

## El compliance anticorrupción [1]

Dra. María Elena Castaldo [2]

Permítanme saludar a las autoridades presentes, a los ponentes que me han precedido y a todos los que han intervenido en este importante encuentro de estudios, y agradecer especialmente al Dr. Yacobucci y al Dr. Castaldo por haberme invitado a participar en este prestigioso evento que sella la profunda relación de amistad y colaboración que, desde hace años, caracteriza el intercambio cultural entre nuestras universidades.

Reconozco que todo lo que diré no se corresponde exactamente con lo que había preparado ya que los numerosos temas que surgieron, provenientes de las interesantísimas relaciones que he escuchado, me permiten reflexiones finales.

Quisiera compartir con ustedes una reflexión sobre el significado y el valor de compliance anticorrupción, al poner sobre la mesa la cuestión abierta desde el análisis del comportamiento que los actores públicos (la administración pública generalmente comprometida) y los privados (empresarios y entes privados) asumen, en temas anticorrupción, para respetar las prescripciones normativas al respecto.

El término compliance es utilizado en el ámbito de la ciencia médica y significa, generalmente, el cumplimiento por parte del enfermo de las prescripciones médicas y, más específicamente, su integración psicológica al tratamiento. En esencia, compliance significa hacer el tratamiento y tener también la voluntad - integración psicológica - de colaboración con el médico y la estructura sanitaria, con el fin de que el tratamiento tenga el mejor efecto posible.

En términos generales, por lo tanto, en nuestro ámbito, se podría decir que el compliance anticorrupción es el respeto por la regla y la normativa de aplicación. Obviamente, no es solo aquello. Compliance anticorrupción no es y no puede ser sólo respeto por las reglas y normativas aplicables, porque esta definición no comprende aquel *quid pluris* relativo a la voluntad de colaboración “integrativa y activa” necesaria. Compliance anticorrupción debe ser tanto una parte de la misión de las organizaciones públicas y privadas, algo que vive en el conjunto de valores de aquéllas, como así también, una ventaja competitiva y no sólo un ítem de gastos en el presupuesto o, en definitiva, una serie de gastos y controles complementarios.

Así, si aquel es el significado que le atribuimos al compliance anticorrupción, veamos ahora cuál es el resultado, o sea, si existe compliance por parte del sector público y privado y, especialmente, si el compliance resulta atractivo para los protagonistas de este sector.

Si observamos a Italia, como ha manifestado el Dr. Castaldo, el nuevo Índice de Percepción de la Corrupción (Corruption Perception Index) de “Transparency International” publicado en febrero de 2018 nos muestra que Italia mejora año a año.

Un progreso que se presenta en tendencia opuesta con lo que ocurre en la mayor parte del resto de los países a nivel global que tienen inconvenientes para mejorar en este sentido.

¿Por qué se da este avance?

Porque Italia se ha empeñado mucho en la lucha anticorrupción con acciones significativas:

- en el plano legislativo, diversas leyes se han aprobado después de la ley Severino del 2012 (que toma su nombre del entonces Ministro de Justicia) incluyendo la aprobación de la reciente ley para la protección de los whistleblowers (denunciantes);

- en el plano de la reglamentación, se ha realizado un importante trabajo hecho por ANAC (Autoridad Nacional Anticorrupción) para la prevención del fenómeno de la corrupción y garantizar un mejor funcionamiento de la administración pública.

Ahora bien, es necesario preguntarse, sin embargo, si al esfuerzo por desarrollar una normativa anticorrupción le corresponde una adecuada respuesta en términos de compliance anticorrupción por parte del sector público y privado.

Respecto a las medidas de prevención de la corrupción, el compliance, en el sector público, se juega en diversos planos. El gran trabajo realizado por la ANAC está de hecho conduciendo el comportamiento de los entes públicos hacia el desarrollo natural de un compliance efectivo y eficaz.

