

HACIA LA IMPLEMENTACIÓN DE LOS PROGRAMAS DE CUMPLIMIENTO (*COMPLIANCE*) EN EL PERÚ

Guillermo Astudillo Meza

Sumario: I. Introducción y objeto. II. Aproximación al concepto de cumplimiento. III. Un caso emblemático: Siemens. IV. Cuestiones a incorporarse en un programa de cumplimiento empresarial. V. La función del abogado penalista en la implementación del programa de cumplimiento. VI. A manera de conclusión.

I. INTRODUCCIÓN Y OBJETO

La crisis económico-financiera que comprende el período 2007 a 2015 ha traído repercusiones respecto a la manera en la que los juristas y economistas entendían la protección de los mercados financieros y el sistema económico mundial¹. En efecto,

1 Numerosos especialistas coinciden en señalar que los primeros síntomas de la crisis financiera comenzaron en agosto de 2007, cuando la reserva federal de EE.UU. y el Banco Central Europeo y de Japón se vieron forzados a intervenir en sus Estados, proporcionando inyecciones masivas de dinero al sistema financiero. Así, en agosto de 2007, el Banco Central Europeo se vio obligado a realizar una inyección (entonces histórica) de € 94 800 millones de euros en los mercados para compensar su falta de liquidez. Mientras que la Reserva Federal de EE.UU. hizo lo propio

el hundimiento de los mercados bursátiles y la investigación penal de corporaciones importantes parecen haber puesto en evidencia las debilidades del sistema, abriendo el debate en el campo de las ideas sobre la conveniencia de incrementar la supervisión legal del modelo económico adoptado por los Estados occidentales, cuya regulación ha sido insuficiente para evitar las malas prácticas corporativas de muchas empresas². Asimismo, se ha retomado la discusión sobre la necesidad de incrementar la regulación estatal hacia las corporaciones, pues los desastres financieros y los escándalos de corrupción en los que han estado involucrados en los últimos años demuestran los perniciosos efectos que pueden ocasionar a la sociedad y a la economía cuando la dirección no se ejerce adecuadamente³.

Para combatir este fenómeno, diversos organismos internacionales han venido recomendando al sector empresarial adoptar una serie de medidas con el objetivo de mejorar la gestión de las empresas⁴. Entre los conceptos más usados

con US\$ 24 000 millones de dólares en reservas temporales (ver la noticia publicada en: <http://www.abc.es/hemeroteca/historico-09-08-2007/abc/Economia/inyeccion-historica-de-dinero-del-bce-por-la-crisis-hipotecaria-de-eeuu_164326471124.html>). También puede revisarse el informe preparado por el Grupo de Alto Nivel sobre la supervisión financiera en la Unión Europea, quien considera que desde julio de 2007 se había producido la crisis financiera más importante desde 1929 (el informe se puede ver en: <http://ec.europa.eu/finance/general-policy/docs/de_larosiere_report_en.pdf> con el título *High Level Group on Financial Supervision in the EU*, 2009).

- 2 Sobre el papel que le corresponde al derecho en la crisis actual, puede consultarse la estupenda monografía de Andrés Recalde quien sostiene que: «La crisis ha conducido a la recuperación (aunque esta es realmente una cuestión tan vieja como la misma sociedad anónima) de las propuestas de incrementar los controles y la supervisión de los ejecutivos de las grandes empresas, cuya gestión tanto escándalo ha generado» (cfr. Recalde Castells, 2009, p. 6).
- 3 Las falsedades contables de la empresa Woldcom, que se declaró en insolvencia el año 2002, causaron en los EE.UU. un perjuicio de US\$ 107 000 millones de dólares americanos (cfr. <http://money.cnn.com/2002/07/19/news/worldcom_bankruptcy>, consultado el 20 de febrero de 2015). En el caso de la empresa Enron, que entrara en insolvencia el año 2001, el perjuicio causado, principalmente mediante falsedades contables y estafas, importaba alrededor de US\$ 60 000 millones de dólares americanos (cfr. <http://en.wikipedia.org/wiki/Enron_scandal>, consultado el 20 de febrero de 2015). En un caso descubierto el año 2000, la firma fraudulenta Flowtex causó en Alemania, a través de negocios ficticios, daños por un monto de 1500 millones de marcos alemanes (cfr. el panorama ofrecido en «Manager-Magazin», disponible en: <<http://www.manager-magazin.de/unternehmen/artikel/0,2828,159227,00.html>>, consultado el 20 de febrero de 2015). En el caso del consorcio italiano Parmalat, producido el año 2003, se acusó a la dirección de la empresa de manipulaciones contables con un perjuicio que llegaba a aproximadamente € 23 000 millones (comp. «Arie The Observer» del 4 de enero de 2004, disponible en: <<http://observer.guardian.co.uk/business/story/0,6903,1115471,00.html>>, consultado el 3 de enero de 2015).
- 4 En ese sentido, podemos citar las iniciativas a nivel internacional como el Pacto Mundial sobre Responsabilidad Social (2000) promovido por las Naciones Unidas, las Directrices de la OCDE

para referirse a estas medidas se encuentran nombres como «*risk management*», «programas de cumplimiento», «*compliance*», «códigos de ética», «normas de buen gobierno corporativo», «código de buena conducta», «programa de prevención de delitos», etc. Aunque muchos de estos conceptos surgieron a fines de los años noventa vinculados al concepto de responsabilidad social corporativa⁵, todos ellos describen una serie de medidas orientadas a lograr una gestión empresarial que evite la comisión de delitos y promueva valores éticos en la empresa⁶. De esta manera, las personas jurídicas deben asumir la función de prevención de ilícitos mediante la adopción de medidas de «autorregulación regulada»⁷ que se conocen comúnmente como programas de cumplimiento. Estos persiguen fomentar y

para empresas multinacionales (2000), la Declaración Tripartita de la OIT sobre empresas internacionales y política social (1977-2000), la norma AA-1000 realizada en noviembre de 1999 por el *Institute of Social Ethical Accountability* o la SA-8000 promovida por la agencia acreditadora del *Council on Economic Priorities*, las mismas que tenían como objetivo conseguir un verdadero compromiso de las empresas con la responsabilidad social corporativa. Otro claro ejemplo de la influencia que han tenido los organismos internacionales son las exigencias establecidas por la Convención de las Naciones Unidas Contra la Corrupción (CNUCC) y el Convenio Penal sobre la Corrupción del Consejo Europeo para sancionar a las personas jurídicas. Asimismo, la recomendación de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo (OCDE) para combatir el soborno transnacional adoptado en 2009 pide a los países miembros que animen a las empresas a desarrollar controles internos adecuados, principios éticos y programas o medidas de cumplimiento con el fin de evitar y detectar el soborno transnacional.

- 5 La responsabilidad social corporativa es definida, en el *Libro Verde de la Unión Europea* (2001), como la «integración voluntaria, por parte de las empresas, de las preocupaciones sociales y medioambientales en sus operaciones comerciales y sus relaciones con sus interlocutores» (Comisión de las Comunidades Europeas, 2001). También es definida, en un sentido más amplio, como «un concepto con arreglo al cual las empresas deciden voluntariamente contribuir al logro de una sociedad mejor y un medio ambiente más limpio». Por otro lado, organizaciones privadas empresariales como el Consejo Mundial Empresarial para el Desarrollo Sostenible definen la responsabilidad social corporativa como «el compromiso de las empresas de contribuir al desarrollo económico sostenible, trabajando con los empleados, sus familias, la comunidad local y la sociedad en general para mejorar su calidad de vida».
- 6 En ese sentido, Bacigalupo es de la opinión que la ética tiene una significativa función en el ámbito de la empresa, ya que esta se percibe claramente en la llamada ética de los negocios (*Business ethics*) o en los códigos de conducta (*Codes of conduct*), de prevención interna contra la deslealtad (*whistle-blowers*), la cuales son manifestaciones particulares de las técnicas de autorregulación en el ámbito de la ética de los negocios (cfr. Bacigalupo, 2011, p. 47). Por otro lado, Sieber sostiene que la transmisión creíble de valores empresariales, tal como pretenden los programas de «*compliance*», tienen una gran importancia para impedir la criminalidad empresarial (cfr. Sieber, 2013, p. 64).
- 7 La autorregulación regulada alude a la forma de regulación estatal del mundo empresarial y se caracteriza por la incorporación del ente privado en el proceso de regulación, pero de forma subordinada a los concretos fines o intereses públicos predeterminados por el Estado. Para más detalles, véase Darnaculetta i Gardella, 2005, p. 19 y ss.

concretar una cultura empresarial de «cumplimiento de la legalidad» al interior de la organización.

