

enfoques penales

CRIMINT - Revista En Letra Derecho Penal



DIRECTORES

Leandro A. Días

Juan Pablo Montiel

Carla Salvatori

SECRETARIO DE EDICIÓN

Nicolás Ayestarán

El *Compliance* y la fábula de los tres cerditos

POR *JUAN PABLO MONTIEL (CRIMINT)*

Había una vez, en un bosque muy lejano llamado Nuevo Toledo, tres empresas hermanas llamadas Negunol S.A., Astushi S.A. y Arnolfo S.A. Todas ellas eran contratistas del Estado en diferentes rubros, pero las diferenciaba la manera en la que se vinculaban con el sector público y su compromiso con la legalidad y la integridad que reinaba en el bosque. Negunol S.A. era una empresa constructora y, además, la más exitosa de las hermanas: facturaba millones y contaba con una dominante presencia en los mercados, gracias, en parte, a los “aceitados” vínculos que tenía con el Estado. Astushi S.A. seguía los pasos de su hermana mayor. Era la filial de una multinacional que había sabido ganarse una

buena plaza en el mercado de venta de buses, gracias a mantener una relación “en buenos términos” con el Estado. Sin embargo, consciente de todo lo que implicaba tener “vínculos aceitados”, prefería guiarse por una “integridad *ad hoc*” que le permitiera evitar prácticas corruptas escandalosas y al mismo tiempo le haga más sencillo conservar sus contratos con el sector público. En cambio, Arnolfo S.A. era una mediana empresa que producía sistemas informáticos para organizaciones y reparticiones públicas. Sus hermanas solían mofarse de ella llamándola “la recatada”. Mientras sus hermanas habían abierto filiales en el extranjero y ya habían quintuplicado su patrimonio, Arnolfo S. A. seguía desarrollando su plan de negocios, con una fuerte inversión en desarrollos tecnológicos e integridad y evitando prácticas anticompetitivas. Arnolfo S.A. no podía escapar a las burlas de sus hermanas en cada reunión familiar de los domingos, quienes, entre pasta y vino, hacían alarde sobre cómo crecían a partir de “adaptarse a las reglas del mercado”.

Un día, sin embargo, el bosque cambió. En los últimos meses las empresas sabían que el bosque ya no era el lugar libre y relajado de siempre para vincularse con el Estado, especialmente desde que corría el rumor de que un feroz fiscal andaban acechando a las empresas que mantenían prácticas corruptas. “Este país está lleno de envidiosos... Un oligarca, parásito del Estado, viniendo a querer devorarse años invirtiendo tiempo y dinero en mis contactos con el Estado”, repetía Negunol S.A. al borde de romper en llanto, mientras masticaba un espagueti. “Este troglodita está destruyendo el mercado. Mientras nosotros realmente generamos riqueza, un sujeto que trabaja cuatro horas sin aportar nada a la economía viene a decirnos qué hacer”, refunfuñaba Astushi S.A. llevándose una copa de vino a la boca. Los encuentros de los domingos también habían cambiado. Arnolfo S.A. ya podía disfrutar tranquila de sus espaguetis, sin tener que recibir consejos de sus hermanas sobre cómo hacer negocios.

Ante todos estos rumores, las tres empresas hermanas decidieron organizarse de tal manera que pudiesen protegerse ante la aparición del temible fiscal. “¿Programas de Integridad?!” , explotó furioso Negunol S.A., “¿Desde cuando le interesa la integridad al Estado?”, prosiguió sin recuperar la calma, y remató: “Esto es solo una bomba de humo para distraer el desastre económico que es el país... Recesión, trabajadores en blanco, pagar impuestos y ahora programas de integridad... El Estado quiere devorarnos”. Incrédulo respecto a que los cambios regulatorios fueran tomados en serio, Negunol S.A. decidió hacer una baja inversión en su modelo de prevención y se limitó a elaborar un Código de Ética, algunas reglas de prevención de la corrupción en materia de contrataciones públicas y luego programar dos capacitaciones para que sus empleados tuviesen alguna idea acerca de cómo prevenir delitos [1]. “Con estas tres tonteras le haré creer al fiscal que está todo en orden y seguiré con mis estrategias de siempre”, dijo burlescamente Negunol S.A. Su sistema de *compliance* permitiría engañar al fiscal feroz y dejarla seguir con su *modus operandi* habitual. Además, sabía que Nuevo Toledo era una comarca gobernada por una familia enquistada en el poder desde hacía 50 años con oscuros lazos con empresas privadas para el desarrollo de la obra pública, por lo que la aparición del fiscal se tornaba casi inverosímil.

