

El origen del Derecho Corporativo, la importancia del corporate compliance (cumplimiento normativo), y su contribución en la lucha contra el lavado de activos, la financiación de actos terroristas, el cohecho internacional, y los actos o acuerdos contrarios a libre competencia.¹

Por: Héctor Herrera Henao.
Universidad de San Buenaventura (Colombia)
HHerrera@usbog.edu.co

Recibido: 25.11.2019

Aceptado: 16.12.2019

ABSTRACT

This article attempts to answer some questions asked about the origin of corporate law, What it is. What is corporate compliance, and how the countries that signed the Inter-American Convention against Corruption have fought aspects that affect actual society such as money laundering, financing terrorism, transnational bribery, and non-compliance with environmental protection rules, and whether the measures taken at the business level have been effective or not.

Keywords: corporative law, corporate compliance.

RESUMEN

Este artículo, busca responder algunas preguntas formuladas sobre el origen del derecho corporativo, en qué consiste. Qué es, a su vez, el “corporate compliance”, o cumplimiento corporativo, y cómo los países firmantes de la Convención Interamericana contra la Corrupción, han combatido aspectos que afectan a la sociedad actual tales como, lavado de activos, financiación al terrorismo, soborno transnacional, y el incumplimiento de las reglas de protección al medio ambiente, y si las medidas adoptadas a nivel empresarial han sido o no efectivas.

Palabras clave: Derecho corporativo, corporate compliance.

INTRODUCCIÓN

El derecho corporativo, no es una nueva rama del derecho, ni mucho menos, es más bien una tendencia empresarial de orden mundial, que obedece a la necesidad de las organizaciones responder a los retos que en diferentes materias se han trazado los Estados en el marco de Convenios Internacionales, en una lucha permanente contra el lavado de activos, la financiación de actividades terroristas, el cohecho transnacional, los actos en contra del medio ambiente, y en general todos aquellos fenómenos de corrupción, que han diezmado a muchas sociedades y de manera especial a la sociedad latinoamericana, y que en este momento, nos tiene ya cuestionándonos no sobre la falta de normatividad, sino sobre la carencia de valores éticos y morales en sus ciudadanos y de manera especial en sus clases dirigentes, tanto a nivel privado como público.

El origen del Derecho Corporativo, la importancia del corporate compliance (cumplimiento normativo), y su contribución en la lucha contra el lavado de activos, la financiación de actos terroristas, el cohecho internacional, y los actos o acuerdos contrarios a libre competencia.

¹ Ponencia presentada en el marco del VI Congreso Internacional de Derecho y I Convención de expertos en Derecho Corporativo, realizado por la Universidad Autónoma del Perú. Lima, noviembre de 2019.

En el marco del VI Congreso Internacional de Derecho y la Primera Convención de Derecho Corporativo, realizado en la Universidad Autónoma del Perú, en la ciudad de Lima, los días 20, 21 y 22 de noviembre, se formuló la pregunta, dónde, cuándo y cómo nace el Derecho Corporativo, y después de un breve repaso del tiempo, se hace necesario, responder primero a la pregunta por qué nace; y es claro que su génesis es el resultado, de un fenómeno que vino gestándose a nivel mundial, en los años 80's y que tuvo que ver con el ingreso de dineros ilícitos en las principales economías del mundo, (Alemania, Japón, Estados Unidos, Francia, Italia, Canadá y Reino Unido), quienes hacia el año de 1989, se integran en el llamado Grupo de los siete o G7, y conforman el organismo denominado GAFI-FAFT (Financial Action Task Force Against Money Laundering), para hacer frente a los flujos ilícitos de dinero provenientes del narcotráfico .

Bajo la influencia de los acontecimientos producidos en New York el 11 de septiembre de 2001, y a modo de complemento específico de los originales, el GAFI aprobó el 31 de octubre de 2001, sus Ocho Recomendaciones Especiales sobre Financiación del Terrorismo2.

Entonces, bien podría decirse para responder a la pregunta formulada, que el DERECHO CORPORATIVO , pudo tener sus primeros albores en el marco del G7, en el año de 1989, como respuesta a la necesidad, primero de los Estados de responder normativa y estructuralmente a las realidades presentes y segundo de las empresas, a servir de apoyo a los Estados en estas luchas, mediante la creación de políticas internas y adopción de normas externas, tendientes a controlar la exposición que pudieran llegar a tener frente a estos nuevos fenómenos socio -económicos.

Los países aliados de los países integrantes del G7, debieron entonces alinearse con el propósito de legislar en este aspecto y de involucrar al sector empresarial en el cumplimiento de las nuevas normas , máxime cuando muchos de estos países en especial los latinoamericanos eran la fuente original de la primera de las problemáticas, es decir el narcotráfico; en Colombia, por ejemplo, el código penal adecua sus tipificaciones y castiga tanto el enriquecimiento ilícito de particulares s como el de empleados públicos; el artículo 327 define el Enriquecimiento ilícito de particulares; el artículo 412 define el enriquecimiento ilícito de funcionarios públicos; a su vez el artículo 323 sanciona el lavado de activos.

