

**CORPORATE COMPLIANCE: DE LA REGULACIÓN ESTATAL A LA
AUTOREGULACIÓN PRIVADA
CORPORATE COMPLIANCE: FROM STATE REGULATION TO PRIVATE
AUTHORIZATION**

Jesús Abel Silvera Guillén
Universidad de San Martín de Porres
jesus_silvera@usmp.pe
Perú, Lima

SUMARIO

- INTRODUCCIÓN
- RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS
- COMPLIANCE
- ECOSISTEMA DE COMPLIANCE
- ÁREA DE COMPLIANCE. GESTIÓN DEL SISTEMA DE COMPLIANCE
- CONCLUSIONES
- RECOMENDACIONES

RESUMEN

El constante cambio de las legislaciones a nivel del derecho comparado, trae consigo nuevos lineamientos, que regulan cada vez más el interactuar de las empresas, como, por ejemplo, la introducción de la responsabilidad penal autónoma para las personas jurídicas. Debido a ello, ha conllevado a que se le atribuya predominancia al Compliance y sus programas, para el cumplimiento de estos nuevos lineamientos, sobre todo para la detección, prevención y gestión de riesgos por incumplimiento. En tal sentido, este ensayo tiene la consigna de transmitir la relevancia e importancia que posee el Compliance para las organizaciones empresariales y para lograr tal cometido, la metodología a usar serán las directrices que distintos estándares internacionales ofrecen sobre la materia, para la correcta estructuración de un sistema eficaz de Compliance.

ABSTRACT

The constant change in legislation at the level of comparative law, brings with it new guidelines, which increasingly regulate the interaction of companies, such as, for example, the introduction of autonomous criminal liability for legal entities. Due to this, it has led to the attribution of predominance to Compliance and its programs, to comply with these new guidelines, especially for the detection, prevention and management of non-compliance risks. In this sense, this essay has the aim of transmitting the relevance and importance that Compliance has for business organizations and to achieve such a commitment, the methodology to be used will be the guidelines that different international standards offer on the matter, for the correct structuring of an effective Compliance system.

PALABRAS CLAVE

Criminal Compliance – Empresa – Ética – Prevención de Riesgos – Responsabilidad penal de las personas jurídicas - Sistema de Compliance.

KEYWORDS

Criminal Compliance – Company - Ethics - Risk Prevention - Criminal liability of legal persons - Compliance System.

INTRODUCCIÓN

Tradicionalmente, en los distintos marcos jurídicos del derecho comparado, no estaba prevista la posibilidad de que las empresas fueran responsables penalmente, todo ello en función de la máxima de *societas delinquere non potest*. Sin embargo, modernamente a impulso de la responsabilidad social corporativa y de la ética empresarial, se ha ido introduciendo la responsabilidad penal autónoma para las empresas, esto significa que las empresas si pueden ser susceptibles a la imputabilidad penal, bajo la tutela de la máxima de *societas delinquere potest*. No obstante, esta responsabilidad viene adjuntada a un mecanismo de prevención de delitos, que garantiza la exoneración de la responsabilidad penal, en tal sentido, este mecanismo es aquel sistema que previene, detecta y gestiona riesgos por incumplimiento de las normas, lo que se conoce como Compliance Penal.

Por consiguiente, el presente trabajo realizara una incursión en el apasionante mundo del Compliance y sus programas (incluyendo al programa de Compliance Penal). Para ello, se realizara un análisis descriptivo de los elementos esenciales para una adecuada estructuración e incorporación de un sistema eficaz de Compliance. Es así como el actual ensayo se estructura en cinco partes. En primer lugar, se analiza la relación del *Criminal Compliance* al contexto actual de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, introduciendo de manera muy general un análisis bajo la perspectiva de distintos marcos jurídicos del derecho comparado, que introducen la responsabilidad penal autónoma para las personas jurídicas y es así como ingresamos a la segunda parte de este ensayo. En este apartado se analiza el significado del Compliance relacionado al mundo empresarial y jurídico, para así, ofrecer una mejor comprensión al lector, posteriormente, dentro de este apartado se menciona la importancia que posee el compromiso por parte del CEO o alta dirección con el Compliance, de este modo y para finalizar este apartado, se realizara un resumen de algunos componentes que se deben de tomar en cuenta para la estructuración de un sistema de Compliance. La tercera parte trata del ecosistema que se relaciona al Compliance, en el cual se analiza los elementos necesarios e indispensables para una adecuada gestión. Para tal efecto, se describirá el cómo y el para que de estos elementos, de manera que el lector podrá comprender de forma más clara, que componentes son necesarios a la hora de estructurar un sistema de Compliance. El cuarto apartado de este ensayo se relaciona de manera directa con todo el sistema de Compliance, puesto que, en este apartado se explicara qué área dentro de la empresa será la encargada de realizar la gestión del sistema de Compliance, es decir, llevar el sistema de la teoría a la práctica. En tal sentido, se explicara qué elementos necesitara dicha área para su adecuada gestión. Finalmente, en la quinta parte, se tiene por objetivo desarrollar las principales ideas obtenidas mediante la investigación de este ensayo.

RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS

Esta medida legislativa, en definitiva rompe la simetría entre Estado y empresa, puesto a que durante ciclos, se responsabilizaba penalmente únicamente a las personas físicas más no a personas jurídicas. Pues bien, todo ello en función al principio máximo del axioma de *societas delinquere non potest*, cuya traducción expresa la imposibilidad de sancionar

penalmente a las personas jurídicas por la incapacidad de consumir delitos por voluntad y acción propia.

Es así como la criminalidad empresarial, en algún sentido evitaba ser responsable penalmente por delitos, bajo la protección del principio máximo de *societas delinquere non potest*. Esta desnaturalización a la hegemonía del sistema normativo jurídico penal-económico, puso a desarrollo un tema debatible en la política criminal internacional, dogmática penal y en la doctrina del derecho comparado. En esencia, la cuestión elemental es si las personas jurídicas pueden (o deberían) ser susceptibles a la imputabilidad penal del poner punitivo del Estado.

Desde un contexto donde dos principios y dos sistemas presumen su predominancia en la materia, pretendiendo explicar el porqué de la imputabilidad penal a la persona jurídica, como consecuencia de la conducta delictiva de un ejecutivo o colaborador de su propia organización. “Cuando se pregunta sobre el estado actual de la cuestión del *societas delinquere not potest*, la respuesta de los grandes sistemas del Derecho Penal, es de una parte del sistema de Common Law y de otra del sistema de codificaciones Europea Continental” (Reategui, Criminalidad Empresarial, 2012:p.58). En tal sentido, tenemos como primer principio al axioma de *societas delinquere nont potest*, bajo la influencia del sistema Europeo Continental, que hace referencia al hecho de que la persona jurídica no puede delinquir, fundamentándose en que la empresa, en principio, es un ser entelequia, por ende, es un ser incapaz de dirigir y controlar su comportamiento autónomamente, ya que no goza de capacidad neuronal ni mucho menos de conciencia propia. Esto implica la imposibilidad de planificar, realizar o consumir un acto por autonomía y voluntad propia, ya que no posee capacidad de acción directa, puesto a que esta facultad es delegada siempre a personas físicas (colaboradores, ejecutivos, etcétera.), que mediante la representatividad atribuida, ejecutan los intereses de la persona jurídica. Esta incapacidad empresarial de no poseer conocimiento ni voluntad propia, fortifica la teoría del principio de *societas delinquere nont potest*, que al no poseer capacidad de acción, ni voluntad propia, sería una falacia configurarse la teoría del delito sobre la conducta delictiva en cuestión y, atribuir el título de autor del delito a la propia organización. En tal sentido, este primer principio tiene como matriz y elemento configurativo, la imposibilidad de poseer voluntad, acción y conocimiento. Sin embargo, este panorama ha ido teniendo cambios significativos. Influenciado por la política criminal internacional,