Por su parte, Astushi S.A. no estaba dispuesto a hacer grandes inversiones en su sistema de *compliance*, si bien desde la casa matriz impusieron su implementación, pero con bajos costos. “¡Costo laboral del 40% ... y ahora un



modelo de *compliance*! Veo de qué manera quieren incentivar la inversión extranjera en Nuevo Toledo... Se adecuan a la ley, pero no les paso ni un centavo más”, sentenció el Gerente General durante una *call* desde Helsinki con un español latoso. Astushi S.A. decidió hacer algo más serio que su hermana mayor. Contrató primero a un oficial de cumplimiento (cuyos conocimientos estaban certificado por alguna de las escuelitas del bosque con mucha publicidad, pero de oscura reputación), al que le encargó adaptar toda la normativa y procesos de *compliance* de la casa matriz a la legislación local. “Además de ser un buen profesional, nuestro oficial de cumplimiento ha realizado algunos cursos de alquimia que le permitirán hacer que el sistema diseñado para la casa matriz funcione en la filial”, repetía hacia sus adentros Astushi S.A., disimulando malamente su desasosiego. Pero como no estaba dispuesta a hacer una inversión más importante (“billetera mata integridad”) y porque además las posibilidades de que el fiscal se apareciera por el bosque eran remotas, decidió no avanzar en controles rigurosos sobre el funcionamiento de su sistema de *compliance* y tampoco relevar los riesgos concretos de su actividad empresarial en Nuevo Toledo.

Cuando estas dos empresas terminaron sus sistemas de *compliance* decidieron salir a pasear por el bosque y a retomar sus relaciones con sus amigos funcionarios públicos. “No vaya a ser que crean que nos lo tomamos en serio”, comentaban entre sonrisas Neginol S.A. y Astushi S.A. Mientras ellas degustaban costosos vinos franceses y refinada comida oriental en “reuniones oficiales”, en Arnolfo S.A. se producía un movimiento absolutamente inédito de personas y especialistas altamente cualificados, retocando y reorganizando su estructura empresarial. Un grupo de personas relevaba riesgos y los mensuraba; otro analizaba toda esa información y elaboraba sobre esa base protocolos y medidas de control; otras personas supervisaban cómo funcionaba realmente el sistema y de qué manera se detectaban delitos y se reaccionaba frente a ellos. Astushi S.A. y Neginol S.A. veían la cara de Arnolfo S.A. algo cansada, aunque despreocupada.

Un buen día, contra todo pronóstico, llegó el fiscal feroz al bosque, poco después de que la prensa develara una entramado de corrupción en la concesión de licitaciones estatales en materia de obra pública, transporte y sistemas informáticos en el que aparecían involucrados empleados de las tres empresas. Rápidamente advirtió que una de las empresas más activas en los negocios espurios con los funcionarios públicos era Neginol S.A., quien temeroso pero confiado en que su “fachada” de *compliance* distraería al fiscal, lo esperó listo para sacar a relucir sus estrategias ardidasas. Sin embargo, un solo soplido del fiscal bastó para dismantelar el sistema de prevención y dejar a la empresa a su merced. Ese día el fiscal y el juez se desayunaron a Neginol S.A., quien fue castigada con una multa millonaria y la pérdida de contratos públicos por cohecho activo.

Al ver esto, Astushi S.A. entró en pánico, aunque le traía algo de tranquilidad saber que su modelo de prevención tenía cimientos y materiales más sólidos que los de su golpeada hermana. El fiscal sopló en un par de ocasiones, pero pese a las fuertes sacudidas de sus paredes el programa de integridad de Astushi S.A. se mantuvo endeblesmente en pie. Al intuir el fiscal que el intenso trato entre sus empleados y los funcionarios públicos venía favorecido por fallas del sistema de *compliance*, sopló nuevamente y esta vez el programa de integridad se desplomó.

“Además de ser un buen profesional, nuestro oficial de cumplimiento ha realizado algunos cursos de alquimia que le permitirán hacer que el sistema diseñado para la casa matriz funcione en la filial”

El fiscal hambriento estaba dispuesto a devorárselo, pero al quedar agotado luego de los intensos e insistentes soplidos, solicitó al juez que solamente se imponga una multa rebajada a Astushi S.A. [2].

