabajo contractual descrito y que la compensación sea proporcional a los servicios prestados?

- Gestión de las relaciones: ¿cómo ha considerado y analizado el modelo de incentivos que utiliza con los terceros frente a los riesgos de cumplimiento? ¿Cómo ha monitoreado la compañía a los terceros en cuestión? ¿Cómo ha capacitado a los dueños de la relación respecto a los riesgos de cumplimiento y cómo manejarlos? ¿Cómo ha incentivado la empresa el comportamiento ético de terceros?

- Acciones reales y consecuencias: ¿Se identificaron alertas en la diligencia debida de los terceros que haya detectado posibles conductas irregulares? ¿Cómo se resolvieron? ¿Se ha suspendido, cancelado o auditado a un tercero similar como resultado de problemas de cumplimiento identificados? ¿Cómo ha monitoreado estas acciones (por ej., asegurarse de que el proveedor no vuelva a ser empleado en caso de finalizar la relación)?

Como hemos visto, las conductas de terceros externos que se vinculan con la organización pueden ocasionar consecuencias de orden reputacional y también jurídico. Su eventual falta de alineación con determinados principios

y valores es susceptible de generar lo que se conoce como “riesgo de contagio”, donde las conductas impropias ajenas pueden eventualmente afectar a la organización como si hubieran sido cometidas por esta, en la medida en que estas prácticas hayan sido asumidas, conocidas, consentidas, toleradas o ignoradas.

En 2011, la Asociación contra la Corrupción del Foro Económico Mundial (PACI, por sus siglas en inglés) lanzó un grupo de trabajo encargado de desarrollar “Pautas de buenas prácticas para llevar a cabo una Debida Diligencia de Terceros” (3). El documento, entre otras cosas, se refiere a la implementación efectiva del proceso de debida diligencia, en cuatro pasos:

1. Alcance de terceros: Comprender el universo y cuáles deberían estar sujetos a la debida diligencia
2. Evaluación de riesgos de terceros: Evaluar el nivel de riesgo de cumplimiento asociado a los terceros
3. Debida diligencia: Realización de los procedimientos de debida diligencia basada en riesgos.
4. Proceso de aprobación del tercero y mitigación del riesgo: Gestionar el proceso de aprobación y mitigar los riesgos identificados.

Como paso quinto –dice esta guía– las organizaciones deben desarrollar importantes medidas de apoyo a nivel operativo para garantizar la implementación efectiva del proceso de debida diligencia de terceros.

## **B. ALCANCE DE LA DEFINICIÓN DE LOS TERCEROS**

El objetivo de estas Pautas de buenas prácticas es llevar a cabo la diligencia debida antes de entablar una nueva relación comercial con un tercero, en lugar de gestionar las relaciones existentes. Sin embargo, desde el punto de vista de las buenas prácticas, las organizaciones pueden comenzar por realizar una revisión general de la cartera existente de sus terceros, utilizando una lista de factores de riesgo clave para identificar a aquellos que pueden ser de alto riesgo y desarrollar planes de mitigación apropiados en el contexto de los acuerdos contractuales existentes.

Por lo tanto, el primer paso en un proceso de debida diligencia efectivo es comprender el universo de relaciones de terceros de la organización y determinar qué terceros deben considerarse “dentro del alcance” y, por lo tanto, sujetos a la debida diligencia basada en el riesgo.

Es importante que la diligencia debida abarque a terceros contratados tanto en canales de venta como de suministro. La lista de definiciones a continuación puede ser útil para ayudar a las organizaciones a comprender y categorizar claramente su universo de terceros. Esta lista no es exhaustiva; algunas de las definiciones pueden estar superpuestas y, por lo tanto, abarcan el mismo tipo de relaciones comerciales. Por lo tanto, cada organización debe desarrollar su propio inventario de terceros con los que interactúa. Estos terceros normalmente incluyen a las personas que su empresa contrata para

actuar como agentes o representantes en sus relaciones externas, tales como sus relaciones con las agencias del gobierno, ya sea en la función de ventas o en otras áreas. Pueden ser agentes o consultores de desarrollo de negocio, contadores, abogados u otros asesores profesionales. También pueden incluir los vendedores y proveedores de servicios de todo tipo, incluidos los proveedores de equipos y materiales, distribuidores, agentes de aduanas, agentes marítimos, agentes aduaneros, agentes de carga, agentes de "formalidades" que ayudan con las presentaciones corporativas y tales como obtener visas y permisos de trabajo, arquitectos, ingenieros y contratistas de la construcción, consultores ambientales, o socios de empresas conjuntas.

En las Pautas de buenas prácticas del Foro Económico Mundial se aporta una lista de definiciones útiles para ayudar a las organizaciones a comprender y categorizar claramente su universo de terceros. Esta lista no es exhaustiva; algunas de las definiciones pueden estar superpuestas y, por lo tanto, abarcan el mismo tipo de relaciones comerciales. Tenemos entonces: Socios de un joint venture, socio de un consorcio, agentes y representantes, asesores y otros intermediarios (por ejemplo, asesores jurídicos, fiscales, financieros o consultores), contratista y subcontratista, proveedores, distribuidores, clientes.

Según informa el Foro Económico Mundial, debe atenderse a dos factores claves para determinar qué terceros deben ser cubiertos por la debida diligencia. En primer lugar, no todos los terceros de una organización deben estar sujetos a la diligencia debida anticorrupción. Las organizaciones medianas y grandes pueden relacionarse con miles de terceros, muchos de los cuales tienen riesgo bajo. Por lo tanto –dice WEF-PACI– someter a todos estos terceros a la debida diligencia anti-corrupción no solo sería costoso en términos de tiempo y recursos, sino que agregaría poco valor a los esfuerzos anticorrupción de la organización. La clave para la debida diligencia efectiva de terceros es saber qué terceros representan el mayor riesgo de corrupción para la organización y apuntarlos a una revisión cuidadosa. Por lo tanto, el primer paso es identificar a terceros "dentro del alcance" a través de un proceso de selección inicial.

El segundo factor clave es que no todos los terceros identificados para la debida diligencia deberán estar sujetos al mismo nivel de debida diligencia. El empleo de un enfoque escalonado basado en los niveles de riesgo (en comparación con un enfoque único) puede hacer que el programa de diligencia debida sea manejable y efectivo a efectos de mitigar los riesgos de corrupción.

Para realizar una evaluación inicial para determinar a los terceros "dentro del alcance", las organizaciones pueden comenzar –según WEF-PACI– haciéndose las siguientes preguntas:

- ¿Se percibe que el tercero en una industria o ubicación geográfica tiene mayores riesgos de corrupción?
- ¿Realizará servicios en nombre de la organización o estará autorizado a representar a la organización frente a terceros?

- ¿Es razonable esperar que el tercero se ponga en contacto con los funcionarios del gobierno cuando representa a la organización?
- ¿Podrá el tercero influir en las decisiones o en la conducta de otros para el beneficio de la organización?

Una respuesta positiva a cualquiera de estas preguntas puede llevar a las organizaciones a considerar al tercero como "dentro del alcance". En la práctica, los agentes, asesores y otros intermediarios, así como los socios de empresas conjuntas y consorcios, probablemente se considerarán terceros de "alcance". Los contratistas, proveedores y una variedad de otros socios comerciales también pueden caer en esta categoría si van a realizar servicios en nombre de la organización.

### **C. EVALUACIÓN DE RIESGOS DE TERCEROS.**

Una vez que una organización ha identificado cuáles de sus terceros están "dentro del alcance" de la diligencia debida basada en el riesgo, el siguiente paso es definir al mismo y encontrar el nivel adecuado de diligencia debida para cada entidad. Dicha evaluación de riesgos puede realizarse para cada tercero individual o para grupos de terceros. En definitiva, los terceros de alto riesgo estarán sujetos a un proceso de diligencia debida más detallado.

La siguiente lista muestra una selección de los principales indicadores de riesgo que una organización puede utilizar para evaluar el riesgo relacionado con un tercero o grupo de terceros.

#### **Ubicación geográfica**

Ejemplo de un factor de riesgo alto: la ubicación geográfica donde el tercero reside y/o opera (según el contrato), por ejemplo, un país que se percibe como un país de alto riesgo de corrupción -véase el Índice de Percepción de la Corrupción de Transparency International- (4).

#### **Industria**

Ejemplo de un factor de riesgo alto: Se considera que la industria en la que el tercero realiza transacciones comerciales presenta un alto riesgo de corrupción (5).

;

#### **Antecedentes de identidad del tercero**

Ejemplo de un factor de riesgo alto: Las búsquedas iniciales en Internet han revelado problemas relacionados con la reputación del tercero o cualquiera de sus altos funcionarios.

#### **Conexión con funcionarios o entidades gubernamentales**

Ejemplo de un factor de riesgo alto: El tercero, en el transcurso del contrato, tendrá una interacción frecuente con los funcionarios del gobierno (incluidos los funcionarios de aduanas), o las entidades controladas por el gobierno.

#### **Estructura de remuneración**

Ejemplo de un factor de riesgo alto: La compensación del tercero se basará en

el rendimiento (es decir, tarifas de éxito y otras tarifas de contingencia).

**Factores adicionales relacionados con el alcance de los servicios a ser prestados**

Ejemplo de un factor de riesgo alto: El rol del tercero es mejorar las posibilidades de la organización de ganar contratos con el gobierno.

**Selección del tercero**

Ejemplo de un factor de riesgo alto: La retención de este tercero específico fue alentada o requerida por un funcionario del gobierno.

Para cada uno de los ejemplos anteriores la organización debe evaluar si la relación comercial bajo análisis presenta un riesgo alto, medio o bajo, lo que activará el nivel de diligencia debida a ser aplicado. Las entrevistas también pueden ayudar a proporcionar una visión general de los riesgos de corrupción que se han manifestado históricamente o podrían materializarse en la actualidad.

En muchas organizaciones, la responsabilidad de realizar la evaluación de riesgos recae en los individuos responsables de la relación con terceros, los “dueños” o “patrocinadores” de la relación comercial. Al final del proceso de evaluación de riesgos el evaluador debe justificar y documentar su decisión de categorizar a una entidad o individuo como un tercero de riesgo alto, mediano o bajo.

A partir de la decisión sobre categorizar a un tercero de riesgo alto, medio o bajo, se dispararán las medidas de debida diligencia en cada caso, tal como describimos a continuación.

**D. ALCANCE DE LOS PROCEDIMIENTOS DE DEBIDA DILIGENCIA PARA CADA TERCERO (O GRUPO DE TERCEROS SIMILARES) BASADO EN RIESGOS.**

Una vez que una organización ha decidido qué terceros están "dentro del alcance" de la debida diligencia y qué nivel de riesgo presenta la relación comercial de terceros, comienza el proceso principal de diligencia debida. En este punto encontramos dos enfoques complementarios: A) enfoque de cuestionarios internos y externos; B) enfoque de búsquedas de fuentes públicas y privadas.

**A.1. Enfoque de cuestionarios internos y externos**

Si del análisis previo surgiera que el tercero presenta un nivel de riesgo:

- Bajo: no deberá completar ningún cuestionario adicional;
- Medio: deberá completar un “Cuestionario interno”;
- Alto: deberá completar el “Cuestionario Interno” y hacer completar por el tercero un “Cuestionario Externo”.

Ejemplo de preguntas del cuestionario interno (no exhaustivas):

- ¿Cómo tuvimos conocimiento del tercero?

- ¿Estuvo la contratación del tercero sometida a un proceso competitivo?
- ¿Quién más fue considerado como candidato?
- ¿Por qué se seleccionó al tercero?
- ¿Poseen el tercero o sus empleados claves los títulos profesionales, experiencia, licencias regulatorias y certificados necesarios para prestar los servicios de acuerdo con el contrato propuesto?
- ¿Son los servicios propuestos de la clase y la naturaleza que el tercero generalmente presta en el mercado?
- ¿Tendrá el tercero que interactuar con algún órgano gubernamental o regulatorio a favor de la empresa? En caso afirmativo, describa la interacción y el propósito de la misma.
- ¿Es el tercero de propiedad de un gobierno o de uno o más funcionarios gubernamentales o está bajo su influencia?
- ¿En qué país se prestarán los servicios o suministrarán los bienes? Enumere todos los países aplicables.
- Especifique la duración de la relación con el tercero.
- Describa el acuerdo comercial con el tercero, incluyendo el monto y las condiciones de pago propuestas
- ¿La compensación esperada por los servicios del tercero varía significativamente respecto de lo que determinan los precios del mercado local o las referencias internas para servicios similares?
- ¿El tercero, o cualquier empleado clave o integrante de la alta gerencia del tercero, ha hecho algún comentario en el sentido de que cualquier pago específico, contribución u otra actividad podría ser valiosa para “obtener el negocio”, “hacer los arreglos necesarios”, etc.?
- ¿Alguien, incluyendo el tercero, ha pedido que cualquier pago se haga “en efectivo” o “al portador” o que los pagos se hagan de alguna otra forma similar?
- ¿Ha pedido alguien, incluyendo el tercero, que el pago se haga a una cuenta en un banco extranjero o a una cuenta que no está a nombre del tercero?
- ¿Tiene usted conocimiento de alguna relación personal (fuera de aquella que se desarrolló como relación comercial) entre los directivos o empleados del tercero y cualquier empleado de la empresa?

Ejemplo de preguntas del cuestionario externo (no exhaustivas):

- ¿Su organización tendrá interacciones con un órgano gubernamental, funcionario extranjero o con un gobierno en relación con el compromiso o la actividad del negocio?
- Describa el tipo de bien/servicio solicitado o tipo de relación con la empresa.
- ¿Cuenta con la experiencia pertinente para esta clase de actividad?
- ¿Planea utilizar alguna otra entidad o individuo que no sean empleados propios para prestar los servicios en el desarrollo del contrato propuesto?
- ¿Tiene conocimiento sobre si algún accionista, socio, empleado clave o alto funcionario de su organización es también un funcionario público?
- ¿Tiene conocimiento si algún accionista, socio, empleado clave o alto funcionario de su organización guarda relación, por consanguinidad o afinidad, asociación actual o pasada, o de otra forma) con un funcionario público?
- ¿Tiene conocimiento sobre si algún funcionario público o miembro de la familia de un funcionario público tiene algún tipo de interés u obtendrá algún beneficio como consecuencia del acuerdo propuesto?

- Dentro de los últimos tres años, ¿su organización, altos funcionarios y/o empleados claves han sido objeto de sanciones regulatorias, condenas, penalidades, inhabilitaciones, suspensiones profesionales y/o investigaciones públicas relacionadas con sobornos, corrupción, u otros delitos similares? En caso afirmativo, ¿cuáles son las medidas correctivas que se han emprendido?
- ¿Tiene conocimiento sobre si algún accionista, socio, empleado clave o alto funcionario de su organización es o ha sido también empleado de la empresa o prestado algún servicio para ella?
- ¿Tiene conocimiento sobre si algún accionista, socio, empleado clave o alto funcionario de su organización guarda relación, por consanguinidad o afinidad, asociación actual o pasada o de otra forma) con un empleado de nuestra organización?
- ¿Tiene usted establecido un programa anticorrupción actualizado? ¿Tiene un código de ética?
- ¿Ofrece su organización capacitación periódica contra el soborno?
- ¿Tiene su organización algún procedimiento de reporte mediante el cual sus empleados o terceras personas puedan plantear inquietudes de ética y cumplimiento sin temor a represalias?

#### A. 2. Enfoque de búsquedas de información de fuentes públicas y privadas

Para terceros de bajo riesgo este proceso probablemente tendrá lugar dentro de la unidad de negocios que busca contratar al tercero y consistirá en búsquedas básicas de Internet y verificaciones de bases de datos. Para terceros de riesgo medio-alto se necesitará una recopilación y análisis de datos más exhaustiva y probablemente requerirá la participación o supervisión de una función comercial independiente (por ejemplo, el departamento legal o de cumplimiento de la organización) y, en algunos casos, la asistencia de un proveedor externo de servicio de diligencia debida.

En definitiva, el nivel de profundidad de la debida diligencia debe estar alineado a los tres niveles de riesgo que manejamos habitualmente. Así, un tercero de bajo riesgo tendrá una debida diligencia de Nivel I, riesgo medio será de nivel II y alto riesgo implicará un Nivel III de debida diligencia (6).

Estos tres niveles han sido detallados por Thomas Fox en varias publicaciones , y los resumimos a continuación:

##### **Nivel I**

La diligencia debida de Nivel I consiste típicamente en verificar los nombres de los terceros y los individuos relacionados, en los múltiples listados globales de antilavado de dinero, antisoborno y sanciones y en las bases de datos comerciales y bureau de crédito locales. Las bases de datos y listas globales representan una útil herramienta para la detección de alertas de primer nivel sobre potenciales actividades irregulares. Lo positivo es que resulta económico; lo negativo es que puede haber homónimos (sobre todo en los listados de sancionados que normalmente no incluyen números de identificación personal o tributaria). Resultan fuentes válidas para una diligencia debida básica de Nivel I.

### **Nivel II**

La diligencia debida de nivel II implica complementar las bases de datos y listados globales anteriores con revisión más exhaustiva de los medios públicos internacionales, en general, los principales periódicos y búsquedas detalladas en Internet. Tales consultas a menudo revelarán otras fuentes de información relacionada con posibles casos de corrupción relacionados con el tercero y pueden exponer información no divulgada u oculta sobre este sus principales ejecutivos y las partes relacionadas.

### **Nivel III**

Este nivel es la inmersión profunda. Requerirá una investigación de campo en la ubicación geográfica del tercero, realizando una visita física a sus instalaciones y entrevistas con los ejecutivos claves, realizando un análisis exhaustivo de todos los datos obtenidos. En este punto los especialistas coinciden en que será necesario involucrar recursos locales que conozcan el idioma y que estén familiarizados con las políticas locales. El mismo análisis exhaustivo debería aplicarse tanto al tercero como a sus principales directivos o ejecutivos. Está claro que no se trata de trabajos rutinarios, como verificaciones de antecedentes, que simplemente están diseñados para confirmar la información existente, sino verificaciones de debida diligencia diseñadas para obtener información oculta o no divulgada sobre ese tercero. La información reputacional, la participación en otros negocios, ser la parte acusada en juicios o litigios y mantener un estilo de vida extravagante podrían ser indicios que afecten negativamente el nivel de riesgo resultante. Si se encuentra en una industria específica que utiliza especialistas técnicos también debería obtenerse información de fuentes específicas del sector.

La diligencia debida de tercer nivel sirve también para evaluar la cooperación del tercero y su actitud hacia las políticas de cumplimiento de la organización y además servirá saber (y documentar) si el tercero se opuso a cualquier parte del proceso o si objetaba su alcance.

Una vez que los datos han sido recopilados es necesario verificarlos y validarlos. Si bien el proceso de recopilación de datos generalmente es responsabilidad de la unidad de negocios que busca contratar a un tercero, la fase de verificación y validación debe involucrar a una función independiente (por ejemplo, al departamento de cumplimiento o legal), particularmente en el caso de entidades de alto riesgo o riesgo medio. Durante la recopilación de datos deberían buscarse las lagunas o inconsistencias en la información recopilada a través de cuestionarios internos y externos.

## **E. EVALUACIÓN DE LOS RESULTADOS, INCLUIDA LA IDENTIFICACIÓN DE ALERTAS**

Una vez que los datos han sido debidamente verificados y validados será necesario cierto grado de análisis para determinar si se avanza o no con la relación comercial propuesta. Como ayuda para llegar a una decisión, la información recopilada debe comprobarse con una lista de verificación de "alertas". Las alertas se refieren a circunstancias que sugieren un alto riesgo de cumplimiento que deben identificarse adecuadamente y mitigarse a

través de salvaguardas adecuadas.

La identificación de una alerta no implica necesariamente que la organización no pueda seguir adelante con la relación comercial de un tercero. Sin embargo, ninguna alerta debería dejarse sin resolver y las organizaciones deberían implementar medidas de mitigación que reflejen el nivel de gravedad de las alertas identificadas.

Así, el proceso de diligencia debida podría detectar:

- Experiencia o recursos insuficientes;
- Compensación inusual;
- El tercero quiere trabajar sin contrato (o con un contrato impreciso);
- El tercero es reacio a incorporar auditorías de cumplimiento anticorrupción en el contrato;
- Servicio o rol poco claro;
- Estrechos vínculos con funcionarios del gobierno;
- Solicitud de pago inusuales;
- Problemas reputacionales (corrupción, evasión de impuestos, quiebras, etc.);
- Imposibilidad de ponerse en contacto con las referencias comerciales;
- Apoyo en los contactos del gobierno y no en la capacidad y recursos.

En ocasiones, el nivel de alerta sobre las conductas de terceros no es el mismo que se mantiene sobre los empleados propios. Esto lleva a asumir riesgos de manera inadvertida, en particular en el ámbito de los joint ventures: cuando se canalizan proyectos a través de sociedades o entidades compartidas existe el peligro de que su entorno de control no sea tan sólido como el individual de cada uno de sus socios. Deberá trazarse una estrategia clara sobre el modo en que habrán de abordarse las necesidades de compliance en las UTEs.

## **F. PROCESO DE APROBACIÓN Y MITIGACIÓN DEL RIESGO**

Una vez que una empresa confía en que tiene información suficientemente sólida sobre el tercero propuesto y los detalles de la relación comercial debería estar en condiciones de decidir si continúa o no con la transacción. Cualquiera que sea la decisión, la organización debe documentar claramente sus esfuerzos de diligencia debida y explicar los fundamentos de su decisión. También debe identificar e implementar las medidas de mitigación necesarias para abordar los riesgos expuestos durante el proceso de diligencia debida.

Los procesos de aprobación y post-aprobación requieren una fuerte asociación entre la unidad de negocios –que busca establecer una relación con un tercero– y el departamento de cumplimiento o la alta gerencia.

La responsabilidad de los procesos de evaluación de riesgos y de diligencia debida normalmente recae en aquellos que buscan establecer una relación comercial con terceros (generalmente una unidad de negocios) en consulta con expertos clave en la organización (por ejemplo, el departamento de cumplimiento o legales).

Una vez que los procesos de evaluación de riesgos y de diligencia debida

estén completos la organización debe aplicar un sistema claro de aprobación para determinar si se avanza o no con el tercero. Según WEF-PACI:

- Para terceros de bajo riesgo, es apropiado que la gerencia de la unidad de negocios sea responsable de aprobar la relación comercial.
- Para terceros de riesgo medio a alto, debe haber un mínimo de dos unidades de negocio involucradas en el proceso de aprobación:
  - la gestión de la unidad de negocio, y
  - otro nivel de gestión que no tiene nada que ganar o perder con la selección del tercero (por ejemplo, el departamento de legales o cumplimiento).

A efectos de mitigar el riesgo, antes de realizarse el pago debería solicitarse la certificación de los servicios prestados o bienes provistos, es decir, debiera validarse la ejecución del contrato antes de realizar cualquier pago a terceros.

Respecto de las medidas de mitigación para abordar los posibles riesgos que pudieran haber sido identificados en el proceso de diligencia debida, las Pautas de WEF-PACI recomiendan dos acciones cuyo alcance dependerá del tipo y nivel de riesgo asociado con el tercero, a saber: 1) Protecciones contractuales y 2) Medidas de monitoreo.