trajo un transversal cambio, que fue creando inconsistencia a la teoría de que las personas jurídicas no pueden ser responsable penalmente por conductas delictivas emergente de funcionarios que forman parte directa o indirectamente de la estructura corporativa de su organización y que a consecuencia de dicha conducta, tenga que asumir autónomamente parte importante de la responsabilidad penal la propia persona jurídica. Frente a esta primera tendencia del *societas delinquere non potest*, es que va tomando posicionamiento en distintos marcos legislativos el principio del *societas delinquere potest*. “De cualquier manera la tendencia es clara y la balanza se va inclinando en el mundo por el sistema jurídico del *commom law*” (Reategui, Criminalidad empresarial, 2012:p.59), por lo tanto, las personas jurídicas si poseen la capacidad de delinquir, esto implica la imputabilidad penal autónoma del delito, hacia la propia empresa (persona jurídica), cuya culpabilidad, ira en función al déficit organizacional de la empresa, que posteriormente asumirá las consecuencias del delito mediante un proceso penal, cuyas consecuencias irían desde sanciones multimillonarias, hasta la disolución absoluta de la empresa. Esta manera disruptiva de regular el comportamiento empresarial, para reducir la tasa de la criminalidad empresarial por parte de los distintos marcos jurídicos regulatorios del derecho comparado, tienen como matriz de consistencia distintos marcos legislativos que sin duda cumplen una misma finalidad. Para no perder el enfoque de este apartado, se ara mención en modo de ejemplo algunos de estos marcos legislativos. Comenzando por la norma pionera que dio lugar al concepto del *Compliance*, bajo la influencia del *common law*. Estados Unidos y su conocida Ley de Prácticas Corruptas en el Extranjero de 1977 (Foreign Corrupt Practices Act, FCPA – por sus siglas en ingles). Seguidamente, España y su marco legislativo de Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas (RPPJ) tipificada en el Art. 31 bis del código penal Español por la Ley Orgánica (LO) N° 5/2010, LO 7/2012 y finalmente la LO 1/2015. De igual manera, Francia y su RPPJ que fue introducida en el código penal Francés de 1994 por la Ley N° 92 -1336 que posteriormente fue modificada por el marco de la Ley N° 2004-204. Sin alejarnos mucho a la realidad Latinoamericana, tenemos el marco legislativo de Chile y su RPPJ tipificada en la Ley N° 20.393. Por último y no menos relevante, Perú y su Responsabilidad Administrativa de las Personas Jurídicas, tipificada en la Ley N° 30424, que posteriormente fue modificada por el Decreto Legislativo N°1352, esta singularidad por parte del legislador peruano, en denominar ‘Administrativa’ a esta responsabilidad,

genera discrepancia en la doctrina peruana, puesto a que no sería más que una simple fachada errónea de definición, ya que dicha responsabilidad 'administrativa' sería delimitada bajo los parámetros del proceso penal, por un magistrado penal y bajo las garantías procesales del código procesal penal, en tal sentido, estamos ante una real responsabilidad penal para las personas jurídicas, y no administrativa como en un principio se quiso denominar.

Estas normas legislativas y sus respectivos marcos jurídicos, tuvieron como génesis la convicción de los Estados, en concienciar a las organizaciones empresariales, del cumplimiento y respeto de las normas legales. Puesto que es indudable la falta de ética en los negocios y la mala praxis empresarial, que en la actualidad ha ido convirtiéndose en una pseudocultura. Ya que empíricamente casos como lo ocurrido en su momento en Europa con Siemens o Norte América con Enron, y ahora en Latinoamérica con Odebrecht (y sus mecanismos de corrupción), demuestran que la falta de integridad y ética en los negocios, genera anomalías en función a la criminalidad empresarial, que no tiene fronteras ni distingue continentes. Precisamente, una de estas anomalías, es conocida como 'corrupción', que ha logrado lamentablemente instituirse, convirtiéndose así, parte de la praxis empresarial, como un fenómeno que es pluriofensivo hacia la sociedad, economía y Estado. Como resultado del análisis de este fenómeno, es que existen organizaciones que pretenden prevenir y erradicar tal anomalía, que distorsiona la naturaleza de las normas legales, sobre todo la nobleza de la ética en los negocios. En tal sentido, es preciso mencionar a la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE), y su programa anti corrupción para América Latina, que refuerza el cumplimiento y la aplicación de las convenciones regionales e internacionales en materia de anticorrupción. En efecto de la consigna de querer ser miembros de la OCDE es que muchos Estados, incluyendo al Estado Chileno y el Estado Peruano, alinean sus marcos legislativos a modelos punitivos de responsabilidad penal para las personas jurídicas, bajo el principio máximo de *societas delinquere potest*. Esto trajo consigo un gran cambio, pues nuestro sistema jurídico penal tradicional, ya que durante ciclos se responsabilizaba de los delitos penales únicamente a las personas físicas, es un cambio que ha a lo largo del tiempo ha sido fundamentalmente influenciada por la política criminal internacional, conjuntamente con las convenciones internacionales.

Como resultado al análisis en conjunto de estos marcos legislativos, se expresa dos factores que predominan. Primero, el factor motivador de la norma, estimulando a que la empresa prevenga y se autorregule, mediante el *Compliance* y su programa de *criminal compliance* o *compliance* penal, previniendo así, la materialización de conductas delictivas. En segundo lugar, el factor cumplimiento, haciendo que sea interesante para la empresa el hecho de viabilizar soluciones, mediante las directrices que estándares internacionales y que las mismas normas ofrecen, para la colaboración con las investigaciones del hecho delictivo que persigue la responsabilidad penal, en otras palabras, esto hace que la prevención de conductas delictivas, sea también obligación y deber de la empresa. En ese sentido, es fundamental comprender la importancia de moldear la estructura y cultura organizacional de la empresa, hacia esta nueva perspectiva. Así mismo, del factor cumplimiento, es que se desprende el programa de *criminal compliance*, como herramienta de gestión, para la prevención y detección del riesgo penal, cuya idoneidad va en función a la proporcionalidad de su sanción. Es decir, “una correcta organización interna con el fin de prevenir y detectar hechos delictivos puede exonerar de la sanción” (NIETO & Arroyo, 2013:pg.177) penal a la organización empresarial. Por ello, un programa de *criminal compliance* idóneo, que haya sido implementado correctamente ex-ante de la comisión de un delito, garantizara la eximición de la pena por implementación de modelo de prevención (siempre en cuando el delito haya sido denunciado por el sistema de *compliance* existente en la estructura de la empresa), y en el caso de que el programa de *criminal compliance* no esté perfectamente implementado, careciendo así de idoneidad en la gestión y prevención de riesgos penales, ameritara una sanción atenuada. Pero, en el supuesto negado de que no exista un programa de *Compliance*, al materializarse el hecho delictivo dentro de la organización, ameritara que la empresa sea juzgada en un proceso penal, repercutiendo de manera abrupta en la reputación y economía de esta, cuyo efecto sería devastador. Sin embargo, los distintos marcos legislativos de la RPPJ, ofrecen la oportunidad de que, en el trascurso del proceso penal, pueda implementarse un programa de *compliance* penal idóneo, comprobando su existencia y gestión en la organización, así mismo su intención de colaborar con la detección y mitigación de conductas delictivas. “Desde el punto de vista del proceso, la responsabilidad penal de la persona jurídica debe leerse como un intento del Estado de buscar cooperación en las empresas para investigar determinadas formas de delincuencia

empresarial” (Nieto, 2013:p.78). En síntesis, los ordenamientos legislativos y jurídicos en el derecho comparado, ya han ido introduciendo la responsabilidad penal para las personas jurídicas, para delitos que tienen una afectación de gran importancia sobre los bienes jurídicos tutelados, concienciando a la empresa del riesgo que este nuevo modelo punitivo representa. Precisamente, la proliferación de la predominancia del principio de *societas delinquere potest* en los distintos ordenamientos legislativos, hace que las organizaciones empresariales se autorregulen y cambien su modo de ver al *Compliance* y sus programas, dándole así, la prioridad e importancia que merece.

A modo de conclusión, es preciso redundar que todos los marcos legislativos del derecho comparado, analizados en este apartado, crean sinergia en su finalidad, mostrando la exigencia del cumplimiento normativo vigente y la recomendación para la ex-ante adopción de un sistema que prevenga y detecte conductas delictivas.

Criminal Compliance & Criminal Risk Management

En función a lo expresado en el apartado anterior y a la introducción de la Responsabilidad Penal para las Personas Jurídicas, es que cobra relevancia el programa de prevención de riesgos penales (Criminal Compliance). Que tiene como consigna única, la prevención y detección de conductas delictivas antes de su materialización, evitando así, riesgos que puedan generar daños colaterales de gran magnitud hacia la propia organización, como pueden ser, daños reputacionales, económicos y en última ratio la extinción de la propia organización. Es en este sentido, que el programa de *Criminal Compliance* asume un rol fundamental e indispensable en la mitigación y gestión de los riesgos prevenientes por el incumplimiento de las obligaciones en materia penal.