El fiscal sabía que le quedaba una empresa más y estaba deseoso de hacerla caer también, más aún cuando un par de sus empleados reconocieron ante la Justicia los métodos espurios que habían empleado para convencer a la administración pública para contratar sus servicios de software. Se acercó a ella y sopló una, dos, tres, cuatro, diez, quince veces pero el sistema no se movía. Insistió en su intento pero todo era en vano. El modelo de *compliance* de Arnolfo S.A. no sólo se mantenía incólume, sino que además le estaba quitando toda la energía para seguir persiguiendo a otras empresas. Por eso, decidió retirarse, ahorrar sus fuerzas y destinarlas luego a devorarse empresas que realmente hubieran montado una “choza” de *compliance*.

Las penas recibidas afectaron muy significativamente a Negunol S.A. y Astushi S.A., quienes se vieron obligadas a reorganizarse y reducirse para que sigan siendo sustentables. Tras la partida del feroz fiscal, ambas corrieron raudamente hasta su hermana menor para cobijarse bajo sus consejos. En esta oportunidad, Arnolfo S.A. las sorprendió con un discurso más pragmático que moralista, haciendo hincapié en el gobierno corporativo y especialmente en las ventajas comerciales y económicas que tiene contar con un buen programa de integridad. “Lo barato sale caro”, acabó deslizando sobre el final del relato.

La fábula muestra tres modos distintos de abordar empresarialmente el fenómeno autorregulativo y que se corresponde con las actitudes más frecuentes que se observan en el empresariado de países con bajo nivel de *enforcement*. De alguna manera, estas tres actitudes frente a la integridad parecen haber disparado tratamientos legislativos equivalentes a nivel comparado: mientras que las personas jurídicas correctamente organizadas se mantienen a salvo de la reacción punitiva, las que cuentan con un sistema de *compliance* defectuoso deben responder según el nivel de su desorganización [3]. En este sentido, la mayor robustez del programa de integridad de Astushi S.A. ameritaría una atenuación, algo que debería negarse en el caso de Negunol S.A. Sin embargo, sería oportuno preguntarse si acaso esta homogeneización en el tratamiento ofrece realmente los adecuados incentivos para el buen funcionamiento del sistema, especialmente si comparamos la actitud de Negunol S.A. con la de una empresa que directamente no desarrolla ninguna estructura de *compliance*. En este caso, en mi opinión, estaríamos ante dos empresas que en realidad carecen de un programa de integridad, dado que una fachada de *compliance* debería equivaler a su ausencia. Por tanto, en ambos casos correspondería castigar a la persona jurídica sin ninguna atenuación [4]. Sin embargo, creo que existen diferencias importantes que deberían repercutir en el diseño de las políticas públicas anticorrupción.

En el caso de la persona jurídica que omite cualquier tipo de medida destinada a organizarse e impedir la comisión de delitos de corrupción, es razonable negar cualquier tipo de atenuación, dado que la lógica de las rebajas punitivas aparece asociada en las legislaciones comparadas con la existencia de algún esfuerzo organizacional por impedir la comisión de delitos [5]. Distinto es el caso de Negunol S.A. A simple vista, la situación es equivalente, pues al final las medidas

En el caso de la persona jurídica que omite cualquier tipo de medida destinada a organizarse e impedir la comisión de delitos de corrupción, es razonable negar cualquier tipo de atenuación ...

auto-organizativas son en verdad una farsa y, por ende, puede considerarse que en realidad no existe ninguna medida de *compliance*. Sin embargo, adicionalmente se aprecia que esos esfuerzos por mostrar un aparente cumplimiento están destinados a *engañar* a la autoridad de contralor, lo cual debería cualificar la gravedad de los hechos. Con ello, la organización no ha hecho ningún esfuerzo por contar con un modelo de prevención eficaz, pero además sí ha “trabajado” para mostrar una realidad ficticia hacia terceros. Considero que el motivo de esta agravación no descansa exclusivamente en que el engaño de la persona jurídica perjudica a las autoridades de contralor y de persecución penal, en cuanto deberían hacer una inversión adicional de recursos públicos para dismantelar la farsa, dado que con ese argumento también cabría exigir una agravación de la pena en todos los casos en que un imputado se da a la fuga o realiza maniobras para ocultar un delito precedente. También hay que considerar que gracias a esta farsa, además de eludirse el castigo, se pueden obtener beneficios ilícitamente. Así, por ejemplo, ciertas legislaciones exigen contar con un programa de integridad para poder contratar con el Estado [6] o bien ciertas empresas con elevados niveles de *compliance* únicamente contratan con proveedores que tienen modelos de prevención de delitos. Por ello, soy de la opinión de que la maniobra fraudulenta de la empresa constituye una circunstancia que incrementa el injusto de la persona jurídica y, en este caso, debería recibir un tratamiento sancionatorio más severo. Así, la cualificación de la sanción en supuestos de montajes de una fachada para engañar podría reflejarse en la legislación de dos maneras diferentes: o bien reconociendo una agravante de responsabilidad penal de la persona jurídica o bien estableciendo que para esos casos únicamente quedan reservadas las sanciones más graves (v. gr. extinción de la personería jurídica).

