



cutting through complexity

SERIE DE CUADERNOS SOBRE CUMPLIMIENTO LEGAL / 10

Estándares específicos: la prevención penal

www.kpmgcumplimientolegal.es



Serie de cuadernos sobre cumplimiento legal –

Cuaderno nº 10 – Estándares específicos: la prevención

penal es propiedad intelectual del autor, estando prohibida la reproducción total o parcial de la obra sin su consentimiento expreso, así como su difusión por cualquier medio, incluyendo, de forma no limitativa, los soportes en papel, magnéticos, ópticos, el acceso telemático o de cualquier otra forma que resulte idónea para su difusión y conocimiento público.

La información contenida en esta publicación constituye, salvo error u omisión involuntarios, la opinión del autor con arreglo a su leal saber y entender, opinión que no constituye en modo alguno asesoramiento y que subordina tanto a los criterios que la jurisprudencia establezca, como a cualquier otro criterio mejor fundado. El autor no se responsabiliza de las consecuencias, favorables o desfavorables, de actuaciones basadas en las opiniones e informaciones contenidas en este documento.

La responsabilidad agravada



**Alain
Casanovas**
Socio de KPMG
Abogados

acasanovas@kpmg.es



Perfil en
LinkedIn

La necesidad de proyectar normas penales a la actividad empresarial puede interpretarse en muchas claves. Desde la perspectiva de igualdad de oportunidades, el desarrollo de actividades empresariales aplicando prácticas corruptas produce una ventaja anticompetitiva que no sólo perjudica al resto de organizaciones competidoras, sino también a los consumidores, que se ven privados injustamente de opciones mejores. Por otra parte, los flujos económicos que se generan con los sobornos y otras asignaciones económicas reprobables suelen incorporarse a circuitos opacos, normalmente vinculados a otras actividades criminales, alimentando así una espiral que no sólo impide consolidar un mercado transparente sino que también socava el progreso y el bienestar de las personas.

Con independencia de lo anterior, la actividad empresarial también puede terminar afectando negativamente a las comunidades donde se desarrolla. Negligencias notables han ocasionado siniestros de tal calado social, que han motivado la incorporación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en los ordenamientos jurídicos afectados, como sucedió en Canadá tras el conocido Westray Mine incident de mayo de 1992, que supuso la muerte de 26 mineros como consecuencia de una explosión, y que renovó el interés de la responsabilidad criminal de las organizaciones hasta su regulación explícita en el año 2004.

Todo ello explica el interés de las instituciones supranacionales en poner los medios para prevenir y luchar contra las conductas criminales desarrolladas por las empresas, hasta el punto que ha dejado de ser una cuestión doméstica para centrar la atención de la comunidad internacional. De ahí derivan grandes presiones para terminar aplicando medidas de prevención penal, que llegan incluso a promover cambios drásticos en las legislaciones nacionales, como sucedió en España durante el año 2010 con la introducción de la responsabilidad penal de la persona jurídica. También esto explica la expansión de normas extraterritoriales que persiguen ciertos ilícitos, como la Ley de Prácticas Corruptas en el Extranjero norteamericana, o la reciente Ley contra el Soborno británica. En este Cuaderno, conocerás el entramado de marcos de referencia específicos en prevención penal y de la corrupción, de forma que aprecies tanto las diferencias entre ellos como sus elementos comunes, con vistas a aplicarlos en tu organización.

Índice

3

Modelos de
prevención penal
y sistemas anti-
corrupción

6

Prevención penal y
tono ético

8

Estándares contra
el soborno y la
corrupción

11

Políticas, procesos,
controles y
formación

15

Sistemas para
la gestión de
denuncias

18

¿Por dónde se
empieza?

22

Preguntas
frecuentes

24

Bibliografía

Modelos de prevención penal y sistemas anti-corrupción

Conceptos

Prevención penal,
Derechos Humanos,
terrorismo internacional,
prevención de la
corrupción, flujos
económicos, controles no
financieros.

Bibliografía

Control legal interno
apartado 8 “La
prevención penal en las
organizaciones”.

Legal Compliance:
apartado 3.1 “Normas
de ámbito penal”.

La historia demuestra que las actividades empresariales son susceptibles de ocasionar graves perjuicios en las comunidades donde se desarrollan. No sólo irrumpen siniestros relacionados con las actividades productivas que causan daños personales y medioambientales, sino también los perjuicios económicos que se derivan para miles de familias cuando se ven **afectadas por una gestión poco ética**. El creciente tamaño que están adquiriendo las empresas en su afán por ganar competitividad, incrementa el potencial dañino de su eventual gestión deficiente. En los últimos años se han conocido escándalos financieros y de gestión de tal magnitud, que comienzan a alzarse voces denunciando que, por su impacto en los derechos esenciales de los grandes colectivos de personas afectadas, la gestión empresarial **dolosa o altamente negligente** debiera incluso recaer en la jurisdicción en el ámbito de las **violaciones de los derechos humanos**.

No es de extrañar, pues, que el derecho penal haya ido penetrando paulatinamente en la esfera de la empresa. En algunas jurisdicciones, la responsabilidad penal de la persona jurídica no es una figura nueva, mientras que en otras se trata de un avance reciente inducido por la fuerte presión internacional en la lucha contra conductas criminales, que van desde la **corrupción** hasta el **terrorismo internacional**.