Para ello, la Organización Internacional de Normalización (ISO – por sus siglas en ingles) y su norma ISO 37001 (Compliance anti soborno), como también la Asociación Española de Normalización y su norma UNE 19601 (Compliance penal), tienen como objetivo coadyuvar a las organizaciones, para la pre-estructuración y post-incorporación de un adecuado programa de *Criminal Compliance*, para la detección, prevención y gestión de riesgos penales. Puesto que, mediante las directrices de estos dos estándares internacionales, como es la UNE 19601 y la ISO 37001, permiten la minimización, prevención, detección y gestión de riesgos penales (Cohecho, corrupción, lavado de activos, financiamiento del terrorismo, etcétera.). Además, es de consideración mencionar

que estos estándares provenientes del *soft law*, posibilitan y viabilizan su implementación en cualquier organización, independientemente del tamaño, naturaleza o modelo de negocio que posea.

La gestión y metodología del programa de *Criminal Compliance* es totalmente dinámico más no estático. Ya que, en función a la gestión de su metodología, se detectarán puntos críticos de mayor riesgo penal dentro de la estructura de la organización, calificándolos así, en un mapa o matriz de riesgos, en función a ello, se determina el orden y la priorización de riesgos penales a gestionar (Criminal Risk Management). Esto debido a que los agentes que pueden incurrir en estos delitos, son pertenecientes a áreas de relativa importancia en la jerarquía de la organización, esto hace que la aplicabilidad de estas conductas delictivas, sea realizada por un 'exclusivo' grupo que posee el dominio de realizar estos denominados delitos de aplicación especial (delincuentes de cuello blanco). Por ejemplo, es inverosímil creer que un colaborador del área de logística, siendo más específico, operador de monta carga en el área de logística de una organización empresarial, incurra en el delito de lavado de activos, ya que primero tendría que malversar fondos de la empresa, es decir, realizar operaciones conjuntamente con áreas como la de finanzas o contabilidad, para hacer que los fondos de proveniencia ilícita tengan una apariencia lícita, que posteriormente configuraría la comisión de delitos en materia de lavado de activos. Es por ello, que el Programa de *Criminal Compliance*, priorizara su gestión y aplicación de su metodología, en áreas que tengan mayor relación y probabilidad de incurrir en los delitos sancionados por la RPPJ, efectivizando de esa manera la gestión y detección del riesgo penal. El ejemplo antes expuesto, sirve de referencia, puesto que los tipos penales introducidos por la RPPJ en la legislación Peruana, son de carácter especial, debido a su aplicabilidad. Así mismo, para la prevención, detección y gestión de los riesgos penales, el *Criminal Compliance* determinara que área se encuentra más comprometida con dichos riesgos en función al principio de la probabilidad.

De esa manera, el *Criminal Compliance* no solo actúa como defensa ante el poder punitivo del Estado, si no que mediante su matriz que es el *Compliance* propiamente dicho, contribuyen con la coordinación y prevención de riesgos, ya sea de índole penal, laboral, tributario, medio ambiental, etcétera.

COMPLIANCE

Desde una perspectiva genérica, *Compliance* consiste en establecer estratégicamente procedimientos de control interno dentro de la estructura corporativa de una organización, para prevenir y detectar riesgos por incumplimiento de las normas.

Pero, que significa realmente *Compliance*. Cuestión elemental que ni el propio *Oxford English Dictionary* o el *Merriam-Webster Dictionary*, pueden aun semánticamente hacer sinergia en su definición, pues este anglicismo incurre en varias interpretaciones. Lo correcto desde la perspectiva corporativa y jurídica, es relacionarlo al comportamiento ético empresarial y cumplimiento irrestricto del marco normativo y regulatorio a la que pueda estar sujeta una organización.

La línea de tiempo del mundo corporativo, siempre ha estado subsumida en dificultades y escándalos. El inicio de este ciclo nos sirve de prueba empírica para estudiar casos de como grandes organizaciones empresariales, que gozaban de una supuesta buena reputación en el mercado global, incurrieron en malas praxis para beneficiarse así económicamente, pero que evidentemente trasgredían los principios y valores éticos empresariales. “Enron, WorldCom, Global Crossing, Parmor, Oracle” (Velasquez, 2006:pg.9), Siemens y en los últimos años Odebrecht, son Empresas que en teoría contaban con pseudos Sistemas de Gestión de *Compliance*, pero que en la práctica no eran accionadas y si lo hacían pues no gozaban de autonomía propia, mucho menos de independencia en su gestión (*Compliance* puramente cosmético).

La inexistencia de la ética empresarial en estas organizaciones, provoco daños colaterales a economías, Estados y directamente a sus *stakeholders*. En efecto, esto y muchos otros casos emblemáticos, sirvieron de impulso para que los Estados y las organizaciones empresariales, tomaran conciencia de la importancia que posee la ética en los negocios. Ya que una organización que no posea valores éticos sólidos, será susceptible a ser un ente criminógeno, proliferando en su interior la criminalidad, que infectara de igual manera a las organizaciones con las que tenga relaciones. Es por eso que, el *Compliance* y sus programas de *Compliance*, tienen la obligación de perfeccionar la solides de los valores éticos, fortaleciendo la cultura de integridad organizacional en las organizaciones empresariales. En tal sentido, el *Compliance* es aquel sistema que potencializa el comportamiento ético de las empresas, fomentando un ecosistema de valores y principios

guiados por una adecuada cultura ética organizacional, creando transparencia en la gestión empresarial que permite efectuar negocios dentro de un marco ético idóneo.

Compliance, Alta Dirección y Gobierno Corporativo

El Art.º 177 de la Ley General De Sociedades, delimita responsabilidades del directorio. Es en este sentido que el directorio está sujeto a dos imperativos fundamentales; evitar los actos contrarios a ley y, monitorear la gestión del cumplimiento de la normatividad a la que pueda estar relacionada la organización que dirige. De igual manera, es responsabilidad también de la alta dirección o CEO, como ente rector de la organización, ser los que promocionan la proliferación de la cultura de cumplimiento del *Compliance*, esto es la base para la sostenibilidad, crecimiento y construcción de una adecuada cultura ética organizacional. En ese sentido, una correcta aplicación del *tone at the top* creará sostenibilidad en función a la gestión del *Compliance*, que repercutirá en la rentabilidad de la organización a corto, mediano y largo plazo. Ya que “La alta dirección es una pieza clave para extender las prácticas y comportamientos éticos alineados con el cumplimiento, así como para la gestión de los riesgos asignados a su ámbito de responsabilidad” (Navarro, Montaner, Caellas, Goena, & Curero, El compliance officer, ¿un profesional en riesgos?, 2018: p.39) En tal sentido, se tiene que entender que el éxito del *Compliance*, dependerá fundamentalmente del compromiso por parte de los funcionarios de la organización, principalmente el compromiso y la involucración de la alta dirección. Ya que una adecuada cultura organizacional, es el resultado de un liderazgo idóneo y para lograr un liderazgo idóneo, es importante desarrollar adecuadamente el principio de *tone at the top*, que viabilizara la introducción de un eficaz sistema de gestión de *Compliance*. Puesto a que, “En estructuras corporativas el poder de decisión lo tendrá el órgano directivo” (Reategui, Criminalidad empresarial, 2012:p.76), por tal motivo, la alta dirección posee la prerrogativa de poder dar luz verde en la implementación de los distintos procedimientos y estrategias necesarias para el éxito y efectividad del sistema de gestión de *Compliance*, de igual manera, dotar de elementos necesarios para la efectiva gestión, como recursos económicos, autonomía e independencia, capital humano, etcétera.

Por lo tanto, uno de los pilares fundamentales del buen gobierno corporativo es el *Compliance*, es decir, el cumplimiento de leyes, principios y políticas relacionadas a la

organización. Es así como el *Compliance* se convierte en parte indispensable del gobierno corporativo, puesto a que es esencial su existencia para una buena gobernanza y cumplimiento de todas las normas, tanto internas como externas. Creando así, un concepto de transparencia y confianza frente a sus *stakeholders*.

