

La importancia de no perder de vista el valor probatorio del sistema de *compliance* al trabajar en su diseño e implementación



WHITE COLLAR

REM: Banda 1



José Reaño: **Banda 1**



COMPLIANCE

REM: Banda 1

Leading
Individuals:

Rising
Stars:



José Reaño



José Luis Medina

“ They are lawyers with deep knowledge and a lot of experience. ”

(The Legal 500, 2022: Compliance)

En los últimos meses, los tribunales españoles han venido emitiendo pronunciamientos en procesos penales seguidos contra diversas empresas, en los que desarrollan importantes pautas de valoración sobre la eficacia de los programas de cumplimiento de cara a decidir bajo qué presupuestos su implementación puede eximir de responsabilidad penal a una compañía incurso en la comisión de un delito por parte de sus representantes o, en general, por sus trabajadores o agentes.

Entre los criterios de evaluación de los programas de cumplimiento, la reciente jurisprudencia española -en el que el régimen de responsabilidad penal corporativa tiene poco más de diez años de vigencia- destacan los siguientes:

(i) Modelo de prevención eficaz: El modelo de organización y gestión para la prevención de riesgo penales debe impedir apreciar la existencia de "defectos estructurales" en la estructura organizativa de la compañía. En buena cuenta, tales falencias organizativas constituyen el fundamento del «delito corporativo» imputable a la persona jurídica, de modo que, si a partir de la revisión del programa de *Compliance*, pudiera disiparse cualquier cuestionamiento sobre eventuales defectos estructurales en la organización, relevantes en la provocación del riesgo penal concretado, entonces la empresa ha de ser exonerada de responsabilidad.

(ii) Cultura de cumplimiento: Se destaca la importancia de instaurar una «cultura de cumplimiento» o «cultura de respeto al Derecho» en la organización empresarial. Se trata de términos ampliamente difundidos en manuales, regulaciones y decisiones judiciales extranjeras, que los recientes precedentes comentados dan por acreditada luego de verificar la idoneidad de las medidas implantadas para evitar la comisión de riesgos penales.

(iii) Inexigibilidad de programas de cumplimiento infalibles: Los sistemas de cumplimiento no pueden medirse desde la exigencia de una eficacia absoluta. Es decir, los modelos de prevención no están llamados a impedir la materialización de todo delito en la empresa, sino que lo que debe evaluarse es su capacidad de «prevenir, y en su caso reaccionar de forma eficaz frente a la comisión del delito» (Resolución del 29 de julio de 2021, emitida por el Juzgado Central de Instrucción N° 006 de Madrid).

(iv) La prueba del modelo de prevención: A fin de acreditar la existencia de un modelo de prevención eficaz, se valora positivamente las diversas políticas y procedimientos presentados por las defensas de las personas jurídicas

imputadas (entre ellos, la matriz de riesgos penales y controles, la política de investigaciones internas y sus correspondientes actualizaciones, constancia de denuncias internas tramitadas, plan estratégico de capacitación, certificación de su modelo de prevención), al igual que documentación sobre los mecanismos destinados a mitigar los riesgos asociados a los delitos concretamente imputados. De igual forma, también se valoran favorablemente los informes elaborados por firmas especializadas que evaluaron la efectiva existencia y eficacia de los modelos de prevención.

(v) Deber probatorio de la Fiscalía: Se llama la atención, en línea con los principios que rigen el proceso penal, sobre la necesidad de que la Fiscalía demuestre el incumplimiento de los deberes de supervisión y control por parte de la empresa, lo que supone desplegar actividad probatoria encaminada a indagar sobre el funcionamiento de los elementos estructurales y organizativos de los modelos de prevención. Esto, desde luego, sin perjuicio de que la compañía presente los medios probatorios (e.g. documentos, testimonios, etc.) que estime conveniente a sus intereses.