Respecto a las protecciones contractuales, las organizaciones pueden solicitar incluir las siguientes disposiciones y garantías en los acuerdos contractuales con terceros:

- Una cláusula en la que el tercero se compromete a cumplir con las políticas y programas anticorrupción de la organización (u otras políticas y programas equivalentes) y/o con las leyes y regulaciones aplicables.
- Una confirmación por escrito de que el tercero ha leído el Código de conducta aplicable a los proveedores de la organización, y acepta cumplir sus requisitos. Asimismo, extender controles anti-corrupción y capacitación a los subcontratistas.
- Una cláusula de "derecho de auditoría" que proporciona acceso a los registros relevantes de los terceros.
- Una cláusula que obliga al tercero a mantener libros y registraciones contables precisas y un sistema efectivo de controles internos.
- Una cláusula de rescisión en caso de incumplimiento de la legislación aplicable.
- Disposiciones que limiten la capacidad del tercero para actuar en nombre de la empresa y/o mantener interacciones con funcionarios públicos.
- Una cláusula que obligue al tercero a informar sobre los servicios prestados.

Además, el contrato con un tercero podría contener términos y condiciones de cumplimiento relacionados con:

- Indemnizaciones: indemnización total por cualquier violación de las regulaciones anti-corrupción, incluidos todos los costos de la investigación interna que deba llevarse a cabo.
- Cooperación: Exigir una cooperación total con cualquier investigación interna por asuntos de cumplimiento, que incluya específicamente la revisión de los correos electrónicos de los socios comerciales extranjeros y las cuentas bancarias relacionadas con el uso que haga la empresa del socio comercial extranjero.

· Incumplimiento material del contrato: cualquier incumplimiento de regulaciones anti-corrupción podría considerarse un incumplimiento material del contrato y podría ser motivo para el cese inmediato de todos los pagos.

Al respecto, puede consultarse más detalladamente en los “Lineamientos de la Cámara de Comercio Internacional sobre Agentes, Intermediarios y Terceras Partes” del año 2010 (8).

A su vez, las medidas de monitoreo pueden servir para supervisar la conducta de sus terceros de manera continua. Algunos ejemplos son:

- Una renovación o actualización periódica de los procesos de evaluación de riesgos y de diligencia debida.
- Búsqueda recurrente en Internet y bases de datos comerciales para identificar nuevas alertas.
- Implementación de un programa posterior a la aprobación, que incluiría actividades de capacitación y auditorías periódicas y/o basadas en el riesgo del tercero.
- Una solicitud para que el tercero presente una certificación anual de cumplimiento de las leyes anticorrupción aplicables.
- Una revisión periódica de los pagos realizados al tercero.
- Seguimiento de gastos inusuales o excesivos de parte del tercero.

## G. CONCLUSIÓN

Las normas y recomendaciones internacionales sobre los denominados “socios de negocio” requieren que sean ejecutados algunos procedimientos preventivos, especialmente los procedimientos de diligencia debida respecto de estos terceros, que redunden en una adecuada selección, contratación y seguimiento.

Ahora bien, los procedimientos de diligencia debida, tanto cuando se aplican a posibles empleados como frente a terceros, requieren de la obtención de aquella información que permita a la organización verificar que determinada persona estará alineada aparentemente con sus valores y las conductas esperadas.

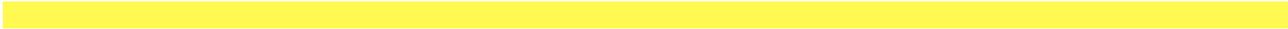
En general, el tamaño del tercero no resulta ser el dato más relevante, ya que las pequeñas empresas pueden enfrentar riesgos bastante importantes y podrían necesitar procedimientos más extensos que otras empresas que enfrentan riesgos limitados. El nivel de riesgo variará según el tipo y la naturaleza de los terceros con los que tenga relaciones comerciales, por lo tanto será necesario seleccionar procedimientos para cubrir una amplia gama de riesgos. Usualmente la evaluación de riesgos, alto, medio o bajo, determinará el nivel de información a recopilar y la profundidad de la debida diligencia a realizar.

Las empresas operan en entornos complejos y se relacionan a diario con diversos socios comerciales, como proveedores, contratistas, agentes,

sucursales y empresas conjuntas, entre otros. Si estas relaciones no son cuidadosamente seleccionadas o si se manejan de manera inadecuada, un tercero puede llegar a ser el "eslabón más débil" de la cadena. Considerando los riesgos que los terceros proyectan sobre las organizaciones a partir de la entrada en vigencia de la ley 27.401, se encuentra justificada la aplicación de un enfoque basado en riesgos para prevenir conductas irregulares que estos pudieran cometer en beneficio de la empresa.

#### Notas finales

- (1) El informe OCDE sobre el soborno internacional del año 2015 señala que un 75% de los casos estudiados -sobornos- se canalizó a través de terceros que actuaron en beneficio de la empresa. OCDE (2015), Informe de la OCDE sobre Cohecho Internacional: Análisis del delito de cohecho de servidores públicos extranjeros, OECD Publishing, Paris, <https://doi.org/10.1787/9789264226654-es>
- (2) Disponible en <https://www.justice.gov/criminal-fraud/page/file/937501/download> (último acceso 24/09/2018).
- (3) El documento completo está disponible en [http://www3.weforum.org/docs/WEF\\_PACI\\_ConductingThirdPartyDueDiligence\\_Guidelines\\_2013.pdf](http://www3.weforum.org/docs/WEF_PACI_ConductingThirdPartyDueDiligence_Guidelines_2013.pdf) (último acceso 24/09/2018).
- (4) Ver [http://www.transparency.org/policy\\_research/surveys\\_indices/cpi](http://www.transparency.org/policy_research/surveys_indices/cpi) (último acceso 24/09/2018).
- (5) Ver, por ejemplo, los resultados por sector reportados en el índice de Transparency International's Bribe Payers Index disponible en <http://bpi.transparency.org/bpi2011/results/> (último acceso 24/09/2018).
- (6) Ver más en <https://www.justice.gov/sites/default/files/criminal-fraud/legacy/2010/07/22/1002.pdf> (último acceso 24/09/2018).
- (7) Entre otras, ver <http://fcpaComplianceReport.com/2017/03/11937/> ó <http://www.corporateComplianceInsights.com/star-wars-and-levels-of-due-diligence/> (último acceso 24/09/2018).
- (8) Disponible en <https://cdn.iccwbo.org/content/uploads/sites/3/2017/02/ICC-Guidelines-on-Agents-and-Third-parties-ENGLISH-2010.pdf> (último acceso 24/09/2018).



# SEÑALAMIENTOS SOBRE EL BORRADOR DE LOS “LINEAMIENTOS”

Por Diego Zysman Quirós

### A. INTRODUCCIÓN GENERAL

En este informe breve pretendemos llevar a cabo algunos señalamientos sobre el borrador de los “Lineamientos”. Por este motivo, no se realizarán comentarios directos a otras opciones discutidas por la ley ya aprobada ni al texto de estos articulados. Dadas sus características, este informe tampoco pretende ser un estudio paso a paso de la regulación, con lo cual sólo destacará algunas de las tantas cuestiones generales que nos parece adecuado puntualizar junto con señalamientos específicos.

Entendemos que la utilidad de este escrito sólo se manifiesta junto con observaciones adicionales de otros aspectos que podrán complementar los demás informes. Nos quedaremos con ciertas pinceladas sobre algunas de las cuestiones medulares. Tampoco ingresaremos, en nuestro caso, en el análisis de la precisión de la terminología empleada por la redacción reglamentaria. No obstante, para afirmar ciertos puntos se requiere necesariamente una contextualización algo más amplia que otorgue sentido al sustrato y a los objetivos de los programas de integridad en esta y otras legislaciones nacionales.

En efecto, en el Derecho penal y las otras áreas o saberes que acuden al cumplimiento ético y normativo, usualmente abreviado como compliance —tan sólo una de las áreas del compliance en sentido lato— la responsabilidad de la persona jurídica es un punto central, probablemente el vínculo más importante y más discutido de aquél, aunque de ninguna manera el único. Este abordaje —y, para algunos, nuevo paradigma— impactó rápidamente en numerosos países, incluso,



### DIEGO ZYSMAN QUIRÓS

- Profesor de la Universidad de Buenos Aires (Argentina)
- Abogado especialista en Derecho Penal Económico - Estudio Díaz Cantón, Sgro & Asoc. (Argentina)

frente a las tradiciones jurídicas más renuentes a esta criminalización. De este modo, discusiones doctrinales de larguísima data sobre la posibilidad o imposibilidad de castigar a las personas jurídicas se vieron precipitadas en pocos años, casi mágicamente, por reformas legislativas dispuestas a dar por terminado este round principal de la discusión para pasar a otros.

Hemos entendido en otra oportunidad que este cambio no debe ser visto sólo como el punto de llegada de una discusión dogmática, político criminal y criminológica, pues constituye, antes bien, un nuevo punto de partida que dará lugar a numerosos debates teóricos que apenas podemos avizorar con una lectura inicial del texto de las últimas reformas legales producidas en Latinoamérica y esto se observa particularmente luego de la sanción de la ley 27.401 en nuestro país. Decisiones jurisprudenciales y estudios precisos deberán dar cuenta de cuestiones jurisdiccionales, definiciones del ámbito de intimidad en la empresa y los derechos laborales, la extensión de las facultades de investigación privada de las corporaciones, hasta dónde puede llegar la acción de los denunciantes cívicos o whistleblowers, los acuerdos de colaboración junto a numerosos aspectos problemáticos que difícilmente pueden proyectarse hoy de una simple lectura de nuestras recientes legislaciones. Sin dudas, no estamos ante un mero cambio de opciones en la político-criminal ni mucho menos en la redacción legal, sino en las puertas de un amplísimo terreno absolutamente nuevo para nuestro país que requerirá años de exploración.

A pesar de la voluntad firme de un cambio drástico, estas circunstancias necesariamente deberían tomarse con relevancia y cautela para hacerse presente en unas directrices o lineamientos como los analizados. Creemos, entonces, en la necesidad de una regulación responsable y realista (en el sentido académico profundo que se ha dado en política criminal y criminología a los movimientos identificados como realistas criminológicos y prevención responsable del delito) para un programa de integridad realista, responsable, adecuado y eficaz.

A nuestro modo de ver, realismo es reconocer que la organización empresarial y su sistema de valores no cambiará de un día para otro. También es realismo identificar características especiales del comportamiento empresarial en nuestro país (incluso con importantes diferencias zonales) y el mapeo de riesgos que no resultan similares a los de otros países. Sí hay plena coincidencia en que más allá de los “Lineamientos” las empresas requieren un bespoke o traje a medida en lugar de un pret à porter listo para usar (así en el apartado 2.4), por lo cual también debería considerarse qué es lo que sucederá en el período de transición —algo que los “Lineamientos” no responden— puesto que la evaluación inicial, el diseño de los programas y luego su implementación definitiva demandarán un cierto tiempo si quieren ser robustos.

Realismo es igualmente asumir que una PyME no podrá destinar los mismos recursos que una gran empresa multinacional (algo que además del punto 2.2. de los “Lineamientos” reconocen desde la US Sentencing Guidelines a la Bribery Act británica) y que no podrá incidir sobre el control de sus socios

comerciales o proveedores de la misma manera. Esto no implica que esta situación no pueda verse claramente apuntalada por la cantidad y calidad de interacciones cara a cara que promueven mucho mejor los valores que las relaciones a distancia o por la menor movilidad a lo largo de los años en los puestos —especialmente en las familiares— que facilita un conocimiento profundo y la integración plena en el proyecto. También es realismo asumir que en contextos dificultosos de supervivencia empresarial (que nunca nos han sido ajenos) la relación de costos y beneficios puede alterarse y en algunos casos afrontar y mantener evaluaciones extensas y periódicas junto a capacitaciones frecuentes para programas voluntarios difícilmente podrá ser prioridad —y cualquier interpretación legal lo ratifica— frente a exigencias legales implacables como el pago de salarios, impuestos y cargas sociales.

## **B. SOBRE EL OBJETIVO DE LOS “LINEAMIENTOS” DE LA OA**

En trabajos anteriores nos hemos interesado desde el Derecho penal, el Derecho penal comparado y la Criminología, por otras experiencias de regulación (o auto-regulación) de la responsabilidad penal de las personas jurídicas y su efecto en la atribución de culpabilidad y determinación de la pena. En otras oportunidades hemos recorrido cómo llegamos hasta esta legislación, los motivos esgrimidos y la historia no necesariamente pacífica del proyecto original del Poder Ejecutivo luego de su discusión en Diputados y Senadores —algo que sería bueno recordar, también para este ejercicio sobre los “Lineamientos”— pues el resultado es el necesario compromiso que dio lugar a la actual ley N° 27.401.

Los “Lineamientos” constituyen una guía técnica en cumplimiento de lo encomendado por el decreto N° 277/18. Por lo tanto, apuntan a una reglamentación esperada desde fines del año pasado y que resulta importantísima para dar contenido a la redacción legal sobre el tema, máxime cuando la temática es realmente novedosa entre nosotros y sus desarrollos y experiencias internacionales llevan décadas en ciertos lugares, han dado lugar a reajustes y han sido amplísimas.

No obstante, estos “Lineamientos” deben diferenciarse en cometido y legitimidad, incluso, de las pautas o directrices de otras legislaciones (como la estadounidense) que luego de una apertura a comentarios, se someten ante el parlamento para una aprobación legislativa definitiva en una fecha anual establecida de antemano. Las 73 páginas de los “Lineamientos” preanuncian una labor sólida, detallada y extensa que resultaba necesaria y no puede dejar de elogiarse, pero este esfuerzo no debería considerarse ni una interpretación “auténtica” de lo que la ley sí manda —que excedería su cometido reglamentario— ni un tratado académico sobre responsabilidad penal de la empresa, aunque tampoco un manual de uso práctico.

En este marco, entendemos que los “Lineamientos” sí deberían llevar —a su máximo rendimiento— la explicitación de numerosos principios generales de cara a las múltiples formas de implementación que existirán. Establecer claramente las fronteras que serían infranqueables, advertir de los peligros de tomar caminos inconducentes o vedados y dejar el conocimiento profundo

del tema, experiencias internacionales y casos de estudio, es algo que correspondería a la literatura especializada.

### C. LAS AUDIENCIAS

En verdad, una de las primeras cuestiones que nos gustaría señalar es que por todo lo expuesto, y a diferencia de otras reglamentaciones, las audiencias a las que pretenden dirigirse los “Lineamientos” son realmente muy disímiles y ello también hace muy complejo que la comunicación pueda resultar igualmente efectiva para todos los destinatarios, sin apartados específicos. Así pues, “...brindar una guía técnica a las empresas, las organizaciones de la sociedad civil, las agencias estatales, los operadores del sistema de justicia y la comunidad profesional experta” conlleva dirigirse a algunas empresas que conocen perfectamente el lenguaje del compliance penal —porque sus casas matrices las han acostumbrado tiempo atrás a estas exigencias en otros países—, a ciertas empresas que sin mayores miramientos deberían adecuarse a él inmediatamente como consecuencia de sus actividades y contrataciones con el Estado y a algunas que como primera medida deberían evaluar con mayor detenimiento si realmente se verían beneficiadas, o no, al insumir costos económicos y otros varios al implementar estas medidas en su organización.

También se dirige por igual a algunas PyMES que jamás se habrían imaginado un programa de integridad antes de esta reciente reforma legal. En el mismo sentido, las organizaciones de la sociedad civil y las agencias estatales también serán muy diversas en sus expectativas, lecturas y tiempos de reacción, y la comunidad profesional especializada en Derecho Penal u otras áreas del Derecho la incorporará en marcos de discusión menos técnicos y mucho más amplios asentados en la tradición jurídica local.

En este sentido, las interpretaciones de estos “Lineamientos” serán necesariamente diferentes. Mientras algunos evaluarán riesgos (apartado 2.5) y costos internos para llevarlos a cabo, razones de competitividad llegarán a considerar que resultan sujetos de un nuevo tributo: el “impuesto compliance” que se suma a los existentes. En el otro extremo las discrepancias jurídicas (muchas veces muy sanas) que hoy vemos en delitos económicos y que existieron en materia de responsabilidad penal de las personas jurídicas desde hace años no desaparecerán mágicamente y ni siquiera dependen exclusivamente de la calidad de nuestra justicia penal u otros fueros. Hay que pensar que habrá resistencias, ensayos incompletos y decisiones contrapuestas.

Un caso que llevaría a un análisis mucho más detenido es el de la recepción de los operadores del sistema de justicia. A pesar de la existencia de numerosas leyes sancionadas hace décadas que aludirían a la responsabilidad penal de las personas jurídicas (a modo de ejemplo, Régimen Penal Cambiario N° 19.359 mod. 24.144, Código Aduanero Ley N° 22.415, mucho más recientemente la Ley Penal Tributaria N° 24.769 última versión, ahora derogada y reemplazada por la 27.430, etc.) la jurisprudencia en este sentido aún parece tibia, fragmentaria y dividida, más aún que en otras áreas del Derecho penal económico.

Así, puede imaginarse que los operadores judiciales sólo se verán realmente interpelados cuando decisiones sobre casos concretos y futuros les lleguen a sus manos. En este sentido, los “Lineamientos” expresan que “...muchas de las pautas han sido expresadas con detalle teniendo en miras su hipótesis de implementación de máxima (es decir, tratando de no descartar incluso variables que deberían ser de consideración sólo en un Programa de gran alcance para una compañía con interacciones de alto riesgo, gran capacidad económica y grandes dimensiones”. Sin embargo, es predecible que jueces y fiscales tal vez tenderían a tomar estas guías como un tamiz taxativo (“una plantilla”) que les permita una valoración rápida y esquemática de qué cosas que podrían haberse hecho no se han hecho adecuadamente. Por ello entendemos que, más allá de las referencias y ejemplos de “máxima”, los “Lineamientos” deben insistir más a lo largo de la extensa reglamentación en aclarar frente a las futuras decisiones de operadores de la justicia que existen otras opciones que sin llegar a ello se dirigen a cumplir adecuadamente con la ley.

Puesto que, precisamente, el compliance penal no se limita a las disposiciones normativas sino que se abre decididamente a los abordajes empíricos necesarios para dar sentido al concepto de riesgo penal, debe reconocerse que hay culturas jurídicas y organizacionales muy distintas en diversos países y con tradiciones de enforcement de la ley muy desiguales (en la dinámica de la persecución penal, no ya la comisión del delito) que han adoptado mecanismos similares anti-corrupción —o para la prevención de otros delitos—. En este sentido, cualquier importación automática, sin tarea de “traducción” a nuestro medio, parecería destinada al fracaso. Esto es algo que los “Lineamientos” también deberían destacar.

#### **D. LAS AUSENCIAS**

La referencia a las cámaras empresarias solamente aparece en este extenso texto en un párrafo en relación a la capacitación de las PyMES “Será deseable, finalmente, que las grandes empresas, así como las cámaras o asociaciones que las nuclean, se interesen por la capacitación de las PYMES que conforman su cadena de valor y les brinden estímulo y apoyo para desarrollarla”. En el resto del texto están absolutamente ausentes y, aunque uno pudiera imaginarlas, no existen líneas destinadas a explicar esta situación, lo que resulta en una carencia. Esto contrasta con propuestas de expertos internacionales en el tema (Braithwaite, por ejemplo) que han dotado a estas entidades conocedoras del rubro de un papel relevante en la identificación y difusión de los riesgos penales y los códigos de ética del tipo de actividad desarrollada.

Algo similar sucede con los sindicatos aún cuando, entre otras cosas, la identificación de riesgos debe incluir además consultas con los empleados de la empresa y, si corresponde, con otras partes interesadas (UNODC 2013, cap II y III).

Tampoco existen referencias a estándares internacionales que han jugado de manera decisiva en otros países (como las normas ISO 19601 y otras de

España, el AS 3806 de Australia, etc.) y que podrían ser apropiados, o no, para nuestra regulación legal.

### **E. LOS PROGRAMAS DE INTEGRIDAD Y SU CENTRALIDAD**

La prevención de la corrupción sin duda es altamente deseable éticamente. La ley nos habla de programas de integridad y no meramente de programas de prevención, cumplimiento o similar, definiéndolos preferentemente por este componente. Naturalmente, la ley propone que también se razone que podría volverse muy beneficiosa para la empresa en costos desde una perspectiva meramente instrumental (es decir, incluso más allá de consideraciones morales). No obstante, los programas no son el objetivo final, sino el medio para la prevención y colaboración con la investigación y eventual castigo de la corrupción. El cumplimiento de ellos no puede, así, volverse el objeto social de la persona jurídica ni demandar la mayor parte de sus energías, actividades o recursos. La conminación al compliance anti-corrupción tampoco puede distraer de cumplimientos tributarios, de competencia, comportamiento ambiental o responsabilidad y veracidad ante consumidores o datos personales. En una aproximación realista y responsable al compliance esto debería destacarse.

Por lo demás, regularlos como voluntarios, aunque beneficiosos en un esquema costo-beneficio, tampoco puede llevar a que se consideren penalizados directamente de alguna manera quienes no desarrollen programas. Tampoco pueden considerarse en peor situación a quienes poseen programas inadecuados respecto de aquellos que no cuentan con ellos.

Asimismo, aunque en un sentido general puede hablarse de la ley como una apuesta a la privatización de la identificación, prevención y persecución de riesgos penales y delitos, la ley no confiere a las personas jurídicas a modo de premio facultades extraordinarias de prevención de riesgos penales que no existen para la autoridad estatal, sino que las conmina a hacerse responsables de sus decisiones jerárquicas y el control de su operativa interna como condición de ciertos beneficios, en general. Incluso, y más aún, si en el pasado resultaron responsables de los mismos; una circunstancia que presupone un cambio mucho más drástico en la cultura de integridad.

De igual manera, los programas de integridad no solamente deben ser programas realmente auténticos, efectivos e integrados en la ética de la organización sin ambigüedades en lugar de programas cosméticos para escudar a los responsables de una imputación o pena. Tampoco pueden convertirse en la excusa para tomar represalias internas, rebajar las condiciones laborales que se rigen por la legislación respectiva (que no ha sido modificada por esta ley) o imponer condiciones abusivas a empleados o proveedores. Mucho menos, entrar en el umbral de lo ilícito para prevenir otros delitos. Entendemos que estas circunstancias deberían ser claramente advertidas en los "Lineamientos".

Del mismo modo, "En el año 2007, los profesores Kaptein y Schwartz

publicaban un trabajo en el que analizaban con detalle los datos que revelaban los estudios que habían tratado de analizar empíricamente la eficacia de estos programas, y concluían que, de los 79 estudios existentes sobre esta materia, un 35% de ellos afirmaba que los códigos de conducta eran efectivos; un 16%, que la relación a estos efectos era débil; un 33%, que no existía ninguna relación entre estos programas y la prevención de los ilícitos en el seno de la empresa; y un 14% presentaba resultados mixtos. Solo un estudio concluía a su vez, que la tenencia de estos códigos podía ser contraproducente..." (cit. Villegas García, 284).