Por su parte en la legislación peruana, y según Del Carpio Delgado (2015) “Desde su incorporación en 1991 al Código Penal Peruano (en adelante, CPP) mediante DLeg. 736, de 08 de noviembre de 1991, hasta la actualidad se ha venido utilizando indistintamente los términos «cosas» o «beneficios», que si bien no aparecen en la legislación vigente sí aparecían en los arts. 296-A y 296-B CPP. Además de éstos, también se mencionan a los «bienes», «efectos», «ganancias», «dinero» y «títulos valores», sin olvidar que desde el año 2002, las dos normas penales especiales que regulan estos delitos se denominan lavado de «activos»”.

En la República Oriental del Uruguay, por su parte se promulga el Decreto Ley 17.016 de 1998 complemento del 14.294 de 1974, el cual establece el Procedimiento especial de asistencia recíproca y cooperación internacional en materia de narcotráfico, terrorismo, contrabando, tráfico de armas, órganos, medicamentos .

En el caso de Brasil, la Ley Nº 8.429, de 2 de Junio de 1992, dispone sobre las sanciones aplicables a los agentes públicos en caso de enriquecimiento ilícito en el ejercicio de su mandato, cargo, empleo como funcionario de la administración pública directa o indirectamente.

Muchas de estas normas han sido derogadas, modificadas, sustituidas o adicionadas por otras según las problemáticas de cada en especial.

Téngase en cuenta que en el año de 1995, fue expedida la famosa Lista Clinton, con el objetivo de bloquear las empresas donde tuvieran intereses los narcotraficantes. Esta lista es elaborada por la Oficina de Control de Bienes Extranjeros (Ofac) y hace parte de las medidas tomadas por Estados Unidos en la guerra contra los carteles de la droga y el lavado de activos . Esta Lista nació de una propuesta legislativa de los senadores Paul Coverdell y Dianne Feinstein.

Quien esté dentro de la Lista queda descertificado por Estados Unidos y no pue de tener relaciones comerciales con ninguna empresa de ese país. En Colombia, a quien esté incluido en ella se le limita toda transacción y toda relación con el sistema financiero. Con esta medida, como lo mencionó uno de los senadores creadores de la Lista Clinton, se quiere golpear a los carteles de la droga en uno de sus puntos fuertes: la cartera.

Es está entonces la primera legislación que proferían los Estados Unidos, con una amenaza directa a quienes tuvieran relaciones comerciales con empresas dedicadas al lavado de activos, o en las que sus socios hubieran sido reconocidos y declarados como narcotraficantes³.

Ahora bien, véase como según la OEA, “la presencia territorial del GAFI en el Planeta es relativamente asimétrica y el acceso de nuevos miembros se valora con cautela. Los únicos países latinoamericanos que pertenecen a la organización son Argentina, Brasil y México, que ingresaron en el año 2000. Después de esta fecha, sólo se han incorporado Rusia y Sudáfrica (2003), China (2007), Corea del Sur (2009) y la India (2010). Con todo, también es cierto que a lo largo de su existencia han aparecido una serie de organizaciones internacionales dotadas de objetivos similares que, en buena parte de los casos, actúan a semejanza de la que ahora nos ocupa. Se trata de los llamados FATF-Style Regional Bodies (FSRBs)”.

En la quinta edición, del Combate al Lavado de Activos desde el Sistema Judicial, se presenta una versión actualizada con base a los más recientes estudios, debates y jurisprudencia recogidos..., sumándosele el capítulo en el que el distinguido Magistrado de la Corte Suprema de la República del Perú y profesor, el doctor Víctor Prado Saldarriaga, nos presenta el fenómeno del lavado de activos en países emergentes, con especial mención a los delitos periféricos y especiales.

Al respecto el Doctor Prado Saldarriaga afirma: “...El lavado de activos, en el tercer milenio, se desarrolla, pues, con la aplicación de un modus operandi que aprovecha, a la vez que combina, con suma habilidad, las oportunidades y ventajas que le brindan unos espacios comerciales o empresariales globalizados, así como la alta tecnología informática con la que actualmente cuenta la humanidad”⁵.

Prado, haciendo referencia a la alta tecnología informática manifiesta: “...Tal como lo interpretan los expertos de las Naciones Unidas, la nueva casta de lavadores de activos... “se están aprovechando de la mundialización de la economía mediante la rápida transferencia de fondos a través de las fronteras internacionales. La rápida evolución de la situación en las esferas de la información, la tecnología y las comunicaciones financieras permite que el dinero se mueva en todos los sentidos con rapidez y facilidad...”⁶.

Trayendo a colación a ALVATER y MAHNKOPF, apunta Prado, “La liberalización institucional y la desregulación de los mercados globales de capital junto con la privatización de activos que hasta entonces habían estado en manos del Estado desató un crecimiento extremo de los negocios financieros, que en muchos sectores (sobre todo con algunos derivados) llevó a una multiplicación de los volúmenes por cien y por mil a partir de los años ochenta⁷.

Propone Prado entonces dos escenarios que se convierten en el caldo de cultivo perfecto para el lavado de activos, (i) la posibilidad de invertir transnacionalmente de manera directa o indirecta en las principales empresas anónimas en el mundo, incluidas aquellas que están participando en procesos de privatización estatal; y (ii) la posibilidad de transferir recursos a través de empresas ubicadas en todo el mundo, mediante operaciones financieras simultáneas y sucesivas imposibles de detectar; caso Panama Papers y Mossack Fonseca⁸.