La línea jurisprudencial comentada, que viene siguiendo la justicia española, reitera la importancia de contar con un sistema de cumplimiento eficaz, al ser el mecanismo más idóneo para liberar de responsabilidad penal a las empresas cuyos empleados o directivos se hallan involucrados en la comisión de actos delictivos. Pero, además, permite apreciar cómo la praxis judicial viene entendiendo acertadamente que la eficacia de los modelos de prevención no se asocia con su perfección o infalibilidad, sino con su capacidad preventiva y de respuesta oportuna. En todo caso, debe destacarse la importancia de tener en mente el enorme rendimiento probatorio de los programas de *Criminal Compliance* en el marco de una eventual investigación bajo Ley No. 30424, siendo aconsejable fijar el foco (también) en este aspecto probatorio desde la fase de diseño e implementación en la organización empresarial.

Noticias

Americas Society/Council of the Americas y Control Risks publicaron el Índice de Capacidad para Combatir la Corrupción (CCC) en Latinoamérica 2021, ubicando a Perú en el cuarto puesto con un puntaje de 5.66 de 10, luego de Uruguay, Chile y Costa Rica.

Fuente: Americas Quarterly

Luego de la reunión plenaria celebrada entre el 19 y 21 de octubre de 2021, el Grupo de Acción Financiera (GAFI) ingresó a su "Lista gris" a Jordania, Mali y Turquía.

Fuente: Grupo de Acción Financiera Internacional (GAFI)

En Argentina se está elaborando de forma participativa el proyecto de Ley de "Integridad y Ética Pública", iniciativa legislativa que introduciría cambios en el sistema de Declaraciones Juradas y prohibiría que los funcionarios públicos mantengan posiciones patrimoniales "offshore", entre otros cambios relevantes.

Fuente: Gobierno de Argentina

El 15 de octubre, el Gobierno de los Estados Unidos de América habilitó una línea directa de denuncias para ayudar a combatir la corrupción en El Salvador, Guatemala y Honduras.

Fuente: U.S. Department of Justice (DOJ)

El departamento de Hacienda y Aduanas del Reino Unido ("HM Revenue & Customs") publicó un documento de orientación sobre el impuesto que aplicará a entidades reguladas en materia de prevención del lavado de activos.

Fuente: HM Revenue & Customs

El 6 de octubre se anunció en los Estados Unidos de América la creación del "National Cryptocurrency Enforcement Team – NCET", equipo que se encargaría de realizar investigaciones y procesar por delitos asociados con las criptomonedas, activos virtuales, entre otros, así como recuperar las ganancias ilícitas de estos delitos.

Fuente: U.S. Department of Justice (DOJ)

El 11 de octubre, entró en vigor la Regulación N.º 2019/452 - Regulación de Inversiones extranjeras directas (IED), que establece un marco para el control por parte de los Estados miembros de la Unión Europea con respecto a determinados tipos de inversiones extranjeras directas por motivos de seguridad o de orden público.

Fuente: Unión Europea

A través de la Orden HFP/1030/2021, el Ministerio de Hacienda de España ha incluido como requisito para acceder a los fondos europeos que las empresas cuenten con un plan de cumplimiento que garantice que internamente se hayan adoptado las medidas necesarias para prevenir, detectar y corregir el fraude, la corrupción y los conflictos de interés.

Fuente: Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado (BOE)

El 5 de octubre, el Consejo de Asuntos Económicos y Financieros de la Unión Europea (ECOFIN) resolvió incluir en la lista de países "no cooperadores", a Uruguay, Costa Rica, Hong Kong, Macedonia del Norte, Malasia y Qatar, al ser países que aún no cumplen con todas las normas fiscales internacionales.

Fuente: Sudestada

Recursos 1/2

El 15 de octubre, Global Financial Integrity publicó un informe sobre los delitos financieros en Latinoamérica y el Caribe, a partir de una encuesta de 250 expertos en delitos financieros, identificando que la corrupción es el principal delito que afecta y que genera mayores ingresos de origen ilícito en estas regiones.