En esencia, en el sector público vemos una “administración pública”, en sentido amplio, en manos de la ANAC y conducida a través de un proceso de “reeducación” inevitablemente largo y complejo, hacia la adquisición de una natural actitud “psicológica” compliant (“obediente”) respecto de la normativa anticorrupción.

Las dificultades se registran, o -tal vez- son más evidentes, en el sector privado.

En el sector privado, el compliance anticorrupción se ha ido estructurando de acuerdo a un “sistema integrado” que prevé el modelo de organización y gestión regulado por la ley sobre la responsabilidad de las empresas (d.lgs.n. 231 del 2001) y el modelo anticorrupción (L.n. 190 del 2012 y siguientes integraciones).

El sistema integrado de compliance, sin embargo, es realizado por un número muy restringido de empresas que, en Italia, se corresponden con las grandes empresas.

En abril de 2017, Confindustria (Confederación General de la Industria Italiana) ha presentado los resultados que surgieron de la encuesta realizada en diciembre de 2016 sobre la aplicación de la normativa y de los modelos de gestión destinados a combatir el fenómeno de la corrupción en el sector privado.

Considerando que sobre cien empresas solamente cuarenta y cinco han colaborado en el “sondeo” (dato que ya es indicativo de la voluntad de colaboración por parte de las empresas y, por lo tanto, de la percepción del problema), surge que, sobre aquellas cuarenta y cinco, apenas dieciséis empresas (aproximadamente el 36%) han adoptado un modelo de organización, gestión y control. Se trata de las empresas de mayores dimensiones entre las pequeñas y medianas empresas italianas (PYME), donde hay un mayor número de empleados dependientes y una cultura más difundida del compliance.

Pero el dato realmente interesante de aquella encuesta es el referido a las razones aducidas por los emprendedores que han declarado no tener un modelo de organización:

complejidad de la normativa

- dificultad para la aplicación de aquella
  - excesivos gastos de organización
  - escaso reconocimiento de la idoneidad de los modelos por parte de los jueces
  - considerables costos económicos para la realización y “mantenimiento” del modelo y del organismo de vigilancia
- El 69% de las empresas referidas manifiestan no haber adoptado otros sistemas o medidas alternativas de prevención, mientras el resto indican la adopción del código ético, de sistemas de certificación de calidad, o de los procedimientos empresarios dirigidos a los factores de riesgo considerados mayormente impactantes.

Por lo tanto, para aquellas empresas -las cuales no han adoptado un modelo- no existe un sistema para integrar con las medidas anticorrupción.

El dato es significativo. El sector privado del que hablamos, indiferente a la adopción del sistema integrado, es el más importante. Se trata de las pequeñas y medianas empresas (PYME) que constituyen una realidad en números muy significativa: sobre 4.338.766 empresas, 4.335.448 (el 99,9%) son, de hecho, pequeñas y medianas empresas.

Ahora bien, de la encuesta, surge cómo, a diferencia del sector público, sobre las medidas anticorrupción (y más allá de las grandes empresas que han elaborado un modelo anticorrupción en paralelo o interno del modelo de gestión y organización adoptado según el sentido de la normativa en términos de la responsabilidad de los entes), el sector PYME no sólo no adopta el modelo 231 sino que adopta escasas o desorganizadas medidas anticorrupción.

En particular, se han constatado procedimientos internos, como la prescripción de reglas de comportamiento a adoptar frente a agentes públicos (por ejemplo en referencia a dádivas, ya sea la previsión de los procedimientos para la gestión -entre otros- los gastos de representación, de facilitación y financiamientos públicos, de las visitas de inspección de funcionarios públicos). Muy pocas empresas prevén medidas en relación a conflictos de intereses, e incluso menos aún prevén sanciones por la violación de la normativa sobre el conflicto de intereses.

Es por lo tanto evidente que en tal sector, comprobado el fracaso del modelo en relación con la normativa sobre la responsabilidad de las empresas por las razones que se han manifestado (y si se considera que la normativa no atribuye la obligación de la adopción de un modelo específico anticorrupción, sino sólo la adopción de las medidas tendientes a garantizar la implementación de la normativa anticorrupción), persiste el problema de cómo estimular un compliance efectivo y eficaz y, sobre todo, demostrable y demostrado.