Incorporación del Sistema de Gestión de Compliance

El programa de Ética y Cumplimiento de la Comisión de Sentencias de los Estados Unidos (US Sentencing Commission), brinda un manual de directrices que sirven de marco referencial para organizar un programa de *Compliance* enfocado al cumplimiento de normas penales, en síntesis, este manual contribuye a la sistematización de un programa de cumplimiento, para la prevención, detección y mitigación de conductas delictivas. De igual manera, podemos usar como matriz de referencia a la Organización Internacional de Normalización (ISO - por sus siglas en inglés) y su norma ISO 19600 sobre *Compliance Management Systems*, esta norma brinda directrices idóneas para la adecuada implementación y evaluación de un sistema transversal de gestión de Compliance, a diferencia de las directrices del manual de la *US Sentencing Commission*, la ISO 19600 establece las directrices para la gestión del sistema de *Compliance*, mas no directrices de un simple programa de cumplimiento específico. Puesto a que también la ISO 19600 articula todos los programas de cumplimiento específicos que puedan existir, incluyendo el programa de riesgos penales que pretende el manual de la *US Sentencing Commission*. Sin embargo, es verosímil que ambas sirven de referencia, pero sin duda, la ISO 19600 es el sistema de gestión de *Compliance*, más valorada e idónea en el marco internacional, debido a la articulación y aplicabilidad genérica que posee, esto también implica que puede ser aplicable a cualquier organización, independientemente del tamaño, naturaleza o contexto de la misma. Sin duda, estas dos matrices internacionales hacen sinergia en su finalidad, concienciando el ejercicio de la debida diligencia y vigilancia interna de las organizaciones, para prevenir y detectar riesgos provenientes de conductas delictivas, que puedan trasgredir las normas, tanto internas como externas, creando así, una sólida cultura de ética e integridad organizacional, efectivizando el respecto y el cumplimiento de las leyes. Definitivamente, esta manera disruptiva y

transversal de canalizar las conductas internas de una organización, marca un antes y un después.

Respecto a la incorporación del sistema de gestión de *Compliance*, es preciso mencionar algunos aspectos relevantes. En tal sentido, se han definido 4 etapas elementales.

- 1.- Diseño: El diseño es la génesis para la correcta implementación de un Sistema de Gestión de Compliance (en adelante, SGC), puesto a que en esta fase se diseña estratégicamente los protocolos de gestión de riesgos, mecanismos de control interno y los elementos para el modelo de SGC en función al tamaño, naturaleza, modelo de negocio y contexto de la empresa, debido al hecho de que cada empresa es única. Pues esta cualidad hace que cada SGC tenga una consistencia única. Por ejemplo, una empresa que se dedica a la extracción y transporte de minerales, es propensa a incurrir en delitos medio-ambientales o específicamente en el delito de tráfico ilícito de drogas, debido a la gran logística que implica controlar el flujo de camiones que entran y salen transportando los minerales de la mina, esto genera que el SGC sea adecuada y homologada bajo los criterios del cómo funciona la empresa. Es así que el diseño del SGC se correlaciona de manera directa a las necesidades y riesgos inherentes de la organización, es por ello que cada SGC es único y diseñado a la medida de la empresa.
- 2.- Aprobación: Posteriormente al análisis de los riesgos y necesidades de la empresa, se tendrá en modo de resultado un prototipo de SGC, este será implementado en la estructura, operaciones y cultura de la empresa, siempre en cuando sea aprobado por la alta dirección de la organización. Por lo tanto, la aprobación del SGC coexiste con la idoneidad de su diseño. “Por tanto, el diseño y la implantación del modelo de Compliance y la designación del órgano responsable de su funcionamiento y cumplimiento, que son requisitos elementales del contenido de un programa de prevención de delitos en la empresa, son como hemos señalado, responsabilidad indelegable del órgano de gobierno” (MORILLAS, Lorenzo., 2015:pg.109)

- 3.- Supervisión: Consecuentemente a la post-aprobación del diseño del SGC, se materializará la inducción e introducción a la estructura de la organización. Dentro de este marco, es importante contar con mecanismos de monitoreo que supervisen y lleven a la práctica la gestión del sistema de *Compliance*, para garantizar la idoneidad y sostenibilidad en el tiempo del SGC.
- 4.- Mantenimiento: La supervisión antes mencionada es fundamental, debido a que de los resultados de la monitorización es que se detectaran falencias en función al SGC, para posteriormente accionar mecanismos de mantenimiento y mejora continua para el perfeccionamiento del SGC.

ECOSISTEMA DE COMPLIANCE

Cultura Ética de Compliance

La cultura que trasmite el *Compliance* motiva y dirige a las personas hacia el cumplimiento voluntario de las normas, tanto internas como externas.

La introducción de un Sistema de Gestión de Compliance, a una estructura corporativa, automáticamente genera impacto en todas sus áreas, cuya idoneidad subyace en su Cultura Ética de Compliance (en adelante, CEC) y la expansión de sus principios y valores hacia las personas. Esto es factor clave para el éxito del *Compliance*, por ello, dichos valores y principios son idealizadas en los códigos de ética y de conducta que poseen las organizaciones. En tal sentido, la función de la Cultura del Compliance es la evolución transversal a la finalidad de los códigos de ética y de conducta tradicionales, puesto a que la CEC tiene una visión más amplia y una aplicabilidad más moderna, ya que no solo se queda en el aspecto teórico (como los códigos de ética y de conducta convencionales), dado que esta cultura es llevada a la práctica y proliferada por el área de *Compliance*, conjuntamente con la alta dirección de la organización.

En síntesis, la Cultura Ética del *Compliance* tiene la convicción de efectivizar la cultura de integridad ética que deben de poseer cada una de las personas que forman parte de la organización.

Due Diligence Aplicado al Compliance

Ex-ante de incorporar un Sistema de Gestión de *Compliance* (en adelante, SGC) a una organización empresarial, se definen las políticas, obligaciones y objetivos de *Compliance* para la organización, que deberán de estar tipificadas dentro de lo que se conoce como los códigos de ética y de conducta (contextualizadas al Compliance), esto cumple la finalidad de transmitir las responsabilidades que asumen cada uno de los colaboradores de la organización. Así mismo, es importante mencionar que no importa cuánto se esfuerce una organización en materia de *Compliance*, si esta no involucra también a sus colaboradores indirectos (proveedores, socios comerciales, etcétera), pues el no hacerlo podría significar un latente riesgo.

El siguiente ejemplo, tiene como finalidad únicamente servir de aspecto ilustrativo, formativo y académico de la función del Due Diligence aplicado al *Compliance* y el *Compliance* propiamente dicho. Con este ejemplo no pretendo menoscabar la reputación de las personas jurídicas mencionadas.

Supongamos que una Empresa tenga trazada un objetivo comercial, dando lugar a estrategias comerciales y de incentivos a la fuerza de ventas muy agresivas.

América Móvil Perú S.A.C (Claro) y Entel Perú S.A. (Entel), son Empresas que tienen presencia hegemónica en el mercado de las telecomunicaciones, ambos poseen su propio Sistema de Gestión de *Compliance*.

Es natural que estas Empresas celebren contratos de outsourcing, tercerizando así, algunos servicios, como en el ejemplo será el canal comercial de Entel, esta tercerización y responsabilidad recaerá en otra Empresa que será parte de la fuerza de venta de Entel, transmitiéndole el *know how* de su canal comercial. A partir de ahora, denominaremos como Telecom, a la Empresa que será parte de la fuerza de venta de Entel, en efecto de haber celebrado la alianza comercial. En ese sentido, serán los consultores corporativos de Telecom los encargados de cumplir con las metas trazadas (metas de venta).

Aplicando métodos de prospección de clientes, los consultores de Telecom buscaran reuniones, para de esa manera negociar el cambio de operador de las líneas móviles. Es importante mencionar que el servicio va dirigido al segmento corporativo, esto implica que las negociaciones de portabilidad numérica pueden ser de miles de líneas móviles, dependiendo del tamaño de la empresa (cliente). La consigna del consultor de Telecom, es cerrar la venta mediante la firma de un contrato, ya que de esa manera se podrá realizar la portabilidad numérica de las líneas móviles al operador de Entel, ampliando así, su cartera de clientes. Sin embargo, el logro de lo antes escrito, conlleva muchas veces a incurrir en malas prácticas, por parte de los consultores de Telecom, puesto que ellos tienen metas trazadas que se deben de cumplir, y precisamente por cumplir sus metas, aplican estrategias que van en contra de las buenas prácticas, principios y valores del código de *Compliance* que posee Entel, trasgrediendo notoriamente los objetivos de *Compliance* que ex-ante adopto Entel en su organización, bajo el siguiente modus operandi: El consultor de Telecom, al concertar una reunión con el representante o gerente de TI de la empresa (cliente), ofrece dar un porcentaje de su comisión (intento de soborno) es decir, ofrece dinero para de esa manera realizar la portabilidad de todas las líneas a Entel. En efecto, mediante el dinero ofrecido por parte del consultor de Telecom, induce y convence en actuar de un modo indebido al funcionario de la empresa (cliente), materializando así el soborno (corrupción sinalagmática, te doy para que me des, recibes porque luego me das). Sin embargo, el modo de cómo se realizó la transferencia de las líneas móviles al operador Entel, afecta directamente a las políticas y reglas de negocio del sistema de *Compliance* que tiene Entel, Telecom se beneficia porque contribuye con la productividad tanto suya como la de Entel (Entel se beneficia indirectamente), la Empresa (cliente) no se ve afectada, debido a que la cobertura que brinda Entel es suficiente para sus necesidades. Sin duda alguna, existe una trascendente vulneración al código de ética y de conducta de las empresas involucradas (si es que la tuvieran). La configuración del cohecho entre privados, no es el único ilícito que se configura por la inadecuada conducta del consultor de Telecom, al inducir mediante una dádiva y materializarse la transferencia del dinero y la posterior portabilidad numérica de las líneas de la Empresa (cliente) al operador Entel, hace que también se subsuma a esta mala praxis la competencia desleal (bien jurídico tutelado – competencia leal) que no solo está prohibido, sino que también es sancionado.

