



**Dino Carlos
Caro Coria**

CEO en Caro & Asociados

Latinoamérica sigue siendo una región de oportunidades pese a la volatilidad de los mercados internacionales en 2017.

El 'compliance' no es ajeno a ello, dada la vis expansiva de la responsabilidad penal de personas jurídicas

El 'compliance' en América Latina

Latinoamérica sigue siendo una región de oportunidades, pese a la volatilidad de los mercados internacionales en 2017 se aprecian tasas positivas de crecimiento. El *compliance* no es ajeno a ello, dada la vis expansiva de la responsabilidad penal de las personas jurídicas introducida en Chile (2009), México (2014), Ecuador (2014), Bolivia (2010, 2017), Perú (2016) y Argentina (2017), y responsabilidad administrativa en Brasil (2013) y Colombia (2016), siempre de la mano con una cláusula de exención de responsabilidad para el ente corporativo que previamente haya implementado un programa de cumplimiento eficaz. Esta regulación no solo es producto de la presión de organismos como la OCDE o el GAFI, sino del generalizado descubrimiento de casos de corrupción. El botón de muestra es la llamada *División de Operaciones Estructuradas* que, como describe el acuerdo de 21 de diciembre de 2016 entre la brasilera Odebrecht y el Departamento de Justicia de los EE.UU fue el órgano corporativo encargado del pago de sobornos por 788 millones de dólares a funcionarios públicos de 12 países, para asegurar su contratación en más de 100 proyectos. Lo ilícito, lo delictivo, no se gestionó de modo empírico o marginal, sino de modo corporativo, con las mismas técnicas de

administración de la empresa moderna: se simulaban contratos, se crearon empresas *off shore*, se abrieron cuentas cifradas y se ejecutaron los pagos ocultando la ruta del dinero. Odebrecht tuvo que reconocer estos hechos en los EE.UU y acordar el pago de una multa de US\$3.500 millones apenas a 3 países -USA, Suiza y Brasil-, y no a los otros 11 estados, principalmente de América Latina, en los que sobornó y aún negocia las reparaciones. No es difícil entender porque la FCPA, la Ley americana contra las prácticas corruptas en el extranjero -Foreign Corrupt Practices Act de 1977- y su aplicación por más de 40 años a empresas transnacionales como Siemens -multa de US\$800 millones en el 2008 por actos de corrupción en Argentina, Venezuela y Bangladesh-, es casi la única en el mundo que permite alguna respuesta frente a estas corporaciones duales que, en su práctica transnacional, han recurrido a la corrupción como una herramienta para competir en el mercado con una licitud solo aparente. La FCPA inspira hasta la actualidad las regulaciones europeas e iberoamericanas, al punto que algunos penalistas creen ver en el *compliance* la gran solución frente a los males de la criminalidad empresarial. En este panorama, y especialmente en ámbitos donde se acepta la responsabilidad penal de las

empresas -USA, UK, España, Francia, Chile, Brasil, México, Perú, Argentina-, las regulaciones incluyen incentivos importantes para que las empresas se autorregulen y administren el riesgo de cometer delitos mediante los ya conocidos programas de cumplimiento o prevención de la criminalidad empresarial, como un medio para mitigar el riesgo patrimonial, legal y reputacional, el daño a la marca, derivados de una potencial condena. El solo hecho de que una corporación sea penalmente investigada, la llamada *pena de banquillo*, puede afectar seriamente su marca, más allá de su inocencia o culpabilidad, como ocurrió en el famoso caso de Arthur Andersen LLP que, aunque lograra anular su condena, quedó en la bancarrota tras el juicio por el enorme daño reputacional. No se puede atrapar moscas con las manos, los sistemas penales en América Latina aún no asimilan estas modernas y complejas formas delictivas que derivan de la sinergia entre criminalidad empresarial, el crimen organizado y la delincuencia gubernamental. La evolución de los sistemas de autorregulación en los últimos 40 años no ha sido obra de una regulación autoimpuesta, los empresarios no despertaron un día pensando necesariamente que sus negocios también debían contribuir a la construcción de un mundo mejor, sin criminalidad empresarial, sin delitos de cuello blanco. Y es que los sistemas de cumplimiento tampoco son la panacea, muchas veces tras el destape de un caso, el corporate compliance parece quedar reducido a un simple instrumento de marketing o de cosmética corporativa. Así ha quedado expresado por ejemplo en las primeras condenas del caso Petrobras y Odebrecht, empresas brasileras en las que, como en el caso de

la multinacional alemana Siemens, la existencia de medidas de cumplimiento, códigos de conducta y sistemas de denuncias internas que ahora se antojan como de simple fachada o *saludo a la bandera*, no impidieron la convivencia con lo delictivo. En un mundo económico sin límites, antes que el riesgo de un “*compliance* sin límites” (Thomas Rotsch), existe el peligro de una criminalidad empresarial también ilimitada o desbordada. Pero la literatura parece aún por detrás de estas cuestiones prácticas, si el *compliance* implica la instauración de una cultura corporativa de cumplimiento, en países como los de América Latina que enfrentan altos niveles de informalidad y corrupción privada y pública, esa realidad conspira contra la eficacia de ese sistema general de prevención del riesgo penal, lo que hasta aquí permite formular una pregunta final, ¿cuál es entonces la capacidad de rendimiento del compliance en contextos especialmente caóticos, de debilidad institucional, pública y privada?. No parece que la respuesta se pueda esbozar con la ayuda del Derecho penal, la pregunta parece devolvernos al terreno de la criminología del control social. Justamente en los límites del compliance, el análisis de su capacidad de rendimiento es un problema también para Europa, si se piensa por ejemplo porque una empresa alemana como Siemens no fue capaz de cometer actos de corrupción en Alemania y si fuera de la UE, o porque Volkswagen, pese a sus altos y previos sistemas de cumplimiento, y tras haber enfrentado en su historia acusaciones especialmente graves como el uso de prisioneros en sus fábricas durante el nacionalsocialismo, últimamente se vio envuelta en el famoso caso del *software* anti control de emisiones.

Dino Carlos Caro Coria

CEO en Caro & Asociados

Si el ‘compliance’ implica instaurar una cultura corporativa de cumplimiento, en América Latina, donde hay altos niveles de informalidad y corrupción, la realidad conspira contra el sistema de prevención de riesgo penal