Sin embargo, en otros trabajos conocidos más recientemente se han incluido indicadores de mejor resultado y han concluido que "Cuando los empleados saben que la cultura de la empresa les exige que justifiquen las decisiones a través de dimensiones éticas, así como las métricas comerciales más tradicionales, es más probable que integren instintivamente estas consideraciones en sus procesos de pensamiento" (Blount & Spencer, 2012, p. 1061).

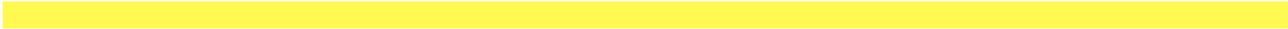
Así pues, el tone from the top debería ser un elemento imprescindible de estos programas y la regulación debería destacar esta circunstancia para que no sea meramente comprendida como una actividad facultativa. Los "Lineamientos" sintonizan con ello (3.1.) pero pasan por alto —en lugar de explicitarlo— analizar de qué modo interactúan con el art. 23.II de la ley, que claramente los menciona como facultativos. Nuevamente, el riesgo es dejar pasar una oportunidad para abordar con detenimiento el tema y exponerse a que se advierta una contradicción entre la reglamentación y la ley.

En este sentido, entendemos que es importante que se garantice la ausencia de represalias para quienes denuncien una infracción o delito en la empresa (3.5.) y que se clarifique qué tipo de consecuencias podrían considerarse como represalias, más allá de despidos o bloqueo de ascensos. Pero objetamos que es inconsistente con la ley que los "Lineamientos" apuesten a regular la obligación de las personas a denunciarlos y el medio o la autoridad a la que deben acudir. Máxime cuando parte de la información empírica criminológica disponible para un mapeo de riesgos evidencia que muchísimos hechos no se denuncian al sistema penal, que hay denuncias penales por venganza, también hay denuncias penales como instrumento para resolver problemas comerciales y otras para encubrir hechos (vgr: denuncias falsas de robos de autos o daños en estafas de seguro).

Por lo demás, el concepto de tolerancia cero que utiliza la regulación (2.4, 3.1 y en otros ap.), a pesar de tener un uso asentado en otros lineamientos en materia de sobornos y corrupción, no es para nada equívoco y requiere mayor explicitación. El eslogan ha sido difundido originalmente como prevención de la delincuencia común en las calles pero también se ha usado en escuelas frente al bullying y particularmente en América Latina, como reacción brutal de las policías frente al delito. El uso sin precisiones de tolerancia cero también podría alentar a que deban abandonarse espacios de riesgo en lugar de gestionar el riesgo residual, preocupándose por prevenirlos o responder a ellos.

**F. REFERENCIAS**

- Ayres/Braithwaite, *Responsive Regulation: Transcending the Deregulation Debate*, Oxford University Press, New York, 1992.
- Blount/Spencer, "The End of the Internal Compliance World as We Know It, or An Enhancement of the Effectiveness of Securities Law Enforcement? Bounty Hunting Under the Dodd-Frank Act's Whistleblower Provision", *Fordham Journal of Corporate & Financial Law*, Vol 17 (4) 2012.
- Kaptein/Swartz, "The Effectiveness of Business Codes: A Critical Examination of Existing Studies and the Development of an Integrated Research Model", *Journal of Business Ethics*, June 2007.
- Kuhlen/Montiel/Ortiz de Urbina, *Compliance y teoría del Derecho penal*, Marcial Pons, Madrid, 2013.
- Simpson/Gibbs/Rorie/Slocum et al: "An empirical assessment of corporate Environmental Crime control Strategies", *The Journal of Criminal Law and Criminology*, vol. 102 (1) 2013.
- UNODC: *Programa anticorrupción de ética y cumplimiento para las empresas: Guía práctica*, 2013.
- Villegas García, *La responsabilidad criminal de las personas jurídicas. La experiencia de Estados Unidos*, Thomson Reuters – Aranzadi, Navarra, 2016.
- Zysman Quirós, "Responsabilidad y castigo de las personas jurídicas. Tendencias actuales del Derecho Penal Comparado en torno a la autorregulación empresarial", en Rubinska/Schurjin (coords.) *Derecho Penal Económico*, t. I, Marcial Pons, Buenos Aires, 2010.
- Zysman Quirós, *Castigo y determinación de la pena en los Estados Unidos. Un estudio sobre las United States Sentencing Guidelines*, Marcial Pons, Madrid, 2013. (Traducida al portugués como *Castigo e Determinação da Pena nos E.U.A Um estudo sobre as United States Sentencing Guidelines*, Florianópolis, Empório do direito, 2017)
- Zysman Quirós, "Compliance, responsabilidad y castigo a las personas jurídicas. Breve genealogía de las reformas a partir de las US Sentencing Guidelines para corporaciones", *Revista Ius Puniendi*, Año I, (6) ene-feb 2018.
- Zysman Quirós, "White collar research in Central/South America", en Rorie (ed.), *Wiley Handbook on White-Collar and Corporate Crime*, Wiley-Blackwell, New Jersey, 2018 (en prensa).







## REPORTE SOBRE LOS LINEAMIENTOS

Por Davi Tangerino / Henrique Olive

A análise do contexto argentino no que toca ao fenômeno da corrupção coloca o país em posição muito similar àquela que tem sido observada na realidade brasileira; afinal, em ambos os países são recorrentes os escândalos de corrupção envolvendo contratações entre agentes públicos e empresas privadas em todas as esferas de governo e nos mais diversos âmbitos dos contratos.

Em que pese a dificuldade de se estabelecer informação estatística quanto à corrupção, os estudos realizados pelo World Economic Forum e pela Transparency apontam fortísimos indícios de que se alcançou um patamar insustentável nesse assunto. Conforme o primeiro, Argentina e Brasil ocupam em um estudo comparativo de índice de corrupção, respectivamente, as posições 115 e 133, em meio a 137 países analisados (The Global Competitiveness Report 2017-2018). Logo, não surpreende que a percepção da corrupção nesses países seja altíssima, situados, respectivamente, nas posições 85 e 96, dentre outros 180 (Corruption Perceptions Index 2017).

La función de los programas de integridad consiste en establecer los incentivos adecuados para que los miembros de la organización cumplan con su rol interno, el que debe proveer a que todo el sistema de organización (la empresa) evite outputs que consistan en la intervención en los hechos ilícitos enunciados en el art. 1 de la ley.

Em meio aos escândalos de corrupção e à alta percepção de fragilidade do sistema político e da administração pública em ambos os países, crescem os anseios de natureza punitiva, principalmente face à constatação de baixos índices de condenações e longa duração dos processos, elementos apontados recentemente na Argentina pelas auditorias do Conselho da Magistratura.



**MATEO GERMÁN  
BERMEJO**

- Profesor en la Universidad Nacional de San Juan y de la Universidad Austral (Argentina)
- Investigador de CRIMINT
- Juez de Cámara, Poder Judicial de Mendoza (Argentina)



**MATEO GERMÁN  
BERMEJO**

- Profesor en la Universidad Nacional de San Juan y de la Universidad Austral (Argentina)
- Investigador de CRIMINT
- Juez de Cámara, Poder Judicial de Mendoza (Argentina)

Entretanto, parece claro que Argentina e Brasil trilham caminhos diversos na busca por soluções contra a corrupção, com destaque para o tratamento dado à responsabilização penal da pessoa jurídica (RPPJ) e ao impacto dos programas de integridad (PI) nas operações das empresas e no sistema de sanções.

Por mais que a legislação penal argentina já admitisse a RPPJ, em especial em delitos de lavagem de dinheiro e tributários, a Ley 27.401/2017 ampliou significativamente seu âmbito de incidência, alcançando os crimes relacionados à corrupção. Entretanto, no Brasil, onde também ocorrem os mais acalorados debates sobre a capacidade de delinquir das pessoas jurídicas, a RPPJ está limitada aos crimes ambientais, e tão somente a partir de uma questionada interpretação do confuso dispositivo do art.º 225, § 3º, da Constituição Federal, materializado no art.º 3º da Lei 9.605/98 (Lei dos Crimes Ambientais).

Mas é importante afirmar que não são poucas as vozes no Brasil a promover a extensão da RPPJ; inclusive, encontra-se no legislativo brasileiro um projeto, em avançado grau de tramitação, que prevê sua extensão a delitos contra a administração pública, a ordem econômica e o sistema financeiro (art.º 38 do Substitutivo do Projeto de Lei do Senado 236/2012). Entretanto, esta não foi a opção adotada pela principal legislação brasileira aprovada para o combate a corrupção, a Lei n. 12.846/13 (Lei anticorrupção, [LAC]) e seu regulamentador, em âmbito federal, Decreto n.º 8.420/15 (1).

Assim, o arranjo normativo brasileiro é manifesto no sentido de responsabilizar, de forma objetiva, “administrativa e civilmente” as pessoas jurídicas envolvidas em corrupção (art.º 1º da LAC), sendo inegável que possui natureza sancionadora. Algumas características evidenciam esta natureza, como i) a previsão, similar àquela da Ley 27.401/17, de que os PI, que são facultativos, devem servir como parâmetro mitigador na aplicação da sanções, ii) por trazer componentes de natureza subjetiva em suas infrações-sanções; iii) a previsão de sanções tão ou mais graves que as penais, encontrando-se casos com absoluta correlação; e iv) a possibilidade de realização de acordo de leniência, típico de instrumentos punitivos e afastado da lógica da responsabilidade penal objetiva, por meio do qual a empresa colabora na identificação das pessoas físicas responsáveis pelas infrações e na obtenção de elementos de prova dos fatos apurados (art.º 16 da LAC, similar ao Acuerdo de Colaboración Eficaz da Ley 27.401/17).

Portanto, não há dúvida de que os PI possuem, também no Brasil, um efeito de contenção do poder punitivo quanto à corrupção, mas manifesto tão somente na esfera administrativa. Assim, diverge o sistema brasileiro da legislação argentina, que atua sob lógica da ameaça penal, conforme explicitou a Mensagem 127/2016 do Poder Executivo ao enviar o projeto de lei ao Congresso da Nação. Outro ponto importante de divergência ocorre quanto à possibilidade de prescrição das sanções (no caso do Brasil, repete-se, de natureza administrativa): enquanto na Argentina, recentemente, a imprescritibilidade dos crimes relacionados a corrupção foi admitida pela Sala IV da Câmara Federal de Cassação Penal; no Brasil esta opção parece absolutamente inviável, inclusive com a previsão expressa do prazo prescricional de cinco anos para as infrações relacionadas a corrupção

previstas na LAC (art.º 25 da LAC).

De qualquer forma, ambas as legislações convergem quanto ao impacto redutor da existência de um PI. Entretanto, no Brasil, sua implementação não é prevista como fator de isenção, mas tão somente como mais um elemento dentre vários outros a serem considerados na fixação da sanção administrativa (redução de 1% a 4% do faturamento, parâmetro de valor da multa aplicado cf. art.º 18, V, do Decreto 8420/15). Mas, de alguma forma, é possível que sua implementação gere impactos similares, acarretando indiretamente a própria isenção quanto às sanções administrativas. Isto porque a Lei Anticorrupção prevê a possibilidade de o já referido acordo de leniência de sucesso acarretar não apenas mitigações nas sanções de multas, mas também a isenção de algumas sanções (art.º 16, § 2º, da LAC).

A definição dos PI na legislação brasileira é bastante similar àquela do art.º 22 da Lei 27.401/17, sendo definido como o “conjunto de mecanismos e procedimentos internos de integridade, auditoria e incentivo à denúncia de irregularidades e na aplicação efetiva de códigos de ética e de conduta, políticas e diretrizes com objetivo de detectar e sanar desvios, fraudes, irregularidades e atos ilícitos praticados contra a administração pública, nacional ou estrangeira” (art.º 41 do Decreto 8.420/15); e, como apontam os Lineamentos de Integridad (LI), devem ser “estruturados, aplicados e atualizados de acordo com as características e riscos atuais das atividades de cada pessoa jurídica” (art.º 41,º p. único, do Decreto 8.420/15).

O referido decreto não impõe elementos imprescindíveis ao PI, entretanto, elenca um rol de parâmetros para avaliação de sua efetividade (2). Entre eles estão, com texto muito similar, as medidas obrigatórias contidas no art.º 23, alíneas “a”, “b”, e “c”, da Ley 27.401/17, bem como também aquelas indicadas nos incisos I a X, do referido art.º 23. Entretanto, o Decreto brasileiro vai além, afirmando expressamente que a execução de um PI por uma autoridade interna independente e autônoma também é fator a ser avaliado de forma positiva na fixação da sanção; condição também aplicável aos programas que possuam os “registros contábeis que reflitam de forma completa e precisa as transações da pessoa jurídica”.

Portanto, vê-se que a previsão legal brasileira sobre o conteúdo dos PI é bastante similar àquela do direito argentino, mas não trazendo medidas impositivas, ainda que haja tendência para que, na prática, algumas daquelas sejam consideradas indispensáveis para uma boa avaliação dos programas. Assim, orienta-se pela necessidade de as empresas avaliarem seus riscos em meio a suas atividades e estabelecerem seus PI conforme suas demandas, sua organização, sua cultura e suas possibilidades, em sentido similar ao que propõem os LI (3).

Com as novas legislações surgiram diversos documentos elaborados por órgãos públicos com atribuição de avaliação e fiscalização dos programas, como o “Guia para Programas de Compliance” do Conselho de Administrativo de Defesa da Concorrência (CADE) e as “Diretrizes para Empresas Privadas” da Controladoria-Geral da União (CGU), que possui ampla competência para analisar os casos de infrações da Lei Anticorrupção (art.º 8º, § 2º, da LAC); e elaborados por associações de classe, como, por exemplo, a associação de advogados e a Câmara Brasileira da Indústria da Construção (CBIC).

Paralelamente a este processo, desenvolveu-se no Brasil uma série de previsões normativas de implementação e sofisticação de códigos de ética e medidas de controle interno também em órgãos e empresas públicas que, guardadas as devidas proporções e voltadas ao interesse público, são orientados pelos mesmos princípios dos programas de compliance de empresas privadas, com destaque para aquelas previstas na Instrução Normativa Conjunta do Ministério do Planejamento/Controladoria-Geral da União 01/2016; e na Portaria n. 750/2016 da CGU.

Portanto, com base nesses documentos, na prática relacionada a compliance no Brasil e em parâmetros internacionais, apresentam-se algumas observações sobre os aspectos gerais, a implementação e a execução dos programas no compliance nos LI, que, indiscutivelmente, estão de acordo com os padrões estabelecidos nas cartilhas brasileiras e internacionais.

Como se nota claramente, os LI reproduzem de forma bastante clara o caráter facultativo de sua implementação, porém possuem a finalidade de promovê-la. Com base nisso, seria adequada a inserção, no item 2.1, de um dos principais fatores de motivação —ou até mesmo obrigatoriedade, na prática, em diversos casos, considerando o objeto da sociedade empresária— para sua implementação: a exigência dos PI para as contratações da administração pública em determinados setores e valores, conforme determina o art.º 24 da Ley 24.701/17 e os artigos 2º e 3º do Decreto Nacional 277/2018. Em específico quanto à não obrigatoriedade de sua implementação, a partir das normas do CBCG brasileiro, talvez possa ser sugerido às empresas a elaboração prévia de documentos que justifiquem esta opção, após um estudo de viabilidade e necessidade, como uma forma de se resguardarem futuramente, em algum grau, perante a inexistência de um programa de compliance ou, até mesmo, de alguma medida específica comum em outros programas.

Outro ponto importante advém da notória preocupação dos LI com a condução da persecução penal face às novidades legislativas (item 2), sendo, possivelmente, adequado o destaque de que, por mais que não seja legalmente obrigatória a implementação, na prática, possivelmente o será, face a adoção generalizada das empresas. Isto porque estará criado um ambiente em que a não existência de um PI se destacará negativamente; portanto, sendo mais um incentivo às empresas privadas. É possível antever que, provavelmente, o grande volume de trabalho dos órgãos de análise vá ser a distinção entre programas reais e efetivos de PI de fachada.

Também de fundamental importância é a compreensão pela iniciativa privada do escopo de seus PI, como aponta a norma ISO 19.600/2014 em seu item 4.3 e, por mais que o objetivo central seja o combate às condutas relacionadas a corrupção na administração pública, é inegável que pode alcançar outras questões, como a corrupção privada e a ética do trabalho de forma geral. A percepção de que os LI adotam, como consequência da política legislativa, um posicionamento aproximado de uma teoria das janelas quebradas, reforça este argumento. Portanto, é acertada a afirmação de que os programas de compliance não precisam limitar-se a questões relacionadas aos delitos contidos no art.º 1º da Ley 27.401/17, ainda que o Projeto original enviado pelo Poder Executivo tenha sido alterado no Congresso para limitar o

alcance do referido dispositivo. Ainda, nota-se que inclui sustentabilidade e responsabilidade social como possíveis objetos do programa, em conformidade com os preceitos de la norma ISO 19.600:2014 (compliance management systems – guidelines, item 4.5.1).

Entretanto, parece adequada a inserção específica de “corrupção privada” e de “desenvolvimento de um ambiente de trabalho saudável aos funcionários” como eventuais objetos dos programas de compliance. A primeira é autoexplicativa, afinal, não há como criar um ambiente ético nas relações empresariais perante a administração pública face à permanência de condutas e estratégias antiéticas no relacionamento entre as empresas privadas. O segundo, por sua vez, justifica-se pela necessidade de os funcionários se sentirem parte integrante da estrutura (ética) da empresa, não apenas com deveres, mas também com direitos relacionados ao ambiente de trabalho. Devem os PI, especificamente por meio de seus códigos de ética, evidenciar que se volta não apenas à saúde e desenvolvimento da empresa, mas também de seus funcionários, como determina o Código de Ética do Ministério do Planejamento, em seus artigos 2º, II, 7º e 8º (Portaria 382/2016 do MP, Anexo I).

No que toca aos passos para o desenho e implementação de um programa (item 2.4), os “Lineamientos” são cristalinos no sentido de que não se pretende a criação e reprodução de modelos, mas, na prática, é inegável que isso ocorrerá, inclusive a partir de casos paradigmáticos dos mais diversos âmbitos de fiscalização. Parece adequado que isso seja esclarecido, em especial a se considerar que no item 3.12, sugere-se a comparação entre programas com empresas líderes do setor para efeitos de avaliação. Destaca-se, ademais, que a sugestão melhor adequada seria a comparação a empresas paradigmas no que se refere a ética e correição nas contratações públicas (4).

Em específico quanto aos códigos de ética, causa alguma preocupação a sugestão expressa de sua elaboração em conjunto com sindicatos. Por mais que seja fundamental a participação dos funcionários em sua elaboração, talvez possa ser mencionada de forma menos direta sua eventual participação, haja vista os históricos problemas entre sindicatos e empresas no alcance de acordos, sob pena de, de antemão, gerar despromoção dos PI. Ainda, a prática nos faz pensar que os funcionários das empresas devem necessariamente ser ouvidos, sendo parte ativa nas sugestões, na linha daquilo afirmado sobre a boa convivência em ambiente de trabalho; entretanto, os sindicatos, em regra, são compostos por pessoas que não compõem aquela estrutura específica, de modo que sua participação tende a gerar uniformização dos códigos de ética face a contextos e necessidades bastante diversas, com cultura e ambiente empresarial próprios.

Quanto ao objeto dos códigos de ética, parece adequada a inserção da sugestão de utilização, de forma didática, de casos de sucesso de outras empresas ou exemplos negativos da jurisprudência, ambos relacionados às questões mais sensíveis aos riscos de cada empresa. Com isso, materializam-se determinados problemas de modo a orientar os funcionários a tomadas de decisões éticas. É natural que esse conteúdo também este contemplado nos cursos de capacitação, ocorrendo de forma complementar.

Parece também adequada a inserção nos LI de que os parâmetros de conduta previstos no Código de Ética podem também se encontrar no Contrato de Trabalho realizado com o funcionário, além de que se pode demandar que os contratados assinem termos específicos de ciência e compromisso com os parâmetros éticos da empresa, como tem feito o Ministério do Planejamento brasileiro (art.º 34 da Portaria 382/2016 do MP). E o zelo da empresa quanto à contratação não deve se limitar à informação ao novo funcionário, mas também deve alcançar o devido conhecimento de quem é a pessoa do contratado, investigando sua conduta nos trabalhos pregressos e, em especial, verificando detalhadamente os contratados que já tenham exercido cargos públicos, e sua condição jurídica, e que possuam relação com agentes públicos, como recomenda o Guia da CGU. Recomendações que parecem adequadas para inclusão no conteúdo dos LI.

Após sua inserção, os contratados devem passar pelos cursos de capacitação (e futuramente, de atualização). Acerca dos cursos de capacitação, seria de grande valia o esclarecimento de que toda e qualquer atividade relacionada ao treinamento de funcionários deve ser um ônus tão somente da empresa, ainda que beneficie o contratado indiretamente, de modo que todo o período de tempo destinado ao treinamento deve contar na carga horário laboral. No Brasil, é comum que empresas forneçam materiais didáticos impressos e aulas em vídeo para que os funcionários estudem em seu tempo livre, de lazer, como se a atividade não se relacionasse umbilicalmente com o trabalho. Com isto, a tendência é que sejam reduzidos o engajamento e a efetividade dos cursos.

Nota-se que os LI seguem aquilo que todos os guias vêm preconizando: a importância da demonstração do comprometimento e engajamento dos líderes da empresa no programa. Entretanto, apontam que os membros de alta direção devem cooperar com os capacitadores. Talvez seja adequada alterar a forma de expressão, afinal, deve-se deixar claro que todos os funcionários e membros de alta direção devem ser submetidos a treinamento, como apontam a norma ISO 37.001/2016 (sistemas de gestão antissuborno, item A9.3) e o Guia da CGU, ainda que possa haver treinamentos diversos (ISO 37.001/2016, item A9.6), o que faz mais sentido se utilizado em decorrência da existência de funções específicas dentro da empresa. Ainda, no item 3.10 (responsável interno), talvez seja adequada a inserção da participação na formação e execução dos cursos como mais uma das tarefas do compliance officer.

Por fim, os LI apontam que prêmios e incentivos podem colaborar para o engajamento dos funcionários aos cursos de capacitação, o que também é indicado pelo Guia CGU. Entretanto, se o objetivo dos cursos é a sedimentação de uma política de compliance, é possível que os incentivos transpareçam uma condição suplementar e não obrigatória a seus preceitos, podendo ser repensada essa inserção.

Quanto ao papel da empresa de buscar informações e conhecer as normas que regem seu objeto de operação, a norma ISO 19.600/2014 indica que as empresas devem integrar canais de recebimento de e-mails informativos de agências reguladoras, ser membro de organizações e associações de classe, participando de eventos e fóruns, e contratar serviços especializados de atualização (item 4.5.2), sugestões que podem ser inseridas nos LI.