Por su lado, la OEA en su documento Combate al Lavado de Activos desde el Sistema Judicial, trae un artículo en su página 8 que dice. “El Doctor Gilmar Santander, renombrado Fiscal contra el lavado de activos y para la extinción de dominio de Colombia, trata de manera ejemplar la emancipación que se ha dado del decomiso en relación al proceso penal, con el fin de incrementar la eficacia de este instituto jurídico sin sacrificar las garantías mínimas de los derechos de contradicción, oposición y defensa⁹. Ahora bien, el Doctor Abril, precisa el alcance de esta institución del decomiso, al establecer que “el denominado “comiso penal”, concebido en algunas legislaciones bajo el nombre de “decomiso”

o “confiscación”, es un instituto de derecho penal sustancial mediante el cual, los bienes vinculados con un delito, ya sea por razón de su origen o destinación delictiva, pasan a poder del Estado a título de pena o consecuencia jurídica, mediante una decisión definitiva de carácter jurisdiccional”¹⁰.

En Colombia, todos los casos que involucren temas de lavado de activos, y financiación de terrorismo, son puestos en conocimiento de la UIAF¹¹, para su investigación, cruce de información interna y externa, análisis de riesgos LA/FT por regiones, esto con el objeto de prevenir y detectar las actividades asociadas a estos delitos, sus delitos fuente, y proveer información útil en las acciones de extinción de dominio.

Luego de las normas y las medidas tomadas con respecto al lavado de activos y financiación de terrorismo, vienen otras normas a engrosar la estructura del Derecho Corporativo, que son el soborno transnacional, y el incumplimiento de las reglas de protección al medio ambiente.

En el escenario del soborno transnacional, se celebra en Venezuela en el año 2003, la Convención Interamericana contra la Corrupción, suscrito por 32 países, con el fin de promover, facilitar y regular la cooperación entre los Estados Partes a fin de asegurar la eficacia de las medidas y acciones para prevenir, detectar, sancionar y erradicar los actos de corrupción en el ejercicio de las funciones públicas y los actos de corrupción específicamente vinculados con tal ejercicio ¹².

Por su parte, la OCDE ya había celebrado anteriormente la Convención para Combatir el Cohecho de Servidores Públicos Extranjeros en Transacciones Comerciales Internacionales¹³, en la que se establece que: “Cada parte tomará las medidas que sean necesarias para tipificar que conforme a su jurisprudencia es un delito penal que una persona deliberadamente ofrezca, prometa o conceda cualquier ventaja indebida pecuniaria o de otra índole a un servidor público extranjero, ya sea que lo haga en forma directa o mediante intermediarios, para beneficio de éste o para un tercero; para que ese servidor actúe o se abstenga de hacerlo en relación con el cumplimiento de deberes oficiales, con el propósito de obtener o de quedarse con un negocio o de cualquier otra ventaja indebida en el manejo de negocios internacionales”.

Según información de la BDO¹⁴ (Binder Dijker Otte, red internacional de empresas de contabilidad, impuestos, consultoría y asesoramiento empresarial) en entrevista a Juan José Dorich del Perú; el 1ro de abril de 2016 se aprobó en Perú, la Ley No 30424 de Cohecho Activo Transnacional que regula la responsabilidad administrativa de las personas jurídicas por el delito de cohecho activo transnacional.

El delito de cohecho activo transnacional, al decir del entrevistado, está tipificado en el artículo 397°-A del Código Penal Peruano, y consiste en ofrecer, prometer o entregar a un funcionario público de un Estado extranjero o funcionario de un organismo internacional público algún donativo o ventaja, con el propósito de obtener o retener un negocio u otra ventaja indebida en la realización de actividades económicas o comerciales internacionales.

El Modelo de Prevención según el BDO, consiste en implementar:

1. La designación de un Auditor Interno de Prevención de Actos de Corrupción, independiente de la Gerencia.
2. Establecer el proceso que usará este Auditor Interno de Prevención para ejecutar el proceso de prevención (Manual de Prevención).
3. Mecanismo de difusión y supervisión interna del modelo de prevención (Programa de Cumplimiento Anticorrupción).
4. Contar con un Sistema de denuncias, protección de denunciante, persecución e imposición de sanciones internas en contra de trabajadores o directivos que incumplan el modelo de prevención (Línea Ética).

En Colombia, por su parte, la Ley 1712 de 2014, crea la Ley de Transparencia y del Derecho de Acceso a la Información Pública Nacional y la Ley 1778 de 2016, establece la responsabilidad de las personas jurídicas por actos de corrupción transnacional y se dictan otras disposiciones en materia de lucha contra la corrupción y el Decreto 1848 de 2016, por su parte, fortaleció la composición de la hoy denominada Delegatura para Riesgo de Lavado de Activos y Financiación del Terrorismo.