Para hacer más efectivo el cumplimiento, en algunos ámbitos regulados, los Estados han recurrido al derecho penal siguiendo las recomendaciones de organismos internacionales para incorporar en su derecho interno la responsabilidad penal de las personas jurídicas⁸, fundamentada en el modelo por «defecto de organización»⁹. En este esquema, la culpabilidad de la persona jurídica queda configurada de la siguiente manera: los hechos delictivos de las personas físicas (hechos de conexión) se consideran delitos de la persona jurídica porque esta —a través de sus órganos o representantes— ha omitido tomar las medidas de seguridad necesarias para asegurar un funcionamiento empresarial no delictivo; esto es, organizándose defectuosamente¹⁰. Por el contrario, cuando se comprueba que la persona jurídica ha desplegado todos los controles exigibles, de modo que se haya dirigido a evitar la aparición de un hecho delictivo, aunque un empleado o directivo lo realice, puede decirse «que no es cosa suya» y de este modo no ser sancionada¹¹. Por imperio del principio de responsabilidad por el hecho propio, el hecho delictivo se produce únicamente dentro de la competencia del empleado o directivo quien actuó por sobre los mecanismos preventivos o de cumplimiento de la persona jurídica. El hecho no le puede ser imputado a ella.

8 En efecto, la responsabilidad criminal de las personas jurídicas se ha propugnado desde las Naciones Unidas y la Unión Europea. Concretamente y desde la ya clásica recomendación 18/1988, del 20 de octubre, del Comité de Ministros de los Estados Miembros del Consejo de Europa, en el ámbito de la Unión Europea son innumerables los protocolos de convenios, las directivas y las decisiones marco en las que se obliga a los Estados miembros a imponer a las personas jurídicas sanciones efectivas, proporcionadas y disuasorias de carácter penal o administrativo, en el ámbito de la protección de los intereses financieros de la Unión, los fraudes y falsificaciones de los medios de pago, la trata de seres humanos, los delitos contra el medioambiente, el tráfico de drogas, los delitos contra los sistemas informáticos, la contaminación procedente de buques, la explotación sexual de niños o el terrorismo. Por ello, no debe extrañar que la responsabilidad criminal de las personas jurídicas esté admitida ya en países como Austria, Bélgica, Dinamarca, Estonia, Finlandia, Francia, Holanda, Irlanda, Islandia, Letonia, Lituania, Luxemburgo, Noruega, Polonia, Portugal, Reino Unido, Suecia y Suiza.

9 Silva Sánchez, 2008, p. 134.

10 Tiedemann, 1988, p. 1172. En contra de esta propuesta, se encuentra Carlos Gómez-Jara quien, recurriendo al concepto constructivista de la culpabilidad de la persona jurídica, entiende que la culpabilidad de la empresa no se identifica ni con la culpabilidad de la persona física ni con un defecto de organización. Antes bien, se fundamentaría en la cultura empresarial que ha institucionalizado la persona jurídica puesto que ello demuestra su disposición jurídica frente al derecho. Por ello, sostiene que se inclina por manejar un concepto de culpabilidad basado en una «cultura de incumplimiento de la legalidad», pues esta permite incluir causas atenuantes y eximentes de responsabilidad penal. Al respecto, véase Gómez-Jara Díez, 2013, pp. 162-166.

11 Nieto Martín, 2009, p. 55.

Dicho de esta manera, la trascendencia que tienen actualmente los programas de cumplimiento es patente. Por un lado, la responsabilidad penal de la persona jurídica se fundamenta en que esta no ha tomado todas las medidas de precaución y seguridad jurídicamente exigibles para evitar o prevenir la comisión de delitos. Mientras que, por otro, los programas de cumplimiento vienen a afirmar que su implementación efectiva en la empresa —si está en condiciones de evitar la comisión de ilícitos penales a través de medidas de prevención y del cumplimiento estricto de sus códigos de ética— tendrá como efecto la ausencia de imputación de responsabilidad a esta o, como mínimo, su atenuación.

En consecuencia, la no adopción de un programa de cumplimiento eficiente viene a justificar la sanción (culpabilidad) de la persona jurídica. Al punto de establecerse en diversos ordenamientos como una causa de exoneración de responsabilidad penal si la persona jurídica ha implementado un programa de cumplimiento antes de que se hubiere cometido el hecho criminal¹². El legislador será incluso quien establezca que un programa de cumplimiento se aplique como una circunstancia atenuante. Lo resaltante es que dicho programa adquiere relevancia, pues se convierte en el único argumento de defensa que deberá probar la empresa para exonerar o mitigar su responsabilidad penal, en el caso de que exista evidencia de que uno de sus representantes o empleados cometió o participó en un hecho criminal en su favor o beneficio.

Nuestro país no es ajeno a esta tendencia. En enero de 2015, la Comisión de Justicia y de Derechos Humanos del Congreso de la República aprobó el predictamen del proyecto de ley del nuevo Código Penal, en cuyo texto el legislador propuso la responsabilidad penal de las personas jurídicas en el caso de

12 En esta línea, podemos mencionar, en Italia, el DLeg. 231/2001, del 8 de junio de 2001, sobre *Disciplina della responsabilità amministrativa delle persone giuridiche, delle società e delle associazioni anche prive di personalità giuridica*, en cuyo artículo 6 expresamente se establece la exención (y no la atenuación) para las personas jurídicas que adopten modelos de organización y de gestión idóneos para prevenir delitos de la especie de los cometidos. De la misma manera, el artículo 31bis 1 del CP español, al regular la responsabilidad de la persona jurídica por conductas cometidas por los empleados, alude al ejercicio del «debido control» y, en el apartado 4 del artículo 31bis del CP español, se configura como atenuante la adopción de «medidas eficaces para prevenir y descubrir los delitos que en el futuro pudieran cometerse». Por su parte, en Chile, la ley 20.393, que establece responsabilidad penal para las personas jurídicas para casos de lavado de activos, financiación del terrorismo y cohecho a funcionarios públicos nacionales o extranjeros, no obliga a las empresas a desarrollar y mantener un «modelo de prevención de delitos»; sin embargo señala que la adopción e implementación de este tipo de modelos con anterioridad a la comisión del delito constituye evidencia de que los deberes de dirección y supervisión se han cumplido.

que la empresa incurra en el delito de cohecho activo internacional (artículos 130 y 584)¹³.

Sin embargo, después de meses de intensos debates en el Congreso de la República, en el que participaron representantes del Poder Judicial, Ministerio Público, Colegio de Abogados de Lima, profesores universitarios, gremios empresariales y juristas convocados para estas discusiones, el pasado 17 de marzo de 2016, el pleno del Congreso aprobó el proyecto de ley 4054-2014/PE, introduciendo un texto sustitutorio denominado ahora «Ley que regula la responsabilidad administrativa de las personas jurídicas por el delito de cohecho transnacional». Si bien este proyecto recoge la idea inicial de hacer responsable a la empresa en aquellos casos en los que se detecte que uno de sus representantes se encuentre incurso en un acto de corrupción transnacional (artículo 397-A del CP), lo cierto es que la esencia y justificación de una verdadera responsabilidad penal autónoma de la persona jurídica ha sido reemplazada por un sistema de «responsabilidad administrativa» que constituye un retroceso con relación al proyecto primigenio que presentó el Ejecutivo.

Por razones de espacio, solo indicaremos dos cuestionamientos al proyecto de ley aprobado. La primera crítica tiene que ver con el hecho de que el proyecto se encontraría vacío de contenido al haber sido suprimida toda referencia al criterio de imputación «defecto de organización» del texto original que blindaba de cierta legitimidad a la sanción penal. Por ese motivo, parece dudoso aceptar que nos encontramos ante una ley penal que podría ser aplicada con meridiana justicia a las personas jurídicas cuando los criterios de la sanción escogidos por el legislador siguen parámetros netamente objetivos (artículos 3 y 4 del proyecto) y no se han establecido criterios adicionales. Esto nos impide afirmar que nos encontramos ante verdaderas sanciones penales o ante un «fraude de etiquetas», como lo sugiere algún jurista nacional. Más aún si, tratándose de un sistema de responsabilidad penal o —como indica el proyecto— responsabilidad administrativa, el Estado está en la obligación de aplicar el *ius puniendi* de manera justa y no arbitraria, por lo que era oportuno que el legislador eleve como eje central del *ius puniendi*

13 El 3 de diciembre de 2014, la presidencia del Consejo de Ministros remitió al Congreso de la República el proyecto de ley 4054/2014 que regulaba la responsabilidad autónoma de las personas jurídicas para delitos de corrupción de funcionarios. Dicho proyecto buscaba reprimir a las personas jurídicas cuando sus representantes o quienes se encontraban subordinados a los órganos de gestión cometieran, en beneficio de la empresa, los siguientes delitos tipificados en el CP: colusión (artículo 384), peculado (artículo 387), cohecho activo genérico (artículo 397), cohecho activo transnacional (artículo 397-A), cohecho activo específico (artículo 398) y tráfico de influencias (artículo 400).

del Estado al principio de culpabilidad representado por el criterio del «defecto de organización».