La fábula debería dejarnos como enseñanza la necesidad de repensar también nuestras políticas públicas respecto al diseño de los marcos legales de la responsabilidad penal de la persona jurídica, y no sólo a fortalecer las estrategias de enforcement. Sin lugar a dudas, una de las principales fallas que se observa en los sistemas actuales de lucha contra la corrupción corporativa está en la escasa persecución penal y las pocas sentencias que todavía existen, al igual que en los pocos controles estatales respecto a la existencia de programas de integridad en la empresa. Sin embargo, ello no debe hacernos perder de vista que todavía necesitamos seguir ajustando las “clavijas” del sistema sancionatorio de las empresas por hechos de corrupción.

(...) la maniobra fraudulenta de la empresa constituye una circunstancia que incrementa el injusto de la persona jurídica y, en este caso, debería recibir un tratamiento sancionatorio más severo (...)

Notas finales

(1) Sin embargo, puede observarse que Negunol S.A. cumplió con los contenidos mínimos que, según la Ley argentina N°27.401, debe tener un programa de integridad para ser adecuado. Así, según los artículos 22 y 23, Negunol S.A. tendría un sistema de *compliance* anticorrupción idóneo que le permitiría eximirse de pena, en caso de cumplir con los requisitos adicionales del art. 9. La caricaturización hace aún más fácil advertir la grosera equivocación del legislador argentino a la hora de determinar los criterios de idoneidad de un programa de integridad. Sobre esta crítica, cfr. Montiel, "Ley 27.401 y criterios para determinar la idoneidad de los programas de integridad", en Sacconi/Durrieu (comp.), *Compliance, Anticorrupción y responsabilidad penal empresarial*, La Ley, Buenos Aires, 2018, pp. 75 y ss.; Agustina/Vargas Ovalle, "Informe al borrador de los «Lineamientos»", en Montiel (dir.), *Lineamientos de integridad*, pp. 87 y ss. (<http://crimint.com.ar/2018/12/28/lineamientos-de-integridad/>); Coria Caro/Sota Sánchez, "Reporte al borrador de los «Lineamientos»", en Montiel (dir.), *Lineamientos de integridad*, p. 105 [/http://crimint.com.ar/2018/12](http://crimint.com.ar/2018/12)

(2) La decisión adoptada por el juez para el caso de Astushi S.A. encontraría sustento legal en el art. 8 Ley N° 27.401 de Argentina, art. 31 bis 2. CP español y art. 12 inc. f. Ley N° 30.424 del Perú.

(3) Por poner aquí solamente algunos ejemplos. En Argentina, si bien es dudoso que la ley 27.401 siga un modelo de autorresponsabilidad, considero que perfectamente esta solución se sigue de los artículos 8 y 9. Algo similar cabría extraer del art. 31 bis 2. CP español, de los artículos 12 inc. f. y 17 de la Ley peruana N° 30.424 y de los artículos 4 y 6 inc. 3° de la Ley N° 20.393 de Chile.

(4) Sin embargo, en mi opinión, no pareciera entenderlo de este modo el legislador español, dado que el art. 31 bis 2. in fine CP acepta de todos modos una atenuación, cuando se acreditan parcialmente los elementos de un sistema de *compliance* idóneo. Algo similar podría decirse que sucede en los EEUU, donde el cumplimiento incluso parcial de los requerimientos de *compliance* permite acuerdos con la fiscalía, tanto para que no haya persecución, como para imponer una *probation* en caso de condena. Cfr. *USA 2018 Guidelines Manual*, Cap. VIII.

(5) Aquí estamos ante el prototipo de defecto organizativo, donde la persona jurídica ha optado directamente por mantener su "desorganización organizada", lo que fundamenta a todas luces el injusto y la culpabilidad de la persona jurídica. Ver, Montiel, "Apuntes sobre el nuevo régimen de la responsabilidad penal de personas jurídicas en el Derecho argentino", *Revista En Letra Derecho penal* (6) 2018, pp. 129 y ss., con ulteriores referencias.

(6) Art. 24 Ley N° 27.401 de Argentina.