La mayor parte de textos internacionales, desde los emitidos por la OCDE hasta La Convención de las Naciones Unidas contra la corrupción, suelen centrar su atención en la **corrupción**, al considerarla una lacra que no sólo genera ventajas anticompetitivas sino que termina vinculándose a actividades criminales que conculcan los Derechos Humanos. Por eso, cuando hablamos de la extensión

del derecho penal a las actividades empresariales, debemos distinguir entre las normas que tratan de prevenir un amplio espectro de conductas criminales, de aquellas que centran su atención en determinados ilícitos, normalmente relacionados con la **corrupción**. Esta distinción es importante por cuanto de unas y otras normas se derivan **modelos de prevención con alcance distinto**: así, unos establecen mecanismos generales para reducir la probabilidad de comisión de cualquier conducta punible, mientras que otros fijan directrices para evitar **conductas corruptas**. Desde una perspectiva de compliance, es importante que distingas entre unas y otras normas y modelos, pues es incorrecto considerar que un sistema para evitar la corrupción constituye un modelo de prevención penal general, cuando sus principios y recomendaciones sólo se proyectan a reducir la probabilidad de comisión de algunas conductas. Las US Sentencing Commission Guidelines (actualizadas anualmente), por ejemplo, establecen directrices para disponer de un Effective Ethics and Compliance Program y tienen naturaleza general. Sin embargo, la Resource Guide to the U.S. Foreign Corrupt Practices Act (2012) o la Guidance to the UK Bribery Act (2010), por ejemplo, tienen como objetivo la prevención de las **conductas corruptas** que se tratan en las indicadas normas norteamericana y británica, respectivamente. Cuando analices un texto sobre la prevención penal, ten en cuenta esta diferencia, y recuerda que las normas penales que se proyectan en muchos países sobre la actividad de las empresas suelen contemplar, **pero no se limitan**, a la prevención de la corrupción.

Normalmente los controles que previenen la **corrupción** fijan su atención en las **finanzas**, pues se trata de ilícitos cuya comisión se vincula con los flujos económicos. Encontrarás en ellos directrices para regular ciertos tipos de pagos que suelen verse relacionados con conductas corruptas, así como para controlar pagos. Sin embargo, no olvides que existen otras conductas ilícitas que precisan controles no financieros (los delitos cometidos mediante el uso de las tecnologías de la información, por ejemplo).

Existen diferentes propuestas para la prevención penal en las organizaciones, emitidas por instituciones internacionales de reconocido prestigio. Algunas se proyectan en la prevención penal general, mientras que otras centran su atención en la corrupción

Prevención penal y tono ético

Conceptos

Tono ético, objetivos programáticos, wishful thinking, objetivos éticos.

Bibliografía

Control legal interno: apartado 8 “La prevención penal en las organizaciones”

Legal Compliance: apartado 3.1 “Normas de ámbito penal”.

La prevención de las conductas penales en las organizaciones contribuye notablemente a mejorar el comportamiento ético de las personas que las integran en todas sus jerarquías. De hecho, si analizamos qué se considera una conducta empresarial ética, comprobaremos que una parte muy importante de sus comportamientos constituyen la antítesis de comportamientos criminales. Por ello, **no se comprende que una organización que se manifieste comprometida con valores empresariales éticos no disponga de un modelo de prevención penal.**

Tanto es así que el denominado “tono ético” de las organizaciones ha llegado a vincularse estrechamente a modelos de prevención penal. En este sentido, por ejemplo, el *Ethics Resource Center* norteamericano consideró en 2011 que las *US Sentencing Commission Guidelines* eran una buenas directrices para alcanzar un adecuado tono ético.

Si estás en una organización comprometida con el desarrollo ético de sus actividades, tendrás que poner atención a que tal circunstancia no quede en un objetivo programático o “*wishful thinking*”, viendo el enlace que debe tener esta materia con un modelo de prevención penal adecuado. Si los objetivos éticos de tu organización se limitan a declaraciones públicas sin repercusión en término de estructuras, políticas y controles, tal circunstancia no sólo tendrá una eficacia muy limitada, sino que puede incluso interpretarse **en contra de la propia organización** si se produce un incidente ético que termina ante los tribunales penales.

El modelo de prevención penal guarda una estrecha relación con el mantenimiento del tono ético de las organizaciones.

No se comprenden los compromisos con valores empresariales éticos exentos de modelos que reduzcan la probabilidad de conductas penales

Estándares contra el soborno y la corrupción

Conceptos

Prevención de la corrupción, aplicación extraterritorial de normas, corrupción con funcionarios públicos, corrupción en el ámbito privado, combinación de modelos de prevención penal

Bibliografía

Control legal interno: apartado 8 “La prevención penal en las organizaciones”.

Legal Compliance: apartado 3.1 “Normas de ámbito penal”.