La segunda crítica tiene que ver con la coherencia que el proyecto presenta en relación con el sistema de sanción previsto en el CP para las personas jurídicas: las consecuencias accesorias del artículo 105. ¿Es que acaso se trata de una incoherencia normativa? No olvidemos que nuestra Corte Suprema, en el acuerdo plenario 07-2009/CJ-116, ha interpretado que las disposiciones señaladas en el artículo 105 constituyen «sanciones penales especiales». Si estas últimas son sanciones penales, aunque especiales, aparentemente no existiría problema alguno en que ambas sanciones se acumulen (en contra de las personas jurídicas). Esta contradicción sistemática se presenta porque el legislador no ha derogado «explícitamente» las consecuencias accesorias del artículo 105 del CP para aquellos casos en los que los representantes de personas jurídicas incurran en el delito de cohecho activo transnacional. Sin embargo, desde una interpretación distinta, podemos considerar que el legislador ha derogado «implícitamente» las medidas previstas en el artículo 105 del CP para los casos de cohecho activo transnacional, garantizándose el pleno respeto del principio del *non bis in idem*, al evitarse la acumulación de sanciones penales contra la empresa por el mismo delito¹⁴.

Pese a los yerros en la técnica legislativa utilizada, no podemos negar que el legislador peruano ha dado un primer paso para adoptar un sistema de sanción a la empresa que deberá ser mejorado con el correr de los años para dotarla de eficacia. Por ello, consideramos que el proyecto parece sensato por tres motivos. En primer lugar, porque —con independencia de la etiqueta administrativa o penal— se pretende sancionar a las personas jurídicas por emplear malas prácticas corporativas para hacer negocios. En efecto, un acto de soborno constituye siempre un daño a la economía pues, entre otros aspectos, afecta la libre competencia empresarial y reduce la competitividad. En segundo lugar, porque la contribución del legislador peruano se enmarca en el esfuerzo internacional por neutralizar la corrupción empresarial y el contexto en el que suelen aparecer este tipo de delitos¹⁵. Finalmente, en tercer lugar, porque busca incorporar un mecanismo preventivo y de control que sirva de incentivo para que las empresas se autorregulen acudiendo

14 Para más detalles sobre esta cuestión, véase Hurtado Pozo, 2016, pp. 2-3.

15 Como señala Gómez-Jara, desde hace tiempo el estándar al que se somete a las empresas que pretenden contratar con el sector público es más exigente que el estándar habitual de contratación, al punto que es conocido que las empresas que hayan sido condenadas por determinados delitos se ven excluidas automáticamente de los procesos de contratación pública. Sobre estas cuestiones relevantes, véase Gómez-Jara Díez, 2014, pp. 1-2.

a los programas de cumplimiento¹⁶. De esta manera, el legislador busca transmitir un claro mensaje de política criminal a las empresas (nacionales o extranjeras) que operan en el Perú, en el sentido de que la corrupción no forma «parte integrante de la práctica de los negocios» —tal como se señala en la exposición de motivos del proyecto.

Para muchas empresas transnacionales que realizan actividad económica en el Perú, la propuesta legislativa probablemente no les resultará extraña, toda vez que muchas de estas ya cuentan con sistemas de gestión del cumplimiento implementadas bajo las exigencias de la «Ley de prácticas corruptas en el extranjero» de EE.UU. (*Foreign Corrupt Practice Act* o FCPA)¹⁷ y de la «Ley antisoborno» del Reino Unido (*UK Bribery Act 2010*)¹⁸. Ambas normas han adoptado un criterio amplio de jurisdicción territorial permitiendo que factores tales como hacer negocios, tener oficinas o plantas de producción o cotizar sus acciones en el mercado de valores de cualquiera de los países en mención, sean considerados «nexo jurisdiccional» suficiente para que los actos de soborno cometidos por las personas jurídicas en el extranjero puedan ser investigados y sancionados por las autoridades de EE.UU. y/o el Reino Unido.

Por lo tanto, el riesgo de soborno y corrupción constituye un peligro cada vez más alto para la actividad ordinaria de la empresa, dado el acontecer propio de un mundo globalizado, en el cual las normas a las que se encuentran obligadas no solo se encuentran dentro del ámbito territorial del país donde operan, sino que alcanzan una dimensión mundial. En este último caso, resulta necesario que la

16 El proyecto de ley aprobado en marzo de 2016 se refiere al programa de cumplimiento como el «modelo de prevención», que en rigor contiene todos sus alcances.

17 La FCPA es una ley que prohíbe tanto a las compañías de EE.UU., como a cualquiera de sus subsidiarias (independientemente de dónde se encuentren ubicadas sus actividades y empleados), el propiciar directa o indirectamente el soborno a funcionarios públicos en el extranjero con el fin de beneficiarse de esta acción. Su incumplimiento puede ocasionar fuertes sanciones que van desde multas económicas hasta la puesta bajo supervisión judicial o la orden judicial de liquidación.

18 La Ley de Antisoborno 2010 (*UK Bribery Act*) es una ley dictada por el Parlamento del Reino Unido que cubre la ley penal en materia de soborno. La *UK Bribery Act*, en su artículo 7, crea un nuevo delito que se aplica a cualquier organización comercial que sea ineficaz de prevenir que personas relacionadas con ella cometan actos de soborno o corrupción para su beneficio. Como principio general, puede afirmarse que una organización no será responsable por casos particulares de cohecho cuando demuestre que ha tomado resguardos adecuados para evitarlos. Será la empresa quien deberá probar que ha implementado los mecanismos apropiados para evitar la corrupción en cada caso. Al reconocer que ninguna política o procedimiento específico es plenamente capaz de erradicar la corrupción, los principios de esta ley establecen con claridad que las organizaciones comerciales deben focalizar sus esfuerzos allí donde el riesgo es mayor y donde se puede obtener mayores resultados.

empresa cuente con mecanismos de gestión y de control internos que le permitan cumplir con la normativa penal nacional y extranjera que corresponda. Así como actuar en observancia de toda la normativa que implique un riesgo reputacional para sí, sean estas de carácter administrativo, laboral, ambiental, penal, etc., pues un verdadero programa de cumplimiento debe encargarse de todos los riesgos legales¹⁹.

Desde esta perspectiva, parece claro que las empresas deben tomar consciencia de que sus fines deben estar orientados al cumplimiento de sus códigos éticos; pues es allí y no en el Código Penal, donde se encuentra los valores que promueve una empresa, así como las reglas de conducta que se deducen de dichos valores. Ahora bien, estas reglas de conducta pueden ser determinantes al momento de tomar una decisión de negocio concreto y, al mismo tiempo, pueden constituir un mecanismo para desincentivar cualquier acto ilícito o antiético que se pretenda al interior de la organización²⁰. Esta parece ser la posición que asume Bacigalupo cuando sostiene que, si los valores de una empresa se refieren al fin que justifica una acción y estos a su vez están sobre la base de una ética normativa empresarial (expresada en un código de deberes de actuar u omitir en circunstancias concretas), es evidente que estas reglas de conducta deben ser aplicadas en toda decisión empresarial²¹. De ahí que consideremos que los programas de cumplimiento en la empresa deben basarse, de inicio, en el cumplimiento de los códigos éticos internos por parte de todos los miembros de la organización; lo cual se encuentra, indudablemente, fuera del ámbito de lo punible.

Así las cosas, podrá discutirse si con este régimen el legislador no está trasladando a las empresas la responsabilidad de prevenir comportamientos delictivos. Podrá discutirse también si un empresario puede realmente evitar que sus trabajadores realicen, en un momento dado, lo que se encuentran prohibidos de hacer. Pero lo que admite poco debate es que hoy en día todas las empresas, sin excepción, en mayor o menor medida, gestionan riesgos legales (penales, civiles, administrativos, etc.) debido a la gran cantidad de normas extrapenales que dirigen sus actividades, en algunos casos, debiendo cumplir normas supranacionales a fin de no verse expuestas a una sanción de diversa naturaleza que puede dañar gravemente su reputación. En este contexto, los programas de cumplimiento se muestran atractivos para que las empresas mitiguen el riesgo legal y mejoren su imagen corporativa,

19 Nieto Martín, 2013, p. 27.

20 Como sostiene Silva Sánchez, la cultura del *compliance* se enmarca en la tradición de aquella variante de la prevención general positiva que hunde sus raíces en Welzel sobre el fomento de los valores ético-sociales de la acción como vía de protección de bienes jurídicos. Al respecto, véase Silva Sánchez, 2013a, p. 193.

