

**PONTIFICIA UNIVERSIDAD
CATÓLICA DEL PERÚ**

FACULTAD DE DERECHO



Programa de Segunda Especialidad en Prevención y Control de la Corrupción

Propuesta para las empresas en el Perú para respetar derechos humanos a través de los programas de compliance anticorrupción

Trabajo académico para optar el título de Segunda Especialidad en Prevención y Control de la Corrupción

Autor:

Andres Fernando Toledo Perez

Asesor:

Rafael Hernando Chanján Documet

Lima, 2020

RESUMEN

Al existir una nueva responsabilidad para las personas jurídicas en virtud de conductas tipificadas en el Código Penal que puedan realizar sus representantes, el sector privado ha considerado de especial relevancia la implementación de programas de compliance anticorrupción, de acuerdo a la Ley N° 30424 y su Reglamento. De esta manera, ante la relación existente entre el fenómeno de la corrupción y los derechos humanos, el presente trabajo pretende proponer tres medidas concretas para que las empresas puedan respetar los derechos humanos a través de la implementación de sus programas de compliance anticorrupción. Para ello, siendo que la corrupción limita el goce y ejercicio de los derechos humanos, existen también similitudes en el principio constitucional de la lucha contra la corrupción con la obligación de las empresas en respetar estos derechos. Entonces, las medidas concretas consideran a los elementos comunes entre ambos son la gobernanza y supervisión, las políticas y procedimientos, la debida diligencia, gestión de riesgos y monitoreo, la capacitación y educación, los canales de denuncia y la presentación de informes. Luego, la debida diligencia visibiliza la sinergia entre los riesgos de corrupción y vulneración de DHH para brindar soluciones empresariales más más eficientes, receptivas, efectivas y sostenibles. Tercero, las acciones colectivas permiten involucrar a diversos sectores, especialmente a las pequeñas y medianas empresas, para combatir la corrupción y asegurar la facilitación y transparencia de acceso a la información relevante.

Tabla de contenido

1. INTRODUCCIÓN.....	4
2. DERECHOS HUMANOS Y ANTICORRUPCIÓN EN EL SECTOR PRIVADO	6
2.1. Relación entre derechos humanos y corrupción.....	7
2.2. La lucha anticorrupción como principio constitucional	12
2.3. La obligación de las empresas de respetar derechos humanos.....	16
3. LOS PROGRAMAS DE COMPLIANCE ANTICORRUPCIÓN EN EL PERÚ	19
3.1. Origen y alcance de los programas de compliance anticorrupción	21
3.2. Aproximación a experiencias comparadas.....	24
3.2.1. Estados Unidos.....	24
3.2.2. Europa: Reino Unido, España e Italia	27
3.2.3. América Latina: Chile y Brasil	30
3.3. La Ley N° 30,424 y los Modelos de Prevención.....	33
4. PROPUESTA DE TRES MEDIDAS CONCRETAS PARA LAS EMPRESAS EN EL PERÚ PARA RESPETAR DERECHOS HUMANOS A TRAVÉS DE LOS PROGRAMAS DE COMPLIANCE ANTICORRUPCIÓN	36
4.1. Correlación de instrumentos internacionales de orientación para las empresas sobre anticorrupción y derechos humanos	37
4.2. Sinergia en la debida diligencia anticorrupción y respeto de derechos humanos	43
4.3. Integración y cooperación desde el sector privado a través de acciones colectivas... ..	46
5. CONCLUSIONES.....	50
6. BIBLIOGRAFÍA.....	52

1. INTRODUCCIÓN

Luego del escándalo de corrupción liderado por la empresa constructora brasileña Odebrecht, la operación Lava Jato alcanzó también a los últimos seis presidentes de la República del Perú. La creación de equipos especializados tanto en el Ministerio Público, como la creación de una Procuraduría ad hoc adscrita al Ministerio de Justicia y Derechos Humanos demuestran la especial atención y complejidad de este hito en la historia de lucha contra la corrupción nacional. De igual manera, la persecución penal contra ejecutivos del sector privado, como aquellos del grupo Graña y Montero, han despertado una innegable preocupación en el sector privado por prevenir la corrupción al interior de sus organizaciones.