Otro elemento que surge ahora, directamente en el sector financiero y no a través de él, como venía siendo lo usual, y que contribuye con un elemento reforzante del surgimiento del Derecho Corporativo, fue el de la crisis financiera del año 2008, que muy bien describe el profesor Gutiérrez Rodríguez, de la Universidad Autónoma Metropolitana-Iztapalapa, al decir que: “La desregulación financiera de Estados Unidos y un grupo de países europeos cercanos a la economía estadounidense (particularmente Reino Unido), como resultado de la globalización económico-financiera de los años ochenta; la derogación de la ley Glass- Steagall¹⁵, en 1999, y la reducción de las tasas de interés, a partir de 2002, fueron elementos clave para que se consolidara, a principios del siglo XXI una nueva arquitectura financiera internacional.

El profesor Roberto Gutiérrez en su escrito *La Primera Crisis Financiera Global Del Siglo XXI*, afirma que esta, terminó por desencadenar la crisis de 2008-2009, iniciada en Estados Unidos e irradiada casi inmediatamente a Europa y otras regiones del mundo, en una cadena de causalidades en que quedaron implicadas virtualmente todas las instancias del sistema financiero. Aunque los gobiernos de Bush, primero, y Obama, después, reaccionaron pronto, las consecuencias para la economía global fueron severas y siguen presentes, debido a la doble recesión iniciada en 2012 en España, Reino Unido, Italia y otros países europeos (de Grecia nunca se fue), para cuya erradicación se hizo necesario lo mismo el concurso del sistema financiero internacional que la profundización de políticas de ajuste cuyos costos laborales son evidentemente rigurosos y de reversión lenta”¹⁶.

De tal suerte que una de las respuestas a la mencionada crisis financiera, fue emitida por el Banco de Pagos Internacionales (BIS), quien, para contrarrestar la crisis en su Comité de Supervisión Bancaria de Basilea, promulgó un conjunto de medidas acordadas internacionalmente, las cuales el Comité de Supervisión Bancaria de Basilea ha desarrollado; normas cuyo objetivo es el de reforzar la regulación, la supervisión y la gestión del riesgo de los bancos.

Al igual que el resto de normas del Comité de Basilea, los requerimientos de Basilea III constituyen mínimos aplicables a bancos con actividad internacional.

La fase inicial de las reformas de Basilea III se centró en los siguientes componentes del marco regulador:

- mejorar la calidad del capital regulador bancario concediendo más importancia al capital que permite absorber pérdidas mientras la entidad es viable en forma de capital ordinario...;
- aumentar el nivel de los requerimientos de capital con el fin de que los bancos sean suficientemente resilientes para soportar pérdidas en momentos de tensión;
- mejorar la cuantificación del riesgo revisando los componentes del marco de capital ponderado por riesgo que resultaron estar mal calibrados, incluidas las normas globales para el riesgo de mercado, riesgo de crédito de contraparte y titulización;
- añadir elementos macroprudenciales al marco regulador, (i) introduciendo «colchones» de capital que se dotan durante las fases de coyuntura positiva para poder utilizarse en los momentos de tensión y limitar así la prociclicidad; (ii) estableciendo un régimen para grandes exposiciones al riesgo con el fin de mitigar los riesgos sistémicos derivados de las interrelaciones entre las instituciones financieras y de la concentración de exposiciones; y (iii) añadiendo un colchón capital para hacer frente a las externalidades procedentes de bancos de importancia sistémica;
- especificar un requerimiento mínimo de coeficiente de apalancamiento destinado a prevenir el exceso de apalancamiento en el sistema bancario y complementar los requerimientos de capital ponderado por riesgo;
- introducir un marco internacional para mitigar el exceso de riesgos de liquidez y de transformación de vencimientos, mediante el Coeficiente de cobertura de liquidez y el Coeficiente de financiación estable neta.

Esta segunda fase, la de crisis financiera mundial, propició todo el marco legal para el posicionamiento de lo que hoy conocemos como Derecho Corporativo, y como se pone este en práctica; esto significa dicho en palabras sencillas, que las empresas deben estar preparadas para: (i) atender las exigencias que por su naturaleza, deba conocer en el ámbito propio del derecho mercantil, que estén encaminadas a atender su objeto social, (ii) debe conocer en calidad de empleador toda la normatividad en material laboral, y de la seguridad social, que era lo tradicional, que era hasta ese momento lo tradicional, ahora a la luz de la corporatividad, el empresario debe atender otras áreas del derecho como son, (iii) el derecho tributario, (iv) el derecho aduanero, (v) el derecho penal, (vi) el derecho de las tecnologías de la información y las comunicaciones, (vii) el derecho financiero, (viii) el derecho ambiental, sin contar con los diferentes tratados, convenios, convenciones, decisiones y demás acuerdos de carácter multilateral, que sus respectivos Estados tengan suscritos, y estén encaminados a protegerlos de los agentes desestabilizadores ya mencionados.

Ahora bien, cuándo nace el CORPORATE COMPLIANCE; el ilustre jurista peruano Doctor Guillermo Astudillo, hace una muy precisa consideración al respecto al decir: “Para combatir este fenómeno, (haciendo referencia a la crisis financiera) diversos organismos internacionales han venido recomendando al sector empresarial adoptar una serie de medidas con el objetivo de mejorar la gestión de las empresas...”, y hace una cita al respecto de las directrices de la OCDE en el marco del Pacto Mundial sobre Responsabilidad Social, que tenían como objetivo conseguir un verdadero compromiso de las empresas con la responsabilidad social corporativa.