Pero que pasaría, si ahora ejemplificamos al cliente objetivo, como una Empresa minera, a la cual denominare Mining Global, la naturaleza de esta sociedad minera hace que sus operaciones sean en zonas alejadas, esto imposibilita que exista amplia oferta por parte de estas empresas tele comunicadoras, de hecho, de todas, la que mayor cobertura a nivel nacional ofrece, es América Móvil Perú S.A.C (Claro), por lógicas razones Mining Global es cliente de Claro, debido a la cobertura comunicativa que le brinda. Que sucedería, si relacionamos la mala praxis que tuvo el consultor de Telecom, ha este nuevo esquema, es decir, que ahora sea el representante de Mining Global, el que sea inducido mediante una dativa, a portar las líneas numéricas de Mining Global al operador Entel, tengamos en cuenta que la cobertura de Entel es menor a la de Claro. La pregunta es, ¿Se detectará la conducta anti-ética? ¿Se realiza medidas de acciones correctivas? Sin duda, el gran afectado es Mining Global, debido a la mala decisión motivada por la inadecuada conducta por parte del funcionario encargado, que no cumplió con sus funciones ni con los valores éticos y políticas internas de su organización, cuyo resultado fue la descoordinación e incomunicación entre áreas, perdiendo conectividad precisamente con áreas como; operaciones de mina, planta, extracción, etcétera. Debido a la poca e insuficiente cobertura de Entel. En este nuevo esquema Mining Global, si cuenta con un sistema de *Compliance*, el cual mediante una exhaustiva investigación por parte del área de *Compliance*, obtienen los resultados y dan con el funcionario que recibió el dinero proveniente del soborno, accionando medidas correctivas disciplinarias y sancionatorias contra el funcionario y los involucrados. En el ejemplo no se pudo prever el riesgo proveniente de la inadecuada conducta de los funcionarios involucrados, pero sin duda eso servirá de precedente para que el sistema de *Compliance* de Mining Global sea perfeccionado.

Es preciso mencionar que un idóneo SGC posee procedimientos de medición de perfil de riesgos de terceros y de debida diligencia (due diligence), que sirven de mecanismos para analizar y comprobar que las personas y organizaciones que se vinculan con la empresa, compartan sus valores y políticas (compatibilidad con el sistema de *Compliance*), por ello, es necesario que la organización y el área u órgano de *Compliance*, pongan cuidado

en la selección de personas u organizaciones con las que se vinculan, sea de índole contractual, laboral o mercantil. En el ejemplo de este apartado, pues trata de la vinculación mercantil con un socio comercial de negocio, que era incompatible con el sistema de *Compliance* de Entel, pero que sin duda el SGC que en el ejemplo posee Entel, fue insuficiente, dado que no aplico, mucho menos realizo un correcto *due diligence* ex-ante de la vinculación. Ya que la “Due diligence como tal se inicia habitualmente con posterioridad a la firma del acuerdo de intenciones entre las partes” (Martos, 2013:p.17). Es ahí donde el *due diligence* conjuntamente con el sistema de *Compliance*, asumen una suerte de *killer* de malas amistades.

El conocimiento de terceros con los que la organización pueda vincularse (proveedores, socios comerciales de negocio, clientes, etcétera) puede ser el talón de Aquiles en la gestión del *Compliance*, puesto a que es un hecho que las relaciones que tienen las organizaciones empresariales, muchas veces son de carácter multilateral, esto implica que se debe de aplicar una adecuada logística en función a la investigación ex-ante de realizar una operación comercial o económica con un tercero. Pues, no es extraño que los estándares internacionales más aceptados y modernos en materia de *Compliance* introduzcan el concepto de ‘socio de negocio’, sobre las que se debe de ejercer una especial vigilancia.

El ejemplo mencionado en este apartado, refleja el incumplimiento de un tercero a poca escala. Pero, sin duda algunos de los incumplimientos a gran escala y los más graves, son desarrollados y llevados a cabo a través de terceros, tal cual lo señala el Informe de la OCDE sobre Cohecho Internacional del año 2015, indicando que un 75% de los casos de cohecho analizados, se efectuaron por terceros. (OCDE, 2015)

Documentación y Reporte de la Gestión de Compliance

La existencia de prueba documentada en función a toda la gestión del *Compliance* en una organización, acredita la validez de un sistema de *Compliance* real, que sirve de referencia para acreditar su existencia frente a sus *Stakeholder* y frente a una supuesta investigación

por parte del Ministerio Público. Esta documentación podrá estar archivada física y digitalmente en una base de datos manejada por la gestión del área de *Compliance*, cuya accesibilidad será limitada al área en mención, puesto que la información recabada tiene un valor incalculable para la organización.

La documentación y los informes en materia de *Compliance* le corresponden exclusivamente a la figura del *Compliance Officer* y al área que dirige. Siendo esta figura el máximo representante en materia de *Compliance* en la organización, tendrá el deber y la responsabilidad de reportar periódicamente informes relevantes en función a la operatividad y gestión del sistema de *Compliance*, ante la alta dirección o ante el órgano administrativo de mayor jerarquía.

Es así que el reporte de irregularidades, incidencias o anomalías que sean detectadas mediante la gestión del área de *Compliance*, serán derivadas a la alta dirección. En tal sentido, se accionará conjuntamente con la alta dirección, medidas correctivas para evitar daños a la organización.

Difusión y educación de Compliance

La difusión de las obligaciones, políticas y objetivos de *Compliance* (en adelante, OPOC) hacia los colaboradores, clientes, proveedores, entre otros. Es el eslabón fundamental de una estructura de *Compliance*. Ya que una adecuada difusión de las OPOC crea un ecosistema de educación en función a los deberes de *Compliance*, comprometiendo directa e indirectamente al colectivo que colabora con la organización con las directrices del *Compliance*. Puesto que tener conocimiento de las OPOC, crea una mejor comprensión en el colectivo de personas, que al haber comprendido estas directrices actuarán conforme a los parámetros que exigen las políticas, obligaciones y objetivos que busca el *Compliance*.

Las obligaciones, políticas y objetivos que busca el *Compliance*, deberán de estar tipificadas de manera clara, sencilla y precisa en el código *Compliance* (código de ética), que tiene que ser de fácil comprensión y acceso para los colaboradores, en general para el grupo de interés de la organización, esta metodología afianzará la adecuada consulta de sus contenidos, para posteriormente tener conocimiento de lo que está permitido y lo que está prohibido. No obstante, el área de *Compliance* tiene la responsabilidad de crear

estrategias de educación en función al *Compliance* (cursos, charlas, seminarios, capacitaciones, etcétera), de manera presencial o virtual, para efectivizar la difusión de las obligaciones, políticas y objetivos que pretende el *Compliance* en la organización. Puesto que tener personas no formadas y con una mala educación puede también significar riesgos. Por tal motivo, el área de *Compliance* tiene la responsabilidad de proliferar todo lo concerniente en materia de *Compliance* hacia los colaboradores de la organización.

Por último y no menos importante, el mecanismo de incentivos, que efectivizara la concienciación de las obligaciones, políticas y objetivos de *Compliance*, puesto a que las personas que contribuyan con las políticas y objetivos en materia de *Compliance*, ameritara que sean retribuidas, ya sea económicamente o mediante reconocimientos, esta suerte de psicología a la inversa para que las personas quieran activamente contribuir con la detección de conductas delictivas, ya que sabrán que si lo hacen posteriormente serán recompensadas. Esta metodología, de igual forma puede ser replicada para el canal de denuncia.