21 Bacigalupo, 2011, p. 17.

con total independencia de que un Estado (como el peruano) haya previsto, en su legislación, la responsabilidad penal de las personas jurídicas²².

En ese sentido, la implementación de los programas de cumplimiento puede ser rentables para las empresas si se les considera como una inversión a largo plazo. Algunos estudios económicos señalan una relación directa entre, por un lado, el alto valor económico de las acciones de una empresa y, por otro, la buena reputación corporativa de la que gozan en el mercado. Por ello, consideramos que un sistema de gestión de cumplimiento que busque insertar una política empresarial basada en el cumplimiento de la legalidad, estaría en plenas condiciones de influir en el valor de la empresa por permitir mejorar su posición en el mercado²³.

22 En enero de 2011, el blog de la FCPA (<http://www.fcpablog.com>) presentó una lista con las diez resoluciones más grandes en contra de corporaciones en la historia de la «Ley de prácticas corruptas en el extranjero» (*Foreign Corrupt Practice Act* o FCPA), a saber: Siemens (Alemania), US\$ 800 millones en 2008; KBR/Halliburton (EE.UU.), US\$579 millones en 2009; BAE (RU), US\$ 400 millones en 2010; Snamprogetti/ENI (Holanda/Italia), US\$ 365 millones en 2010; Technip (Francia), US\$ 338 en 2010; Daimler (Alemania), US\$ 185 millones en 2010; Alcatel-Lucent (Francia), US\$ 137 millones en 2010; Panalpina (Suiza), US\$ 81 millones en 2010; ABB Ltd. (Suiza), US\$ 58 millones en 2010; y Pride Int'l (EE.UU.), US\$ 56 millones en 2010. En mayo de 2011, ABB y Pride salieron de la lista del blog de la FCPA y fueron reemplazadas por JGC Corp. (Japón), US\$ 218 millones en 2011 y Johnson & Johnson (EE. UU.), US\$ 70 millones en el mismo año. Sin lugar a dudas, el potencial daño significativo a la reputación que un escándalo público conlleva para cualquier empresa es un factor que, junto al aspecto económico de la sanción, constituyen un incentivo para que las corporaciones presten especial atención a las actividades del cumplimiento de la legalidad.

23 Existen estudios económicos que señalan que, a diferencia de décadas pasadas, actualmente el 70% del valor de un negocio depende de la calidad y gestión de los activos intangibles destacando, por encima de todos, la buena reputación corporativa. Al respecto, puede consultarse el estudio del Centro de Conocimiento de Reputación Corporativa del IE Business School disponible en: <<http://centrogobiernocorporativo.ie.edu/wp-content/uploads/sites/87/2013/11/Estudio-de-Reputaci%C3%B3n-y-Riesgos-Reputacionales.pdf>>. Por otro lado, se tiene la investigación de Vergin y Qoronfleh quienes, tomando como base de su investigación la encuesta que cada año realiza la revista *Fortune*, «Las compañías más admiradas de América», analizan la relación entre reputación de una empresa y su cotización en bolsa. Para valorar la reputación de estas empresas, estudian ocho atributos de las mismas, entre los cuales se encuentran: calidad de la dirección, innovación, capacidad de atraer, formar y retener a personas con talento y el grado de responsabilidad social corporativa. De acuerdo a este estudio, no se puede considerar la reputación solo como fruto del éxito económico, ya que estudios sobre el nivel de correlación entre rendimiento económico previo y la reputación subsiguiente demuestran que este nivel de correlación es escaso concluyendo que en las empresas analizadas existe una relación entre una buena reputación corporativa que se cotiza al alza. Sobre esta cuestión, véase Vergin & Qoronfleh, 1999, pp. 62-70. En la misma línea, García Caveró sostiene que: «Se trata de uno de esos puntos de contacto entre el Derecho y la Economía que hace que la valorización económica tome en cuenta los parámetros legales y, a su vez, las consideraciones económicas influyan en la solución jurídica. Puede ser que sea precisamente esa fuerza de convicción que

En definitiva, parece claro que el cumplimiento de la legalidad se ha convertido tanto en un valor ético como en un activo fundamental de toda empresa. Así también, constituye el resultado de una organización que cumple sus obligaciones, haciéndose sostenible mediante su integración en la cultura empresarial de la organización y en la actitud de las personas que trabajan en ella, mediante una permanente capacitación y difusión de los valores empresariales. Un programa de cumplimiento eficiente en la empresa le permitirá demostrar su compromiso con el cumplimiento de las leyes, la ética, las normas internas de la organización y de buen gobierno corporativo, lo cual redundará en la obtención o incremento del importe activo relativo a la buena reputación empresarial.

Como veremos, estos programas constan de un conjunto de elementos: un responsable encargado de la administración del riesgo, un sistema de documentación y análisis de riesgos, un código ético, protocolos de investigaciones internas, canales de denuncias, controles generales y específicos y un catálogo de medidas dirigidas a evitar el incumplimiento de las normas por parte de los miembros de la organización. En la actualidad, algunos de estos elementos ya se encuentran contenidos en normas administrativas y en el proyecto de ley 4054-2014/PE aprobado por el Congreso.

Sin embargo, en el mencionado proyecto, se prevén solo algunos mínimos que debe contener un programa de cumplimiento, sin tomar en consideración que la tendencia actual en materia de cumplimiento está orientada a alcanzar estándares especializados en lugar de recurrir a criterios generales. Ello porque los primeros permiten articular esquemas detallados evitando dudas interpretativas por parte de las autoridades judiciales, fiscales y administrativas (quienes son también destinatarios encargados de evaluar la efectividad de estos programas²⁴). Lo decisivo es saber cuáles son los criterios de imputación que deben ser admitidos para hacer responsables penalmente a las personas jurídicas. Ello pasa por establecer anticipadamente, de manera precisa y clara, cuáles son todos los elementos que debe contener un programa de cumplimiento²⁵.

Hasta lo aquí dicho, surge la interrogante sobre cuál es el contenido de un programa de cumplimiento y cómo se desarrollan estos esquemas en la empresa.

siempre traen consigo las razones económicas lo que explique que en los últimos años se haya difundido tanto en los estudios jurídicos la discusión sobre la figura del *compliance*, al punto de llegar a ser considerado un instituto jurídico novedoso» (2014, p. 10).

24 En esa línea, Gómez-Jara (2010, pp. 273-274) considera que el carácter abierto que tienen, óptimo para permitir una adaptación a la realidad de cada corporación, ha traído como consecuencia cierta incertidumbre en la configuración concreta de los mismos.

25 Hurtado Pozo, 1996, p. 157.

Asimismo, el papel del abogado penalista en el diseño, implementación y seguimiento de un programa de cumplimiento o *compliance*.

El objetivo de este trabajo es, por tanto, dar respuesta a estas interrogantes proponiendo una definición sobre nuestra comprensión del concepto de cumplimiento tomando como punto de referencia lo que significa para el estado actual de la doctrina el caso de la transnacional Siemens. Posteriormente, se expone cuál es el contenido de estos programas según las últimas normas internacionales de cumplimiento que han sido aprobadas y, en función de ello, responder a la última cuestión sobre cuál puede ser el aporte del penalista en la era de los programas de cumplimiento.

II. APROXIMACIÓN AL CONCEPTO DE CUMPLIMIENTO²⁶

El término «cumplimiento» en la actualidad resulta ambiguo, probablemente por las diversas interpretaciones que la doctrina en lengua española ha intentado elaborar de una terminología de origen inglés; lo cual es predicable de otras traducciones procedentes de diversos idiomas. Así por ejemplo, Prittwitz²⁷ sostiene que el término *compliance* es el sustantivo correspondiente al verbo en inglés «*to comply*», en cuyo diccionario significa: «*to act in accordance with a command, request, rule, wish, or the like*», lo que a su vez se traduce como «actuar de acuerdo con una orden, petición, regla, deseo o similares», habiendo derivado el término *compliance* en el «*complere*» latino, el «*complire*» italiano y el «cumplir» español.

En ese mismo sentido, Rotsch²⁸ señala que en el ámbito penal la fórmula «*to be in compliance with the law*» puede ser traducida (de forma no absolutamente exacta) por «conformidad a derecho» (*gesetzmäßig*); mientras que Bock refiere que al concepto de *compliance* le correspondería distintos significados, siendo el más evidente «conformidad» o «cumplimiento». Como se aprecia, la traducción casi literal de la palabra *compliance* al español se encuentra muy alejada del concepto relacionado a los valores éticos que suelen encontrarse en todas las monografías que se han escrito recientemente y a la idea que se ha intentado esbozar al inicio de este trabajo. En rigor, el término «cumplimiento» al que nos hemos referido solo nos ofrece una sencilla noción de su significado: el cumplimiento de lo que es legal o de lo que es conforme a derecho.