Dice el Doctor Astudillo, que “...entre los conceptos más usados para referirse a estas medidas se encuentran nombres como «risk management», «programas de cumplimiento», «compliance», «códigos de ética», «normas de buen gobierno corporativo», «código de buena conducta», «programa de prevención de delitos», etc. Aunque muchos de estos conceptos surgieron a fines de los años noventa vinculados al concepto de responsabilidad social corporativa”¹⁸.

En un valioso estudio al respecto de la responsabilidad social corporativa, el profesor Juan José García-Santos¹⁹ hace una línea de tiempo con respecto a lo que ha sido su definición, en los siguientes períodos: “Se refiere a las obligaciones de los hombres de negocios de perseguir aquellas políticas, tomar aquellas decisiones o seguir aquellas líneas de acción, las cuales son deseables en términos de objetivos y valores de nuestra sociedad” (Bowen, 1953). “La responsabilidad social en un análisis final, implica una postura hacia la economía y recursos humanos de la sociedad y una disposición para ver que aquellos recursos son usados para fines ampliamente sociales y no simplemente para los intereses de las personas privadas y las empresas” (Frederick, 1960). “La responsabilidad social implica traer un comportamiento corporativo hacia un nivel donde es congruente con las normas sociales y valores prevalecientes, además de expectativas de desempeño” (Sethi, 1975). “La responsabilidad social de los negocios que abarca las expectativas económicas, legales, éticas y discrecionales que la sociedad tiene de las organizaciones en cierto periodo de tiempo” (Carroll, 1979). “... la responsabilidad social apropiada de negocios es domar al dragón, esto es convertir un problema social en una oportunidad económica, en un beneficio económico, en una capacidad de producción, en una competencia humana, en trabajos bien remunerados, en riqueza” (Drucker, 1984). “Argumenta que la idea básica de la responsabilidad social corporativa es que los negocios y la sociedad están entrelazados, en vez de ser entidades distintas” (Wood, 1991). “La responsabilidad social corporativa es “situaciones donde la empresa va más allá del cumplimiento y participa en acciones que promueven, aparentemente, un bien social, y que están más allá de los intereses de la empresa que son requeridas por la ley” (Mc Williams y Siegel, 2001). “La responsabilidad es el interés con mediar con los “stakeholders” de la empresa de una manera ética o responsable. Ética o responsable significa tratar con los “stakeholders” de una manera considerada como justa en una sociedad civilizada. Social incluye la responsabilidad económica. Los “stakeholders” existen dentro y fuera de la empresa. El objetivo más amplio de la responsabilidad social es el crear estándares de vida cada vez más altos, mientras se preserva la rentabilidad del corporativo” (Hopkins, 2003). “La responsabilidad social corporativa es un compromiso de mejorar el bienestar de la comunidad a través de prácticas de negocios discrecionales y contribuciones de recursos corporativos” (Kotler y Lee, 2005).

La más aterrizada definición, por lo cercana a las realidades de los negocios del mundo actual, es la de Michael Hopkins, y que Hopkins propone en su libro: *The Planetary Bargain: Corporate Social Responsibility Matters*, y digo que es la más aterrizada, toda vez que no solamente se ocupa del actuar de la empresa de una manera ética y responsablemente, sino que también extiende esta manera de actuar a sus stakeholders, es decir a todos los interesados en las actuaciones de una empresa o de una organización, y los permea con sus propias conductas.

Un marco de exigencias, ahora de talante internacional, que refuerza el compromiso que hasta ahora se viene adquiriendo, lo da la Convención Interamericana contra la Corrupción, en la que el ya fallecido Secretario General de la ONU, expresó: “Ahora se entiende perfectamente que la corrupción mina los resultados económicos, debilita las instituciones democráticas y el Estado de derecho, perturba el orden social y destruye la confianza pública, permitiendo de esta forma que prosperen la delincuencia organizada, el terrorismo y otras amenazas para la seguridad humana...”

... “Mi Pacto Mundial puede cumplir un papel activo ayudando a aplicar la nueva Convención. Las medidas prácticas para luchar contra la corrupción son ya una parte integrante de muchos enfoques desarrollados a su amparo...;...Tengo la esperanza de que, según avancemos, encontraremos maneras prácticas para que las empresas y otros protagonistas no estatales comiencen a promover activamente la lucha contra la corrupción”.²¹ (negrilla y cursiva fuera de texto).

Kofi Annan, no solo hace mención al satakeholders, al hacer referencia a los otros protagonistas no estatales, sino que compromete directa y expresamente al empresariado mundial, en un propósito conjunto que hoy nos ocupa a todos, nos preocupa a todos y en el que todos estamos obligados y llamados a participar.

Ahora bien, coinciden en el tiempo Hopkins, y Annan, año 2003, y además se sintonizan en aspectos fundamentales en el sentido de encontrar maneras prácticas para que las empresas y otros protagonistas, (stakeholder), no estatales comiencen a promover activamente la lucha contra la corrupción.