Obligaciones, Políticas y Objetivos de Compliance

- Obligaciones. - Son obligaciones aquellas reglas asumidas de manera impositiva y voluntaria. Estas obligaciones se sub dividen en dos tipos; las que provienen del seno legislativo; como leyes, regulaciones, normas jurídicas, etcétera. Y los que provienen de los compromisos asumidos voluntariamente, como códigos de conducta, políticas internas, etcétera. Ambos tipos de obligaciones no solo son asumidas por la organización, sino que también deberán de ser cumplidas.
- Políticas. - Las políticas de *Compliance* tienen como matriz los valores y principios recogidos en el código de ética y de conducta de la organización. Dado que estas políticas plasman la voluntad de la organización en mantener el respeto hacia las normas internas y externas. De igual forma pueden subsumirse sub-políticas, en función a la existencia de modelos específicos de *Compliance* (como lo expresare más adelante), por ejemplo, en aspectos de prevención penal, del respeto al medio ambiente, laborales, etcétera. Estas políticas son desarrolladas en función al tamaño, naturaleza y modelo de negocio de la organización, ya que tal vez no sea necesario disponer de muchas políticas o normas internas en

organizaciones de naturaleza pequeña. De igual manera estas políticas deberán de ser expresadas de tal manera que sean fáciles de ser comprendidas, para garantizar así su efectividad.

- **Objetivos.** - Los objetivos que pretende el *Compliance* es el resultado de la sinergia entre las obligaciones y políticas que actuaran de manera conjunta para modificar genéticamente el ADN de la organización, motivando y expandiendo la cultura del cumplimiento ético y respeto irrestricto hacia las normas internas y externas a la que pueda estar sujeta la organización. En tal sentido, los objetivos de *Compliance* deberán ser traducidas en las conductas que la organización espera de las personas que colaboran (empleados, ejecutivos, etcétera.) y se vinculan con ella (terceros), expresando de tal manera lo que está permitido y lo que no está. Lo antes expuesto, señala lo que la organización espera de sus empleados. Es en ese sentido, que el órgano u área de *Compliance*, será el encargado de llevar a la práctica lo que la organización espera de sus objetivos de *Compliance*,

Análisis y Medición de Riesgos de Compliance

Los riesgos por incumplimiento de las obligaciones de *Compliance*, conlleva a efectos que pueden ser de distintas naturalezas. Como, económicas (perdida de utilidades, sanciones multimillonarias, stop temporal de sus operaciones, etcétera.), y de naturaleza jurídica (daño reputacional, inhabilitación de licencia de funcionamiento, perdida de contratos, etcétera.). Por ello, los riesgos de *Compliance* se correlacionan directamente con las obligaciones de *Compliance*, de manera que, es necesario contar con mecanismos de monitoreo y control interno, para la detección e identificación de dichos riesgos.

Por lo tanto, el primer elemento configurativo para la gestión del riesgo, es la detección vinculado al concepto de la identificación, pues este elemento nos permitirá detectar y analizar las características del riesgo identificado. En tal sentido, se podrá dar inicio al análisis del riesgo detectado y en función al resultado del análisis del riesgo en mención, se realizará una medición de su magnitud, probabilidad e impacto, para que posteriormente sea catalogada en una matriz o mapa de riesgos (se calificara el riesgo según el resultado de su análisis en un instrumento de medición que puede ser bajo, moderado, crítico y catastrófico). Esta metodología definirá la manera más idónea, del

cómo se llevará a cabo la gestión del riesgo, previniendo su materialización y evitando así, las consecuencias de dicho riesgo. Todo ello será realizado bajo el marco de la proporcionalidad, administrando razonablemente los recursos de la organización para la gestión del riesgo, sin afectar la operatividad de la organización.

Finalmente, una de la metodología más usada para la detección de riesgos de *Compliance*, es la ley o principio de probabilidad, que va asociado a un hecho o acontecimiento futuro, y las consecuencias que esta desprenderá, como lo eh venido señalado en distintos apartados.

Compliance, Control Interno y Gestión de Riesgos

El incumplimiento de las obligaciones de *Compliance* automáticamente ameritara ser sancionada (sistema sancionador), dicha sanción se establece en función a la magnitud y relevancia del incumplimiento. Este procedimiento de control interno, es solo una de las tantas que pueden suscitarte en la medida que avance el tiempo, es así que no se trata de un control estático, todo lo contrario, pues el control interno es dinámico y continuo. Por lo tanto, el control interno tiene como responsabilidad garantizar el adecuado monitoreo de los riesgos y el cumplimiento de las obligaciones que la organización haya asumido.

El *Committee of Sponsoring Organizations of the Treadway Commission* (COSO – por sus siglas en ingles), coadyuva con el adecuado control interno de las organizaciones, mediante dos técnicas; la evaluación de riesgos y la mitigación de riesgos. En tal sentido el control interno se podría sub dividir en dos operaciones; evaluación del riesgo (risk assessment) y mitigación del riesgo (risk mitigation). Estas dos operaciones giran en torno al resultado del control interno, que mediante la metodología de su análisis en la organización, detectara riesgos por incumplimiento de las obligaciones, para que posteriormente sean evaluadas. La metodología del sistema COSO sugiere que después de la evaluación del riesgo, se accionen medidas de corrección, mediante procedimientos adecuados, en función a ello, se dará inicio a la gestión o mitigación del riesgo. Lo antes mencionado sirve para ‘Conseguir que la empresa cuente con un adecuado y efectivo sistema de control interno para crear un ambiente de autocontrol’ (Estupiñan, 2015:p.18)

Canal de Denuncias

Es valioso para la gestión de un sistema de *Compliance* contar con mecanismos que sirvan de enlace entre los empleados con la alta dirección y área de *Compliance*, ya que dicho nexo contribuirá de manera directa con la detección de riesgos por incumplimiento de las obligaciones de *Compliance*, transmitiendo a su vez la importancia de contar con su ayuda y opinión.

Es por ello que estos mecanismos deben de contar relativamente con dos elementos; confidencialidad y anonimato. Sin embargo, esto genera disyuntiva en función al anonimato, puesto a que la confidencialidad implica el conocimiento de la identidad del denunciante, pero, por otro lado, el anonimato implica que el denunciante realice la denuncia pero sin que este exponga su identidad. En tal sentido y desde mi modesta percepción, creo que una denuncia que provenga desde el elemento del anonimato genera inconsistencia en su idoneidad, ya que cualquiera podría realizar denuncias sin tener sustento alguno. Por ello, considero que los canales de denuncias deben de contar indispensablemente con el elemento de confidencialidad más no del anonimato.

No obstante, los canales de denuncias coexisten con la probabilidad de que el trabajador que conoce de alguna conducta inadecuada, que va contra los valores, políticas y obligaciones de *Compliance*, no realice la respectiva denuncia, por temor a represalias o que se conozca su identidad. Ante ello, formulo un canal de denuncia, que garantiza la confidencialidad del denunciante. Cada vez es más fácil acceder a aparatos tecnológicos, como, por ejemplo, los *smartphones*. Pero, ¿qué tiene que ver un teléfono inteligente con el canal de denuncia?, bastante, ya que estos *Smartphone*, en la mayoría de los casos son brindados como herramientas por las propias empresas hacia sus trabajadores, todo ello, para mantener la conectividad entre ellos y por supuesto capacitándolos previamente en su uso. En función a lo antes escrito, es viable la siguiente medida. Dada la accesibilidad y conocimiento de estos aparatos tecnológicos, es que dentro de su propia plataforma se pueden instalar aplicativos que en la praxis es habitual usarlos. Precisamente, desarrollar y configurar un aplicativo para su posterior instalación en los celulares de todos los colaboradores de la empresa, canaliza de modo seguro las denuncias que puedan ser realizadas. A través de ello, el denunciante puede relatar los hechos, señalar la fecha de la comisión de esos hechos, de igual manera adjuntar alguna prueba sobre los hechos que va denunciar (foto, video, documentos, etcétera.). “Con el fin de mantener informados a los denunciantes sobre los resultados de sus denuncias y promover la rendición de cuentas. El canal

de denuncia deberá de implementar mecanismos de seguimiento y establecer procedimientos de comunicación” (OCDE, 2017). Es así que el canal de denuncias tiene la consigna de no solo proteger la confidencialidad de la identidad de la persona que realizará la denuncia, sino que también el denunciante podrá dar seguimiento a la denuncia que realizó mediante el aplicativo de su teléfono móvil. Es también importante mencionar que la exclusividad de la matriz del aplicativo y la recepción de las denuncias será de dominio limitado por la gerencia o área de *Compliance*, para que posteriormente las denuncias derivadas por este canal, sean investigadas exhaustivamente, de manera que, el resultado de dicha investigación reunirá los elementos necesarios para adecuar las medidas correctivas más idóneas, garantizando de esa manera la transparencia corporativa.