26 Para evitar confusiones en todo este trabajo, nos estamos refiriendo al término «cumplimiento» en lugar del término «*compliance*», aunque en algunos apartados y citas haremos referencia a esta última terminología, dado su empleo a nivel de autores en lenguas inglesa y alemana.

27 Prittwitz, 2013, p. 208.

28 Rotsch, 2012, pp. 1-2.

Por otro lado, hay algunos autores que, partiendo de una explicación de la finalidad de los programas de cumplimiento, intentan aproximarse a su contenido esencial. Así, por ejemplo, Silva Sánchez²⁹ sostiene que los programas de cumplimiento no se circunscriben solo a la adopción de medidas de vigilancia (controles, determinación de flujos de información), pues también se integran con medidas positivas de formación dirigidas no solo a neutralizar factores culturales o dinámicas de grupo favorecedoras de hechos ilícitos, sino también a incentivar culturas de grupo de fidelidad al derecho.

En esa misma línea, Bock considera que, si la empresa ha asumido el riesgo penal en relación con la fidelidad al derecho de sus empleados, es explicable que el concepto de *compliance* se concentre en el deber de supervisión de la dirección empresarial. Si ello es así, la ciencia de lo que este autor denomina *criminal compliance* se ocuparía de la cuestión de la responsabilidad empresarial; esto es, de las medidas que la dirección empresarial en el marco de su deber de supervisión debe haber adoptado para evitar infracciones de deberes jurídico-penales por parte de sus empleados³⁰.

Atendiendo a la finalidad de lo que buscaría el cumplimiento, un sector de nuestra doctrina considera que no se trata simplemente de impedir infracciones legales imputables a algún miembro de la empresa, sino también de aquellas que se explican de una defectuosa ordenación de la actividad global de la corporación³¹. De allí que los programas de cumplimiento pongan especial énfasis en la capacitación y formación de todos los miembros de la organización en cuestiones de valores éticos, ya que la concientización de las personas constituye la vía idónea para incentivar a los miembros de la empresa a comportarse de acuerdo a derecho.

Probablemente, el alto grado de infracciones legales realizadas por la transnacional Siemens y los esfuerzos posteriores que realizó dicha empresa para mitigar la sanción pecuniaria que se le impuso permitan un mejor entendimiento del significado que encierra el concepto de cumplimiento.

III. UN CASO EMBLEMÁTICO: SIEMENS

En noviembre de 2006, se destapó el que probablemente es el mayor escándalo de corrupción que se conozca protagonizada por una empresa transnacional. Una investigación de la fiscalía alemana reveló que un número significativo de directivos de la compañía de tecnología Siemens, con sede en dicho país, realizaron

29 Silva Sánchez, 2013b, p. 193.

30 Bock, 2013, p. 208.

31 García Cavero, 2014, p. 23.

de manera sistemática pagos y sobornos a funcionarios públicos extranjeros³² a cambio de su ayuda en la negociación de contratos multimillonarios con sus respectivos gobiernos. Los pagos de estas comisiones ilegales se realizaron a través de un sofisticado sistema de desembolsos, a través de intermediarios, en más de 290 proyectos de negocio en 20 países alrededor del mundo, lo cual le significó pagar comisiones ilegales a dichos funcionarios por un monto aproximado de € 1300 millones (US\$ 1756 millones)³³.

Las autoridades norteamericanas de la *Securities and Exchange Commission* (SEC)³⁴ y el Departamento de Justicia de EE.UU. asumieron competencia en la investigación que también llevó a cabo la fiscalía de Munich, toda vez que las acciones de Siemens se cotizaban en la bolsa de valores de Nueva York, por ende la transnacional se encontraba sujeta a la «Ley de prácticas corruptas en el extranjero» (*Foreign Corrupt Practice Act* o FCPA).

Ahora bien, para esclarecer la magnitud de los hechos delictivos realizados por Siemens, la SEC apeló a la cooperación de la empresa a través de un procedimiento basado en investigaciones al interior de la organización³⁵. Siemens contrató

32 Siemens fue acusado por la Fiscalía General de Munich y por el Departamento de Justicia y la SEC norteamericana de haber infringido la «Ley de prácticas corruptas en el extranjero», concretamente en Venezuela, Israel, México, Bangladesh, Vietnam, China, Rusia, Irak y Argentina. Véase: <http://internacional.elpais.com/internacional/2011/12/13/actualidad/1323807369_364426.html> y <<http://www.justice.gov/archive/doj-espanol/pr/2008/December/08-opa-1112-spanish.htm>>.

33 Las actividades delictivas realizadas por los ejecutivos de Siemens incluyeron el uso de cuentas ilegales secretas no registradas en los libros y empresas-fantasma para facilitar el pago de los sobornos, realizando entradas falsas en los libros y registros de la empresa al, por ejemplo, registrar falsamente sobornos como honorarios de consultoría, al acumular reservas provenientes de ganancias como obligaciones a pagar en los libros de la compañía, utilizando luego estos fondos para facilitar el pago de sobornos y, por último, utilizando el antiguo método de las valijas de dinero en efectivo. Véase: <<http://www.justice.gov/archive/doj-espanol/pr/2008/December/08-opa-1112-spanish.htm>>.

34 Esta entidad es el organismo regulador del mercado de valores de EE.UU.

35 Esto se debe a que en EE.UU. el sistema de justicia se fundamenta en el *plea bargaining*. Esta institución se puede conducir en un válido criterio de oportunidad (que se traduce en colaboración a cambio de atenuación de la sanción pecuniaria). Véase, al respecto, Goena Vives, 2013, p. 253; en esa misma línea, véase Montiel, 2013, p. 257. La información sobre estos casos es abundante en internet. Recientemente, la prensa peruana informaba que la empresa norteamericana Dallas Airmotive había llegado a un acuerdo con el Departamento de Justicia de EE.UU. y **aceptaba el pago de una penalidad de 14 millones de dólares** al haber reconocido que sobornó a funcionarios civiles y militares argentinos, brasileños y peruanos a cambio de obtener contratos para evaluación, inspección y prueba de motores de aeronaves. También se indicaba que la empresa se había comprometido a brindar toda la información necesaria para identificar a los funcionarios civiles y militares a quienes la empresa había sobornado, por lo que este tipo de acuerdos es una

al bufete estadounidense *Debevoise & Plimpton* para que se realice una serie de investigaciones internas independientes (que se llevaron a cabo desde enero de 2007 a enero de 2009). De esa forma, se identificaron infracciones sistemáticas y continuadas a las leyes anticorrupción y a la normativa contable en un gran número de áreas de negocio y empresas multinacionales del grupo Siemens. Se llegó a establecer, además, que el soborno era un procedimiento estándar del negocio, de lo cual tenían pleno conocimiento los altos ejecutivos de la empresa.

Se aprecia, pues, que el caso Siemens refleja con claridad cómo la estructura organizacional de la empresa alcanzó un alto grado de tolerancia hacia la violación sistemática de las normas y de la ética (cada vez que se actuaba en beneficio de los intereses de la compañía), premiando e incentivando las malas prácticas corporativas en lo que fue conocido negativamente como «modelo Siemens de hacer negocios». Este fenómeno demuestra que cuando se incentivan o premian las malas prácticas corporativas (por ser de utilidad para los fines de la empresa), se crea una cultura de ilegalidad que es asimilada por los miembros de la organización como cualquier otra práctica operativa empresarial, por lo que todo parece indicar que el riesgo de cometer delitos se incrementaría al interior de la organización. De allí que uno de los objetivos del «cumplimiento» debe avocarse a neutralizar dinámicas de grupo favorecedoras de hechos criminales.

Para remediar este problema, Siemens tuvo que realizar un cambio radical en la empresa estableciendo una nueva política empresarial de tolerancia cero a la corrupción. Bajo el lema «solo los negocios limpios son negocios Siemens», hoy la empresa afirma que el «*compliance*» no es un programa sin más, sino «la manera de hacer negocios en Siemens». De dicho modo, ha reestructurado por completo el programa de cumplimiento que tenía hasta entonces y establecido un procedimiento interno de control y de prevención a las prácticas corruptas.

El nuevo sistema de *compliance* de Siemens³⁶ se basa en una metodología clara que debe integrar todas las actuaciones de *compliance* del grupo. En síntesis, tiene tres etapas: prevenir, detectar y responder.