Sabiendo que no es lo mismo un modelo de **prevención penal general** que uno orientado a evitar la corrupción, te será de utilidad conocer la variedad de propuestas que existen en este último ámbito. Verás que muchas de ellas **no son en absoluto nuevas**, constituyendo modelos muy reconocidos internacionalmente. Además, pon especial atención en aquellos que se proyectan en normas nacionales de **aplicación extraterritorial**, como es la Foreign Corrupt Practices Act (FCPA) norteamericana, o la Bribery Act Británica. Como he señalado antes, ambas normas disponen de textos oficiales que facilitan directrices para desarrollar sus respectivos modelos de cumplimiento, emitidos por el Departamento de Justicia norteamericano y el Ministerio de Justicia británico, respectivamente. Las normas contra la corrupción sobre las que se proyectan sendos modelos incorporan una gran cantidad de puntos de conexión, lo que facilita muchísimo su aplicación y consolida su **vocación extraterritorial**. Dada la globalización de la economía y la frecuencia con que las organizaciones desarrollan actividades en los mercados internacionales, no es en absoluto remoto que estas normas resulten de aplicación, hasta el punto que muchas organizaciones potencialmente afectadas por ellas no son todavía conscientes de ello. Si te encuentras en una organización con actividad internacional, analiza seriamente hasta qué punto le pueden resultar de **aplicación**, pues, en tal caso, tendrás que procurar que el modelo de prevención penal de tu organización recoja los requisitos que exigen.

Existen, además, otros estándares que facilitan directrices detalladas para el diseño de modelos internos que ayuden a prevenir la corrupción, como los Principios Empresariales para contrarrestar el Soborno emitidos por Transparencia Internacional (2003), los Principios PACI (2005) o las Reglas de conducta y recomendaciones de la Cámara de Comercio Internacional para combatir la extorsión y el soborno (2005). También existen modernos estándares nacionales que están alcanzado rápidamente gran prestigio, como el BS 10500 británico. Este tipo de textos ayudan a cumplir con los mandatos que establecen normas y recomendaciones contra la corrupción, deriven de la legislación nacional o provengan de instituciones internacionales, como las Naciones Unidas o la OCDE. En cualquier caso, ten en cuenta que existen normas y modelos de cumplimiento ideados para evitar la **corrupción con funcionarios públicos**, mientras que otros se proyectan también a la **corrupción en el ámbito privado**.

Es una buena práctica **combinar** un modelo de prevención penal general con las indicaciones específicas que estos textos apuntan para evitar la corrupción, complementando así la naturaleza inespecífica de los primeros con el nivel de detalle que alcanzan los segundos sobre una serie de comportamientos ilícitos perseguidos desde hace mucho tiempo por la comunidad internacional.

Mantente alerta respecto de la utilización de **eufemismos** que puedan encubrir conductas poco éticas: "tratamiento especial", "sobrecoste, etc. Prácticamente nadie llama al soborno por su nombre, de modo que localizando el uso de estos y otros términos análogos darás con conductas sobre las que conviene actuar.

Actualmente coexisten gran cantidad de textos que brindan directrices concretas para el diseño de modelos para la prevención de la corrupción, siendo una buena práctica integrarlas en el diseño del modelo general de prevención penal de la organización

Políticas, procesos, controles y formación

Conceptos

Políticas, procesos, controles, patrones de conducta, ejecución de las políticas, verificación de políticas y procesos, pagos inadecuados, segregación de funciones, duplicidad de firmas, limitación de movimientos en efectivo, muestreos, inteligencia corporativa, mimetización de pagos inadecuados, formación, tono ético.

Bibliografía

Control legal interno apartado 8 “La prevención penal en las organizaciones”.

Legal Compliance apartado 3.1 “Normas de ámbito penal

No es infrecuente ver que los vocablos “políticas”, “procesos”, y “controles” se utilizan con cierta ambigüedad, como si en alguna de sus acepciones fuesen sinónimos. Sin embargo, como profesional en el control de riesgos legales, es importante que sepas **diferenciarlos**, no sólo para saber como operan y se integran los unos con los otros, sino para también apreciar las particularidades que presentan aplicados a la prevención penal.

Las **políticas** reflejan los valores de la organización y, consecuentemente, **definen los patrones de conducta** esperados y también los indeseados. La política de más alto nivel es el Código Ético, Código de Conductas o la norma fundamental análoga de una organización, que se desarrollará mediante políticas específicas, dando lugar a un entramado de normas internas que trató en el Cuaderno n° 5 (Gestión de políticas de empresa). Los **procesos** determinan el modo de **ejecutar** en la práctica las políticas, de forma que el cumplimiento de las conductas esperadas se lleve a cabo a través de pautas que faciliten la consecución de sus objetivos. En algunas ocasiones, las políticas pueden incorporar sus propios procesos, de forma que no siempre se localizan en documentos separados. Por último, podríamos decir que los **controles** son unos procesos específicos destinados a **verificar** el cumplimiento adecuado de los restantes, contrastando también hasta qué punto se consiguen los objetivos pretendidos por las políticas.

En el ámbito de la prevención penal, las **políticas** tratarán de **evitar comportamientos criminales**, incluyendo, pero no limitándose, a

los que suelen guardar relación con la corrupción. De este modo, establecer directrices sobre qué tipo de pagos son aceptables es una política frecuente en el ámbito de las atenciones comerciales, pagos de hospitalidad, pagos de facilitación y donaciones. Sin embargo, más allá de la corrupción existen otros de comportamientos a prevenir igualmente mediante políticas: así por ejemplo, los tratos comerciales que pueden desembocar en ilícitos penales sobre derechos de propiedad industrial o intelectual, o también en ámbitos del derecho de la competencia o por la utilización de información privilegiada, por poner algunos ejemplos.