Una línea innovadora proviene de la certificación que toma el nombre de UNI.ISO 37001:2016 (como se sabe “no vinculante”), y cuyo alcance de aplicación aparecería superpuesto a la eficacia del modelo organizativo para el sector privado.

En particular, la norma establece los requisitos genéricos y muestra los lineamientos para actuar, mantener y actualizar un sistema de gestión dedicado a prevenir la corrupción.

Este nuevo standard podría permitir a las organizaciones que la adopten declararse “compliant” respecto a la prevención del fenómeno de la corrupción.

Nos encontramos frente al instrumento de la certificación preventiva.

Ahora la cuestión gira en torno al valor que se le atribuye a tal certificación preventiva de conformidad a la normativa anticorrupción, a cómo la misma se ponga en el contexto de un compliance anticorrupción que pueda mantenerse efectivo y eficaz, y cómo se relaciona con los otros instrumentos que ya se encuentran a disposición de las empresas, como el modelo 231 mencionado.

La certificación preventiva UNI ISO 37001.2016, aún siendo adoptada por las empresas de grandes dimensiones, no resulta atractiva para las empresas de pequeñas o medianas dimensiones, que constituyen la mayor parte del sector emprendedor italiano. Presenta, de hecho, los mismos inconvenientes que la pretendida certificación de los modelos de organización y gestión: la necesidad de la actualización constante. Sería como imaginar un escenario en el cual, una vez obtenido el “bollino blu” -sello azul de aprobación-, esta certificación original sea luego sometida a una suerte de “service de mantenimiento programado”, a realizarse a una fecha determinada, o cada vez que nuevas normas entren en juego, agravando la ya compleja actividad organizativa, de gestión y burocrática de las empresas, y generando un incremento de los gastos. Un “costo” quizá aceptable si fuese un real resguardo frente al procedimiento penal a cargo de la empresa. Pero no es de aquel modo.

Asimismo, se excluye la posibilidad de que la certificación en cuestión pueda tener valor de causa de inimputabilidad.

Además, se excluye que pueda encuadrarse como una causa eximente de culpabilidad o como circunstancia que tenga incidencia sobre el hecho típico.

Por lo tanto, aún cuando se aceptara dar una legitimación sobre la base de las categorías clásicas mencionadas, la exhibición de una certificación anticorrupción en un proceso penal deja abierto, todavía, un espacio de discrecionalidad para el juez que debe examinar el valor de la certificación emitida por entes certificadores privados carentes de la imparcialidad y transparencia que sí garantizaría el sello público de una certificación.

Por lo tanto, como para los modelos de organización, se volvería a plantear el tema de la valoración siempre negativa (o prevalentemente negativa) aplicada por el sistema judicial que no ha aceptado darle aquel valor como eximente de responsabilidad, a la situación vinculada a la adopción de aquellos modelos de organización.

En esencia, la situación que se plantea demuestra cómo en realidad la adopción de un sistema integrado de compliance anticorrupción, sea implementado únicamente (o prevalentemente) por grandes empresas, y más que garantizar aquellos cambios en las costumbres, la aceptación psicológica del “paciente”, parece asegurar la mayor competitividad sobre el mercado de los contratos públicos en virtud de una conformidad formal a las reglas. Todo ésto representa un costo que las grandes empresas están dispuestas a sostener mientras las pequeñas y medianas empresas parecen preferir mantenerse al margen de esos diseños.

Surge, en realidad, la necesidad de repensar el sistema de la responsabilidad de las empresas y del compliance anticorrupción vinculado con aquélla, desde una nueva y distinta perspectiva, capaz de hacer foco y precisar el elemento sobre el cual centrar la determinación de la responsabilidad.

AnclaEl Dr. Andrea Castaldo ha presentado en meses anteriores una propuesta para un new deal de la responsabilidad de las personas jurídicas. Ahora será necesario trabajar en la formulación de un nuevo ordenamiento, pensando en todos los posibles resultados y consecuencias de aquel nuevo sistema sugerido.