No que toca à execução de formas de controle e investigações internas, talvez se possa sugerir que todas as reuniões com agentes públicos sejam devidamente registradas e acompanhadas por alguém do setor de compliance. A importância dos registros de forma geral é absoluta, face às exigências de demonstração de implementação das medidas; não à toa que os próprios LI sugerem o registro detalhado dos cursos de capacitação (item 3.4) y la norma ISO 19.600/2014 o faz quanto a todo o sistema do programa (item 5.2.1). Ainda, é imperativo que, como trazem os LI, os canais de denúncia e dúvidas devem ser claros e acessíveis, o que inclui serem gratuitos, sem gerar qualquer espécie de ônus aos denunciantes e pessoas com dúvidas acerca de procedimentos e condutas, como indica o Guia da CGU.

E o monitoramento e avaliação da efetividade do PI se mostram fundamentais a elaboração de estatísticas e análises das denúncias, conforme apontado pelos LI no item 3.5. Complementarmente a isto, sugere-se a inserção da divulgação de relatórios periódicos aos funcionários quanto às denúncias, explicando, na medida do viável face ao sigilo e à proteção dos acusados, as espécies de denúncia, os aspectos gerais das investigações e suas conclusões, demonstrando cristalina e permanentemente que o sistema de controle funciona. Afinal, como aponta o Guia do Cade, a sensação de que as denúncias não são apuradas gera falta de confiança no sistema e desuso do canal de comunicação, de modo que o Guia do CADE chegue a sugerir, até mesmo, a divulgação das punições.

Outro importante ponto diz respeito à periodicidade das revisões dos PI. O Guia do CADE não indica qualquer prazo como razoável, mas indica que sejam elaboradas agendas recorrentes para avaliar a necessidade de adaptação das medidas face a novos eventos que possam acarretar alterações em riscos. Já a ISSO 19.600/2014 indica que o ideal não é focar em periodicidade em função de “tempo”, mas sim que o adequado seria a reavaliação em caso de supervenir novas atividades na atuação empresarial, novos produtos ou serviços; mudanças na estrutura de estratégia da organização; alterações significativas externas, como condições de mercado, questão financeiro-econômicas e na relação com clientes; e mudança nas normas de compliance, além, é claro, em caso de superveniência de problemas internos não identificados a tempo (item 4.6).

Por fim, ainda podem ser realizadas últimas observações quanto às punições disciplinares internas e à utilização de metas e bônus como instrumento de eficiência. Quanto às punições, o Guia do CADE sugere que o ideal é que a entidade sopesse, para sua aplicação, o nível de envolvimento do funcionário; a gravidade da prática, sua participação anterior em treinamentos, sua cooperação com os procedimentos investigatórios e também sua boa-fé. Dessa forma, a empresa pode também estipular fatores que mitigam ou que agravam a punição. O Guia da CGU dá grande importância à necessidade de que as punições disciplinares devam ser aplicáveis a todos, independente de função ou hierarquia. Portanto, talvez seja adequada a inserção da possibilidade de gradação prevista no Guia do CADE e o melhor esclarecimento sobre o alcance das punições, que não parece claro em sua inserção no item 3.5.

As questões relacionadas a metas e bônus são de fundamental importância

na evitação de delitos, de modo que se sugere sua incorporação aos LI. Como indica o Guia da CGU, o estabelecimento de metas deve ser razoável e factível face a padrões de operações legítimas, alinhado ao PI (ISO 19.600/2014, item 5.1, j), pois metas irreais podem promover relações fraudulentas, em especial se promoções ou mesmo o cargo do funcionário dependa de seu alcance. Em sentido similar, também pode não ser adequado, em função do âmbito de atuação, que a remuneração de terceiros seja vinculada ao sucesso de suas operações.

E, naturalmente, a política de remuneração das pessoas diretamente envolvidas com a promoção do PI não deve estar vinculada ao desempenho econômico da empresa, afinal, muitas vezes será papel dessas pessoas impedir que negócios sejam realizados. Logo, devem ter plano de remuneração próprio. É essa, por exemplo, a determinação do Banco Central brasileiro quanto aos responsáveis pelo compliance financeiro (art.º 8º da Resolução n. 4.595/2017 do BACEN).

#### **Notas finais**

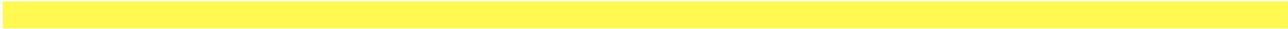
(1) Deve-se destacar que a primeira aparição de previsões legais desta natureza no direito brasileiro se deve ao combate a crimes contra o sistema financeiro nacional. A Lei 9.613/98, que tipifica o delito de lavagem de dinheiro, previu uma relação de pessoas, que por sua especial função, seriam obrigadas a i) identificar seus clientes (art.º 10º); e ii) levar ao conhecimento das autoridades atividades suspeitas de serem em realidade lavagem de dinheiro (art.º 11º). Além de preverem uma série de exigências quanto à elaboração e manutenção de documentos relacionados a operações e sua comunicação aos órgãos públicos, traz-se especificamente que os obrigados deverão adotar “políticas, procedimentos e controles internos, compatíveis com seu porte e volume de operações, que lhes permitam atender ao disposto neste artigo e no art.º 11, na forma disciplinada pelos órgãos competentes” (art.º 10), o que se identifica com ideia de uma estrutura de compliance com a finalidade de promover o atendimento às exigências legais.

(2) Vale destacar a exceção do compliance financeiro, obrigatório às instituições financeiras e similares (arts. 2º e 12 da Resolução n. 4.595/2017 do Banco Central do Brasil (BACEN). Ainda, as companhias abertas (cujas ações ou certificados de depósitos de ações sejam admitidos à negociação em bolsas de valores) são obrigadas a divulgar informações sobre a aplicação das práticas de governança, previstas no Código Brasileiro de Governança Corporativa (CBGC) elaborado pelo Instituto Brasileiro de Governança Corporativa (Instrução CVM nº 586/2017). Estas práticas são, em síntese, similares às previstas no Decreto 8.420/15, nos guias brasileiros e nos LI, e, caso não aplicadas, devem ser explicadas as razões por esta opção. Por fim, dois estados brasileiros já aprovaram legislações no sentido de exigir, para a contratação com a administração pública, a existência de programas de compliance nas empresas contratadas. Se o art.º 25 da Lei 27.401/17 não é cristalino quanto aos contratos sob sua norma, essas legislações têm estipulado de forma inequívoca tais contratos, apontando valores e se tores sobre que incidem. “Fica estabelecida a exigência do Programa de

Integridade às empresas que celebrarem contrato, consórcio, convênio, concessão ou parceria público-privado com a administração pública direta, indireta e fundacional do Estado do Rio de Janeiro, cujos limites em valor sejam superiores ao da modalidade de licitação por concorrência, sendo R\$ 1.500.000,00 (um milhão e quinhentos mil reais) para obras e serviços de engenharia e R\$ 650.000,00 (seiscentos e cinquenta mil reais) para compras e serviços, mesmo que na forma de pregão eletrônico, e o prazo do contrato seja igual ou superior a 180 (cento e oitenta) dias” (art.º 1º da Lei 7.753/2017 do Estado do Rio de Janeiro).

(3) Um bom exemplo é encontrado na regulamentação da LAC realizada pelo Estado do Rio de Janeiro (Decreto n. 46.366/2018), ou seja, a instituição de normas e procedimentos para sua promoção em âmbito da administração pública do estado. Em seu art.º 62, alistam-se os elementos de um programa de compliance a serem avaliados em caso de acordo de leniência ou redução da sanção administrativa e, no § 3º do art.º 62, expressamente afasta a “exigência” das medidas mais formais e complexas para microempresas e empresas de pequeno porte. Em outras palavras, além de trazer importante confirmação da ideia de inexistência de modelos gerais de programas, evidencia o caráter não manifesto de obrigatoriedade das medidas, que provavelmente se verificará na prática; em similar sentido, a Lei 6.112/2018 do Distrito Federal, em seu art.º 6º, § 2º). Ambos reproduzem o regramento federal do Decreto 8.420/15 contido no art.º 42, § 3º.

(4) A título de exemplo de medidas que podem, se mais especificamente desenhadas, contribuir neste sentido estão os cadastros nacionais brasileiros quanto a empresas que descumprem regras relacionadas a contratações com a administração pública: Cadastro Nacional de Empresas Inidôneas e Suspensas: (CNEIS) e Cadastro Nacional das Empresas Punidas (CNEP), desenvolvidos pela CGU, cuja criação foi determinada pela LAC (arts.º 43 a 48) e estão disponíveis na internet para acesso de qualquer pessoa interessada.



# OPINIÓN SOBRE LOS “LINEAMIENTOS”

Por Eduardo Saad-Diniz

### A. DELIMITACIÓN DE LOS COMENTARIOS

En todo el mundo ya no parece haber dudas sobre la necesidad de concentrar esfuerzos alrededor del intercambio de informaciones y de las métricas de efectividad con respecto a las estrategias de reducción de la criminalidad empresarial. A pesar de eso, un análisis más consistente sobre el potencial de los programas de compliance es sistemáticamente desvirtuado, o bien por la retórica de las autoridades fiscalizadoras y reguladoras o bien por iniciativas corporativas de fachada, que representan poco o nada en términos de modificación sustancial del comportamiento ético en la empresa. No sin razón, esto es lo que William Laufer llamó “compliance game” entre reguladores y regulados (Laufer, 2018). El modelo global de “autorregulación regulada” se rinde al desacoplamiento entre particular/empresa y el Estado (Saad-Diniz, 2018).

La producción de guidelines (lineamientos) de integridad trae una serie de interrogantes previos, empezando por los desafíos propuestos por la propia idea de lineamiento. Los guidelines suelen presuponer el mito de racionalidad universal y niveles lineares de cumplimiento normativo. Lo mismo se confirma a partir de los Memoranda del Department of Justice (DOJ) en los EEUU hasta los recientes lineamientos del 2017, con el cuestionario Evolution of Corporate Compliance Programs, demostrando la inestabilidad de la propia experiencia norteamericana en la elaboración de lineamientos. Es necesario aprender con las experiencias históricas para no arriesgarse a la erosión del propósito de reducción de infracciones económicas y de su impacto negativo, por medio del “aumento de las posibilidades de detección temprana y



**EDUARDO SAAD-DINIZ**

- Profesor de la Universidad de São Paulo (Brasil)

oportuna, facilitar la decisión de reportarlos a tiempo a las autoridades y contribuir para su correcta y clara comunicación y explicación”, como es bien diseñado en los “Lineamientos”.

No por otra razón una comprensión más profunda de la calidad regulatoria y distribución de libertades de la acción empresarial, estableciendo los límites de legitimación de las actividades de enforcement, debe poner en evidencia una articulación inteligente entre la capacidad reactiva del Estado y una correspondiente autenticidad de las iniciativas corporativas (Laufer, 2006). Esa articulación ofrece la combinación necesaria entre persuasión e intimidación, permitiendo observar en qué medida las inversiones en compliance de hecho pueden o no cambiar el comportamiento ético empresarial (Laufer, 2006), evitando un aumento innecesario de los costos de transacción o incluso la pérdida de negocios por la excesiva burocratización de la gestión.

La elaboración de los lineamientos de integridad debería ser precedida de la evaluación del impacto regulatorio de las estrategias de enforcement. En su *Too big to jail*, Brandon Garrett narra que los esfuerzos de los prosecutors en promover mejores estructuras de gobernanza se convierten en una batalla del *US vs. Goliath* (Garrett, 2013). En otras oportunidades, intenté demostrar cómo el raciocinio se confirma - y se agudiza - en Brasil, promoviendo lo que no se tardó en bautizar como la batalla de *Brasil vs. Goliath* (Saad-Diniz, 2018a), reproduciendo los niveles de asimetría entre la capacidad de las instituciones del Estado y el comportamiento corporativo socialmente dañoso.

En ese contexto, se observa la desarticulación regulatoria y medidas de enforcement que no necesariamente reflejan prioridades político-criminales de dirigir una respuesta sancionatoria al comportamiento corporativo socialmente dañoso (el más reciente “producto brasileño de exportación” a Latinoamérica, la “Operación Lava Jato”, no podría ser más ilustrativo). Se suma a eso el hecho de que, a pesar de algunas manifestaciones aisladas en el ámbito de las instituciones financieras y prácticas antitrust, en Latinoamérica la movilización de los sectores público y privado en torno a la así llamada cultura de compliance no tiene más de una década. Los mecanismos de control social de los negocios acaban reducidos a medidas obsesivas de enforcement, generando una postura no-colaborativa de las empresas; cuanto menos colaborativas, más tienden las investigaciones a vulnerar derechos fundamentales de los acusados (Saad-Diniz, 2018a; Saad-Diniz, 2018b), generando contextos de formación de una “subcultura de resistencia” empresarial (Braithwaite, 1989). El ejercicio de control de los negocios en Latinoamérica, además de la inestabilidad institucional e insuficiencia regulatoria (Braithwaite, 2006) requiere su comprensión a partir de las demandas de dependencia económica y de la necesidad de revisión de estructuras de mercado que ofrecen la oportunidad a la manifestación de la corrupción y de los esquemas corporativos fraudulentos.

Con eso se quiere decir que la crítica a la política regulatoria local, a las estrategias domésticas de enforcement y a la insuficiencia de las iniciativas corporativas debe ser el punto de partida para la formulación de los lineamientos. En función de ese marco, los aspectos que serán objeto de esos comentarios son los siguientes: (1) métricas de efectividad, discutiéndose la

evaluación de riesgos, permitiendo hacer hincapié en las especificidades objetivas y subjetivas; y, por ende, la (2) discusión del plan conceptual y necesidad de una verificación empírica más intensiva sobre los programas de compliance, poniendo en evidencia su rol en la reducción de la criminalidad empresarial.

## **B. ¿MÉTRICAS DE EFECTIVIDAD?**

Para que los programas de compliance tengan utilidad en la interpretación judicial (incluso en cuestiones más operativas de hecho y prueba), se parte del presupuesto de que deben presentar métricas de su efectividad. Sin hacerlo, toda movilización puede ser reducida a un indeseable love for sale.

La controversia con respecto a la efectividad sigue siendo el principal desafío no solamente para la consolidación de la cultura de compliance y una gestión más ética y democrática, sino también para una definición más consistente del rol de los programas en las decisiones jurídicas, especialmente en lo que concierne a su relevancia para el sistema de sanciones. En la legislación argentina (art. 9°, Ley N° 27.401) se supone la exención de pena bajo algunas condiciones: entre ellas, que haya sido implementado un sistema de control y supervisión adecuado según los términos de los artículos 22 y 23 de esa ley con anterioridad al hecho investigado (art. 9°, b). En la legislación brasileña, se observa aún menos claridad y abertura a la subjetividad en la interpretación, tanto en la Ley Anticorrupción N° 12.846/2013 (art. 7° - Serán tenidos en consideración (...) VII - la cooperación de la persona jurídica para la investigación de infracciones; VIII - la existencia de mecanismos y procedimientos internos de integridad, auditoría e incentivos a la denuncia de irregularidades y aplicación efectiva de códigos de ética y de conducta en el ámbito de la persona jurídica), como en el Decreto reglamentario N° 8420/2015, que en su art. 42 —y aquí en marcada coincidencia con lo que se reglamentó posteriormente en la legislación argentina— intenta discriminar en 15 incisos lo que podría ser considerado efectivo por las autoridades domésticas (en crítica a eso, intentamos demostrar que, además de la falta de métrica para evaluar en concreto su efectividad, les falta coherencia sistemática y articulación con las reales demandas locales de reducción de las infracciones económicas, Silveira/Saad-Diniz, 2015). Tanto en una como otra normativa no se supera el subjetivismo decisorio sobre qué medida en concreto representaría un cumplimiento normativo efectivo o no. Ni las iniciativas corporativas ni las autoridades fiscalizadores y reguladores coinciden en percepciones o comportamientos significativos o no para atribuir sentido jurídico a los instrumentos de compliance. Es precisamente ahí donde los “Lineamientos” podrían ofrecer criterios y métricas más racionales y objetivos de contención de la interpretación arbitraria. Se parte del presupuesto de que la métrica de efectividad, sin embargo, no representa un valor en sí mismo. La evaluación crítica es imprescindible para evitar el exceso de controles y su consecuente burocratización. Tal como se hace hincapié en los “Lineamientos”, hay que tener en cuenta el riesgo de que los principios de integridad o la evaluación “no sustituye ni desplaza la evaluación propia que cada organización debe efectuar para que el Programa sea una verdadera expresión de su cultura de integridad y una respuesta

consistente con sus riesgos, necesidades y desafíos” (p. 4). No por otra razón, los “Lineamientos” podrían estar centrados en lo que es la prioridad de las autoridades investigadoras en términos de reducción de la criminalidad empresarial y no propiamente en qué cambios potenciales en sus estructuras de gobernanza, riesgo y compliance.

Es decir, los lineamientos no pueden ser rápidamente convertidos en productos de mercado, como ya se hizo notar con los lineamientos del Fraud Division del DOJ recién en el 2017 (Chen/Soltes, 2018). Es, como mínimo, curioso el movimiento del mercado: en las oportunidades en las que las autoridades fiscalizadoras y reguladoras ofrecen algún parámetro de evaluación de los programas, con enorme velocidad las consultorías especializadas desarrollan productos basados en esos parámetros, sin que, todavía, estén acompañados de la evaluación de la efectividad de sus recomendaciones de comportamientos. En general, debe tenerse cautela frente el exceso de instrumentos de control inducidos directa o indirectamente por los “Lineamientos”, que pueden mucho más burocratizar y aumentar, sin utilidad, los costos de transacción, sin que ello pueda traer cambios sustanciales de comportamientos éticos en los negocios.

Teóricamente, desde nuestra perspectiva, es recomendable que los “Lineamientos” no promuevan la superposición de funciones en la sociedad. En términos más sencillos a la práctica, autoridades fiscalizadoras y reguladoras deben ocuparse de fiscalizar el cumplimiento, investigar irregularidades y distribuir la libertad de acción empresarial; las iniciativas corporativas deben estructurar su modelo de gestión, reduciendo la oportunidad para las infracciones y promocionando el comportamiento ético; y ambos, al fin y al cabo, deben encontrar vínculos para una colaboración, ya sea priorizando informaciones idóneas y suficientes de investigación, ya sea cooperando para ofrecer informaciones que revelan un compromiso auténtico con la evasión de infracciones en el ámbito privado (sobre la “autenticidad”, Laufer, 2018). Por consiguiente, cuando se establezca este vínculo, los “Lineamientos” podrían orientar cómo las autoridades fiscalizadoras y reguladoras recibirán las informaciones resultantes de la evaluación de efectividad, o, aún más precisamente, cómo será evaluada la métrica de efectividad producida en el ámbito empresarial. Según entendemos, eso sería esencial para concretar la propuesta de los “Lineamientos” de “articulación de acciones con actores claves del sector empresarial para promover programas de integridad” (p. 1), fomentando la cooperación.

A su vez, es muy significativo que la evaluación de riesgo asuma cierto protagonismo en los “Lineamientos”. Sin embargo, hay algunas consideraciones específicas que pueden servir de importante referencia para la consolidación de los “Lineamientos”. Si bien es cierto que es cauteloso el cuidado con la verificación intensiva de derechos fundamentales, también parece cierto que algunos interrogantes podrían tener soporte en los “Lineamientos”, por ejemplo, ¿en qué medida se extenderá el conflicto de intereses en/entre evaluaciones y evaluadores? o ¿cómo concebir el secreto de informaciones, el principio de la documentación y seguridad de intereses de terceros? Y, una vez más, ¿bajo qué tipo de orientación empírica se hará la

cosecha de datos y verificación de las formas de detección, averiguación y reacción a las infracciones económicas? Por ende, la dimensión y calidad del riesgo, además de su concreta especificación en función del contexto y de la capacidad económica, a pesar de haber recibido la debida atención de los “Lineamientos” y una original inclinación al multiculturalismo, preferiblemente no debería dejar de lado el alcance de la legislación extraterritorial, en particular el FCPA (Foreign Corrupt Practices Act), especialmente por aportar, en la mayoría de los supuestos, además del riesgo económico, un riesgo político, impactando en materia de defensa de la soberanía nacional, dependencia comunitaria y efectos colaterales a stakeholders (Saad-Diniz, 2018).

Con eso se quiere decir que la evaluación del riesgo y la correspondiente métrica de efectividad que a ella se refiere demandan una comprensión realista de la dinámica de interacciones de la empresa que represente la construcción de su personalidad y la correspondiente construcción de la responsabilidad (constructive fault, Laufer, 2006).

Sobre eso, hay otros dos puntos complementarios que deberían ser traídos en consideración. En primer lugar, el carácter más o menos robusto de un programa de compliance no significa que las infracciones económicas se erradicarán del ambiente empresarial, dado que “cosas malas también pueden acontecer con buenas empresas” (Pitt/Grosskaufmanis, 2015). Después porque los programas también guardan coherencia con la construcción y desarrollo de la personalidad de la propia empresa, es decir, también se encuentran en proceso de maduración. Sería recomendable que los “Lineamientos” pudieran poner en consideración las estrategias de gestión de crisis, demostrando que la empresa está preparada para controlar los efectos de las infracciones económicas. En una palabra, la métrica de efectividad de los programas de compliance también debe ser acompañada de la métrica de la gestión de crisis.

### C. CONCEPTOS Y EMPIRISMO

Basarse en la experiencia internacional no puede dejar de significar aprender con sus equívocos históricos. Los resultados en términos de reducción de la criminalidad empresarial en el ámbito internacional tampoco representan elementos más convincentes de su éxito.

El propio concepto de compliance presupone la evaluación de su maduración. Hay por lo menos tres grandes categorías que sirven de referencia para eso: 1) una fase inicial negativa, estrictamente orientada a la detección, averiguación y reacción ante las infracciones económicas; 2) una segunda, positiva, dedicada a la revisión normativa de los valores y la cultura de integridad en los negocios; 3) una tercera, donde se integran las estrategias de gobernanza, riesgo y compliance (GRC), abriendo espacio para soluciones innovadoras que generan negocios exclusivamente porque la actividad empresarial presenta sus resultados de comportamiento ético en el mercado (Saad-Diniz, 2018). Esa conceptualización por así decir más amplia de las iniciativas de cumplimiento tal vez podría ser de alguna utilidad a los “Lineamientos”. Si su propósito es “fomentar la colaboración”, sería

recomendable que encontrara estrategias para superar la ausencia de sentido de las sanciones que acarrea la consecuente postura no-colaborativa de los particulares y encontrar los medios adecuados de poner en evidencia el comportamiento proactivo.