Identificadas las conductas penales de riesgo y diferenciados a través de **políticas** los comportamientos aceptables respecto de los que no lo son, procede establecer **procesos** para que puedan desarrollarse de forma adecuada y ser objeto de eventuales **controles**. De este modo, si ciertas atenciones comerciales o pagos de hospitalidad se consideran permisibles bajo ciertos límites y condiciones, procederá definir el proceso para comprobar que se cumplen y autorizarlos. En líneas generales, los procesos de prevención de conductas corruptas tratarán de prevenir su comisión por vía de la **segregación de funciones, duplicidad de firmas** para pagos y la **evitación de pagos en efectivo**.

Los **controles** estarán orientados a verificar si realmente se están ejecutando los **procesos** en todos los casos en que teóricamente debieran, si aquellos están funcionando de manera correcta y si se están consiguiendo con ello los objetivos pretendidos por las **políticas** a cuyo cumplimiento contribuyen. Los controles relacionados con la corrupción son principalmente económicos, y suelen atravesar por realizar **muestreos de pagos** que, por su apariencia o contexto, deberían sujetarse a los procesos correspondientes. También existen herramientas más evolucionadas de **inteligencia corporativa**, que cruzan información financiera para detectar casos en los que se estén **mimetizando** pagos inapropiados, escapando así de los procesos y controles establecidos. Analizar los pagos que, por su aparente inocuidad, escapan de los procesos y controles esenciales, poniéndolos en relación y buscando elementos comunes en ellos, es una primera forma de indagar lo que no es evidente.

En ocasiones se habla de la **formación** como uno de los controles a establecer para evitar conductas criminales. Aunque es dudoso que la formación sea, técnicamente hablando y según la definición descrita anteriormente, un control, está fuera de toda duda su utilidad como elemento clave de prevención. No es extraño que la mayor parte de marcos específicos de referencia en materia de prevención penal y/o de la corrupción, apunten la conveniencia de impartir formación a la **totalidad de los empleados** de la organización. En cualquier caso, la formación debe ceñirse a las conductas con probabilidad de ocurrencia en cada caso concreto, ilustradas con ejemplos del día a día y desarrolladas en un lenguaje asequible que facilite su **comprensión y aplicación**.

Puesto que, como he señalado anteriormente, los modelos de prevención penal se consideran adecuados para lograr un **tono ético** en las organizaciones, no es inhabitual que la formación en prevención penal se incardine en los ciclos formativos propios del Código Ético o de Conducta de la organización.

La prevención penal exige definir políticas, procesos y controles que se proyectarán sobre las conductas de riesgo, y que constituyen una verdadera especialidad en el ámbito del compliance

Sistemas para la gestión de denuncias

Conceptos

Canales internos de denuncia, líneas éticas, irregularidades financieras, prevención de la discriminación y el acoso, prevención penal, informaciones sensibles, privacidad, datos de carácter personal, medidas de seguridad físicas, medidas de seguridad lógicas, trazabilidad de operaciones, canales de comunicación paralelos, orden público.

Bibliografía

Control legal interno: apartado 8 “La prevención penal en las organizaciones”.

Legal Compliance: apartado 3.1 “Normas de ámbito penal”.

Un modelo de prevención penal debe ser capaz de captar información de modo que puedan detectarse **a tiempo** eventuales conductas inapropiadas desde la perspectiva penal. Pero recuerda que **existen conductas que no son fáciles de detectar si no es a través de denuncias**. De hecho, los **canales internos de denuncia o líneas éticas** se han propagado rápidamente por ello, demostrando ser una herramienta de excelente ratio coste/eficiencia y siendo, además, de las escasas vías de detección de ilícitos cometidos al margen de los flujos económicos de la organización y de sus instalaciones. Estos canales internos de denuncia ganan eficacia cuando pueden ser utilizados no sólo por el personal de la organización, sino también por terceros con los que mantiene relaciones de negocio. No es extraño que la mayor parte de marcos de referencia sobre sistemas de prevención penal contemplan su existencia e incentiven su difusión.

Es posible que en tu organización ya exista algún canal de denuncias, pues son relativamente frecuentes en el ámbito **financiero** y también en el **laboral**. Los canales de denuncia financieros se orientan a detectar irregularidades de naturaleza económica, mientras que los laborales se proyectan sobre conductas como la discriminación o el acoso. También existen canales de denuncia con un sentido más amplio, como los que se relacionan con los **Códigos Éticos** o de Conducta de las organizaciones y a través de los cuales se puede pedir consejo o denunciar eventuales incumplimientos de las pautas que determinan dichos textos. Lo más usual es que los diferentes canales que se van generando se traten de integrar en una sola herramienta para facilitar su utilización por los usuarios y su gestión.

En cualquier caso, recuerda que a través de los canales internos de denuncias se comunican **informaciones sensibles y datos de carácter personal**, lo que obliga a tener muy presente la normativa relativa a la privacidad y protección de datos personales.

Esta circunstancia requiere disponer de una serie de medidas de seguridad tanto **físicas** como **lógicas** (en caso de que el canal esté soportado por medios informáticos), y garantizar los denominados derechos ARCO (acceso, rectificación, cancelación y oposición) a los titulares de datos personales que vayan a ser tratados.