La etapa de «prevención» es probablemente la más importante, pues tiene que ver con la formación y supervisión de los empleados y socios de la empresa, socios del negocio y proveedores de la empresa. Para todos ellos, existe un código ético

práctica habitual en la justicia norteamericana. Para más detalles, véase: <<http://www.larepublica.pe/15-12-2014/dallas-airmotive-tambien-firmo-contrato-con-la-marina-de-guerra>> y <<http://www.larepublica.pe/17-12-2014/dallas-airmotive-esta-comprometida-a-identificar-a-efectivos-fap-sobornados>>.

36 El sistema de *compliance* de Siemens es altamente sofisticado. Puede ser consultado en: <<http://www.aan.siemens.com/compliance/Documents/Compliance%20System%20Brochure%20%28ES%29.pdf>>.

común y de obligado cumplimiento, así como especificaciones y normas propias en cada caso. La formación de los empleados se efectúa en un 80% de manera presencial y personalizada, estableciéndose un sistema interno y absolutamente confidencial de atención a los empleados y directivos para evacuar consultas y resolver dudas en torno a cualquier aspecto sobre el que sea necesario arrojar luz.

La etapa de «detección» cuenta también con un sistema de canales de información —internos y externos, como la contratación de un defensor del empleado— que permiten denunciar cualquier tipo de conducta que se suponga irregular y que alguien presuma que se está llevando a cabo en el seno de la empresa.

La última etapa es la «respuesta» que da la compañía cuando se detecta una infracción a las normas éticas de la empresa. Se ha establecido un catálogo de sanciones internas para aquellos que cometan algún tipo de irregularidad según el grado de incumplimiento en relación a la corrupción y la falta de ética en la actuación.

Debido a que Siemens inició su propia investigación sobre las malas prácticas del pasado, colaborando con las autoridades encargadas de la investigación, y debido a que en menos de dos años la empresa pudo implementar un nuevo programa de cumplimiento detallado que se hizo efectivo a escala mundial, Siemens logro que la investigación en Alemania y en EE.UU. concluyera. Si bien Siemens se vio obligada a pagar a las autoridades norteamericanas y alemanas una multa ascendente a 1000 millones de euros (1300 millones de dólares, aproximadamente) a cambio de no ser liquidada, el caso ilustra cómo gracias a las investigaciones internas y los elevados costos que supuso su realización se vieron ampliamente compensados por la rebaja de la sanción pecuniaria.

De esta manera, el caso Siemens demuestra y permite tener una noción amplia del significado que, desde nuestro punto de vista, se acerca más al concepto de cumplimiento. No se trata solo de prevenir o evitar que se realicen delitos en beneficio de la empresa, como tampoco únicamente de capacitar a los miembros de la organización en cuestiones de ética empresarial.

Como señala Bacigalupo, «una cultura empresarial basada en valores es un factor del éxito empresarial» y, al parecer, la cultura del cumplimiento de la legalidad tiene que ver con una nueva visión de hacer negocios por parte de las empresas y que, de lograrse, tendrá una directa incidencia económica en la manera como se valoriza una compañía. Por un lado, porque no contar con un programa de cumplimiento puede incrementar o disminuir la sanción pecuniaria, a la que se encuentra expuesta la empresa en el caso de que se detecte una infracción legal; y, por otro, porque el programa de cumplimiento estaría en condiciones de agregar valor a la empresa gracias a la reputación corporativa ganada.

En definitiva, consideramos que el cumplimiento o, mejor dicho, el cumplimiento de la legalidad constituye en sí mismo un valor ético que se hace sostenible mediante su integración en la cultura empresarial de la organización y en el comportamiento y actitud de las personas que trabajan en ella. Entre otros aspectos, mediante una permanente capacitación y difusión de valores estando en condiciones de mitigar riesgos legales y generar valor en la empresa. Desde esta perspectiva, el «programa de cumplimiento» es simplemente el vehículo del que se vale el «cumplimiento» para hacerse efectivo y real en la organización empresarial.

IV. CUESTIONES A INCORPORARSE EN UN PROGRAMA DE CUMPLIMIENTO EMPRESARIAL

Generalmente las leyes no han contemplado las características que han de tener los programas de cumplimiento. Dado que ello podría generar inseguridad jurídica resulta recomendable que el legislador establezca los elementos mínimos que debe tener un programa de cumplimiento, pues a partir de dichas condiciones la empresa podrá autorregularse con ayuda especializada y adoptar el programa más adecuado y compatible con sus actividades.

Al respecto, conviene señalar que el fenómeno de la autorregulación de las empresas no es nuevo, pues ya existen normas en el ámbito de la prevención de riesgos laborales³⁷, de prevención de lavado de activos³⁸ y últimamente también en materia de protección de datos personales³⁹. De acuerdo con esta normativa, se

37 El artículo 1 de la ley 29738 («Ley de seguridad y salud en el trabajo»), que prevé el sistema de prevención de riesgos laborales, tiene por objeto «promover una cultura de prevención de riesgos laborales en el país. Para ello, cuenta con el deber de prevención de los empleadores, el rol de fiscalización y control del Estado y la participación de los trabajadores y sus organizaciones sindicales, quienes, a través del diálogo social, velan por la promoción, difusión y cumplimiento de la normativa sobre la materia».

38 El artículo 3, inciso 9, de la ley 27693 («Ley que crea la unidad de inteligencia financiera») señala que una de sus funciones es: «regular, en coordinación con los organismos supervisores de los sujetos obligados, los lineamientos generales y específicos, requisitos, precisiones, sanciones y demás aspectos referidos a los sistemas de prevención de los sujetos obligados a reportar y de los Reportes de Operaciones Sospechosas y Registro de Operaciones, así como emitir modelos de Códigos de Conducta, Manual de Prevención del delito de lavado de activos y el financiamiento de terrorismo, Formato de Registro de Operaciones, entre otros, conforme a los alcances de lo dispuesto en la presente Ley y su Reglamento. En el caso de la Superintendencia de Banca, Seguros y Administradoras Privadas de Fondos de Pensiones y de la Superintendencia del Mercado de Valores, la función de regulación corresponderá a estas entidades y se ejercerá en coordinación con la UIF-Perú».

39 El artículo 1 del reglamento de la ley 29733 («Ley de protección de datos personales») señala que «a fin de garantizar el derecho fundamental a la protección de datos personales, regulando

exige a las empresas que implementen ciertas medidas y capaciten a sus empleados en todo aquello que tenga que ver con el cumplimiento de dicha normativa. Lo que se pretende es aprovechar la mayor proximidad que tiene la empresa con sus órganos y empleados para capacitarlos y evitar conductas delictivas.

En ese sentido, en la experiencia comparada se han establecido estándares de cumplimiento cuya fuente de referencia se encuentra en la *US Federal Sentencing Guidelines for Corporations*⁴⁰, con relación a la implementación de un «*Effective Compliance and Ethics Program*». Se destacan, como elementos esenciales de dicho programa, los siguientes:

- El nombramiento de un *compliance officer* y la delegación de funciones en el ejercicio de responsabilidades operativas.
- Establecimiento de estándares y procedimientos para prevenir y detectar la conducta criminal.
- Ejercicio por parte del consejo de administración de una autoridad supervisora sobre la implementación y mejora del programa de *compliance*.
- *Reporting* periódico a los miembros del consejo de administración y altos directivos.
- Impartición de formación continuada en materia de *compliance*, monitorización y auditoría constante de la eficacia del programa.
- La exclusión de empleados incumplidores de los puestos de responsabilidad.

un adecuado tratamiento, tanto por las entidades públicas, como por las instituciones pertenecientes al sector privado. Sus disposiciones constituyen normas de orden público y de cumplimiento obligatorio».

40 Según Gimeno Sendra, durante los años ochenta, el Congreso de EE.UU. se mostró en desacuerdo con el contenido de las sentencias emanadas de los jueces federales, pues, a su parecer, existía una gran disparidad jurisprudencial y se dictaban sentencias condenatorias demasiado indulgentes. En respuesta a estas prácticas judiciales, el Congreso creó, a través de la *Sentencing Reform Act* de 1984, la *U.S. Sentencing Commission* (comisión para establecer pautas de sentencia), la que, en el año 1987, promulgó las *Sentencing Guidelines* (guías de sentencia) para las personas físicas y, en 1991, para las jurídicas. Estas pautas o guías para dictar sentencia, a través de los programas de «*compliance*», incentivaban a las sociedades a la prevención y detección de la comisión de posibles delitos por la vía de atenuar la gravedad de la pena y singularmente de reducir la de multa, siempre y cuando hubieran implantado un programa de prevención adecuado. Por el contrario, si carecían de un programa de efectivo, las multas podrían ser más elevadas. Véase: <<http://www.icava.org/documentacion/persjuridica.pdf>> (dictamen en derecho titulado «Código de buena conducta de las personas jurídicas», realizado por Vicente Gimeno Sendra y Jordi Gimeno Beviá).