La Iniciativa Anticorrupción de la OCDE²² en América Latina y el Caribe (en adelante, «Iniciativa LAC Anticorrupción») se puso en marcha en 2007, con el apoyo del Banco Interamericano de Desarrollo (BID) y de la Organización de los Estados Americanos (OEA).

En 2018 y años siguientes, la Iniciativa LAC Anticorrupción se centrará en la creación de más y mejores oportunidades para que los países de América Latina y el Caribe puedan reunirse e intercambiar buenas prácticas y experiencias. Para ello, la referida Iniciativa hará un especial hincapié en el fortalecimiento de los esfuerzos en pro de la aplicación y coordinación de las normas existentes para luchar contra la corrupción en la región LAC, a cuyos efectos se realizarán las siguientes actividades:

- Creación de una Red regional de oficiales encargados de hacer cumplir la ley anticorrupción

Hasta la fecha, no se han creado red o mecanismo algunos específicos que permitan a las autoridades encargadas de luchar contra la corrupción en la región LAC reunirse periódicamente con el fin de crear una red de contactos profesionales relevantes y coadyuvar una cooperación informal y práctica en investigaciones internacionales complejas.

- Informes/Estudios temáticos

La Iniciativa LAC Anticorrupción estudiará la posibilidad de elaborar manuales y otros materiales de apoyo a nivel regional como, por ejemplo, estudios temáticos, clasificaciones y directrices con el fin de promover la investigación y el enjuiciamiento de los casos de corrupción, principalmente en ámbitos de interés común, como son: i) métodos que aumenten la detección de la corrupción; ii) investigación y procesamiento de personas jurídicas, y/o iii) mejora de la cooperación y coordinación entre las fiscalías y los órganos responsables de la lucha contra la corrupción de toda la región LAC. La capacidad de la Iniciativa LAC Anticorrupción para elaborar dichos informes y estudios dependerá de la demanda y disponibilidad de financiamiento a nivel regional.

- Asistencia técnica

En función de la demanda y disponibilidad de financiamiento a nivel regional, la Iniciativa LAC Anticorrupción puede ofrecer asistencia técnica en la lucha contra la corrupción a países de la región LAC que deseen recibir dicha asistencia, que puede consistir en la realización de exámenes y evaluaciones de los marcos jurídicos y normativos de lucha contra la corrupción de los distintos países de la región, en la capacitación de las autoridades competentes y en el desarrollo de campañas informativas y de sensibilización del sector privado y de la sociedad civil.

En el marco de la Convención para Combatir el Cohecho de Servidores Públicos Extranjeros en Transacciones Comerciales Internacionales, la responsabilidad de las personas morales está definida de la siguiente manera: Cada Parte tomará las medidas que sean necesarias, de conformidad con sus principios jurídicos, para establecer la responsabilidad de las personas morales por el cohecho de un servidor público extranjero.

De tal suerte, que las sanciones establecidas y propuestas por la OCDE, dar paso a considerar una figura que hace algunos para muchos estudiosos del derecho, sería un despropósito:

2- En el caso de que, conforme al régimen jurídico de una Parte, la responsabilidad penal no sea aplicable a las personas morales, dicha Parte deberá asegurar que esas personas morales serán sujetas a sanciones eficaces, proporcionales y disuasorias de carácter no penal, incluidas las sanciones monetarias por el cohecho de servidores públicos extranjeros. (negrilla y cursiva fuera de texto).

Nuestro país, refiriéndose al Perú (Astudillo, 2016), no es ajeno a esta tendencia. “En enero de 2015, la Comisión de Justicia y de Derechos Humanos del Congreso de la República aprobó el predictamen del proyecto de ley del nuevo Código Penal, en cuyo texto el legislador propuso la responsabilidad penal de las personas jurídicas en el caso de que la empresa incurra en el delito de cohecho activo internacional (artículos 130 y 584). Sin embargo, después de meses de intensos debates en el Congreso de la República, en el que participaron representantes del Poder Judicial, Ministerio Público, Colegio de Abogados de Lima, profesores universitarios, gremios empresariales y juristas convocados para estas discusiones, el pasado 17 de marzo de 2016, el pleno del Congreso aprobó el proyecto de ley 4054-2014/ PE, introduciendo un texto sustitutorio denominado ahora «Ley que regula la responsabilidad administrativa de las personas jurídicas por el delito de cohecho transnacional». Si bien este proyecto recoge la idea inicial de hacer responsable a la empresa en aquellos casos en los que se detecte que uno de sus representantes se encuentre incurso en un acto de corrupción transnacional (artículo 397-A del CP), lo cierto es que la esencia y justificación de una verdadera responsabilidad penal autónoma de la persona jurídica ha sido reemplazada por un sistema de «responsabilidad administrativa» que constituye un retroceso con relación al proyecto primigenio que presentó el Ejecutivo”.