El reconocimiento de la necesidad de maduración de los programas es un paso necesario para justificar la afirmación de que los programas de compliance no necesitan en absoluto seguir un estándar. Los programas tienen que repercutir en el comportamiento empresarial y, como la acertada orientación de los “Lineamientos”, “deben poder ser explicados”, vale decir, deben tener la capacidad de demostrar a las autoridades su adecuación. Así como, también muy acertadamente, los “Lineamientos” deben ser adecuados a los recursos disponibles para la autorregulación. La verdad es que mucho más importante que instrumentos de sofisticación innecesaria es la claridad y la objetividad mientras sea producida la verificación de lo que funciona y de lo que no funciona en la reducción de la criminalidad empresarial. Juntamente con esa revisión conceptual hay una gran demanda empírica para determinar los límites entre, por un lado, lo tolerable y lo intolerable en las infracciones económicas y, por otro, las estrategias de priorización de la reducción de las infracciones económicas en el ámbito de la empresa. La fundamentación criminológica de ese nuevo código de diferenciación tolerable/intolerable es indispensable para la elaboración de sanciones que mejor represente el equilibrio entre los mecanismos de control de los negocios, tanto por parte de reguladores cuanto de regulados (Laufer, 2006). Una noción más clara sobre la priorización en la reducción de las infracciones económicas permitiría manejar mejor el flujo de información (evitándose el exceso de información dispensable) y reforzar el equilibrio regulatorio del sistema de justicia.

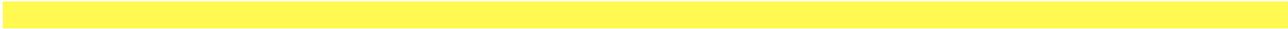
Se quiere decir con eso que esfuerzos colaborativos (particulares/empresa, autoridades reguladores y fiscalizadoras, universidad) son más que recomendables para profundizar la fundamentación empírica y reorientación normativa (normas sociales y su reorganización institucional) para diferenciar un nuevo código tolerable/intolerable (Saad-Diniz, 2018), delimitando el ámbito de actuación estratégica de la OA.

Encantado con la oportunidad de sumar una crítica brasileña a la consolidación de los “Lineamientos” argentinos, felicito a los responsables, especialmente por su disposición en posicionar la evaluación como prioridad en la búsqueda de programas de compliance efectivos y que puedan verdaderamente impactar en la reducción de la criminalidad empresarial.

#### **D. LITERATURA**

- Braithwaite, “Criminological theory and organizational crime”, *Justice Quarterly* (6)1989, pp. 333-358.
- Braithwaite, “Responsive regulation and developing economies”, *World Development* (34) 2006, pp. 884-898.
- Chen/Soltes, “Why compliance programs fail: and how to fix them”, *Harvard Business Review* (96) 2018, pp. 116-125.
- Garrett, *Too big to jail*. Harvard: Belknap, 2014
- Laufer, *Corporate bodies and guilty minds*, Chicago University Press Chicago, 2006.

- Laufer, "The compliance game", Revista dos Tribunais (2) 2018.
- Silveira/Saad-Diniz, Compliance, lei anticorrupção e direito penal, Saraiva, São Paulo, 2015.
- Saad-Diniz, "Brasil v. Golias: os 30 anos de responsabilidade penal da pessoa jurídica e as novas tendências de compliance", Revista dos Tribunais, (2) 2018a.
- Saad-Diniz, "Compliance na perspectiva da criminologia econômica", en Villas Boas Cueva/Frazão (coord.) Compliance, Fórum, Belo Horizonte, 2018b.



de la empresa en temas de integridad (p. 60).

Por último, considero positivo que se hayan delimitado las competencias del oficial de cumplimiento de tal manera que aparezca en la empresa como el responsable técnico de mantener el programa de integridad (pp. 58 y s.). Esta competencia es muy distinta a la de ser el responsable interno de que no se cometa ningún delito de corrupción o de lavado de activos, como parecen insinuar algunas posiciones doctrinales o jurisprudenciales dentro y fuera del país. Ello no implica que un oficial de cumplimiento no pueda responder como autor o partícipe de algún delito, pero esta responsabilidad no podría derivarse de una posición de garante, consistente en impedir la comisión de delitos de la empresa.

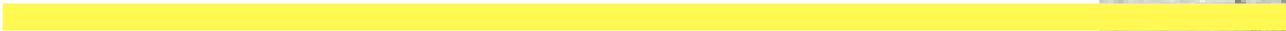
#### F. LITERATURA CONSULTADA

- Bermejo, Prevención y castigo del blanqueo de capitales, Marcial Pons, Madrid et. al., 2015.
- Kuhlen/Montiel/Ortiz de Urbina Gimeno, Compliance y teoría del Derecho penal, Marcial Pons, Madrid et. al., 2013.
- Montiel, "Sentido y alcance de las investigaciones internas en la empresa", en Mir Puig/Corcoy Bidasolo/Gómez Martín (dir.), Responsabilidad penal de la Empresa y Compliance, BdeF, Buenos Aires/Montevideo, 2014, pp. 487 y ss.
- Montiel, "Ley 27.401 y criterios para determinar la idoneidad de los programas de integridad", en Sacconi/Durrieu (dir.), Compliance, Anticorrupción y Responsabilidad penal empresaria, Thomson Reuters, Buenos Aires, 2018, pp. 73 y ss.
- Montiel, "Apuntes sobre el nuevo régimen de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en el derecho argentino", en Revista En Letra Derech Penal (6) 2018, pp. 124 y ss.
- Montiel, "Autolimpieza empresarial: compliance programs, investigaciones internas y neutralización de riesgos penales", en Kuhlen/Montiel/Ortiz de Urbina (eds.), Compliance y Derecho penal, Marcial Pons, Madrid et. al., 2013, pp. 221 y ss.
- Montiel, "Cuestiones teóricas fundamentales del Criminal Compliance", en En Letra (7) 2007, pp. 21 y ss.
- Montiel, "Aspectos fundamentales de la responsabilidad penal del compliance officer en el derecho argentino", en Anuario de la Revista Argentina de Derecho penal y Procesal penal (4) 2015, pp. 85 y ss.
- Moosmayer/Hartwig (eds.), Interne Untersuchungen, 2ª ed., C. H. Beck, Múnich, 2018.
- Rotsch (ed.), Criminal Compliance, Nomos, Baden-Baden, 2015.

#### Notas finales

(1) Cfr. Ley N° 26.589 y art. 32 del Dec. Reglamentario N° 1467/2011.





# CHILE





# COMENTARIOS AL BORRADOR DE LOS “LINEAMIENTOS”

Por Antonia Bernales Jiménez /  
Iván Millán Gutiérrez

## A. INTRODUCCIÓN

La Oficina Anticorrupción del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de Argentina ha puesto a disposición de expertos en compliance, interesados y público en general el Borrador de unos “Lineamientos de Integridad para el mejor cumplimiento de lo establecido en los artículos 22 y 23 de la Ley N° 27.401 de Responsabilidad Penal de Personas Jurídicas.

La Unidad de Compliance de Balmaceda, Cox & Piña Abogados, estudio especializado en esta materia, especialmente en el diseño de modelos de prevención de delitos en Chile y otros países, desea aportar con su experiencia al perfeccionamiento de estos lineamientos, a fin de asegurar que por intermedio de los Programa de Integridad aquí tratados las organizaciones alcancen los más altos estándares de integridad y mitiguen de esta forma su exposición a la responsabilidad penal establecida en la ley N° 27.401.

Primero expondremos un análisis general del documento y luego nos avocaremos a aquellas partes de este que han merecido una atención más detallada.

## B. CONSIDERACIONES GENERALES AL DOCUMENTO ANALIZADO

El documento puesto en consulta es un instrumento robusto, que da cuenta de un estudio profundo de la materia de la cual se ocupa y que entrega directrices muy útiles y adecuadas para la aplicación práctica de los artículos 22 y 23 de la ley N° 27401. La metodología empleada ha sido pertinente y las fuentes en las cuales se han apoyado, así como el enfoque adoptado, son en nuestro concepto altamente adecuados.



**ANTONIA BERNALES  
JIMÉNEZ**

- Profesora de la Universidad de los Andes (Chile)
- Asociada en Balmaceda, Cox & Piña (Chile)



**IVÁN MILLÁN  
GUTIÉRREZ**

- Profesor de la Universidad Central (Chile)
- Asociado Senior en Balmaceda, Cox & Piña (Chile)

En cuanto a aspectos a mejorar y siempre en términos generales, sería deseable incorporar a los lineamientos la identificación de medidas y controles preventivos más específicos para sortear los riesgos de comisión delictual. Sostenemos que, al analizar programas de integridad como un posible medio de exención de responsabilidad penal de las personas jurídicas, debieran exponerse lineamientos específicos para la creación y aplicación de medidas preventivas y no solamente lineamientos y principios éticos generales. Estos últimos, sin lugar a duda son parte fundamental e integral de los modelos de cumplimiento, pero es indispensable que se les complemente con medidas más precisas de cumplimiento. Y si bien estas dependerán del tipo de riesgo que enfrenta cada organización en específico, a estas alturas ya existe suficiente experiencia comparada que puede aportar información sobre medios eficaces de prevención susceptibles de ser aplicados por cualquier tipo de organización.

**C. OBSERVACIONES ESPECÍFICAS AL DOCUMENTO ANALIZADO**

A continuación, nos referiremos a aquellas partes del borrador que nos merecen algunos comentarios específicos:

- Dentro del título 2.2. acerca del “Carácter adecuado del programa” se incorpora un apartado sobre indicadores de riesgo de comisión de los delitos objeto de la ley. En la segunda viñeta de la página 9 debe precisarse que el riesgo en la interacción con funcionarios públicos existe tanto con funcionarios nacionales como extranjeros.

- Dentro del título 2.4. de los “Pasos para el diseño e implementación de un Programa”, el punto iii) Definición/Plan (p. 13) afirma que “es necesario clarificar la decisión empresarial sobre el nivel aceptable de exposición a riesgos”, aserción equívoca pues a nuestro juicio no existe margen alguno de aceptación de los riesgos específicos que se derivan de la ley N° 27401, esto es, la decisión empresarial no tiene espacio para considerar como aceptable nivel de riesgo alguno.

- Dentro del mismo título 2.4 antes mencionado, en el punto v) sobre “Medición y mejora” (p. 14), creemos que, además de considerarse el tiempo transcurrido como factor para medir el impacto y progreso del programa, deben agregarse otros parámetros, tales como: modificaciones sustanciales dentro de la empresa, cambios en el giro, adecuaciones organizacionales, fusiones y adquisiciones, cambios legales, etc.

- Dentro del mismo título 2.4 y respecto a las “Claves para diseñar, implementar y mantener un buen Programa de Integridad” (p. 14), la quinta viñeta al sugerir la extensión del programa de integridad a todas las subsidiarias controladas por la organización, tanto extranjeras como nacionales, excede los alcances de la responsabilidad penal de las personas jurídicas establecida en la ley N° 27401, la cual en parte alguna hace referencia a las subsidiarias controladas por la organización, salvo que en el caso concreto concurren los requisitos generales del artículo 2° de la ley.

- Dentro del título 2.5 sobre “Evaluación inicial de riesgo” (p. 15) somos de la opinión, a diferencia de lo que indica el texto, de que la metodología de mapeo de riesgos debe ser siempre igual de rigurosa, con independencia del tamaño y capacidad económica de la empresa, ya que la contingencia penal

no hace esa distinción. Siempre debe tratarse de una metodología objetiva que se aplique independientemente de dichos factores.

- Dentro del mismo título 2.5 antes mencionado, en el apartado iv) de la identificación del riesgo (p. 17) discrepamos de la aseveración que establece que: “En el análisis importa menos la redacción de los tipos penales que la materialidad de las conductas que pueden presentar características indebidas o cuestionadas”. Por el contrario, sostenemos de manera inequívoca que la redacción de los tipos penales ha de ser el mínimo nivel de comprensión del riesgo. Definitivamente el tipo de impacto de forma ilimitada como se plantea en el borrador excede los alcances que la ley le exige a los programas de integridad y podría dar lugar a una gestión de riesgo sin el enfoque adecuado, invadiendo áreas que exceden a aquella de los delitos.

- Dentro del mismo título 2.5 en el apartado vi) sobre la “Respuesta al riesgo-plan de acción” (p. 19), a diferencia de lo que afirma el texto sí resulta posible y viable transferir el riesgo en este tipo de casos. Descartada por cierto la opción del seguro, existe la posibilidad de tercerizar el proceso riesgoso, como ocurre habitualmente con la tramitación de permisos y licencias con alto contenido técnico. Lo anterior se entiende en la medida que la empresa se obliga a mantener un férreo control sobre el tercero para conjurar la responsabilidad que se conserva. La afirmación del texto tiene sentido en una gestión general de riesgo, pero no en una donde el riesgo que se está estudiando es la comisión de delitos y la consiguiente responsabilidad penal de la persona jurídica.

- Dentro del título 3.1 del “Apoyo de alto nivel al Programa”, y respecto del cuadro “Tone from the top” (p. 24), proponemos incorporar dos viñetas:

- 1. Una dentro de los indicadores de tono ético: “incorporación de un sistema de denuncia y un sistema de protección al denunciante”.**
- 2. Otra dentro de los indicadores de la falta de tono ético: “Que el Encargado del programa de integridad no esté dotado por la alta dirección de medios, recursos y autonomía, ni tenga acceso a ella”.**

- Dentro del título 3.2. sobre “Políticas y procedimiento de integridad (Código de Ética)” (p. 27), sería útil agregar un apartado que enumere de la forma más exhaustiva posible controles a aplicar para la mitigación de riesgos de los delitos, recogidos de buenas prácticas.

- Dentro del título 3.3 sobre “Integridad en procedimientos licitatorios y otras interacciones con el sector público”, recomendamos agregar en el cuadro sobre “Interacciones a considerar” (p. 32) aquellas que se mantienen con áreas o unidades que apliquen sanciones, como multas por incumplimientos o atrasos, o caducidades de contratos, y a aquellas áreas que conozcan de las reclamaciones interpuestas contra esas decisiones.

- Dentro de este mismo título (p. 32) se sugiere hacer referencia a los controles básicos que pueden mitigar cualquier tipo de exposición a riesgos, tales como, levantamiento de minutas luego de una reunión con un funcionario público, asistir acompañado a estas, agendarlas y que todo relacionamiento sea a través de canales formales (uso de correos institucionales).

- Dentro del mismo título anteriormente mencionado, en la parte relativa a “reglas y procedimientos” (p. 33):

**1. Cuando se hace referencia a la prohibición de aportes de campañas a nombre de la empresa (p. 34), proponemos hacerla extensiva también al financiamiento de partidos políticos y centros de estudios asociados a partidos políticos (think tank).**

**2. Dentro de la última viñeta, en que se señala la obligación de comunicar internamente la existencia de vínculos con funcionarios “superiores”, debe ampliársela a “todo funcionario”, no solo a los superiores.**

- Dentro del título antes mencionado, en el apartado que se refiere a los regalos y hospitalidades (p. 34), sugerimos recoger la buena práctica de fijar montos en dinero máximos para regalos y hospitalidades, a fin de reducir los márgenes de discrecionalidad que se entregan con conceptos tales como: “reducida cuantía” y “orientados a satisfacer fines de cortesía”. A su vez, resulta conveniente agregar que en caso de que se admitan los regalos debe existir un registro transparente de los que pudieren efectuarse.

- Respecto al título 3.4 sobre Capacitación (p. 36), se sugiere incorporar un apartado que señale la necesidad de realizar capacitaciones sobre los riesgos específicos a los que se encuentra expuesta la empresa y las medidas de control que los colaboradores respectivos deben seguir. La capacitación no debe circunscribirse solo a los valores éticos de la compañía.

- Respecto al título 3.5 sobre “Canales internos de denuncia” (p. 39), se discrepa de la matizada afirmación de que “en ciertos casos lucirá insostenible un Programa que no lo contemple” pues, conforme estándares internacionales, nunca un programa de integridad puede prescindir de la existencia de canales de denuncia. En tal sentido y en referencia al ejemplo que allí se ocupa, en ningún caso una política de puertas abiertas de los dueños puede sustituir las ventajas de un canal de denuncia formal.

- Respecto al título 3.6 sobre “Protección de denunciantes” (p. 43), deben agregarse referencias al marco en que se debe prodigar protección en temas tales como:

**1. A quiénes se debe proteger**

**2. Estándares de buena fe y/o ignorancia de la falsedad de la denuncia.**

**3. A ante quién o qué entidad deben formularse las denuncias para que queden amparadas por la protección**

**4. Medidas de reparación para los denunciantes que son objeto de represalias.**

- En ese mismo título, cuando se enlistan las pautas de protección, en el punto en que se describen los tipos de represalias, sugerimos agregar a los ejemplos (p. 44) los siguientes:

**1. Descenso de categoría o pérdida de oportunidades de ascenso**

**2. Incorporación en listas negras para dificultar el acceso a un nuevo empleo (blacklisting)**

**3. Negativa a entregar referencias o entrega de referencias negativas para futuros empleos**

**4. Apertura de sumarios o investigaciones para distraer la atención que el denunciante puede prestar al delito o irregularidad de que tiene conocimiento**

**5. Imposición o ejecución de sanciones disciplinarias, amonestación o penas de otra índole (incluidas de carácter financiero)**

**6. Cuestionamiento de la salud mental, las competencias profesionales o la honestidad del denunciante**

- Respecto al título 3.7 sobre investigación interna (p. 45):

**1. En el párrafo en que se sugiere no actuar de forma “encorsetada en los límites jurídicos propios de la investigación criminal en sede penal”, recomendamos tener en cuenta como límite infranqueable la comisión de infracciones que pudieren conllevar ilicitudes de prueba en el proceso penal, pues de otro modo podría frustrarse de manera irreparable la investigación pública de los hechos.**

**2. Precisar que la afectación de la intimidad, privacidad y dignidad de los trabajadores no se justifica solo tratándose de inmisiones desproporcionadas o injustificadas.**

**3. Dentro de las reglas de la investigación debe considerarse el ejercicio del derecho de defensa, especialmente en su vertiente de bilateralidad.**

**4. La referencia a la autodenuncia (p. 47) es equivocada en cuanto a “resultado posible”, pues el art. 9 de la ley la considera obligatoria de cara a obtener la exención de responsabilidad. En tal sentido, debe ser un resultado “obligatorio”.**

- En el título 3.8. sobre la “Debida diligencia hacia terceros” se sugiere agregar al listado de “Terceras partes a controlar” (p. 50), las siguientes:

**1. Asociaciones gremiales y empresariales**

**2. Estudios de abogados**

**3. Oficinas de arquitectura**

- En el mismo título anteriormente mencionado cuando se hace referencia a las acciones que pueden practicarse como control (p. 51), se sugiere incorporar la siguiente: “Formalización del vínculo con las terceras partes, a través de la extensión de contratos escritos y suscripción de cláusulas anticorrupción”.

- En el mismo título anteriormente mencionado, dentro de los indicadores de alto riesgo de la relación con terceros (p. 52) sería recomendable agregar el siguiente: “Requerimiento por parte del tercero de que su encargo sea expresado en términos muy amplios o imprecisos”. Se propone, además, explicar de qué forma se procederá en caso de detectarse la presencia de cualesquiera de estos indicadores.

- En el título 3.10 sobre “Responsable Interno”:

**1. Debe matizarse la constatación de que “en las organizaciones de mayores dimensiones y capacidad económica es prácticamente imposible concebir una adecuada estructuración del Programa sin una persona o equipo con responsabilidad de tiempo completo para su desarrollo, puesta en marcha y funcionamiento” (p. 58). Tal afirmación desconoce las modernas estructuras de compliance a cargo de CCOs, quienes no solo cumplen funciones de mantenimiento del programa de integridad criminal, sino que ven otros temas relativos a cumplimiento e integridad (enfoque ESG).**

**2. Dentro de las competencias que debe tener el responsable de integridad (p. 59) se sugiere incorporar su autonomía e independencia.**

**3. Se discrepa de aquella afirmación que señala: “Cuando por las características de la organización la exigencia de la función sea de mayor intensidad y complejidad, será importante dotar al responsable interno de acceso directo y expedito al apoyo de profesionales con competencias diversas a las que él mismo exhibe” (p. 60). Más bien, ese acceso debe asegurarse en todo tipo de organizaciones.**

**4. En lo relativo a la remuneración del Encargado (p. 60) se debe ser cuidadoso al equiparlo a los demás cargos que allí se señalan, particularmente en lo relativo a sus componentes variables, por el compromiso que ello importa para la independencia del CCO.**

**5. Finalmente, el reporte que debe efectuar el Encargado (p. 60), tanto o más importante que se dirija al órgano de administración, es que se haga al órgano de dirección (directorio).**

- Finalmente, en lo relativo al punto 3.12 sobre “Monitoreo y evaluación continua de la efectividad del programa”, consideramos que, dentro de las alternativas de monitoreo y evaluación (p. 65), las auditorías no pueden ser solo una alternativa, sino que deben ser obligatorias, independiente de aplicar las demás modalidades allí indicadas.

# ESPAÑA





# OBSERVACIONES Y APORTES EN EL MARCO DE LOS “LINEAMIENTOS”

Por Víctor Gómez Martín

## A. PLANTEAMIENTO

La propuesta de regulación que se somete a consideración es muy completa y se encuentra redactada de forma clara y comprensible, por lo que, en conjunto, debe ser valorada de forma satisfactoria. Sin perjuicio de ello, y en aras de una eventual mejora de su contenido, se considera recomendable incorporar al mismo los siguientes contenidos adicionales:

- Criterios metodológicos para la elaboración de informes de riesgos.
- Referencia a clasificación de protocolos en orgánicos, procedimentales y sustantivos. Ausencia de algunos de estos protocolos.
- Instrumentos para el desarrollo de la función de reacción.
- Referencia a expectativa de cierto uso privativo de medios productivos corporativos por parte del trabajador.

## B. CRITERIOS METODOLÓGICOS PARA LA ELABORACIÓN DE INFORMES DE RIESGOS

Salvo error u omisión, en la propuesta de regulación no se hace referencia alguna al método que debe seguirse para la elaboración del informe de riesgos. Aunque, naturalmente, no se trata de la única metodología aplicable, en el contexto práctico internacional está arrojando excelentes resultados el empleo de cuestionarios. A través de los mismos, el encargado de elaborar el modelo de prevención de delitos tomará conocimiento de la estructura de la empresa, su concreta actividad y, en particular, los riesgos inherentes a su organización. Los cuestionarios deben ser cumplimentados por los principales



**VÍCTOR GÓMEZ MARTÍN**

- Profesor de la Universidad de Barcelona (España)
- Consultor en Molins Defensa Penal

responsables de la corporación, en particular por los encargados de la gestión y administración de las principales divisiones competenciales de la compañía. Posteriormente, su contenido es discutido en sesiones de trabajo personalizadas, que podrían ser (naturalmente, con el consentimiento de los interesados) grabadas.

**C. REFERENCIA A CLASIFICACIÓN DE PROTOCOLOS EN ORGÁNICOS, PROCEDIMENTALES Y SUSTANTIVOS**

Un elemento fundamental de los modelos de prevención de delitos son los protocolos o procedimientos para la formación de la voluntad de las personas jurídicas. Salvo error u omisión, en la propuesta de regulación no se menciona la triple clasificación de protocolos en orgánicos, procedimentales y sustantivos. Los primeros regulan el funcionamiento de determinados órganos de la persona jurídica, como, por ejemplo, el órgano de supervisión, control y cumplimiento. Los segundos contienen las reglas a las que deben someterse los procedimientos fundamentales de los modelos de prevención de delitos, como, por ejemplo, los relativos a la detección de eventuales infracciones (denuncia, investigación interna). Por último, los protocolos sustantivos son aquéllos que regulan determinadas materias específicas, eventualmente vinculadas a algunos de los concretos grupos de delitos que podrían generar responsabilidad penal en la persona jurídica en los correspondientes ordenamientos jurídicos.