De manera similar, Gómez-Jara⁴¹ considera que un programa de cumplimiento común debería contener los siguientes elementos:

- Código de conducta escrito.
- Supervisión de esfuerzos de cumplimiento por personal cualificado.
- Reforzamiento mediante sistemas efectivos de control y auditoría.
- Reforzamiento mediante procedimientos disciplinarios.
- Adopción de medidas cautelares tras detección de una infracción.
- Seguimiento de una formación continuada a directivos y empleados.
- Comunicación efectiva de los estándares y procedimientos de los códigos de conducta.

Por otro lado, Magro Servet⁴² considera que este programa debe contener adicionalmente los siguientes aspectos:

- Implementación de un programa específico diferente de formación y prevención para directivos y empleados, a fin de fijar marcos de prevención distintos, porque distintas son sus vías de actuación y posibilidades de actuación delictiva.
- Formación específica obligatoria en los tipos penales que a la empresa le genera responsabilidad, antes expuestos en el listado.
- Elemento importante a tener en cuenta en las empresas: en aquellas que sea posible debería designarse un nuevo cargo o puesto de trabajo denominado «director de implementación de los planes de cumplimiento normativo», lo que haría más evidente el cumplimiento de esta obligación empresarial, sobre todo en las grandes empresas. Por ello, en el derecho comparado, en los países donde ya se han implantado estos programas normativos por las grandes empresas, estas han incorporado a sus equipos los denominados *team of dedicated compliance staff*; es decir, equipos técnicos destinados a la elaboración y aplicación de los programas de cumplimiento normativo.
- Estar en condiciones de acreditar el *conducting regular trade practices compliance risk assessments and compliance program reviews*, o cumplimiento de la ejecución de regulares prácticas de evaluación interna empresarial de la revisión de sus propios programas de cumplimiento normativo. Lo cual implica que se esté en condiciones de ir revisando sus propios programas

41 Gómez-Jara Díez, 2010, pp. 273-274.

42 Magro Servet, 2011, pp. 6-7.

con la actualización de la normativa aplicable del desarrollo de las funciones de sus directivos y empleados. Programas de cumplimiento que deberían ser obligatorios en su seguimiento por estos, no voluntarios, ya que en este último caso podría decirse, como alegato, de que no se exonerase a la empresa de responsabilidad por la fiscalía. O también no es lo mismo que el programa esté implantado, con el hecho que el programa se ejecute; ya que, siendo voluntario, no se acreditaría su ejecución y tampoco la revisión y actualización de sus contenidos, lo que se destaca con el punto que ahora destacamos.

- Estar en condiciones de acreditar la obligación del *designing detailed guidelines and procedures for different business units that face operational trade practices risks*; es decir, un diseño detallado de las directrices y procedimientos de las diferentes unidades de negocio, ya que es preciso especificar los programas de cumplimiento normativo concretos para determinadas áreas, evitando los riesgos de la empresa de que se incurra en responsabilidades por no individualizar las tareas que existen en la empresa y fijar las directrices claras de cumplimiento y ejecución laboral de directivos y empleados.
- Las grandes empresas deberían estar en condiciones de tener designado el director del «*Keeping track*» o persona encargada de conocer qué está pasando en la empresa a alguna persona, directivo o empleado, o a las operaciones que se llevan a cabo. Es el director de operaciones de conocimiento y detección de posibles fallos de importancia en la conducta de directivos y/o empleados, que pueda trasladar a sus mandos de gobierno la detección, por ejemplo, de posibles conductas irregulares en la empresa.
- Visión estratégica en el *compliance program* para estar conectado con las metas estratégicas de la compañía. Es lo que se denomina en el derecho comparado, en los países que lo tienen implantado, la *strategic vision*. Deben utilizarse así *benchmarks for implementation* o adecuación del programa de cumplimiento normativo a los parámetros de ejecución del mismo (los cuales deben encontrarse conectados o relacionados con los objetivos de la propia empresa).
- Sistema de evaluación de riesgos o *risk assessment*. En este sentido, la empresa debe estar en condiciones de evaluar de forma periódica el sistema de riesgos de caer en responsabilidad por la actuación de directivos y/o empleados. Además, debe adecuarlo a cada esfera de negocio de su empresa. Dentro de esta área, se focaliza también el programa de *continuous improvement* o autoevaluación del rendimiento empresarial para asegurarse de que el sistema implantado es el adecuado en cada momento para sus operaciones.

- Puntos de control o *control points*. Dentro del programa de cumplimiento normativo, se establece puntos de control para individualizar cuáles son los riesgos que pueden existir, por lo que se refuerza el establecimiento del control del comportamiento de la empresa en diferentes áreas, a fin de individualizar el control según cada área de la empresa, para no fallar estableciendo un programa general que se olvide de las particularidades de áreas concretas de la empresa.
- Documentación adecuada del programa de cumplimiento normativo. Es fundamental que se elabore por la empresa un soporte documental acerca del programa de cumplimiento normativo, lo que conlleva que este deba estar escrito y que la documentación esté en poder de directivos y empleados.
- Particularidades y ventajas de la puesta en marcha del *compliance program*.

En el caso peruano, el proyecto de ley 4054-2014 prevé, en el artículo 17, que «la persona jurídica está exenta de responsabilidad administrativa por la comisión del delito de cohecho activo transnacional, si adopta e implementa en su organización, con anterioridad a la comisión del delito, un modelo de prevención adecuado a su naturaleza, riesgos, necesidades y características, consistente en medidas de vigilancia y control idóneas para prevenir el delito de cohecho activo transnacional o para reducir significativamente el riesgo de su comisión». Si bien la responsabilidad de la persona jurídica solo se ha previsto para el delito de cohecho activo internacional del artículo 397-A, el legislador de reforma ha previsto los elementos mínimos de lo que denomina «modelo de prevención»:

a. Una persona u órgano, designado por el máximo órgano de administración de la persona jurídica, que ejerza la función de Auditoría Interna de Prevención y que cuente con el personal, medios y facultades necesarios para cumplirla adecuadamente. Esta función se ejerce con la debida autonomía respecto del órgano de administración, sus propietarios, accionistas o socios, salvo en el caso de la micro, pequeña y mediana empresa, donde puede ser asumida directamente por el órgano de administración.

b. Medidas preventivas referidas a:

1. La identificación de las actividades o procesos de la persona jurídica que generen o incrementen riesgos de comisión del delito de cohecho activo transnacional.
2. El establecimiento de procesos específicos que permitan a las personas que intervengan en éstos, programar y ejecutar sus tareas o labores de una manera que prevenga la comisión del delito de cohecho activo transnacional.

3. La identificación de los procesos de administración y auditoría de los recursos financieros que permitan a la persona jurídica prevenir su utilización en la comisión de la conducta delictiva de cohecho activo transnacional; y,
 4. La existencia de sistemas de denuncia, protección del denunciante, persecución e imposición de sanciones internas en contra de los trabajadores o directivos que incumplan el modelo de prevención.
- c. Un mecanismo de difusión y supervisión interna del modelo de prevención, el cual debe ser aprobado por un reglamento o similar emitido por la persona jurídica.

Es evidente que el objetivo del legislador peruano apunta a que las empresas peruanas implementen un sistema de gestión del cumplimiento con el objetivo de detectar y prevenir la comisión de delitos realizados por sus trabajadores y representantes en el ámbito de su actividad y en beneficio de la persona jurídica.

La existencia y aplicación práctica y efectiva de un programa de cumplimiento, en una empresa, va a determinar importantes consecuencias ante una eventual comisión de un delito y la apertura de un proceso penal. En principio, la implantación de un programa se constituye en un potente indicio de descargo, en el sentido que la empresa cumplió con sus deberes de control y de que, por ello, el eventual delito cometido en su nombre y beneficio no es atribuible a un «defecto de organización». Por tanto, debe ser atenuada su responsabilidad penal o eximida completamente⁴³.

Sin bien el proyecto de ley 4054-2014-PE establece algunos parámetros que se pueden encontrar en la doctrina y en algunas normas internacionales sobre normalización, es evidente que no se han considerado todos estos elementos que permitan que el cumplimiento o *compliance* se estandarice. Por ejemplo, el proyecto no indica ni señala cuáles serían los requisitos para asumir la función de responsable de auditoría interna de prevención de la empresa (*compliance officer*). En principio, tanto la doctrina como las normas sobre cumplimiento hacen hincapié en la formación técnica que debe tener el oficial de cumplimiento de la empresa; sin embargo, esto no se refleja en el proyecto⁴⁴.