La **herramienta informática** que se utilice para almacenar y gestionar las denuncias internas debe también revestir unas **características especiales**. De este modo, se establecerán limitaciones de acceso y privilegios según el tipo de usuarios, para garantizar que sólo un reducido grupo de personas puede utilizar a la herramienta, con acceso limitado a sus datos y funcionalidades según niveles de responsabilidad. Una característica esencial de la herramienta será su capacidad para **trazar** cualquier acceso o modificación, de forma que pueda seguirse perfectamente la evolución de los registros (cambios en su contenido, quién y cuando los introdujo), así como la imposibilidad de eliminarlos.

Aunque hemos terminado tratando los canales internos de denuncia soportados en medios informáticos, no olvides que existen **diversas opciones** que, más que alternativas, son paralelas a ellas. Es una buena praxis que coexistan mecanismos variados a través de los cuales puedan plantearse comentarios o formularse quejas, pues así se facilita que la información con potencial trascendencia penal termine siendo conocida por la dirección y pueda gestionarse. Entre estas opciones encontramos motivar la comunicación con el superior jerárquico, establecer buzones del empleado, teléfonos de consulta y otros recursos que ya venían utilizándose antes de generalizarse el uso de las tecnologías de la información

Finalmente, no olvides que los ilícitos penales son una cuestión de **orden público**, lo que quiere decir que, en caso de concurrir indicios que apunten a la comisión de un delito, procederá informar a las autoridades pertinentes. De hecho, cualquier persona que tenga conocimiento de la comisión de un delito tiene la obligación de denunciarlo. Reflexiona sobre las consecuencias de ello si tu organización tiene externalizada la gestión de un canal de denuncias de naturaleza penal.

Los canales internos de denuncia son una herramienta muy efectiva para detectar irregularidades que pasarían inadvertidas por otros controles, aunque precisan cumplir medidas técnicas y jurídicas que garantizan ciertos derechos

¿Por dónde se empieza?

Conceptos

Códigos Éticos o de Conducta, naturaleza normativa, risk assesment, probabilidad de comisión e impacto de las figuras penales, priorización de delitos, mapa de riesgos penales, políticas, procesos y controles específicos y de alto nivel, segregación de funciones, mancomunidad de firmas, limitaciones de pagos en efectivo, pagos potencialmente problemáticos, Control de riesgos, Auditoría interna, imparcialidad, canales de denuncia, formación.

Bibliografía

Control legal interno: apartado 8 “La prevención penal en las organizaciones”.

Legal Compliance: apartado 3.1 “Normas de ámbito penal”.

Comienza por lo más obvio: analiza si tu organización ha reflejado en algún documento sus valores así como las conductas esperadas e indeseadas que se derivan de ellos. Este suele ser el objetivo de los **Códigos Éticos o de Conducta**, que, aunque no suelen idearse para la prevención penal, constituyen documentos de alto nivel muy útiles para discernir entre comportamientos correctos respecto de los que no lo son. Con la irrupción del derecho penal en el ámbito de la persona jurídica, se han revisado estos documentos para incorporar en ellos con mayor claridad y contundencia el **rechazo a las conductas de naturaleza penal**. Obviamente, no permitas que una aseveración así quede en una **generalidad**: como indiqué en el Cuaderno n° 5 (Gestión de políticas de empresa), el Código Ético no es un documento meramente programático sino de **naturaleza normativa**, debiendo abordar aquellas materias que verdaderamente afectan a la organización. Por lo tanto, no introduces a la ligera conductas penales, y profundizas en aquellas que guarden mayor relación con las actividades de la organización, abordándolas de manera **explícita** y sin perjuicio de que puedan luego ser desarrolladas a través de políticas específicas.

Es posible que, por el tipo de actividades o mercados en que opera la organización, puedas hacerte una idea genérica de los riesgos penales que le amenazan. Sin embargo, una percepción de este tipo dista mucho de un análisis detallado de riesgos penales (**risk assesment**) y del mapa de riesgos que debiera derivarse de él. Relaciona las figuras penales que, de manera abstracta, pueden llegar a cometerse en una organización y valora, para cada una de ellas, su **probabilidad de comisión y consecuencias** en tu caso concreto. Es una buena práctica desarrollar este análisis de forma transversal, es decir, involucrando tanto a las diferentes áreas de la organización como a personal con diferentes categorías profesionales. La experiencia demuestra que un análisis desarrollado de este modo es

mucho más enriquecedor que el que puedas desarrollar solo o con el equipo directivo exclusivamente. No olvides que son frecuentes las diferencias de percepción entre la alta dirección y los empleados más cercanos a las operaciones. Involucrar en el análisis a este último colectivo te permitirá contrastar la visión del equipo directivo. Cuando hayas realizado este ejercicio, podrás **priorizar los delitos**, esto es, determinar cuáles tienen mayor riesgo de comisión e impacto, de forma que puedas gestionar eficientemente los recursos para prevenirlos. Cuando plasmes de manera gráfica el resultado de este trabajo, dispondrás de un **mapa de riesgos penal**.