En Colombia los estudiantes de la Universidad Javeriana, Juan Sebastián de Martino y Santiago Guerrero, en su artículo Análisis de la Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas en Colombia, perspectivas y críticas a la sanción administrativa: un camino hacia la pena privativa de la autonomía empresarial 23, proponen a partir de dos casos de corrupción bastante sonados en Colombia, Saludcoop y Odebrecht, dados a conocer en el VI Congreso Internacional de Derecho, con la ponencia “La corrupción en Latinoamérica y la efectividad del compliance”, los mencionados estudiantes, hacen ver a partir de estos dos casos ... “la ineficacia que puede llegar a existir en la aplicación de sanciones de índole exclusivamente administrativa a las personas jurídicas desde aspectos como:

1. La carencia de prevención y disuasión general en la realización de conductas criminales, así como la prevención especial para que la persona jurídica no reincida en la conducta típica.
2. Las sanciones administrativas resultan ser ineficaces, como se puede apreciar en aquellos casos donde se castiga con la inhabilidad para contratar con el Estado o ante la imposición de sanciones pecuniarias, que por su parte pueden llegar a ser inocuas o excesivas hasta el punto de generar la muerte comercial de la persona, provocando resultados no deseados en el mercado y trayendo

consecuencias adversas como desempleo y la parálisis en la ejecución de las obras públicas, afectando de este modo el interés general.

3. Por último, el sistema actual de responsabilidad de las personas jurídicas vulnera los principios de la Justicia Restaurativa al no garantizar la reparación integral de las víctimas de estas conductas, entre las cuales se encuentra el mismo Estado”.

Estos aspectos mencionados, que reflejan una realidad nacional de Colombia, con los que además concuerdo, y que hice notar en mis ponencias en la Universidad Autónoma del Perú, nos muestran claramente que la receta propuesta no ha funcionado, y tomando el mismo orden de los aspectos enunciados, doy mis razones:

1- No existe como en Uruguay y Chile, programas de capacitación encaminados a formar funcionarios públicos, en temas de moralidad administrativa, por ejemplo “cursos de referentes a la moral administrativa, incompatibilidades, prohibiciones y conflictos de intereses en la función pública” y “Probidad Administrativa y Transparencia en la Gestión Pública”, respectivamente, es decir que vayan por el rescate de los valores éticos y morales perdidos, y pongan un punto de fin y de inicio, de una nueva generación de ciudadanos, de empresarios, de empleados públicos y privados. Si existen en cambio programas encaminados a detectar, a prevenir, a fortalecer mecanismos, y demás, que es palmario, que no han funcionado de manera efectiva.

2- No ha funcionado, además, no por falta de normatividad, el problema es un asunto más delicado, más grave podríamos afirmar, las cuantiosas penas impuestas, presentan una doble situación, una, que son muy bajas para el músculo financiero de algunas de las personas que las reciben, y que las pagan, como si el hecho no hubiera sucedido, o dos, simplemente quien recibe las sanciones, no tiene como pagarlas y en efecto, se quedan en el papel.

3- La justicia restaurativa en Colombia, es incipiente y requiere avanzar en muchos otros terrenos, como el de la empresa.

He aquí, un escenario que también se planteó en los conversatorios de la Universidad y es de la aplicación del “Levantamiento del Velo Corporativo”, con la rotura del velo, se busca acceder a los patrimonios, bien sea, de las empresas vinculadas, matrices, filiales y subsidiarias, o en su defecto, romper la barrera de la participación societaria (cuota, acción o parte de interés) y acceder directamente al patrimonio del socio, con lo que se busca que el juez cuente con los recursos suficientes para indemnizar a terceros de buena fe, que resulten afectados con las maniobras abusivas o fraudulentas de las empresas.

Finalmente, y hoy por hoy estoy más convencido que el camino sancionatorio más expedito, es acudir al poder del consumidor, y que sea éste, quien sancione con su capacidad de elección de compra, a las empresas, que hayan estado vinculadas con actos de corrupción, de cualquier naturaleza, al no adquirir los bienes producidos y comercializados por ellas. En tratándose de empresas del Estado, toda vez que estas siempre contratan con empresas privadas, serán estas por defecto (las privadas), las que asuman el poder sancionatorio del consumidor.

CONCLUSIONES

Primera: El Derecho Corporativo, no es una nueva rama del derecho, es una tendencia que se ha generado en las empresas, por la necesidad que existe de responder a todas las exigencias y retos planteados por organismos de orden internacional, que los obligan a ajustarse a los lineamientos que en las diferentes áreas del derecho, involucra y competen al actuar de las organizaciones modernas, abiertas a multiplicidad de inversores, con operaciones en diferentes países, con normas regulatorias provenientes no siempre y únicamente del país en el que operen, sino de uno foráneo. Esto no es otra cosa que la competitividad mínima que se le exige a una organización que opera globalmente, o que le interesa hacerlo.

Segunda: El Corporate Compliance, o cumplimiento normativo, es a su vez, una especie de estructura, de parámetro, de estándar, de ruta, en la cual, a partir de una elaboración de un mapa de riesgos, el empresario pretende determinar en todos los escenarios en los que tiene alguna injerencia, cuáles son los peligros a los que se puede ver avocada su empresa, y como actuará frente a las problemáticas

que se le puedan llegar a presentar. El punto de partida no es precisamente la legislación existente; el punto de partida, son los valores y principios de orden ético y moral, que haya definido la organización, que marcaran el derrotero de su actuación frente a esas determinadas situaciones problemáticas. Y una vez, definidos estos valores y principios, allí sí, se definirán los ordenamientos legales que serán fijados en el radar de la organización, como asuntos de probable vulneración. Es decir, el cumplimiento normativo, se erige sobre dos columnas una interna (valores y principios, éticos y morales) y una externa (ordenamiento legal y normatividad técnica).