En este contexto, en la propuesta se echa de menos la alusión a algunos protocolos orgánicos (singularmente, el regulador del órgano de cumplimiento), procedimentales (protocolos de gestión de crisis) y sustantivos (protocolo de igualdad y prohibición de trato discriminatorio, protocolo de prevención de corrupción pública y privada, protocolo de prevención de delincuencia fiscal).

**D. INSTRUMENTOS PARA EL DESARROLLO DE LA FUNCIÓN DE REACCIÓN**

Tampoco se observa la existencia de referencia alguna a todos aquellos instrumentos con los que necesariamente debe contar un modelo de prevención de delitos para ser considerado eficaz en relación con la función de reacción, que, junto a la de prevención y detección, deben cumplir los programas que nos ocupan para ser considerados eficaces. Recuérdese que la mencionada función de reacción debe ser desarrollada no sólo mediante la previsión de un sistema de reparación y denuncia externa, sino también por medio de la previsión de un sistema sancionador interno paralelo al externo penal y compatible con lo previsto al respecto por el correspondiente convenio colectivo.

**E. REFERENCIA A EXPECTATIVAS DE CIERTO USO PRIVATIVO DE MEDIOS PRODUCTIVOS CORPORATIVOS POR PARTE DEL TRABAJADOR**

En la propuesta ministerial se afirma expresamente, en cambio, que el trabajador carece de toda expectativa de uso privativo de los medios corporativos de la compañía. Debe recordarse, sin embargo, que de acuerdo

con consolidada jurisprudencia comparada, en los casos en los que el medio intervenido por el empresario es un elemento productivo que el empresario pone a disposición del trabajador no para el ejercicio de su derecho a la intimidad, sino para el desarrollo del trabajo que tiene encomendado en la empresa, el conflicto se produce cuando el trabajador hace un uso personalizado de los elementos productivos de la empresa. Se encuentra ampliamente generalizada la idea de una cierta tolerancia a la misma, en casos, por ejemplo, de recepción de mensajes de correo electrónico procedentes del sindicato al que está afiliado el trabajador, o a la lectura de mensajes personales fuera del horario laboral o en los descansos de la jornada de trabajo (1). Lo contrario convertiría el lugar de trabajo en un espacio prácticamente incomunicado. Por lo demás, son obvias las dificultades prácticas de la empresa para establecer una prohibición absoluta del empleo personal de los ordenadores o teléfonos de la empresa. Todo ello conduce a que el trabajador tenga una cierta expectativa de utilización personalizada del teléfono, el ordenador, etc. y, por tanto, de protección de la intimidad también a través de archivos -incluso temporales- (2), mensajes de correo electrónico o conversaciones de contenido privado (3).

Ello no obstante, cuando de elementos productivos de la empresa se trate, el derecho del empresario a controlar el trabajo del empleado prevalece sobre el derecho de éste a realizar un uso personalizado del medio. Para que ello suceda resulta imprescindible —siempre según la jurisprudencia del Tribunal Constitucional— que la empresa haya comunicado previamente al trabajador, como parte de su relación contractual, la existencia de mecanismos de control de conversaciones telefónicas, ordenador, etc. En defecto de tal información, del establecimiento previo de reglas de uso de los medios o, en su caso, de la exclusión de determinadas conexiones, la jurisprudencia entiende que prevalece la expectativa a la intimidad del trabajador.

Evidentemente, un programa de cumplimiento que incorpore un sistema de investigación privada a los trabajadores de una determinada empresa no podrá dejar de tener en consideración este criterio.

Sin perjuicio de lo anterior, la intervención de la empresa debe respetar los principios constitucionales que limitan la restricción de derechos individuales. El principio fundamental es el de proporcionalidad (5). De acuerdo con este principio, el medio de control empleado no puede ser desproporcionado. Tal es el caso, por ejemplo, de aquellos programas informáticos que registran de forma indiscriminada el contenido de todo lo que aparece en la pantalla del trabajador, con independencia de si se trata o no de información profesional o personal. Resultan más respetuosos con el principio mencionado, por ello, los programas de búsqueda ciega, que realizan una búsqueda selectiva de contenidos a partir de una serie de palabras claves de contenido específicamente laboral introducidas previamente en el programa. La selección de las palabras claves deberá no sólo atender al concreto ámbito profesional de que se trate, sino, a ser posible, a los concretos campos semánticos implicados en el correspondiente caso.

Las anteriores observaciones deberían estar indefectiblemente presentes en el correspondiente protocolo de políticas de uso de las tecnologías de la .

información y la comunicación (TIC). En el mismo debería distinguirse adecuadamente entre dos ámbitos que deben quedar nítidamente delimitados: el de las facultades de vigilancia y control de la empresa y el relativo a la realización de investigaciones internas cuando concurra el presupuesto objetivo que habilite a la empresa a tal efecto, esto es, la existencia de indicios de infracción contra el patrimonio de la empresa o alguno de sus miembros. Sólo en este caso se encuentra la compañía exenta del deber de información previa al empleado de las medidas de intervención.

**Notas finales**

(1) Romeo Casabona, Los delitos de descubrimiento y revelación de secretos, 2004, p. 136.

(2) SSTC 26-9-2007, F.J. 4º; 8-3-2001, F.J. 3º; STSJ Cataluña 11-6-2003. Sobre esto vid. Romeo Casabona, Los delitos de descubrimiento y revelación de secretos, p. 137.

(3) STEDH 3-4-2007, Copland contra Reino Unido; STC 26-9-2007, F.J. 2º.

(4) STC 27-12-2010.

(5) STC 8-3-2001, F.J. 4º; 98/2000, 10-4, FF.JJ. 7º y 8º.

## INFORME AL BORRADOR DE LOS “LINEAMIENTOS”

Por José R. Agustina y María Alejandra Vargas Ovalle

I

Para nadie es un secreto que en el —todavía novedoso— contexto legislativo que incorpora a las personas jurídicas como nuevo sujeto de Derecho penal, son muchas las cuestiones que siguen discutiéndose en la doctrina y que plantean dudas interpretativas en la praxis. Por ello, es importante reconocer y valorar positivamente cualquier decisión que implique ceder espacios de reflexión a cuestiones tan controvertidas y al mismo tiempo tan decisivas para el propio sistema de imputación de responsabilidad penal a las personas jurídicas, como en este caso a los “Lineamientos”. Con esta iniciativa de la OA se brinda la oportunidad a especialistas e implicados en todos los ámbitos afectados de ofrecer distintas aportaciones y enriquecer con diversas perspectivas lo que pretende ser una guía técnica eficaz para uno de los aspectos centrales del Derecho penal corporativo en Argentina.

Aunque la propia fórmula de los lineamientos resulta, en sí misma, inusual por su forma y contenido, es una técnica legislativa ya utilizada en Argentina en el marco de la regulación del compliance antilavado y, por tanto, conocida por operadores jurídicos de este país. Por ello, sin entrar a valorar la adecuación del medio elegido para ofrecer directrices —sin forma legal o reglamentaria—, y entendiendo que estos lineamientos se han estimado como el medio más eficaz para aportar claridad a operadores jurídicos, empresas y demás entidades y profesionales del sector, nuestro informe se centrará únicamente en el análisis de aquellas cuestiones que, según nuestra perspectiva y experiencia, podrían aportar mayor claridad a sus destinatarios.



**JOSÉ R. AGUSTINA**

- Profesor de la Universitat Internacional de Catalunya (Barcelona)
- Consultor en Molins Defensa Penal



**ALEJANDRA VARGAS OVALLE**

- Profesora de la Universitat Internacional de Catalunya (Barcelona).
- Abogada penalista

II.

A pesar de las reticencias —principalmente dogmáticas— que ha tenido el Derecho penal de tradición europeo-occidental para aceptar la responsabilidad penal de las personas jurídicas, comenzamos ya a familiarizarnos con algunos conceptos que hasta hace muy poco resultaban ajenos a nuestro Derecho penal. El criminal compliance es sin duda uno de ellos. Ha venido de la mano del delito de empresa y parece que ha llegado para quedarse.

Aunque la mayoría de las formulaciones legales vigentes en Europa y Latinoamérica apuestan por un compliance “voluntario”, es evidente que los efectos eximentes o atenuantes que se atribuyen a los programas de cumplimiento normativo frente a la eventual responsabilidad penal de las personas jurídicas han supuesto su amplia y vertiginosa difusión en el mundo jurídico-empresarial (1).

Precisamente por ello resulta primordial que empresas y operadores del sistema de justicia conozcan el verdadero alcance de lo que a partir de ahora debemos entender como un modelo de integridad “idóneo” en los términos de la ley. La seguridad jurídica así lo aconseja.

III.

Antes de exponer nuestras observaciones al borrador conviene concretar y delimitar lo que será objeto del presente informe, pues excede ampliamente de su objeto y posibilidades entrar a analizar el contenido de la Ley 27.401 de Responsabilidad Penal de Personas Jurídicas, a pesar de que esta constituye la base normativa y razón de ser de los “Lineamientos”. Lo cierto es que nuestra posición es necesariamente crítica en relación con algunos de los principales aspectos previstos en la norma. No solo con el propio sistema o modelo de imputación de responsabilidad penal de las personas jurídicas previsto en la citada ley, sino, más concretamente y en lo que atañe al contenido del borrador, con la regulación de los programas de integridad de los artículos 22 y 23 de la misma norma.

En cualquier caso, no cabe duda de que estamos ante un ámbito novedoso y al que aguardan sucesivas reformas. La experiencia reciente de otros países así lo demuestra. Por ello, entendemos que lo ahora prioritario en este contexto es partir de la realidad normativa vigente para lograr su mejor aplicación y su más claro entendimiento.

Así pues, entendiendo que el borrador no pretende ser otra cosa que una guía técnica para sus destinatarios, resulta imprescindible que el tratamiento de cada uno de los aspectos a los que se hace referencia aporte claridad y precisión a la previsión normativa. En tal sentido, entendemos prioritario atender a las siguientes cuestiones:

**Sobre el carácter obligatorio:** La Ley no establece la obligatoriedad de los programas de integridad y así lo pone de manifiesto el borrador en su apartado 2.1. Sin embargo, entendemos preferible abordar esta cuestión con

una redacción más clara, principalmente porque la propia norma ofrece una redacción confusa al establecer el carácter facultativo mediante la formulación “podrán implementar programas de integridad”, aunque inmediatamente después se refiere al “programa de integridad exigido” para referirse a los términos en que deberá ser diseñado. Lo cierto es que el carácter facultativo de su adopción es, en cierto modo, “matizable” si atendemos, por ejemplo, a los efectos legales previstos en el art. 24, que establece como condición necesaria la existencia de dichos programas para la contratación con el Estado. Por tal motivo, resulta preferible que los lineamientos expliquen las verdaderas consecuencias de la no implementación de un programa de integridad.

En el mismo sentido, parece preferible insistir en que ese carácter facultativo abre a las empresas otras posibilidades de gestión empresarial distintas al diseño e implementación de un programa de integridad, pero de ningún modo debe interpretarse como una opción para omitir cualquier tipo de diligencia ante riesgos penales previstos y sancionados en la ley. Así, por ejemplo, se podría hacer referencia a la posibilidad de establecer mecanismos aislados de prevención, control, supervisión, detección y sanción, que no necesariamente queden insertos en un programa de integridad propiamente dicho, si las características de la organización así lo permite, todo ello en lugar de afirmar que la decisión sobre implantar o no un programa de integridad “en cualquier caso, sólo puede ser el fruto de un libre análisis de costo-beneficio”. Esto podría dar a entender que a las pequeñas y medianas empresas (con un entramado organizativo más sencillo y una capacidad económica menor) resultaría inconveniente emprender el camino del compliance.

**Sobre el carácter adecuado:** Probablemente sea en la determinación de aquello que resulta exigible y suficiente para entender que un programa de integridad es “adecuado” —de conformidad con lo dispuesto en el art. 9 de la ley para la exención de la pena—, donde se espera el mayor aporte de estos lineamientos.

La ambigüedad y la opacidad de la norma en este sentido —que parece buscar intencionadamente una mayor flexibilidad y autonomía en la autorregulación de las empresas— puede dar pie a varios problemas en la práctica. Por un lado, la difusión de programas de cumplimiento cosméticos (make up compliance) ante la imposibilidad de concretar el verdadero contenido y alcance de un programa de integridad “adecuado”. Por otro, la proliferación de estándares y regulaciones privadas que acaben “encorsetando” aquello que el legislador decididamente ha querido dotar de libertad, sin ofrecer más que una perspectiva privada del compliance pero que, en todo caso, no tendrá garantías legales para las empresas ni debería condicionar los criterios de valoración judicial. Es por tanto una oportunidad única para el sistema argentino que el pronunciamiento de la OA sea claro y contundente en este sentido, ya desde la publicación de los “Lineamientos” que ahora se someten a debate público.

En tal sentido, entendemos recomendable aclarar en estos lineamientos que

no existen certificaciones, estándares u otras reglamentaciones paralegales que garanticen por sí solas que un programa resulta “adecuado” o “constituya un sistema de supervisión y control adecuado”. La ley se limita a definir en qué consiste un programa de integridad: “conjunto de acciones, mecanismos y procedimientos internos de promoción de la integridad, supervisión y control, orientados a prevenir, detectar y corregir irregularidades y actos ilícitos comprendidos por esta ley”. Y concreta a continuación los tres aspectos fundamentales que deben cumplirse en los programas: “guardar relación con los riesgos propios de la actividad que realiza la persona jurídica, con su dimensión y con su capacidad económica”. Solo cuando el programa implantado por una empresa permita justificar que se cumplen tales parámetros podrá entenderse que es “adecuado”, para lo cual será necesario un análisis individualizado de la realidad empresarial y el programa adoptado en cada caso y nunca será una garantía contar con certificaciones existentes o futuras.

**Sobre los elementos que podrían integrar un programa:** El análisis que efectúa el apartado 2.3 del borrador sobre los elementos que el legislador ha decidido recoger en el art. 23 de la ley es necesariamente un desarrollo de lo anterior, del carácter “adecuado” del programa de integridad. Así se desprende del tenor de la norma que prevé como elementos necesarios u obligatorios de los mismos: el código de ética o de conducta, las reglas y procedimientos específicos para prevenir delitos en las relaciones con el sector público y la capacitación periódica a directores, administradores y empleados sobre el programa de integridad; y como otros elementos posibles: el análisis periódico de riesgos, el apoyo de la alta dirección y gerencia, los canales internos de denuncias, la política de protección de denunciantes, sistema de investigación interna que respete los derechos de los investigados y establezca sanciones, etc.

Ya hemos dicho que no sería objeto de este informe valorar el contenido de la ley. Sin embargo, no puede obviarse en este punto que el borrador parte necesariamente de una premisa legal que es, a nuestro modo de ver, incorrecta. No solo porque parece desacertada la clasificación que distingue entre elementos necesarios y otros posibles, sino, además, porque al listar tales elementos da pie a interpretaciones confusas -por ejemplo, en lo que se refiere a la evaluación de riesgos- (2) y porque algunos de esos elementos no se corresponden con lo que el propio legislador ha definido como programa de integridad (acciones, mecanismos y procedimientos). Tal es el caso del “apoyo visible e inequívoco al programa de integridad por parte de la alta dirección y gerencia” o el “cumplimiento de las exigencias reglamentarias que sobre estos programas dicten las respectivas autoridades”. Sin dejar de ser dos aspectos importantes en el ámbito del compliance, no parece correcto afirmar que sean “elementos” que integran un programa de compliance en sí mismo.

Partiendo de esta consideración y en el entendido de que resulta conveniente reformar este aspecto de la norma, entendemos que los lineamientos podrían aportar claridad en algunas cuestiones fundamentales sin apartarse del mandato legal, incorporando las siguientes consideraciones:

**Primero.-** Conviene destacar que cada uno de los pasos para el diseño e

implementación de un programa de integridad que se contemplan en el borrador debe quedar debidamente documentado a efectos de su "trazabilidad". Así, por ejemplo, cuando se hace referencia al compromiso de la alta dirección como primer paso, es importante remarcar que ese compromiso debe ser explícito y abre en cierto modo el proceso de compliance que adopta la empresa, por lo que resulta indispensable que, en un acta formal, se refleje cómo y en qué fecha la Alta Dirección de la empresa comunica a los miembros de la organización que se asume un compromiso de gobierno corporativo del que todos formarán parte. Por citar otro ejemplo, también en relación con la capacitación es importante que los lineamientos insistan en la importancia de poder evidenciar la formación y evaluación a la que se someten los miembros de la organización, no solo a efectos eventualmente probatorios en sede judicial, sino a fin de constatar y evaluar el progreso y la eficacia del programa de integridad en el futuro.

**Segundo.-** Es importante insistir en la importancia de la confidencialidad y protección de los trabajadores desde el inicio del proceso de diseño del programa de integridad. Solo una recogida "segura y transparente" de la información necesaria para identificar y evaluar los riesgos permitirá obtener un mapeo real de los mismos. Así pues, todas aquellas garantías sobre las que se insiste en fases posteriores, concretamente en relación con las denuncias e investigaciones internas, deben ponerse en práctica y hacerse de conocimiento público desde que se asume el compromiso de la Alta Dirección.

Si la información que brindan los trabajadores no es fiable decae cualquier expectativa de efectividad del programa. Por ello, la confidencialidad debe ser una premisa básica desde el inicio del proyecto y así debe expresarse por parte de la dirección al momento de presentar el proyecto al resto de la organización; y así debe ponerse de manifiesto en cada una de las entrevistas que se hacen a directivos y trabajadores en la primera fase relativa a la evaluación de los riesgos.

**Tercero.-** Entendemos prioritario ahondar en la extensión y límites de la figura del responsable de integridad. Aunque la ley no establece el carácter obligatorio de esta figura, lo menciona como uno de los elementos que puede integrar un programa de integridad idóneo y, de hecho, el borrador insiste en la importancia de su figura para un programa de integridad exitoso.

Lo cierto es que la figura del llamado compliance officer se ha venido asumiendo de forma generalizada en el mundo empresarial internacional, adoptando funciones como las que se describen en el apartado 3.10 del borrador, pero sin reparar en las diversas connotaciones que unas y otras legislaciones le otorgan a la hora de delimitar sus responsabilidades.

De hecho, parece existir cierto consenso en la exigencia de autonomía e independencia para la nueva figura del compliance officer, aunque lo cierto es que la experiencia en países no anglosajones con responsabilidad penal corporativa, nos demuestra que la realidad empresarial no se compadece con este perfil de alta dirección (3). Ello tendrá importantes consecuencias a la hora de concretar la extensión y límites de la delegación efectuada en favor

del oficial de cumplimiento y de la propia asunción de responsabilidades y posiciones de garantía por parte de esta nueva figura. No podemos olvidar que, con independencia de la nueva responsabilidad penal corporativa, subsiste inalterado el régimen de responsabilidad individual de las personas físicas en el ámbito corporativo y, dentro del mismo, surgirán dudas interpretativas acerca de la posición de garante que asume el compliance officer frente a los riesgos y control de los mismos en el seno de la organización.

**Cuarto.-** Partiendo de las consideraciones efectuadas sobre la posibilidad de que a corto plazo proliferen certificaciones y estándares privados en materia de compliance, y teniendo en cuenta que los lineamientos pretenden ofrecer una guía técnica a todos aquellos profesionales vinculados a la gestión, supervisión y control de la legalidad en el entorno empresarial, sugerimos hacer expresa referencia a normas estandarizadas a nivel internacional que pueden profundizar en ciertos aspectos tratados en el borrador, tales como la ISO 37001 sobre sistemas de gestión antisoborno, o la norma ISO 19600 de Sistemas de Gestión de Compliance, o el estándar nacional UNE 19601, normas todas ellas que pueden servir de referencia al sistema argentino en determinados aspectos.

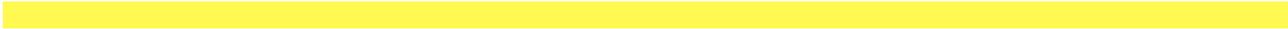
Se trata en todo caso de un ámbito todavía novedoso, sobre el que todavía queda mucho por analizar y en el que la práctica nos irá aportando mejores soluciones. Sin duda queda por delante una ardua tarea para operadores jurídicos, empresas y demás sectores involucrados en aras de conseguir una correcta estructuración del compliance penal asociado a la corrupción o a otros ámbitos a los que sea aplicable el sistema de responsabilidad penal de las personas jurídicas.

#### **Notas finales**

- (1) Consecuencias legales que en el caso argentino son incluso más amplias, pues junto a los efectos eximentes y atenuantes (artículos 9 y 8 de la Ley n° 27.401, respectivamente), la adopción de un programa de integridad adecuado puede ser condición necesaria de un posible acuerdo de colaboración eficaz (art. 18) o requisito indispensable para poder contratar con el Estado Nacional en determinados supuestos (art. 24 de la misma Ley).
- (2) Aunque parece que no hay una interpretación uniforme de esta cuestión en la doctrina, lo cierto es que la no mención del mapa de riesgos entre los elementos obligatorios del programa de integridad listados en el art. 23 de la Ley 27.401 solo puede entenderse en el sentido de que no forma necesariamente parte del manual que la empresa pone a disposición de propios y terceros para demostrar sus políticas de cumplimiento. Que resulta desde todo punto necesario evaluar y detectar los riesgos inherentes a cada organización es obvio y además es una consecuencia necesaria de la propia redacción de la norma que exige una relación entre las acciones emprendidas y los riesgos propios de la actividad. Así, al hacer referencia al “análisis periódico de riesgos” entre los elementos facultativos, el legislador se estaría refiriendo al análisis continuado y posterior al diseño del programa.
- (3) Es importante tener en cuenta la experiencia práctica en Argentina con la figura del oficial de cumplimiento antilavado, cuyas funciones se regulan en

---

los artículos 11 y 12 de la Resolución 30-E/2017 de la UIF y que previsiblemente servirán de pauta para concretar las funciones del oficial de cumplimiento en el ámbito de la corrupción.



# INFORME DE VALORACIÓN SOBRE EL CONTENIDO DEL BORRADOR DE LOS “LINEAMIENTOS”

Por Raquel Montaner

## A. INTRODUCCIÓN

Atendiendo a la estructura del documento borrador sobre los “Lineamientos”, en el presente informe se efectúan una serie de sugerencias siguiendo el propio orden de los aspectos desarrollados en el mencionado documento.

## B. SOBRE LOS PROGRAMAS DE INTEGRIDAD. CUESTIONES GENERALES.

En el segundo párrafo (p. 4), además de la mención a que el programa sea una “una respuesta consistente con sus riesgos, necesidades y desafíos”, añadiría que sea “una respuesta consistente con sus dimensiones, estructura organizativa, con su actividad empresarial, sus recursos, riesgos, necesidades y desafíos”. En mi opinión, es importante destacar que la proporcionalidad de un programa depende, en buena parte, de la realidad individual de cada organización empresarial.