Elabora una **matriz** con las políticas, procesos y controles de prevención penal existentes en tu organización, distinguiendo entre los de alto nivel y los específicos, y contrasta este documento con el listado priorizado de delitos o mapa de riesgos penales que hayas elaborado previamente. Aquellas conductas penales con mayor probabilidad de comisión e impacto deberían tener asociadas políticas, procesos y controles **específicos** (ideados para determinadas conductas), mientras que las que tienen baja probabilidad de ocurrencia y pocas consecuencias, pueden quedar cubiertas con los de **alto nivel** (ideados para una generalidad de conductas). En cualquier caso, entre las políticas, procesos y controles, tanto de alto nivel como específicos, todas las figuras penales de aplicación a la persona jurídica deberían quedar cubiertas. Valora el **nivel de confort** que te brindan, para cada delito, las políticas, procesos y controles relacionados, con el fin de identificar eventuales aspectos de mejora. Igualmente, respecto de cada delito que hayas analizado y tenga probabilidad de comisión y efectos indeseados, concreta a través de qué **conductas** se podría cometer así como qué **áreas de la organización** son propensas a ellas, en términos de procesos y cargos. Hecho esto, asegúrate de que las políticas, procesos y controles identificados se proyectan en sus respectivos ámbitos.

En la matriz de políticas, procesos y controles hay algunos principios que no pueden faltar, y que suelen exigirse en los textos sobre prevención penal: la **segregación de funciones**, la **mancomunidad de firmas** o las **limitaciones de los movimientos económicos en efectivo**. Si quieres prevenir conductas relacionadas con la **corrupción** (soborno, etc), tampoco pueden faltar en tu inventario las políticas y procesos específicos respecto de **pagos potencialmente**

problemáticos que citaba en el anterior apartado sobre estándares contra el soborno y la corrupción, ni los controles relacionados con ellos.

En cuanto a la matriz de políticas, procesos y controles, será bueno que analices el modo de operar de manera sinérgica con las funciones de **Control de riesgos** y/o **Auditoría interna**, si existen. Como indiqué en el Cuaderno n° 1 (Conoce tu organización), son áreas que pueden contribuir en el diseño de las políticas/procesos (la primera) o en la ejecución de los controles (la segunda). En cualquier caso, la interacción con dichas funciones es **muy recomendable** pues permitirá aplicar al modelo de prevención penal una metodología consistente con el resto de procesos de la organización, y desarrollar los controles de manera **imparcial**, aspectos ambos que imprimirán gran calidad al modelo.

Como he señalado en el apartado anterior, asegúrate de que tu organización dispone de **canales** a través de los cuales se puedan reportar **sospechas sobre conductas ilícitas**, y que se ciñen a la legalidad en términos de privacidad y protección de datos personales. Ocúpate de que exista tanto un proceso como una herramienta para gestionar estas comunicaciones, de modo que ningún empleado pueda llegar a tener la percepción de que sus sugerencias caen en saco roto, se divulgan, o pueden impactar negativamente en su evolución laboral.

Por último, ya conoces que la **formación** es una herramienta muy eficaz para **prevenir** conductas indeseadas. No olvides que algunas de ellas se producen porque los empleados no las identifican como reprobables: esto es frecuente en el desarrollo de conductas que erróneamente se consideran legítimas en un entorno de libre mercado, pero que en verdad producen ventajas anticompetitivas, como puedan ser ciertos ofrecimientos en el desarrollo de actividades comerciales o, sencillamente, los acuerdos que vulneran el derecho de la competencia.

Evalúa tu organización en términos de delitos con probabilidad de comisión, y compara el resultado de ese análisis con el entramado de políticas, procesos y controles, tanto de alto nivel como específicos.

Preguntas frecuentes

Mi organización quiere certificarse sobre la base del BS 10500 ¿Es un modelo de prevención penal adecuado en España?

El British Standards 10500 es un estándar novedoso de prevención de la corrupción (2011), y podría decirse que refleja el estado actual del arte en esta materia. Sin embargo, de los más de veinte delitos que son imputables a la persona jurídica en España, sólo cuatro de ellos se relacionan directamente con la corrupción. Por lo tanto, será necesario que lo completes para que cubra también el resto de ilícitos, para lo cual el redactado del estándar no te ofrecerá mucha ayuda al focalizar su atención en la corrupción.

En mi organización existe un Código Ético cuya redacción se ha mantenido inalterada durante los últimos diez años. ¿Es eso normal?

El Código Ético es un documento que debería evolucionar según las circunstancias de la organización (internas y externas). Por lo tanto, que mantenga su redacción por periodos prolongados de tiempo llama poderosamente la atención. Sólo en organizaciones que operan en mercados muy estables y que prácticamente no evolucionan con el transcurso del tiempo cabe hallar sentido a una situación teórica como esta. Piensa, por ejemplo, que con la introducción de la responsabilidad penal de la persona jurídica en España (2010) se ha hecho preciso adaptar muchos Códigos Éticos y de Conducta en aras a la prevención penal. Un Código Ético que no se haya revisado en diez años tiene la apariencia de una obra literaria carente de dimensión práctica.

¿Puede llegar a cometerse soborno de manera indirecta?