Fuente: Global Financial Integrity



Desco, junto a 12 organizaciones de la sociedad civil de Perú, como parte del Observatorio Ciudadano de Corrupción (OCC) publicaron el Informe de Seguimiento al Cumplimiento del Compromiso de Lima "Gobernabilidad Democrática Frente a la Corrupción", suscrito en la VIII Cumbre de las Américas en 2018.

Fuente: Observatorio Ciudadano de Corrupción (OCC)



El Grupo de Acción Financiera Internacional (GAFI) pone a disposición los resultados de la encuesta sobre aplicación de las normas GAFI en los pagos transfronterizos.

Fuente: Grupo de Acción Financiera Internacional (GAFI)



La Asociación Internacional de Compliance ("ICA" por sus siglas en inglés) publica dos manuales relacionados con la integración del manejo del riesgo en los negocios a través de controles internos.

Fuente: International Compliance Association (ICA)



El 28 de octubre el Grupo de Acción Financiera Internacional (GAFI) publicó una versión actualizada de sus directrices para un enfoque basado en el riesgo de los activos virtuales y los proveedores de servicios de activos virtuales (VASP), aclarando las definiciones de activos virtuales, concesión de licencias, *stablecoins*, entre otros.

Fuente: Grupo de Acción Financiera Internacional (GAFI)



TRACE publicó un Libro Blanco sobre la guía de la Directiva de la Unión Europea sobre la denuncia de irregularidades en el que se detalla el ámbito de aplicación, las modalidades de denuncia, las medidas de protección para los denunciantes, entre otros aspectos relevantes.

Fuente: TRACE International



El 4 de octubre la Unidad de Análisis Financiero (UAF) de Chile publicó la actualización de su Guía de Señales de Alerta, herramienta útil para detectar operaciones sospechosas de lavado de activos, financiamiento del terrorismo y financiamiento de la proliferación de armas de destrucción masiva.

Fuente: Unidad de Análisis Financiero (UAF)



Recursos 2/2

La Oficina de Control de Bienes Extranjeros de los Estados Unidos ("OFAC" por sus siglas en inglés) publicó una Guía de Cumplimiento de Sanciones para el sector de criptomonedas, detallando los requisitos y procedimientos de las sanciones OFAC y destacando las mejores prácticas de cumplimiento de las sanciones.

Fuente: Office of Foreign Asset Control (OFAC)



La Oficina de Implementación de Sanciones Financieras ("OFSI" por siglas en inglés) del Reino Unido publicó su reporte anual 2020-2021, en el que hace un balance general de sus políticas de lucha contra el lavado de activos, el financiamiento del terrorismo y sobre las sanciones aplicadas.

Fuente: Office of Financial Sanctions Implementation (OFSI)



Miscelánea

En el 2021 el Banco Mundial sancionó a 57 empresas y personas, de las cuales 54 fueron inhabilitadas, lo que las hace inelegibles para participar en proyectos y operaciones financiadas por instituciones del Grupo del Banco Mundial, de acuerdo con el Informe del Sistema de Sanciones de Inhabilitación del Banco Mundial 2021.

Fuente: World Bank



La Unidad de Análisis Financiero (UAF) de Chile reportó un aumento de 56,90% anual registraron los Reportes de Operaciones Sospechosas (ROS) de lavado de activos y/o financiamiento del terrorismo recibidos entre enero y septiembre de 2021.

Fuente: Unidad de Análisis Financiero (UAF)



El 27 de octubre, el Banco Interamericano de Desarrollo publicó 2 podcasts sobre la lucha de la corrupción en dicha institución y en el Banco Mundial, tratando temas como mecanismos para investigar y sancionar la corrupción, mecanismos procesales para garantizar el debido proceso, entre otros.

Fuente: Reynolds Porter Chamberlain LLP



Contacto



José Reaño

Socio

jreano@estudiorodrigo.com



José Luis Medina

Asociado

jmedina@estudiorodrigo.com



Sebastián Elías

Asociado

selias@estudiorodrigo.com



Micaela Torres

Asociada

mtorres@estudiorodrigo.com