En relación con este párrafo: “Resultará aconsejable entonces llevar adelante las actividades de evaluación, diseño e implementación con seriedad y en base a criterios propios. Partiendo de un autodiagnóstico previo crudo, profundo, realista. Tomando en consideración las referencias especializadas pero sin copiar modelos o descansar irreflexivamente en recetas o soluciones prefabricadas”.

Atendiendo a las diferentes fases en la elaboración del programa, propongo la siguiente redacción: “Resultará aconsejable entonces llevar adelante las actividades de diseño e implementación del Programa con seriedad y en base a criterios propios. A estos efectos, será necesario que la identificación inicial de los riesgos, así como su posible



**RAQUEL MONTANER**

- Profesora de la Universidad Pompeu Fabra (España)
- Directora y Consultora en Corporate Defense en Molins Defensa Penal (España)

evaluación con base en criterios técnicos, se realice de forma individualizada y atendiendo a las concretas características de la organización en cuestión. Si bien es cierto que cabe tomar en consideración las referencias especializadas, no es aceptable la copia de modelos de terceros o descansar irreflexivamente en recetas o soluciones prefabricadas”. Es más, debería señalarse que, tras la fase de diseño del programa –incluyéndose aquí la identificación y evaluación del riesgo–, es necesaria la efectiva implantación del programa. En este sentido, es fundamental que la organización adopte concretas acciones. Entre ellas, no solamente la aplicación de protocolos de prevención y otras medidas de control técnico, sino también la realización de actividades de formación y sensibilización.

### **I. Regulación del programa en los arts. 22 y 23 de la Ley**

Cabe destacar el párrafo segundo de este apartado (p. 6): “Si bien ninguna empresa puede eliminar de forma total la posibilidad de que se cometan -en contra de la voluntad corporativa adecuadamente expresada y transmitida- actos de corrupción en su nombre, interés o beneficio, un Programa puede ayudar a reducir sensiblemente las chances de que eso ocurra, disminuir el impacto negativo de tales comportamientos, aumentar las posibilidades de detección temprana y oportuna, facilitar la decisión de reportarlos a tiempo a las autoridades y contribuir a su correcta y clara comunicación y explicación”. En mi opinión, en este apartado también debería incluirse una referencia a la reputación corporativa. Como bien se señala, el riesgo cero es inalcanzable. Sin embargo, si antes de la comisión delictiva se posee un programa de integridad adecuado, el impacto empresarial de la dicha comisión puede ser menor. También el programa es una forma de mantener la buena reputación empresarial. Además, a estos efectos, el programa de integridad puede llegar a prever un Comité de Crisis como organismo que se ocupe de trazar la estrategia de comunicación y gestión del delito cuya comisión haya tenido lugar a través de la empresa.

En cuanto a lo que se menciona en el último párrafo de la p. 7 (“(...) hacer lo correcto requiere reglas, organización y método.”, añadiría que también requiere “la inversión en recursos económicos y capital humano”.

### **II. Carácter adecuado del programa**

Efectivamente, debe hacerse hincapié en la necesidad de individualizar la adecuación del programa de integridad a las características de la organización. En relación con las tres pautas señaladas para poder llegar a afirmar que un programa es adecuado –a saber, riesgo, dimensión y capacidad económico–, proceden los siguientes comentarios:

- En cuanto al riesgo de comisión de alguna de las conductas delictivas: cabe señalar que su identificación es distinta de la que puede ser su valoración o evaluación. A estos efectos, si se recurre a elementos empresariales de valoración, procede diferenciar entre aquellos “riesgos brutos” identificados y aquellos “riesgos netos” procesados. De este modo, si bien el desarrollo de una determinada actividad puede llevar aparejado un determinado/s riesgo/s delictivo/s (bruto/s), la valoración final de este/os riesgo/s debería tener en

cuenta los controles y medidas técnicas de prevención que haya podido adoptar la persona jurídica. De este modo, se podría llegar a una valoración - cuando menos, empresarialmente relevante- de la probabilidad de producción de ese riesgo (neto).

- Respecto a la dimensión de la persona jurídica: en efecto, la dimensión de la persona jurídica es un elemento vinculado con la proporcionalidad de cualquier programa de integridad. El éxito de la implementación de un programa depende, en buena parte, de que el sistema configurado sea aplicable. Los riesgos delictivos de una persona jurídica no solamente están vinculados con la naturaleza de actividad que desarrollen, sino también con su forma de organización. En este sentido, en las empresas de pequeñas dimensiones no existirá una organización compleja y, por tanto, probablemente los riesgos de una mala gestión empresarial serán más bajos.

- Por último, respecto a la capacidad económica: éste es un elemento que no solamente está vinculado con la clase y complejidad de las actividades empresariales que se desarrollen, sino también con la capacidad real de invertir en cumplimiento normativo. También aquí debe recurrirse al criterio de la proporcionalidad. De este modo, la inversión en materia de cumplimiento en las empresas con una elevada capacidad económica debe ser también más elevada. Ello se puede poner de manifiesto, por ejemplo, en la propia configuración del órgano de supervisión o de cumplimiento del programa. En cambio, en empresas con una menor capacidad económica, resulta lógico que la inversión en cumplimiento sea más reducida e incluso que las funciones de supervisión sean asumidas por un profesional que no pueda dedicarse de forma exclusiva a dichas funciones.

### **III. El catálogo de elementos provisto por la Ley**

En mi opinión, y en relación con lo señalado en el último párrafo de este apartado, sería conveniente añadir alguna referencia a la normativa técnica aplicable en materia de cumplimiento normativo. A estos efectos, y convirtiéndose en un parámetro orientativo tanto para las organizaciones empresariales como también para los operadores jurídicos, existen determinadas normas técnicas –vid. por ejemplo ISO 19600 sobre Sistemas de Gestión de Compliance– que operan también como parámetros orientativos en la implementación de un programa.

### **IV. Pasos para el diseño e implementación de un programa**

Entre los pasos secuenciales mencionados, debería añadirse el de formación y sensibilización. Más allá de la implementación de concretas medidas de control y supervisión, es necesario extender a toda la organización la integridad y la cultura de cumplimiento. A estos efectos, se debe elaborar un Plan de Formación anual y, de ahí, llevar a cabo diversas acciones de formación atendiendo al perfil de los miembros asistentes.

### **V. Evaluación inicial de riesgos**

En primer lugar, cabría plantearse la modificación del título de este

apartado. Mi sugerencia es que se titule “Identificación inicial de riesgos”.

En segundo lugar, también es necesario indicar que la identificación de los riesgos no es estrictamente un paso previo al diseño del programa, sí la primera parte de su diseño. Por ello, también sugiero esta modificación.

Además de lo que se comenta en este apartado, debe tenerse en cuenta que la identificación de los riesgos –“evaluación” según el texto– puede o bien ser una actividad que desarrolle internamente la organización empresarial o bien puede ser una tarea externalizada a terceros profesionales. En este último caso, será necesario tener en cuenta que en función del perfil de profesional que acometa esta función, la identificación de riesgos tendrá una naturaleza más o menos jurídico-penal.

Efectivamente, en este apartado se hace la distinción entre riesgo inherente (o riesgo bruto) y riesgo residual (o riesgo neto). En el marco del cálculo de la variable de la probabilidad del riesgo, será conveniente atender no solamente a una perspectiva jurídica, sino también a parámetros de auditoría.

## **C. CONTENIDOS DEL PROGRAMA**

### **I. Apoyo de alto nivel al programa**

En efecto, los órganos de gobierno y gerencia de la organización tienen un papel fundamental no solamente en la configuración o diseño, sino también en el devenir de un programa de integridad. En este sentido, y más allá de las funciones que pueda asumir un responsable interno de la supervisión del programa, está en manos de alta dirección de la empresa la transmisión de los valores y principios de actuación del programa. De hecho, y al ser ellos las personas titulares de los ámbitos de riesgo de la empresa, tienen un papel primordial en el liderazgo y difusión del Programa.

En este sentido, además de lo que se señala en el texto, debería mencionarse la necesidad de poner de manifiesto, desde el inicio, el liderazgo del órgano de gobierno o de administración de la persona jurídica. Es por ello que, en lo que respecta a las primeras fases del diseño del programa, debe existir constancia documental por parte del órgano de administración. Así, será necesario que se dicten, entre otras, las actas correspondientes a la aprobación del programa, así como a la constitución de un órgano de supervisión o de nombramiento del un encargado de la supervisión.

### **II. Políticas y procedimientos de integridad (Código de Ética)**

En este apartado sería necesario señalar que el Código Ético es una norma de alto nivel y que, por tanto, en un sistema de gestión del riesgo se convierte en una norma de autorregulación fundamental. Por tanto, y si bien según la regulación Argentina en materia de responsabilidad de las personas jurídicas su existencia es alternativa a la de otras políticas, es recomendable que todas las organizaciones empresariales dispongan de un Código ético diferenciado del resto de políticas de integridad. La trascendencia en materia de

integridad del Código ético no solamente se manifiesta ad intra de la empresa, sino también ad extra.

En cuanto a los posibles contenidos del Código ético, mi sugerencia es que, en lugar de aludir a la “regulación aplicable”, se haga referencia a “las pautas regulatorias fundamentales” en la organización. De hecho, y por establecer un orden lógico, antes de esta alusión a las pautas regulatorias, conviene referirse a la “misión, objetivos y visión” de la organización. Además, entre los posibles contenidos del Código también sería recomendable aludir a los rasgos generales de la política ambiental de la empresa.

Por último, también cabe poner de manifiesto que, si bien el Código ético es un documento al que deben tener acceso, conocer y aceptar todos los miembros de la empresa, no necesariamente debe predicarse lo mismo respecto de otro tipo de políticas o protocolos de prevención vinculados con la prevención de conductas delictivas. A estos efectos, es necesario que cada uno de los protocolos de prevención de riesgos penales tenga, además de un supervisor, un destinatario principal de su implementación en la empresa. En esta medida, los directivos de cada área de competencia de la empresa ocupan un papel fundamental como destinatarios principales de los protocolos de prevención. A partir de aquí, deben ser ellos, junto con el acompañamiento del órgano de supervisión, los que se encarguen de trasladar el contenido del protocolo o política de prevención que afecte a su ámbito de actividad a sus trabajadores.

### **III. Integridad en procedimientos licitatorios**

No hay comentarios.

### **IV Capacitación**

En efecto, la formación y sensibilización en materia de integridad y de prevención de conductas corruptas es un aspecto fundamental de cualquier sistema de gestión de riesgos. De hecho, es uno de los elementos sobre los que se podrá fundamentar la cualidad de “adecuado” de un programa de integridad. Si bien el liderazgo en la implementación de un programa está en manos de la alta dirección de la empresa, la eficacia del sistema de gestión de riesgos depende del alineamiento de todos los miembros de la empresa. En esta medida, una correcta planificación de las acciones formativas así como la inversión correspondiente son aspectos esenciales.

### **V. Canales internos de denuncia**

En este apartado conviene señalar que, en el marco de la gestión del canal de denuncias debe tenerse en cuenta que la información que se trata es de carácter reservado o sensible. En esta medida, en la gestión de este instrumento, así como de la información que se reciba a través de este canal, deberá tenerse en cuenta la regulación aplicable en materia de protección de datos. Ello es fundamental tanto para salvaguardar los derechos de la persona denunciante, de la denunciada, así como los propios intereses de la organización empresarial.

## **VI. Protección del denunciante**

A los efectos de la protección del denunciante, además de atender a la regulación aplicable en materia de protección de datos, es fundamental disponer de un protocolo de gestión del canal de denuncias e investigaciones internas.

## **VII. Investigación interna**

No hay comentarios. Me parece correcto el contenido.

## **VIII. Debida diligencia hacia terceros**

En el marco de los procedimientos de diligencia frente a terceros que mantienen un determinado vínculo empresarial o comercial con la empresa, es conveniente que en los contratos que se formalicen se añada una cláusula referente a la política de integridad e incluso exigir el compromiso de que el partner de negocio se comporte también respetando la normativa exigible y las normas de integridad de la empresa con la que se relaciona.

No se trata de “controlar” a los terceros, sino de conocer con quién se contrata. A estos efectos, además de lo establecido en el párrafo anterior, entre las medidas de prevención frente a terceros es procedente solicitar información vinculada con su solvencia financiera y fiscal.

## **IX. Debida diligencia en procesos de transformación societaria**

No hay comentarios.

## **X. Responsable interno**

La figura del “responsable interno a cargo del desarrollo, coordinación y supervisión del Programa de Integridad” ha recibido diferentes denominaciones. Así, en otros ordenamientos jurídicos se utiliza la expresión de órgano de cumplimiento, de encargado, delegado o responsable de cumplimiento o, en terminología anglosajona, compliance officer.

Cabe señalar que no existen exigencias legales específicas sobre cuál debe ser el perfil profesional del responsable interno, así como tampoco de su configuración orgánica en la empresa. En este sentido, la delimitación de esta figura es algo que principalmente se desarrolla a partir de la autorregulación empresarial.

Si bien la situación ideal es que el responsable interno sea un profesional que desarrolla la función de cumplimiento de forma exclusiva, la realidad empresarial muestra que, de momento, en muchas ocasiones la persona que desarrolla esta función lo hace junto con otras funciones en la empresa. Desde luego, ésta no debería ser la situación generalizable pues el objetivo es que el responsable sea un cargo con la máxima independencia –jerárquica y funcional– posible, así como con suficiente autonomía operativa.

Entre las funciones principales del responsable interno debería incluirse la

---

función de reporte de información. . El responsable interno debe reportar a la alta dirección de la empresa las posibles incidencias e incumplimientos detectados. Con ello, debe ser la alta dirección la que tome las decisiones pertinentes en relación con el incumplimiento detectado.

#### **XI Análisis periódico de riesgos**

En efecto, el programa implementado en la organización debe estar actualizado a las circunstancias del momento. Por ello, es necesario incorporar entre las políticas de cumplimiento una planificación de la verificación del programa. A estos efectos, es recomendable elaborar un protocolo de verificación. De ahí, se desprende las acciones concretas de verificación, entre las que se incluye un análisis periódico de los riesgos.

#### **XII. Monitoreo y evaluación continua de la efectividad del Programa**

No hay comentarios.

---

función de reporte de información. . El responsable interno debe reportar a la alta dirección de la empresa las posibles incidencias e incumplimientos detectados. Con ello, debe ser la alta dirección la que tome las decisiones pertinentes en relación con el incumplimiento detectado.

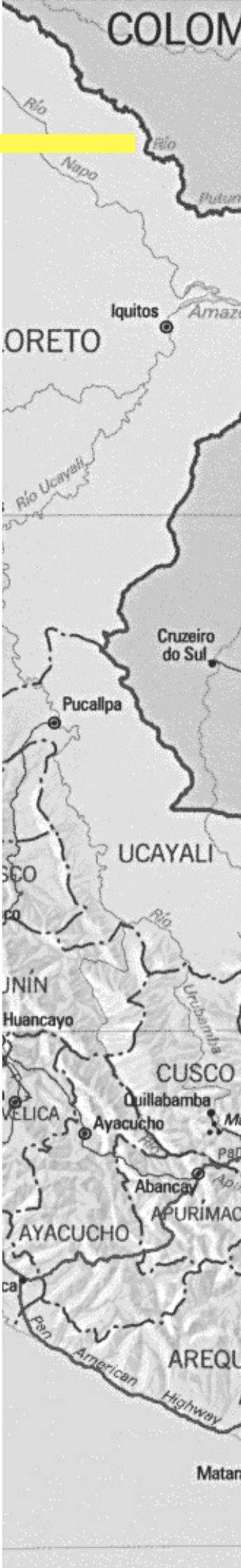
#### **XI Análisis periódico de riesgos**

En efecto, el programa implementado en la organización debe estar actualizado a las circunstancias del momento. Por ello, es necesario incorporar entre las políticas de cumplimiento una planificación de la verificación del programa. A estos efectos, es recomendable elaborar un protocolo de verificación. De ahí, se desprende las acciones concretas de verificación, entre las que se incluye un análisis periódico de los riesgos.

#### **XII. Monitoreo y evaluación continua de la efectividad del Programa**

No hay comentarios.

# PERÚ





# REPORTE AL BORRADOR DE LOS “LINEAMIENTOS”

Por Dino Carlos Caro Coria /  
Percy André Sota Sánchez

## A. INTRODUCCIÓN

El presente reporte tiene por objeto emitir un pronunciamiento crítico-constructivo desde la tribuna académica respecto al borrador de los “Lineamientos”, el cual está puesto a consideración de la comunidad especializada, cuya texto final será el resultado de una evaluación exhaustiva de los pronunciamientos que se realicen y del debate que al respecto se genere.

De esta manera, el análisis que a continuación expondremos parte de una triple perspectiva: legal, corporativa y de auditoría, la cual consideramos que es la forma correcta para analizar y, eventualmente, valorar los programas de integridad de la Ley N° 27.401.

El 1 de diciembre de 2017 se publicó en el Boletín Oficial N° 33.763 la Ley N° 27401 [en adelante: la Ley], que establece el régimen de responsabilidad penal aplicable a las personas jurídicas privadas, de capital nacional o extranjero, con o sin participación estatal, por los delitos de: (i) Cohecho y tráfico de influencias, nacional y transnacional; (ii) Negociaciones incompatibles con el ejercicio de funciones públicas; (iii) Concusión; (iv) Enriquecimiento ilícito de funcionarios y empleados; y, (v) Balances e informes falsos agravados.

En el artículo 9° de la citada Ley se asigna al programa de integridad una función específica como eximente de pena, cuando concurren simultáneamente tres circunstancias, siendo una de ellas que la persona jurídica hubiere implementado un sistema de control y supervisión adecuado en los términos de los artículos 22 y 23 de la Ley, con anterioridad al hecho del proceso, cuya violación hubiera exigido un esfuerzo de los intervinientes en la comisión del delito [artículo 9° literal b) de la Ley].



**DINO CARLOS CARO  
CORIA**

- Profesor de la Universidad del Pacífico y de la Universidad de Lima
- Socio Fundador y Gerente General de Caro & Asociados
- Presidente de la Asociación Peruana de Compliance



**PERCY ANDRÉ SOTA  
SÁNCHEZ**

- Abogado asociado y Coordinador de la División de Cumplimiento en Caro & Asociados

Sin embargo, como bien se sostiene en el borrador de Lineamientos de Integridad, la exención de penal no es la única función asignada, ya que la Ley también le atribuye una función de atenuación de pena, de condición para un acuerdo de colaboración eficaz o de requisito para participar en una licitación pública estatal.

**B. SOBRE LOS ARTÍCULOS 22 Y 23 DE LA LEY N° 27.401**

En el art. 22 de la Ley se define al Programa de Integridad como un conjunto de acciones, mecanismos y procedimientos internos de promoción de la integridad, supervisión y control, orientados a prevenir, detectar y corregir irregularidades y actos ilícitos comprendidos por esta ley (haciendo referencia a los delitos previamente señalados).

En la misma disposición legal se reconoce la voluntariedad (1) de implementar este programa mediante el término “podrán”, pero a su vez se establece que en el caso de que la persona jurídica adopte un programa de integridad, el mismo deberá guardar relación con tres pautas generales: los riesgos propios de la actividad social, dimensión y capacidad económica de la persona jurídica, de acuerdo con la reglamentación que eventualmente se establezca, a partir de las cuales podrán elaborarse e implementarse los elementos del programa de integridad regulados por el art. 23.

En el art. 23 de la Ley se establecen los elementos mínimos que debe tener un programa de integridad, a efectos de ser valorado conforme a este instrumento normativo. A su vez, se diferencian entre elementos mínimos necesarios y facultativos.

Los elementos mínimos necesarios son: (i) Un código de ética o de conducta, o la existencia de políticas y procedimientos de integridad aplicables a todos los directores, administradores y empleados, independientemente del cargo o función ejercidos, que guíen la planificación y ejecución de sus tareas o labores de forma tal de prevenir la comisión de los delitos contemplados en esta ley; (ii) Reglas y procedimientos específicos para prevenir ilícitos en el ámbito de concursos y procesos licitatorios, en la ejecución de contratos administrativos o en cualquier otra interacción con el sector público; y, (iii) La realización de capacitaciones periódicas sobre el Programa de Integridad a directores, administradores y empleados.

Los elementos mínimos facultativos son: (i) El análisis periódico de riesgos y la consecuente adaptación del programa de integridad; (ii) El apoyo visible e inequívoco al programa de integridad por parte de la alta dirección y gerencia; (iii) Los canales internos de denuncia de irregularidades, abiertos a terceros y adecuadamente difundidos; (iv) Una política de protección de denunciadores contra represalias; (v) Un sistema de investigación interna que respete los derechos de los investigados e imponga sanciones efectivas a las violaciones del código de ética o conducta; (vi) Procedimientos que comprueben la integridad y trayectoria de terceros o socios de negocios, incluyendo proveedores, distribuidores, prestadores de servicios, agentes e intermediarios, al momento de contratar sus servicios durante la relación comercial; (vii) La debida diligencia durante los procesos de transformación

societaria y adquisiciones, para la verificación de irregularidades, de hechos ilícitos o de la existencia de vulnerabilidades en las personas jurídicas involucradas; (viii) El monitoreo y evaluación continua de la efectividad del programa de integridad; (ix) Un responsable interno a cargo del desarrollo, coordinación y supervisión del Programa de Integridad; y, (x) El cumplimiento de las exigencias reglamentarias que sobre estos programas dicten las respectivas autoridades del poder de policía nacional, provincial, municipal o comunal que rija la actividad de la persona jurídica.

Consideramos que separar estos elementos del programa de integridad en necesarios y facultativos es una decisión legislativa inadecuada, pues de una simple lectura de estos últimos, parece que todos ellos deberían pasar a ser considerados como elementos necesarios. Por ejemplo, si tomamos como referencia la Norma Técnica Española UNE 19601 “Sistemas de gestión de compliance penal. Requisitos con orientación para su uso” (2), podremos observar que los elementos que conformarían un adecuado sistema de compliance penal y que por ende deberían ser de necesaria concurrencia coinciden con los elementos facultativos.

Otro ejemplo nos puede brindar la praxis en materia de compliance penal, a partir de la cual podemos afirmar que es inconcebible un programa de cumplimiento en materia penal donde previamente no se hayan evaluado los riesgos penales de incumplimiento (mapa de riesgos), por lo que la evaluación de riesgos (que es una tarea jurídica y de auditoría) debe ser un componente necesario y permanentemente actualizable de cualquier programa de cumplimiento que pretenda ser efectivo; sin embargo, el art. 23 de la Ley ubica a este elemento como facultativo (3).

### **C. SOBRE EL CARÁCTER ADECUADO DEL PROGRAMA DE INTEGRIDAD**

En el apartado 2.2 del borrador de los “Lineamientos” se señala que las personas jurídicas solo podrán acceder a los efectos beneficiosos que determina la Ley si sus programas de integridad resultan “adecuados”, lo que solo se configura si el diseño e implementación concretos responden a tres pautas claramente establecidas: riesgo, dimensión y capacidad económica.