Sin lugar a dudas. De hecho, es una fórmula que puede incluso llegar a darse en organizaciones con estándares éticos elevados, donde ningún empleado concibe desarrollar por sí mismo estas conductas pero descuidan vigilar las de terceros. Satisfacer honorarios a agentes o intermediarios independientes puede convertirse en un modo de encubrir pagos inadecuados (vayan o no destinados a funcionarios públicos) y, por eso, no es raro que tanto la Foreign Corrupt Practices Act norteamericana como la Bribery Act británica penalicen estas formas de corrupción indirecta. Presta especial atención a los pagos que se realicen a agentes e intermediarios, tratando de valorar su razonabilidad según los servicios que efectivamente se estén prestando. Extrema precauciones cuando estos colaboradores externos estén ubicados en jurisdicciones de riesgo de corrupción.

Trabajo en una organización con mas de 5.000 empleados. ¿Cómo abordo la formación?

En organizaciones con gran número de empleados no es fácil organizar la formación por varios motivos: no suelen disponerse de recursos para impartir formación presencial a todos ellos, y tampoco todos los empleados pueden acceder a formación on-line. Sin embargo, no por ello debes renunciar a planificar ciclos formativos, pues son un pilar esencial para generar cultura de cumplimiento. En líneas generales, trata de segmentar a la población objeto de formación según categorías profesionales, intentando aunar formación presencial para el cuadro directivo,

y estableciendo mecanismos de formación a distancia para el resto: formación on-line o incluso en cuadernos en soporte papel si no todos los empleados disponen de recursos informáticos. En cualquier caso, evalúa el nivel de aprovechamiento de la formación estableciendo pruebas prácticas a su finalización.

¿Supone mucho esfuerzo gestionar un canal interno de denuncias?

Normalmente no supone un esfuerzo extraordinario. Se suele tener la percepción equivocada de que la existencia de un canal de denuncias supondrá recibir un volumen elevado de quejas infundadas o maliciosas, además de comunicaciones sin relación con la finalidad de la herramienta. Realmente, la utilización que los empleados hacen de los canales de denuncia suele ser sorprendentemente baja, hasta el punto de alertar por su escasez. Además, de las pocas denuncias que se reciben, sólo una parte terminan siendo fundadas. Sin embargo, ese pequeño grupo suele incluir conductas o incumplimientos que no se habrían detectado de ningún otro modo.

¿Es positivo que la función de cumplimiento defina los controles a desarrollar y los ejecute?

El objetivo de los controles es contrastar el nivel de aplicación de las políticas y los procesos definidos por la organización. Se entiende que la eficacia de los controles radica en buena medida en la objetividad e imparcialidad de quien los desarrolla, que no debería hallarse condicionado por haber participado en los procesos cuyo cumplimiento evalúa. Por eso, en líneas generales, cuando la función de cumplimiento se involucra en algún proceso en el ámbito de sus competencias (aprobación de gastos relacionados con atenciones comerciales, por ejemplo) no tendrá demasiado sentido que también controle después su adecuada ejecución. Por eso es importante mantener una adecuada coordinación con las instancias de auditoría (interna o externa) de la organización.

Serie de cuadernos sobre cumplimiento legal

Cuaderno 1

Conoce tu organización

Este documento señala aquellos aspectos clave de la organización que debes conocer para establecer un modelo de cumplimiento legal. Son reflexiones que te resultarán útiles tanto si te has incorporado recientemente a una empresa, como si quieres asegurarte de estar considerando aspectos organizativos esenciales para el desarrollo de tu cometido de manera eficaz.

Cuaderno 2

El cumplimiento de las normas y su relación con la Gobernanza y la Gestión del Riesgo

Los modelos de gestión empresarial más avanzados recomiendan una gestión coordinada de estas tres esferas: son las fórmulas GRC (Governance, Risk Management and Compliance). Estos conceptos están vinculados hasta el punto que resulta difícil analizarlos de manera aislada. La función jurídica no escapa a esta realidad, de modo que necesitarás conocer las sinergias entre ellos y el modo en que su gestión coordinada te permitirá ganar eficacia y hacer tuyos los estándares de gestión del siglo XXI.

Cuaderno 3

Sistemas para la gestión del cumplimiento (CMS) – Parte I

Desde hace años existen estándares que facilitan una gestión del cumplimiento legal estructurada (*Compliance Management Systems* – CMS). Su reconocimiento internacional ha permitido acuñar el concepto de “Marcos de referencia para la gestión del cumplimiento generalmente aceptados”. De estos entornos se extraen una serie de principios que te serán útiles de conocer, por cuanto definen un estado del arte en la materia.

Cuaderno 4

Sistemas para la gestión del cumplimiento (CMS) – Parte II

En esta segunda parte dedicada a los CMS continuarás viendo principios de cumplimiento muy difundidos a nivel internacional, de modo que puedas reconocerlos y desarrollarlos también en tu organización.

Cuaderno 5

Gestión de políticas de empresa

Las empresas establecen normas internas que les permiten la consecución ordenada de sus objetivos, incluyendo los relacionados con el cumplimiento de la legalidad. La función jurídica está cada vez más relacionada con la tarea de supervisar y dar consistencia al conjunto de políticas de empresa, en lo que se conoce como Policy Management. Estas reflexiones te ayudarán a diseñar, estructurar y gestionar de manera adecuada un entramado de políticas de empresa orientadas al cumplimiento legal.