Tercera: Las excesiva legislación, no es la respuesta para contrarrestar o extinguir, todos los fenómenos que se han abordado, por los casos que se han presenciado en los últimos veinte (20) años, más bien pareciera, por el incremento de los mismos, en cantidad, en cuantificación, en inmoralidad y falta de ética, que las normas existente, invitaran a delinquir y no a abstenerse de hacerlo.

Cuarta: Se hace necesario, volver a lo fundamental, y lo fundamental sería en este caso, volver sobre la educación de los niños, niñas y adolescentes, y enseñarles el impacto que a la sociedad le generan los actos generalizados de corrupción, en términos de pobreza, de falta de oportunidades, de informalidad, de alejamiento de la inversión extranjera, de desempleo, de aumento de la brecha de desigualdad social y una larga e interminable lista de situaciones.

Quinta: Recurrir al poder del consumidor, cuando el empresario, ya no le tiene temor a las sanciones pecuniarias, cuando lo que más protege cualquier empresario que es el reconocimiento de su marca, es lo que realmente le pareciera importar, lo que queda es que todos los consumidores del mercado, sancionen directamente a las organizaciones empresariales, dejando de consumir sus productos, y mirando otras opciones, nuevas en el mercado, que vienen haciendo el esfuerzo honesto por posicionarse, por ser reconocidos, y que están esperando que les demos una oportunidad. La oportunidad, que seguramente se merecen, porque se la han ganado.

El origen del Derecho Corporativo, la importancia del corporate compliance (cumplimiento normativo), y su contribución en la lucha contra el lavado de activos, la financiación de actos terroristas, el cohecho internacional, y los actos o acuerdos contrarios a libre competencia.

REFERENCIAS

- 1- ASTUDILLO MEZA, Guillermo, HACIA LA IMPLEMENTACIÓN DE LOS PROGRAMAS DE CUMPLIMIENTO (COMPLIANCE) EN EL PERÚ. Temas de derecho penal económico: empresa y compliance. Anuario de Derecho Penal 2013-2014. http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/anuario/an_2013_08.pdf
- 2- CAPARRÓS, Eduardo Fabián. ANTECEDENTES: INICIATIVAS INTERNACIONALES. EFECTOS DEL LAVADO DE DINERO. Pág. 13. http://www.cicad.oas.org/lavado_activos/pubs/Combate_Lavado_3ed.pdf.
- 3- CONVENCION INTERAMERICANA CONTRA LA CORRUPCIÓN. Secretaria de Transparencia Presidencia de la República de Colombia. <http://www.anticorrupcion.gov.co/SiteAssets/Paginas/Publicaciones/Convenci%C3%B3n%20Interamericana.pdf>
- 4- CONVENCION PARA COMBATIR EL COHECHO DE SERVIDORES PÚBLICOS EXTRANJEROS EN TRANSACCIONES COMERCIALES INTERNACIONALES. https://www.oecd.org/daf/anti-bribery/ConvCombatBribery_Spanish.pdf
- 5- DEL CARPIO DELGADO, Juana, La normativa internacional del blanqueo de capitales: análisis de su implementación en las legislaciones nacionales. España y Perú como caso de estudio. Universidad Pablo de Olavide, Estudios Penales y Criminológicos, vol. XXXV (2015). ISSN 1137-7550: 657-731.
- 6- GARCÍA-SANTOS, Juan José. La Evolución del Concepto de Responsabilidad Social Corporativa: Revisión literaria Conciencia Tecnológica, núm. 51, enero-junio, 2016, pp. 38-46 Instituto Tecnológico

de Aguascalientes. Aguascalientes, México. <https://www.redalyc.org/pdf/944/94446004006.pdf>. Pág. 40

7- GUTIÉRREZ RODRIGUEZ, Roberto. LA PRIMERA CRISIS FINANCIERA GLOBAL DEL SIGLO XXI: ORIGEN, CONTENCIÓN E IMPLICACIONES PRODUCTIVAS Y LABORALES. versión On-line ISSN 2448-7481

8- La lucha contra el soborno transnacional en América Latina y el Caribe. <https://www.oecd.org/corruption/anti-bribery/OECD-Brochure-Latin-America-Caribbean-Anti-Corruption-Initiative-ESP.pdf>

9- PRADO SALDARRIAGA, Víctor. Lavado de Activos en Países Emergentes: Delitos Periféricos y Especiales. Capítulo III. Combate al Lavado de Activos desde el Sistema Judicial. Pág. 221.

10- SANTANDER ABRIL, Gilmar Giovanny. La Emancipación del Comiso del Proceso Penal: Su evolución hacia la Extinción de Dominio y otras formas de Comiso Ampliado. http://www.cicad.oas.org/lavado_activos/esp/Documentos/COMISO%20&%20EXTIN%20DE%20DOMINIO_GGSA_FINAL.pdf