Consideramos que dicha afirmación es parcialmente incorrecta. Si bien es cierto que la Ley exige que el programa de integridad debe observar “los riesgos propios de la actividad, dimensión y capacidad económica” de la persona jurídica (pautas generales), no es cierto que la observancia de dichos presupuestos generales garantice que el programa de integridad sea “adecuado”. Es más, consideramos que estas pautas generales son transversales y deben valorarse permanentemente durante la elaboración o actualización de los diversos elementos del programa de integridad, e incluso a partir de estas pautas generales es que puede se puede empezar a desarrollar el DAFO de la persona jurídica que implementará su programa de integridad.

El problema advertido pasa por la interpretación del término “adecuado”, lo que nos lleva a preguntarnos ¿cuándo es adecuado un programa de integridad? A priori puede pensarse que un programa de integridad es

adecuado cuando se siguen las pautas generales del artículo 22° o cuando concurren los elementos del artículo 23° de la Ley; sin embargo, esa respuesta es incorrecta. Pues, si en un caso concreto una persona jurídica implementa un programa de integridad siguiendo las pautas generales del art. 22 y los elementos mínimos necesarios del art. 23 de la Ley, pero aun así ocurre un delito imputable a la persona jurídica, cabría al menos cuestionar si es que acaso el Programa de Integridad de dicha persona jurídica fue adecuado.

Un programa de integridad “adecuado” en los términos de la Ley debe interpretarse como “eficaz”, lo que evidentemente no garantiza de forma absoluta que la persona natural no cometa un delito (hecho de conexión), sino que garantiza que el hecho de conexión no sea imputado a la persona jurídica, por cuanto la persona natural solo pudo cometer el delito eludiendo de modo fraudulento los controles del programa de integridad (4) o, en términos de la Ley, realizando esfuerzos para vulnerarlo.

Sin embargo, aún subsiste la pregunta de ¿cuándo es adecuado (eficaz) un programa de integridad? Para dar respuesta a ello, Nieto Martín propone un test para evaluar la eficacia del compliance, denominado “test de debido control” (5), el cual contiene:

I) Previsibilidad del delito, para lo cual es determinante el análisis de riesgos que viene a medir la probabilidad de que ocurra una infracción en la entidad y las actividades o procedimientos en la que resulta más probable; el debido control es un estándar de diligencia debida —se trata de controlar razonablemente— y para ello la herramienta clave es el análisis de riesgos.

II) La eficacia de los controles ex ante, el cual es el segundo paso del Test en la medida que el delito haya resultado previsible, lo cual implica un doble análisis. En primer lugar, evaluar la eficacia de los elementos básicos o transversales del compliance, cuya función es comprobar si desde la dirección de la empresa se han hecho esfuerzos serios y de manera continuada por crear una cultura de legalidad y establecer controles apropiados y no tanto por ver qué ha pasado en el caso concreto. En segundo lugar, se deberá evaluar la eficacia de los controles específicos, donde se examinan la existencia de medidas de prevención para hechos similares a los que han ocurrido, donde deberán tenerse en cuenta, especialmente, la existencia de estándares en materia de compliance.

III) La eficacia de los controles ex post, donde se determinará la relación entre los controles existentes y el hecho realizado. Representa un tercer filtro para aquellos supuestos en los que la empresa no superó el análisis ex ante. Este tipo de control ex post es fundamental en el caso de los administradores, gerentes, directivos y, en general, representantes legales de la empresa.

IV) Exigibilidad del debido control, el cual encuentra aplicación en aquellos casos en que, por diversas circunstancias, a la empresa le ha sido imposible el desarrollo del compliance.

#### **D. SOBRE LOS PASOS PARA EL DISEÑO E IMPLEMENTACIÓN DE UN PROGRAMA DE INTEGRIDAD**

En el apartado 2.4 del borrador de los “Lineamientos” se exponen los pasos para el diseño e implementación de un programa de integridad, respecto a los cuales en el mismo documento se señala que “no constituye la única forma posible de concebir el paso a paso para su armado”.

El primer paso al que se hace referencia es el compromiso de la alta dirección, donde se sostiene que el directorio “deberá definir públicamente su compromiso anticorrupción a partir de una breve declaración pública de intenciones que clarifique frente a los integrantes y comunidad en general los valores éticos de la empresa”, siendo que para mayores detalles sobre este asunto el borrador se remite al punto 3.2 del mismo documento.

Pues bien, en este último punto se sostiene que “los altos mandos deben definir los valores y las conductas consideradas éticas en la empresa y ser consistentes con dichos comportamientos. Deben manifestar y expresar su apoyo y compromiso fuerte, visible e inequívoco con las políticas de integridad adoptadas. Deben demostrar que han asumido el Programa como propio. Tendrán la responsabilidad de garantizar que todos los integrantes compartan los valores de la compañía, comprendan la política de tolerancia cero a la corrupción y estén convencidos de que ante la detección de una infracción ética se actuará con justicia, rigor y rapidez. Esto aporta credibilidad al Programa, garantiza su durabilidad y eficacia y promueve un sentido de responsabilidad compartido por parte de todos los miembros de la empresa”.

Consideramos correctas las sugerencias que sobre este punto se realizan en el borrador de Lineamientos, ya que “todo camino de gestación de un Código de Compliance tiene como punto de partida la decisión de la Alta Dirección de dar comienzo a un proceso de esta naturaleza” (6).

Solo cabría precisar que desde nuestro punto de vista el compromiso de la alta dirección [tone from the top] (7) es fundamental por dos motivos: primero, porque permite asegurar que el programa de compliance no es cosmético o de fachada, sino que es un verdadero compromiso asumido por la empresa para alcanzar una cultura de cumplimiento; y segundo, porque el paso previo a la implementación de cualquier programa de compliance es la decisión de la alta dirección en implementar este programa, pues es voluntario, lo cual a su vez refleja su compromiso de cumplimiento.

Adicionalmente a ello, agregaríamos que para efectos forenses es necesario que el compromiso de la alta dirección conste en un documento de fecha cierta, el cual debería ser, por ejemplo, el acta fundacional de inicio del programa de compliance, donde se tendría que exponer la decisión adoptada por la alta dirección y los motivos que la justifican.

El segundo paso al que se hace referencia en el borrador es la evaluación de riesgos, donde se señala que “todo el programa tiene que ser diseñado en base a las características propias de la empresa y basado en el riesgo inicial. Se debe identificarlos y evaluarlos y a partir de allí tomar decisiones informadas y razonables respecto de las características concretas del Programa que la organización necesita”.

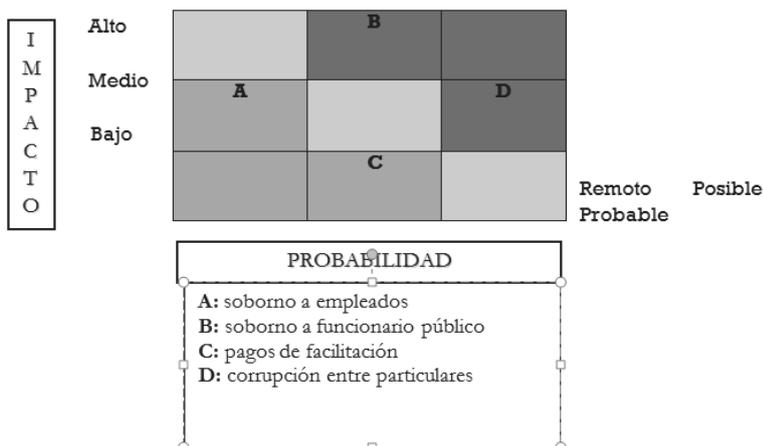
Sobre los detalles para la evaluación de riesgos, el borrador se remite a su punto 2.5, en donde se siguen diversos criterios de auditoría interna, los cuales consideramos correcto. Por ejemplo, se miden los riesgos en términos de impacto y probabilidad, así como también se mencionan los controles aplicables sobre dichos riesgos para finalmente calcular el riesgo residual, a partir del cual es momento de tomar decisiones de gestión empresarial que pueden ir desde abandonar la actividad comercial (lo que convertiría el nivel de riesgo en nulo), mitigar el riesgo con mayores controles, transferir el riesgo o asumir el riesgo (lo que consideramos arriesgado pero no imposible, pues estaríamos ante un riesgo residual permanente al desarrollo de la actividad empresarial que podría conllevar al surgimiento de responsabilidad penal de la persona jurídica).

Por lo expuesto, consideramos acertada la crítica sostenida infra, dado que es inconcebible que la evaluación de riesgos penales no forme parte de los elementos mínimos necesarios del programa de integridad en los términos del art. 23, de lo cual se advierte que urge una reforma del texto de la Ley.

Es conveniente no olvidar que estamos frente a una materia que no es jurídica, sino propia de la auditoría interna de una empresa que deriva en lo esencial de la gestión de riesgos corporativos. Por ello es importante descartar que este proceso de evaluación de riesgos “a) es un proceso continuo, se realiza en todos los niveles de la organización; b) se aplica en el establecimiento de la estrategia y se hace en toda la entidad; c) se ha diseñado para identificar acontecimientos potenciales; d) proporciona una seguridad razonable; y, por último, e) está dirigida a lograr objetivos dentro de unas categorías diferenciadas” (8).

Por ello, consideramos que en la evaluación debe seguirse un enfoque de prevención y gestión de riesgos penales, “en consonancia con lo establecido en la familia de normas ISO 31000 sobre gestión del riesgo y la Norma UNE 19601 Sistemas de gestión de compliance penal. Requisitos de orientación para su uso” (9).

Este enfoque basado en prevención y gestión de riesgos penales se materializa conforme a los siguientes cuadros (10):



El tercer paso al que se hace referencia en el borrador es la definición/plan del programa de integridad y se define que “es necesario clarificar la decisión empresaria sobre el nivel aceptable de exposición a riesgos, definir los objetivos que va a perseguir el Programa, los componentes que contendrá y las acciones a través de las cuales se lo implementará”.

Al respecto, consideramos que este paso es necesario, pues coadyuva a mejorar la metodología en la implantación e implementación de los programas de integridad, a lo cual agregaríamos que debería constar por escrito y en documento de fecha cierto, esto último a efectos forenses.

El cuarto paso al que se hace referencia en el borrador es la implementación del programa de integridad y se define que “la implementación del programa requerirá de la asignación de recursos para garantizar su viabilidad (fondos, recursos humanos y tiempo) y de apoyo permanente del máximo nivel. El diseño responderá a preferencias organizativas de la empresa pero la elección y nomenclatura, para facilitar el empleo de un lenguaje común, puede responder a la clasificación de elementos que provee el art. 23 y, como base mínima, integrar expresamente los tres elementos de los incs. a, b y c, así como todos los restantes que resulten adecuados a la luz de la previa evaluación del paso 2”.

Sobre este punto, somos críticos respecto a que en el borrador se sugiera que el programa esté integrado como base mínima por los elementos regulados en el art. 23 literales a), b) y c), ya que consideramos que los elementos mínimos facultativos también son necesarios para el programa de integridad, de lo contrario el programa no sería adecuado o eficaz.

El quinto paso al que se hace referencia en el borrador es la medición y mejora del programa de integridad y se define que “puesto en marcha el Programa y transcurrido un tiempo razonable de funcionamiento es necesario medir impacto y progreso con relación a los objetivos planteados. Esta actividad permite identificar las fortalezas y debilidades del Programa, las cuales harán posible realizar los necesarios ajustes y actualizarlo periódicamente a los riesgos cambiantes”.

La medición y mejora continua del programa de integridad es parte esencial de un sistema de compliance que aspire a ser eficaz en el tiempo y se recoge en el art. 23 numeral viii) de la Ley. Por lo tanto, nuevamente somos críticos respecto a que este elemento no esté considerado por la Ley como elemento mínimo necesario de un programa de integridad.

La medición de la efectividad del programa de integridad debe estar plasmada en un procedimiento interno del sistema de compliance, donde se exponen los criterios objetivos de medición, la periodicidad de la medición (dependiendo de los riesgos, dimensión y capacidad económica de la persona jurídica, se propone que los 2 primeros años la medición sea semestralmente y después de ello anualmente), los indicadores de medición, el plan de auditoría interna y externa respecto a la medición y cumplimiento de los demás elementos del programa de integridad, entre otros criterios que la alta dirección decida implementar. Sobre este punto, resultan ilustrativos los criterios de seguimiento, medición e indicadores propuestos en el punto 9.1

la Norma Técnica Española UNE 19601 “Sistemas de gestión de compliance penal. Requisitos con orientación para su uso” (11).

Por último, la medición del programa de integridad debe constar en el Informe de Compliance que deberá elaborar el Oficial de Cumplimiento a fin que sea expuesto ante la Alta Dirección, a efectos que se tomen las acciones preventivas o correctivas necesarias para mantener la vigencia y eficacia del programa de integridad.

El sexto paso al que se hace referencia en el borrador es la comunicación del programa de integridad y se define que “la empresa debe garantizar que sus empleados y socios comerciales relevantes estén permanentemente informados de sus políticas y procedimientos. Para ello, es importante comunicar de manera regular el Programa, las políticas de la compañía y su progreso y actualización”.

Por ello es necesario que el programa de integridad cuente con procedimiento de comunicación interna y externa (12) de los elementos de dicho programa. Queda en criterio y decisión de la alta dirección determinar “qué comunicar, cuándo comunicar, a quién comunicar, cómo comunicar, quién comunica y en qué idioma comunicar” (13), lo cual debe constar en el procedimiento de comunicación que eventualmente se elabore e implemente.

De ahí que en la doctrina se sostenga que “el paso más decisivo resulta ser su comunicación a todos los stakeholders involucrados, y dentro de los cuales, los propios empleados de la compañía resultan de especial importancia. Pretender una cultura ética y la vigencia de un Código de Compliance en una organización sin el correspondiente proceso de comunicación, resulta una utopía. Debe haber un momento de comienzo en el hecho de la información permanente” (14).

Entre los elementos que deben ser comunicados, por lo menos a las partes externas, tenemos al Código de Ética, el Canal de Denuncias y, sobre todo, la Política de Compliance Penal.

## **E. SOBRE LOS CANALES INTERNOS DE DENUNCIA**

En el art. 23 numeral iii) de la Ley se regulan los “canales internos de denuncia de irregularidades, abiertos a terceros y adecuadamente difundidos”, ubicándolos como un elemento mínimo facultativo. Esta disposición legal debe ser interpretada conjuntamente con su numeral ix), donde se regula la figura del compliance officer como aquel “responsable interno a cargo del desarrollo, coordinación y supervisión del Programa de Integridad”.

En este sentido podemos concluir que la Ley establece la obligatoriedad que los canales de denuncia implementados sean de manejo interno, esto es, por la propia persona jurídica, siendo deseable que dicho canal sea gestionado exclusivamente por el compliance officer (quien, según la ley, tiene el rol de desarrollar, coordinar y supervisar el programa de integridad). Por ello consideramos incorrecta la apreciación expuesta en el borrador, en cuanto

señala que “Los canales pueden ser internos o de gestión tercerizada”, ya que la ley no se pone en ningún supuesto de tercerización del canal de denuncias.

Sin perjuicio de lo anterior, consideramos que debería modificarse la ley en dicho extremo, por cuanto la decisión de gestionar internamente o tercerizar un canal de denuncias debería recaer en la alta dirección y no debería ser una imposición de la ley, ya que habrá empresas que por sus riesgos, dimensión o capacidad económica, les resulte eficiente la tercerización del canal de denuncias. Por ejemplo, tomando en cuenta la experiencia española, tenemos que la Norma Técnica Española UNE 19601 permite que los canales de denuncia sean gestionados externamente, al señalar en la Nota 2 del punto 8.7 que “la organización podrá externalizar la tramitación de comunicaciones mediante la contratación de una firma externa e independiente”.

Sobre la tercerización de los canales de denuncia, hay autores como Javier Puyol que defienden que la externalización en la gestión de dichos canales es un factor importante que potenciaría su uso, permitiéndose que “el sistema sea gestionado por profesionales externos a la empresa, también denominados “Ombudsman” en la terminología internacional, que garantice la independencia y confidencialidad el sistema” (16).

En otro extremo del borrador se sugiere que “la obligatoriedad de denunciar internamente los actos ilegales o indebidos esté prevista en el Código de Ética o en otra norma interna, correcta y claramente establecida y comunicada a todos los empleados y terceros”, proponiendo el uso obligatorio del canal de denuncias.

Consideramos que es incorrecta esta propuesta del borrador que no se recoge en la ley. Si la persona jurídica desea que su programa de integridad sea adecuado o eficaz, no puede pretender regular obligaciones irracionales a sus dependientes o colaboradores, máxime si el deber de denunciar es para con la autoridad y no para con la empresa. En otras palabras, queda a discreción de la persona natural decidir denunciar una vulneración al programa de integridad, que puede ser una infracción dentro de la empresa o un delito de interés de la autoridad estatal, así como también queda a discreción de la persona natural decidir denunciar este hecho a través de su canal de denuncias o acudir directamente a la autoridad pública.

#### **Notas finales**

(1) La doctrina penal desde una lectura en clave político-criminal no es unánime respecto a la obligatoriedad o voluntariedad en la implementación de un programa de integridad. Sobre ello, vid. Gómez Tomillo, Manuel. Compliance penal y Política legislativa. El deber personal y empresarial de evitar la comisión de ilícitos en el seno de las personas jurídicas, Valencia, 2016 Tirant lo Blanch, pp. 17, “En definitiva, manifestamos nuestro convencimiento de que resultaría altamente positivo desde una perspectiva político-legislativa la adopción de medidas punitivas orientadas a reforzar la obligatoriedad de implementar programas de cumplimiento en el seno de las personas jurídicas, especialmente si ello va acompañado de un paralelo ensanchamiento de la responsabilidad penal de estas últimas, especialmente

por delitos de homicidio y lesiones imprudentes graves”. Posiciones contrarias afirman que el compliance es, y debe ser, autorregulación (sea procedente del mundo de la economía, co-regulación estatal y privada). En este sentido, vid. Gómez-Jara Diez, “Fundamentos de la responsabilidad penal de las personas jurídicas”, en Bajo Fernández/Gómez-Jara Diez/Feijoo Sánchez, Tratado de responsabilidad penal de las personas jurídicas, 2ª ed., Aranzadi, Navarra, 2016, , p. 93; Coca Vila, “¿Programas de cumplimiento como forma de autorregulación regulada?”, en Silva Sánchez (dir.), Criminalidad de empresa y compliance. Prevención y reacciones corporativas, Atalier, Barcelona, 2013, p. 46.

(2) Norma Española UNE 19601:2017. Sistemas de gestión de compliance penal. Requisitos con orientación para su uso. Asociación Española de Normalización (AENOR), Mayo 2017.

(3) La evaluación de riesgos penales es fundamental para cualquier programa de integridad, no en vano la Norma UNE 19601:2017 desarrolla exhaustivamente este presupuesto en el apartado 6.2. Evaluación de los riesgos penales, compuesto por: 6.2.1. Generalidades; 6.2.2. Análisis de los riesgos penales; 6.2.3. Valoración de los riesgos penales; 6.2.4. Revisión de la evaluación de riesgos penales; y, 6.2.5. Información documentada sobre riesgos penales. En el mismo sentido, por ejemplo, tenemos a la Norma Internacional ISO 37001:2016, que dedica todo el apartado 4.5 para la “evaluación del riesgo de soborno”.

(4) Como es el caso del art. 17 numeral 17.4) de la Ley Peruana N° 30424, del art. 31 bis numeral 2) apartado 3ª) del Código Penal Español o del art. 6 numeral 1) literal c) del Decreto Legislativo Italiano N° 231/2001.

(5) Sobre ello, vid. Nieto Martín, “Cumplimiento normativo, criminología y responsabilidad penal de las personas jurídicas”, en Nieto Martín (dir), Manual de Cumplimiento Penal en la Empresa, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2015, pp. 84 y ss.

(6) Puyol, Criterios prácticos para la elaboración de un código de Compliance, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, pp. 21.

(7) Sobre ello, vid. Nieto Martín, “Fundamento y estructura de los programas de cumplimiento normativo”, en Nieto Martín (dir.), Manual de Cumplimiento Penal en la Empresa, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, pp. 127, “Pero más allá de esta cuestión, el tone from the top o tone from the middle debe mostrarse en el día a día del programa. Los directivos, y no sólo ya los administradores, deben participar en la formación, comunicar directamente las novedades o modificaciones, enviando mensajes claros acerca de la importancia del cumplimiento. En este punto lo decisivo no es tanto conocer qué piensan los directivos, sino cómo es percibida por los empleados su actitud hacia la legalidad. Los mensajes que lanzan a través de su comportamiento diario resultan mucho más importantes que los comunicados a través de la página web o mensajes estandarizados”. Por otro lado, vid. Conlledo, “El gobierno corporativo de las entidades bancarias. Especial consideración del comité de riesgos”, en Rojo/Campusano (coord.), Estudios Jurídicos. En memoria del profesor Emilio Beltrán Liber Amicorum, t. I, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2015, p. 918, “A la vista de lo anterior, compartimos la opinión en el sentido de que el esquema de gestión de los riesgos, en cuanto a su contenido y a su organización debe construirse de arriba a abajo, top-down, es decir partiendo del consejo de administración y hasta el último órgano que toma decisiones

en esta materia. En definitiva el tono de la cultura de la entidad en materia de riesgos ha de partir desde el propio consejo (“Tone from the top”). Todo ello teniendo en cuenta el tamaño, estructura y perfil de negocio de la entidad.

Obviamente no es lo mismo una entidad con presencia en distintas jurisdicciones que una entidad con negocio localizado en España e incluso no en todo el territorio; no es lo mismo una entidad con negocio minorista y un amplio número de sucursales, que una entidad de perfil mayorista y sin red”.

(8) AA.VV., Gobierno corporativo, control de riesgos y auditoría interna. El cambio y valor de las empresas del siglo XXI, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, p.29.

(9) Hernández Pérez/Román García, Guía para la aplicación de UNE ISO 37001:2017, Madrid, 2018, p. 73.

(10) Hernández Pérez/Román García, Guía para la aplicación de UNE ISO 37001:2017, Madrid, 2018, p. 78.

(11) Norma Española UNE 19601:2017. Sistemas de gestión de compliance penal. Requisitos con orientación para su uso. Asociación Española de Normalización (AENOR), Mayo 2017.

(12) La comunicación del Programa de Integridad demuestra que el sistema de compliance es transversal en todos sus elementos, pues en forma previa a la elaboración del Programa, la alta dirección debe tener claro quiénes son sus partes interesadas.

(13) Punto 7.4.1 de la Norma Internacional ISO 37001:2016, Sistemas de gestión Antisoborno. Requisitos con orientación para su uso.

(14) Puyol, Criterios prácticos para la elaboración de un código de Compliance, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, p. 21.

(15) Norma Española UNE 19601:2017. Sistemas de gestión de compliance penal. Requisitos con orientación para su uso. Asociación Española de Normalización (AENOR), Mayo 2017.

(16) Puyol, El funcionamiento práctico del canal de Compliance “Whistleblowing”, Tirant lo Blanch, Valencia 2017, p. 17.