Cuaderno 6**Cumplimiento legal, ética e integridad**

El transcurso del tiempo ha puesto de manifiesto la estrecha vinculación entre la función jurídica de la empresa y la ética e integridad, hasta el punto que hoy en día comienzan a interpretarse como cometidos indisociables. El objetivo de respeto a la legalidad que se auto-imponen y difunden cada vez más organizaciones es prueba de esta tendencia, siendo su consecuencia que la función jurídica asuma unos objetivos relacionados con la ética y la integridad. Conocerlos te permitirá convertirte en la conciencia de la empresa.

Cuaderno 7**Protocolos de comunicación, actuación y revisión**

El crecimiento de las organizaciones y la globalización de sus actividades ha incrementado la criticidad de disponer de información actualizada a tiempo para desarrollar una gestión eficaz. La función jurídica no escapa a esta tendencia, siendo necesario que se dote de información de calidad a tiempo para el desarrollo de la prevención legal. Conocer bien las ventajas e inconvenientes de los protocolos de comunicación, actuación y revisión te resultará de gran valor para el adecuado diseño de tu modelo de cumplimiento.

Cuaderno 8**La cadena de reporte: el cuadro de mando legal**

Los flujos de la información con relevancia legal deberían terminar en un reporte sobre dicha materia, con eventual repercusión en la documentación que se pone a disposición del público en general. En este cuaderno verás cómo cristaliza la información legal de calidad en un cuadro de mando, susceptible de ser integrado en otros documentos de reporte interno.

Cuaderno 9**Responsabilidades personales en el ámbito del cumplimiento legal**

La importancia de la vigilancia interna en las organizaciones, incluida la relacionada con el cumplimiento de la legalidad, viene poniéndose de manifiesto en normas de países de nuestro entorno, y siendo también reconocida por sus Tribunales. Todo ello está dando lugar al que se conoce como “Régimen de responsabilidad agravada”, que afecta personalmente a cargos en la empresa con obligaciones de vigilancia, entre los cuales posiblemente te encuentres.

Cuaderno 10**Estándares específicos: la prevención penal**

El conjunto de bloques normativos que afectan a cualquier empresa se ha incrementado tanto en los últimos años, que incluso se han desarrollado estándares para el cumplimiento normativo en cada uno de ellos. Uno de los ámbitos tratados desde hace más tiempo es el de la prevención de conductas penales en el seno de la empresa, hasta el punto que se han considerado modélico para establecer el “tono ético” de las organizaciones. Es necesario que conozcas estos modelos si quieres salvaguardar a tu empresa.

Cuaderno 11**Resistencia al cambio y conductas obstructivas**

Es posible que cuando quieras desarrollar modelos de cumplimiento legal modernos, alineados con las mejores prácticas internacionales en esta materia, sufras los efectos de la resistencia al cambio de determinadas personas dentro de tu organización. Estas reflexiones te ayudarán a identificar conductas que pueden paralizar tus procesos de mejora, permitiéndote gestionarlas de forma temprana.

Cuaderno 12**Cumplimiento legal en pequeñas organizaciones**

Las pequeñas y medianas organizaciones no disponen de los recursos necesarios para desarrollar en toda su extensión las reflexiones que se han ido tratando en esta serie de Cuadernos. Sin embargo, esta realidad no debería justificar la ignorancia de una serie de valores o principios esenciales en materia de cumplimiento legal, acomodándolos a sus circunstancias. El principio de proporcionalidad está reconocido en muchos de los marcos para la gestión del cumplimiento generalmente aceptados. Estas reflexiones te darán ideas para desarrollar a pequeña escala los mismos principios que inspiran los procesos de cumplimiento legal en las grandes firmas multinacionales.

Bibliografía del autor

Control de Riesgos Legales en la empresa

Alain Casanovas

Prólogo de Lord Daniel Brennan Q.C., *former President of the Bar of England and Wales*

Edita Grupo Difusión

Difusión Jurídica y Temas de Actualidad, S.A.

Madrid 2008

Control Legal Interno

Alain Casanovas

Prólogo de Pedro Miroso, *Catedrático de Derecho Mercantil, ESADE, Facultad de Derecho*

Edita Grupo Wolters Kluwer

Editorial La Ley, S.A.

Madrid 2012

Legal Compliance - Principios de Cumplimiento Generalmente Aceptados

Alain Casanovas

Prólogo de José Manuel Maza, Magistrado del Tribunal Supremo

Edita Grupo Difusión

Difusión Jurídica y Temas de Actualidad, S.A.

Madrid 2013

Contacto

Alain Casanovas

Socio de KPMG Abogados

T: +34 93 253 29 22

E: acasanovas@kpmg.es



© 2013 KPMG Abogados S.L., sociedad española de responsabilidad limitada, es una filial de KPMG Europe LLP y firma miembro de la red KPMG de firmas independientes afiliadas a KPMG International Cooperative ("KPMG International"), sociedad suiza. Todos los derechos reservados.

KPMG, el logotipo de KPMG y "cutting through complexity" son marcas registradas o comerciales de KPMG International.

La información aquí contenida es de carácter general y no va dirigida a facilitar los datos o circunstancias concretas de personas o entidades. Si bien procuramos que la información que ofrecemos sea exacta y actual, no podemos garantizar que siga siéndolo en el futuro o en el momento en que se tenga acceso a la misma. Por tal motivo, cualquier iniciativa que pueda tomarse utilizando tal información como referencia, debe ir precedida de una exhaustiva verificación de su realidad y exactitud, así como del pertinente asesoramiento profesional.