La principal dificultad en función a mi planteamiento de modelo de canal de denuncia, es el relativo alto coste que significa desarrollar un aplicativo, pero si analizamos dicho coste, en un análisis de coste y beneficio, indudablemente el beneficio por dicha inversión, supera abruptamente el coste por el dinero invertido.

Programas Específicos de Compliance

En prevención de ilícitos penales (cohecho, lavado de activos, financiamiento del terrorismo, etcétera.) coadyuvan dos estándares internacionales, la ISO 37001 en materia de anti soborno y la norma UNE 19601 con su programa de Compliance penal.

Por otro lado, para la prevención de riesgos por acciones que trasgredan las normas Medio Ambientales, tenemos el sistema de gestión de Compliance Ambiental, bajo las directrices de la ISO 14001 para el cumplimiento normativo en materia Medio Ambiental.

Mientras tanto, en materia Laboral y la prevención de riesgos Laborales, la Norma ISO 45001, al igual que la norma OHSAS 18001, especifican los requisitos de un sistema de prevención de riesgos laborales, para la gestión y prevención de riesgos por el incumplimiento de las obligaciones en materia Laboral.

Es así que los modelos específicos de Compliance (los mencionados en este apartado, son solo una parte de la gama de programas específicos existentes), se establecen en función a la naturaleza de la organización, puesto que cada organización tiene riesgos, características y necesidades que son distintas. En ese sentido, cada organización

necesitara la implementación de un modelo específico, ya que cada organización está ligada a riesgos distintos.

Finalmente, la ISO 19600 ya mencionada anteriormente, es el Sistema de Gestión de Compliance, que articula todos los programas de Compliance específicos que puedan existir, para una mejor conectividad y comunicación entre estas, efectivizando de tal manera la evaluación y detección de riesgos. Reduciendo al máximo el margen de error.

AREA DE COMPLIANCE, GESTION DEL SISTEMA DE COMPLIANCE

Los compromisos que asumen las organizaciones en materia de *Compliance*, necesariamente necesitan de mecanismos que coadyuven a lograr su cumplimiento. Por ello, es indispensable contar con un área u órgano que se ocupe de desarrollar esta tarea. Los estándares internacionales más desarrollados en materia de *Compliance* y los distintos marcos legislativos, establecen la necesidad de disponer de un área de *Compliance* que tenga la responsabilidad de prevenir, detectar y gestionar las conductas que podrían suponer riesgos por incumplimiento dentro de las organizaciones.

En tal sentido, el área de *Compliance*, tendrá la obligación y la responsabilidad de llevar el sistema de *Compliance* de la teoría a la práctica. Para lograr tal cometido será necesario aplicar mecanismos y estrategias que proporcionen una adecuada gestión del sistema de *Compliance*, como, por ejemplo, los mecanismos que configuran en el ecosistema del *Compliance*.

Por otra parte, el área de *Compliance* comprende como una de sus responsabilidades, asesorar en materia de *Compliance* a los colaboradores de la organización, sobre todo al equipo directivo, sobre las obligaciones de *Compliance* y las consecuencias del incumplimiento de las mismas. De igual manera, esta área tiene la función de emitir reportes periódicos sobre la actividad de la gestión del sistema al equipo directivo (alta dirección), proponiendo mejoras y sugiriendo metodologías para lograr los objetivos del sistema de *Compliance*. Este nexo entre la alta dirección y el área de *Compliance*, genera idoneidad en función a la gestión del sistema, puesto a que, el resultado de dicho nexo creara coordinación de manera directa para la prevención, detección y mitigación de los riesgos por incumplimiento.

Finalmente, es preciso poner en conocimiento que la dirección de esta área, será asumida por la figura del *Compliance Officer*, quien tendrá la prerrogativa de poder implementar estrategias, mecanismos y lo que se necesite para la correcta gestión del sistema de *Compliance*.

Compliance Officer

El directorio de la organización o el departamento de administración de mayor jerarquía, tiene la responsabilidad de seleccionar rigurosamente al encargado del área de *Compliance*, en función a su perfil profesional, experiencia y conocimiento de la materia.

“Si bien el perfil de un jurista es uno de los más recurridos, no es descartable que otros profesionales puedan desarrollar de forma adecuada este cargo. En cualquier caso, más que la titulación, lo importante es tener la formación y el conocimiento necesario” (Navarro, y otros, 2018:p.29), ya que esta figura será la encargada de direccionar y gestionar el sistema de *Compliance*. En tal sentido, la figura del *compliance officer* debe tener formación y especialización en materia de *Compliance*, esto es requisito indispensable, dado que no puede ocupar la dirección de un área de tanta relevancia como es el área de *Compliance*, cualquier persona. Por ese motivo, el encargado de dirigir el área de *Compliance* tiene que ser un profesional totalmente *ad hoc* para ese cargo.

Por último, “Las responsabilidades del *Compliance Officer* deben estar fundamentadas en informar posibles riesgos e incumplimientos, pero no se limitan a ello. Se trata de una función que, para poder cumplir cabalmente con ese deber y ser eficaz en su gestión, requiere ejecutar una serie de tareas de seguimiento, control, implementación, capacitaciones y notificaciones a los órganos de gobierno de la empresa” (Peralta, 2018:p.37). Por lo tanto, las responsabilidades delegadas al *Compliance Officer*, no necesariamente están definidas de manera uniforme, puesto a que estas responsabilidades pueden variar de empresa a empresa. Ya que cada empresa cuenta con un organigrama de acuerdo a sus necesidades, es así como las responsabilidades del *Compliance Officer*, varían de acuerdo a la naturaleza de la empresa.

Autonomía e Independencia del Área de Compliance

La ausencia de autonomía e independencia en la gestión del sistema de *Compliance*, cuestiona seriamente la efectividad y eficacia del *Compliance*, por ese motivo es

indispensable dotar de autonomía en las decisiones y estrategias e independencia en el modo de operar las decisiones y estrategias, al área que llevara a cabo la gestión de *Compliance*.

Estos dos elementos son indispensables, porque generan idoneidad en función a la gestión del sistema de *Compliance*.

Al respecto, el Artículo 17.2.1. Del marco Jurídico de la Ley Peruana N° 30424, taxativamente expresa lo siguiente en función a la autonomía del área encargada de la gestión del *Compliance*:

“Un encargado de prevención, designado por el máximo órgano de administración de la persona jurídica o quien haga sus veces, según corresponda, que debe ejercer su función con autonomía.” (Responsabilidad Administrativa de las Personas Jurídicas, 2018)

Tal cual lo expresa el artículo citado y los distintos estándares internacionales más modernos en materia de *Compliance*. Es fundamental dotar de autonomía e independencia al área que realizara la gestión del sistema de *Compliance*. Puesto a que la ausencia de autonomía e independencia en un sistema de *Compliance*, es igual a tener nada o a tener un *Compliance* puramente cosmético.

Auditoria del Sistema de Gestion de Compliance

Resultaría dubitativo la efectividad del Sistema de Gestión de *Compliance*, si este no es verificado, controlado y auditado de forma periódica e imparcial. Por ello, el Instituto de Auditores en Alemania (Institut der Wirtschaftsprüfer), nos brinda la primera norma PS 980 para auditar la gestión de *Compliance*, de manera que, esta nueva estrategia de controlar y auditar el modelo del sistema de *Compliance* y la gestión propia del *Compliance*, resulta esencial, puesto a que posibilita la mejora continua de la gestión del sistema de *Compliance*. En síntesis, este innovador estándar evita errores en el sistema de *Compliance* y genera valor agregado a la idoneidad del *Compliance*, el cual repercutirá de forma favorable en la organización, mejorando su imagen y reputación.

CONCLUSIONES

- ✓ La forma más inteligente y eficaz de comprometer a las organizaciones empresariales con el respeto y cumplimiento normativo, sobre todo con una correcta e idónea autorregulación, fue estableciendo la responsabilidad penal para las personas jurídicas. Este mecanismo estatal es usado para emitir el mensaje de que las organizaciones empresariales deben de prevenir mediante la autorregulación interna, la posible materialización de hechos delictivos. En tal sentido, este mecanismo fue el impulso que le atribuye predominancia y relevancia al *Compliance* y sus programas, para la prevención, detección y gestión de conductas delictivas dentro de las organizaciones empresariales.