Como una primera explicación, se podría imaginar una obligación de adopción del MOG (Modelo de Organización y Gestión) -al menos para aquellas empresas para las cuales, por dimensión o tipología, el modelo tendría una especialidad - cuya inobservancia se castigue con una sanción administrativa. Esto es, un esquema en el que no se establece un ilícito penal o, más correctamente, no se establece un ilícito penal específico.

Aquello significaría excluir al MOG del procedimiento penal, limitando las relativas obligaciones de organización, gestión y control al ámbito del derecho administrativo. Con una inevitable pregunta: dónde colocar, en este nuevo enfoque, la negligencia de organización, centro efectivo de la responsabilidad de la persona jurídica.

Si se tiene en cuenta que, justamente, es sobre la negligencia de organización donde se evidencia el quiebre del sistema, la idea es evitar continuar colocando la responsabilidad de la empresa sobre la deficiencia del MOG, quebrando la tradicional cadena modelo-idoneidad-comprobación-imputabilidad-culpabilidad-responsabilidad, y dejando viva la responsabilidad del ente solamente en hipótesis residuales, muy marginales, aunque más graves. Pensemos en los casos de “concurso doloso de la empresa en el delito de la persona física”, o sea, en aquellas hipótesis de acuerdo fraudulento de las empresas, que es exactamente lo contrario de la evasión fraudulenta. Una especie de ingreso al plano delictivo de la persona física, con pruebas a cargo del acusador, sin inversión de la carga de la prueba, que caracteriza -en cambio- el sistema actual.

El esquema propuesto -respecto del cual, en este contexto, sólo podemos esbozar los rasgos esenciales- prevé un modelo de responsabilidad desvinculado del MOG y de su idoneidad, con formas de culpabilidad más cercanas a conductas culposas que a hipótesis dolosas y, naturalmente, vinculadas según el ámbito propio de la empresa. Es tiempo de “certificar” el fracaso del actual sistema, que en sus aspectos concretos no logra conformar a nadie, no solamente a jueces y emprendedores, sino tampoco al propio legislador, que en el ámbito de la criminalidad económica tiene interés en prevenir y reprimir, sobre todo, formas de connivencia con la empresa. Aquéllas podrían ser eficazmente atacadas mediante un modelo de compliance basado en un MOG obligatorio, con una sanción administrativa, y “desvinculado” del juicio de idoneidad. Por el contrario, en un contexto de constante actualización

legislativa, así como de lectura maliciosa de la jurisprudencia, el binomio modelo- idoneidad está destinado inevitablemente a fracasar. Por lo tanto, propongo a la reflexión en común, una solución que permitiría la posibilidad de dotar a las empresas de una organización interna capaz de prevenir el riesgo de la comisión de delitos y de eliminar cualquier forma de connivencia, intromisión, “concurso doloso” que se instauran cuando la empresa vincula las políticas criminales de la persona física.

En conclusión, solo a través de una seria racionalización de la arquitectura de la responsabilidad de la empresa, podrá encontrar un nuevo camino el sistema de prevención de delitos y, especialmente, de la enfermedad de la corrupción, provocando, en este caso, la adopción de medidas preventivas, aquel sistema virtuos de “integración psicológica” a los reglamentos en tanto resulten eficaces y efectivos, cuyo costo, por lo tanto, deviene soportable.

## Notas

[1] Traducción a cargo de Alicia K. FAGGI, alumna de la Maestría en Derecho penal de la Universidad Austral. Conferencia dictada en el marco de las jornadas “La Política Criminal Frente al Fenómeno de la Corrupción” organizadas por el Departamento de Derecho penal y procesal penal de la Universidad Austral, el 18 de septiembre de 2018.

[2] Investigadora de Derecho Penal. Profesora de Derecho penal avanzado y coordinadora del Curso de Estudios en Jurisprudencia. Link Campus University.