Si lo que se pretende es hacer eficiente un sistema de gestión de cumplimiento, resulta necesario establecer el contenido de un estándar común tal como ya se prevén en normas internacionales. En ese sentido, en diciembre de 2014, la Organización

43 Gascón Inchausti, 2012, p. 22 y ss.

44 Al respecto, Nieto Martín señala que el plan de estudios ideal para la formación de *compliance officer*, del oficial de ética o de cualquier persona que quiera dedicarse profesionalmente al cumplimiento normativo, sería una mezcla de criminología con conocimientos de auditoría y *management* empresarial. Para más detalles, véase Nieto Martín, 2013, p. 30.

Internacional de Normalización (ISO) publicó la Norma ISO 19600 sobre *Compliance Management Systems* (CMS) o «Sistemas de gestión de *compliance*», que recoge recomendaciones y buenas prácticas para ayudar a las organizaciones a desarrollar un sistema de gestión que les permita identificar, controlar y cumplir con los requisitos legales que le aplican. De esa manera, esta norma se ha convertido en el exponente más actual de normas dedicadas exclusivamente a la gestión del cumplimiento, dejando atrás otras normas que se utilizaban como referencia para gestionar este tipo de programas (como la norma IDW PS 980 dictada el año 2011 por el Instituto Alemán de Auditores de Cuentas).

Al respecto, podemos indicar que la ISO 19600 trae, entre otras novedades, las siguientes:

- La primera es que el propio texto de la norma indica que sus recomendaciones pueden aplicarse a todo tipo de organizaciones con independencia del tamaño, estructura, naturaleza y complejidad del negocio; pues, más que un conjunto de requisitos, es un conjunto de directrices. De allí que dicha ISO 19600 no pueda ser certificable mediante una auditoría; pero, lo que sí resulta interesante es que la demostración de que la empresa ha implementado dichas directrices en la organización, sí podría hacerse valer en un proceso penal.
- La segunda novedad es que la norma pone énfasis en la formación del responsable del programa. En el caso peruano, en la formación del responsable de auditoría interna; pues se indica que el profesional responsable debe tener formación en *compliance*, sobre todo cuando se produzcan cambios organizativos o legislativos.

En definitiva, la norma ISO 19600 pretende constituirse como una herramienta para ayudar a la función del cumplimiento en sus objetivos, entre los cuales se encuentra la detección y gestión de los riesgos por incumplimientos de obligaciones legales de la empresa. Por ello, consideramos que esta norma es un referente común que el legislador peruano debe tener en cuenta y que, por ende, lo más apropiado sería que sus directrices sean incluidas en el reglamento del modelo de prevención que habrá de aprobarse.

V. LA FUNCIÓN DEL ABOGADO PENALISTA EN LA IMPLEMENTACIÓN DEL PROGRAMA DE CUMPLIMIENTO

Aunque el cumplimiento normativo es una tarea multidisciplinaria que comprende la opinión de auditores, expertos en organización empresarial, informáticos y criminólogos, todo parece indicar que resulta inevitable considerar que el abogado

penalista tiene también mucho que aportar a los sistemas de cumplimiento. A diferencia de otras profesiones, la formación del experto en derecho penal distingue mejor que nadie los riesgos legales y, más aun, los riesgos penales a los que se ve expuesta la empresa en su actividad.

En efecto, el penalista conoce por formación dónde empieza el ámbito de lo punible de un delito, cuáles son aquellas actividades empresariales que pueden considerarse como neutrales y socialmente adecuadas a derecho, o cuál área de una empresa es, en sí misma, potencialmente riesgosa. Así también, tiene conocimiento de las consecuencias penales para los responsables en caso no actúen oportunamente para neutralizar tales riesgos, bajo la figura de la comisión por omisión.

En ese sentido, resulta necesario conocer la fenomenología de un tipo penal y saber en qué contexto puede surgir dicho delito en el ámbito empresarial. Por lo tanto, resulta fundamental que el penalista pueda orientar y dar a conocer cómo se configuran los tipos penales o cómo podría producirse un juicio de subsunción o tipicidad. Solo a partir de ese conocimiento previo es posible trabajar conjuntamente con expertos en el diseño de procedimientos de control internos⁴⁵.

Asimismo, el abogado penalista externo de la empresa está en mejores condiciones de demostrar independencia y neutralidad respecto a la consulta de algunas decisiones adoptadas por parte de directivos o representantes de una persona jurídica. Esto es importante toda vez que, de producirse un incumplimiento de la legalidad, el directivo siempre podrá alegar que actuó bajo el principio de confianza de su abogado externo o guiado por un estado de error invencible. Argumento que sería difícil de sostener ante un tribunal si el abogado no fuera penalista o integrante de la empresa.

Por otro lado, el abogado penalista está en condiciones de diseñar la asignación de responsabilidades dentro del programa de cumplimiento y definir claramente cuál es el rol que deberá asumir el responsable interno del programa y cuál es el papel que le tocará asumir al concejo de administración. Fundamentalmente en las funciones de esta última relativas a la implementación de, por ejemplo, un programa de prevención de lavado de activos o de riesgos laborales.

La reacción de la transnacional Siemens —analizada *supra*— deja importantes lecciones. Un aspecto valioso está referido a las investigaciones internas que debe efectuar la empresa. Toda vez que la propia investigación al interior de la organización (respecto a la posible infracción al código de ética o a la comisión de un delito) es en sí misma un riesgo legal para esta si, por ejemplo, dicha investigación se lleva adelante afectando derechos fundamentales del investigado. Es por ese motivo que el abogado penalista debe garantizar que la investigación

45 Gonzales Franco, Schemmel & Blumenberg, 2013, p. 158.

interna se realice respetando el núcleo duro de los derechos fundamentales del empleado o representante denunciado.

Si bien, a diferencia de las investigaciones realizadas por las autoridades públicas, las investigaciones internas no están sujetas al derecho procesal penal, sino al derecho del trabajo, tal como ha establecido en un reciente caso el Tribunal del Land de Hamburgo, consideramos que no existe impedimento para que algunos de los principios del derecho procesal penal (por ejemplo, el debido proceso) sean trasladados a estas investigaciones. De ese modo, se podría evitar no solamente vicios probatorios, sino también contingencias para la empresa⁴⁶.

Otro ámbito en el que se requerirá, sin duda, la intervención del abogado penalista será cuando se lleve a cabo un *due diligence criminal*, sobre todo en aquellas operaciones en las que una empresa adquiera vía fusión a otra. En estos casos, el *due diligence* tendrá sentido desde una perspectiva de negocios, ya que los riesgos a los que se expone la empresa incluyen: a) heredar la responsabilidad por las actividades ilegales del pasado; b) convertirse en el responsable de las continuas actividades ilegales que no fueron capaces de detectarse y frenar; c) pagar en exceso por un negocio que fue construido sobre una base de actividades ilegales; d) heredar malos empleados de la compañía adquirida; y e) lidiar con un aumento significativo imprevisto en los costos de cumplimiento requeridos para cambiar el nuevo negocio.

VI. A MANERA DE CONCLUSIÓN

El cumplimiento constituye en sí mismo un valor ético que se hace sostenible mediante su integración en la cultura empresarial de la organización y en el comportamiento y actitud de las personas que trabajan en ella, mediante una permanente capacitación y difusión de valores dirigidos a mitigar riesgos legales y generar valor en la empresa.

Las empresas que tienen como objetivo tener éxito en el largo plazo tienen que mantener una cultura de integridad, cumplimiento y considerar las necesidades y expectativas de los interesados. Integridad y cumplimiento son, por tanto, no solo la base, sino también la oportunidad de una organización exitosa y sostenible.

Si bien el cumplimiento normativo o *compliance* tiene cada vez más presencia en ciertos sectores regulados normativamente haciéndose más visible a raíz de la incorporación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, lo cierto es que existen empresas que se han visto incentivadas a adoptar estos programas con independencia de la política criminal de los Estados por criminalizar a las empresas.

46 Al respecto, Montiel sostiene que el gran desafío es repensar para las investigaciones internas un sistema de garantías de rigor intermedio. Cfr. Montiel, 2013, p. 267.

Consideramos que las directrices de la norma ISO 19600 son un referente común que el legislador peruano debe tener en cuenta e incluirla en el reglamento del modelo de prevención exigido en el artículo 17 del proyecto de ley 4054-2014-PE.

Al abogado penalista le corresponde asumir una labor complementaria a la que deberán asumir otros especialistas en cumplimiento. Su intervención, tanto en el diseño como en el seguimiento de los programas de cumplimiento, resulta fundamental para su aplicación. Un aspecto delicado en la labor del penalista tiene que ver con las investigaciones internas. En ese sentido, debe considerarse que la investigación interna solo será beneficiosa para la empresa si se realiza respetando el marco legal y, en la medida de lo posible, el debido proceso de los investigados.