- ✓ La recomendación de la implementación de un programa de *Compliance* en materia penal, introducida por el marco de la Ley N°30424 en la legislación Peruana, no posee el carácter de obligatoriedad. Sin embargo, esta norma jurídica resalta el valor de disponer de este programa en las organizaciones empresariales, cuyo valor y beneficio gira en torno a la exoneración de la responsabilidad penal. Otro contexto es lo que sucede con las organizaciones financieras (bancos, cooperativas, etcétera.). Puesto que estas organizaciones si son sujetos obligados para la implementación de programas de *Compliance* en materia de prevención del Lavado de Activos y Financiamiento del Terrorismo, cuyo carácter de incorporación si posee el elemento de obligatoriedad.

- ✓ La institución que tendrá la prerrogativa por ley, de analizar y validar la idoneidad del programa de *Criminal Compliance*, es la Superintendencia de Mercado de Valores, cuyo resultado gira en torno al requisito de procedibilidad. Pues para poder iniciar un proceso penal contra la Persona Jurídica, será según la valoración de la pericia que realizará la Superintendencia de Mercado de Valores (SMV) hacia el programa de *Criminal Compliance*, ya que el fiscal no podrá iniciar investigaciones contra la persona jurídica, si la SMV declara idóneo al programa. En tal sentido, el fiscal deberá de accionar el recurso de sobreseimiento.

- ✓ La certificación y acreditación de los programas de *Compliance*, como por ejemplo la ISO 37001 (Compliance anti soborno o Criminal Compliance) e ISO 14001

(Compliance Ambiental) y otros. Puede ser emitido por un tercero que tenga la credibilidad e idoneidad para realizarlo. Esto significara la prueba de las buenas prácticas y el compromiso que tiene la organización con el cumplimiento de las leyes, sobre todo demuestra que la organización cumple con estándares internacionales sobre *Compliance*.

- ✓ La principal función del *Compliance* y sus programas, es la prevención de conductas delictivas, evitando así, riesgos que puedan perjudicar la operatividad y la reputación de la empresa. En ese sentido, el *Compliance* asume una suerte de defensa ante cualquier riesgo por la inadecuada conducta de un trabajador de la propia empresa.
- ✓ El *Compliance* y sus programas, no necesariamente se limitan únicamente a la gestión de riesgos y al cumplimiento de las normas, a la que pueda estar sujeta una organización. Ya que *Compliance* es también la manera de hacer negocios con integridad y ética. *Compliance* es una nueva perspectiva de ver al mundo empresarial. *Compliance* es la oportunidad que tienen todas las organizaciones de hacer las cosas bien y ser sujetos corporativos socialmente responsables e íntegros, mejorando así, su productividad y eficiencia. Por lo tanto, son muchos los beneficios que ofrece el *Compliance*.
- ✓ Es importante que toda organización, con ambición de crecimiento y que busque sostenibilidad en el tiempo, considere y reconsidere la adopción del sistema de *Compliance* dentro de su estructura corporativa, ya que esta decisión no solo le proveerá de una ética empresarial idónea, sino que también le brindara múltiples beneficios para ganar presencia y posición en el mercado. Esta diferencia entre sus competencias, ara que sea un ser más atractivo para el mercado y en general para la sociedad en su conjunto.
- ✓ Ni Copiance ni Sinpliance, Compliance mi querido empresario. Ya que cada empresa gira en torno a una industria, mercado y sector económico distinto, hace que cada empresa tenga una consistencia distinta. Esta peculiaridad y singularidad

de las empresas, hacen que cada sistema de Compliance sea único y diseñado a la medida de cada empresa, pues esto hará que un modelo diseñado para una empresa no pueda ser copiado en otra, por ende, intentar copiar un sistema de Compliance de una empresa a otra, es inútil. De igual manera, un sistema de Compliance no puede quedar solo en el aspecto teórico, es decir, no puede ser un sistema de compliance o Compliance de papel.

RECOMENDACIONES

- ✓ La capacitación de los operadores jurídicos. Dígase; magistrados, fiscales y también abogados, jugará un rol importante en la aplicación del *Compliance* dentro del proceso penal. Por ello, la constante capacitación sobre la materia, será fundamental para su correcta valoración, interpretación y aplicación.
- ✓ Será un desafío democratizar los programas de *Compliance*, para las pequeñas y medianas empresas. Dada la magnitud del coste que estas significan, es en algún sentido inaccesible en muchos de los casos para estas pequeñas organizaciones. Esta inaccesibilidad crea una brecha de desigualdad. Por ello, estas pequeñas organizaciones, dado su limitado presupuesto, no podrán acceder a estas transversales maneras de cumplir con las normas legales, siendo así, más susceptibles a cometer delitos. Por tal motivo, el presente ensayo y de manera desinteresada, tuvo como consigna presentar los requisitos esenciales de un sistema eficaz de *Compliance*, Por tal sentido, será importante la capacitación en materia de Compliance, a empresarios de pequeñas y medianas empresas. Ya que por el hecho de ser pequeñas organizaciones y con pocos trabajadores, tienen la falsa creencia de que sus empresas no pueden cometer delitos, en tal sentido, el gobierno tiene que priorizar mecanismos de concientización para estas pequeñas empresas.
- ✓ Es evidente que los Programas de *Compliance* han ido teniendo mayor relevancia en el mundo, debido a su importancia. Sin embargo, también es evidente que solo una cara de la moneda es la que ha priorizado su aplicación, me refiero al sector

privado. Por ello, se considera que el *Compliance* debería también de ser prioridad y replicado por las empresas e instituciones del Estado. Todo ello, para efectivizar la lucha contra la corrupción.

FUENTES DE INFORMACIÓN

Fuentes bibliográficas

ESTUPIÑAN, Rodrigo. (2015). Control interno y fraudes, Analisis de Informe COSO I, II y III. Bogota, Colombia: ECOE Ediciones. pg.18

GARCIA, Percy. (2015). DERECHO PENAL ECONOMICO . Lima: Instituto Pacifico

MARTOS, Ana. (2013). La Due Diligence Financiera. Barcelona: PROFIT. pg.17

MORILLAS, Lorenzo. (2015). ESTUDIOS SOBRE EL CÓDIGO PENAL REFORMADO. En M. Aguilar, J. Barquin, I. Benitez, J. Muñoz, M. Olmedo, J. Perez, & J. Gonzales, Estudios sobre el código penal reformado (págs. 109-110). Madrid: DYKINSOL, S.L.

NAVARRO, Jorge., MONTANER, Raquel., CAELLAS, Mónica., CURERO, Almudena., NUÑEZ, Anna., & GOEBA, Beatriz. (2018). El compliance officer, ¿un profesional en riesgo? España: Profit Editorial. pp.29,39.

NIETO, Adán. (2013). EL DERECHO PENAL ECONOMICO EN LA ERA DE COMPLIANCE. Valencia : Tirant lo Blanch. pp. 177,188.

PERALTA, Adriana. (2018). Compliance en México: El antidoto contra la corrupción. Mexico: AQUA EDICIONES. pg.37.

REATEGUI, James. (2012). Criminalidad empresarial. Lima: Gaceta Juridica S.A. pp.58,59,76.

VELASQUEZ, Mamuel G. (2006). Ética en los negocios. Conceptos y casos. Sexta edición. México : PEARSON EDUCACIÓN.pg.6.

WELLNER, Philip A. Effective Compliance Programs and Corporate Criminal Prosecutions. Cardozo Law Review, 2005.

Fuentes electrónicas

OCDE, I. d. (2015). Análisis del delito de cohecho de servidores públicos extranjeros. OECD Publishing. Obtenido de <https://dx.doi.org/10.1787/9789264226654-es>

Colegio de Contadores de Piura. (2018). Obtenido de
<https://www.ccpp.org.pe/web/index.php/noticias/prensa-y-publicaciones/1669-modificaciones-de-la-ley-30424-y-decreto-legislativo-1352>

OCDE. (2017). Estudio de la OCDE sobre integridad en el Perú: Reforzar la integridad del sector público para un crecimiento incluyente, Estudios de la OCDE sobre Gobernanza Pública. . Paris : OCDE. Obtenido de
<https://www.oecd.org/gov/ethics/peru-estudio-integridad-folleto.pdf>