Sea por la introducción de la responsabilidad de la persona jurídica en nuestro sistema jurídico mediante la Ley N° 30424 o como parte de una iniciativa de responsabilidad social corporativa, los programas de compliance anticorrupción forman parte de la realidad jurídica y empresarial en el Perú. Al margen de la amplia bibliografía respecto de estos modelos de prevención de delitos, tanto en la doctrina nacional como en la experiencia comparada internacional, ha seguido un enfoque jurídico-penal. Sin embargo, en virtud de la propia experiencia profesional en el sector privado desarrollando programas de compliance anticorrupción de alcance global, consideramos que existen aportes significativos desde los derechos humanos.

La relación entre derechos humanos y corrupción ha sido desarrollada recientemente. Por ejemplo, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos emitió un informe temático sobre el análisis del fenómeno de la corrupción desde una perspectiva de derechos humanos en 2019. Al mismo tiempo, las Naciones Unidas cuenta con una guía de los Principios Rectores que las empresas deben considerar para respetar derechos humanos. En palabras de Olajobi Makinwa del Pacto Global de Naciones Unidas para África, «cuando hay corrupción, los derechos humanos desaparecen». Por ello, el presente trabajo pretende proponer medidas concretas para que las empresas en el Perú puedan asegurar el respeto de los derechos humanos a través de la implementación de sus programas de compliance anticorrupción.

Este documento se encuentra dividido en tres capítulos. Primero, abarca los derechos humanos y anticorrupción en el sector privado, donde se desarrolla la especial relación entre ambos, así como la importancia de la lucha anticorrupción como principio constitucional para luego alcanzar una clara determinación de la obligación que tienen las empresas en respetar derechos humanos.

El segundo capítulo abarca los programas de compliance anticorrupción en el Perú. Para ello se comienza con un breve acercamiento a sus orígenes y alcance, para después revisar legislaciones comparadas tanto en América Latina como en Europa. Luego de comprender el avance jurídico en diversos países, cuyas legislaciones han influido en la Ley N° 30424, revisaremos brevemente su alcance, así como los aspectos considerados en su Reglamento.

Por último, en el tercer capítulo presentamos nuestra propuesta de tres medidas concretas para que las empresas en el Perú puedan respetar los derechos humanos a través de estos programas de compliance anticorrupción. Por un lado, la aplicación de los instrumentos internacionales que sirven de orientación y guía para las empresas para crear un programa de compliance eficiente y efectivo que permita prevenir y detectar conductas corruptas, y al mismo tiempo permita asegurar el respeto de los derechos humanos de las personas impactadas por sus actuaciones. Las otras dos medidas tratan la sinergia que se puede obtener desde la debida diligencia, así como de la cooperación mediante acciones colectivas para luchar contra el abuso del poder encomendado para beneficio propio y respetar los derechos que nacen de la dignidad humana.

2. DERECHOS HUMANOS Y ANTICORRUPCIÓN EN EL SECTOR PRIVADO

Los derechos humanos mantienen un especial protagonismo en la implementación de políticas públicas a nivel internacional e incluso se han establecido recientes regulaciones que imponen obligaciones específicas en el sector privado¹. En este contexto globalizado y para efectos del presente trabajo académico es relevante definir este concepto. «Los derechos son pretensiones o expectativas que un sujeto, de manera fundada, tiene de que otros sujetos hagan o dejen de hacer algo en relación con sus interés o necesidades» (Aparicio y Pisarello, 2008, p. 141). Así, estos derechos se encuentran fundados en valores que evolucionan en una sociedad y contexto histórico para configurar un estándar de vida digna, limitando el poder del Estado y de los particulares. Los derechos humanos son normas jurídicas que garantizan la vida digna, intrínseco a todos los seres humanos.

Por otro lado, la corrupción, al igual que los derechos humanos, es un concepto que ha sido estudiado por diversas disciplinas. Ante la complejidad de este fenómeno transnacional, Transparencia Internacional estableció la siguiente definición que consideramos adecuada a efectos de la presente investigación. «La corrupción es el abuso del poder encomendado para beneficio propio» (2020). Mediante este concepto es posible incorporar los delitos contra la Administración Pública regulados en el Perú a través del Título XVIII del Código Penal, así como el soborno privado. De esta manera, podemos enfatizar el rol que desempeña el sector privado en la corrupción, tanto desde la prevención y el control hasta la punición aplicable a nivel local e internacional.

Ambos conceptos se encuentran íntimamente relacionados; sin embargo, solo recientemente se han estudiado en conjunto. La Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, la CIDH) considera que este fenómeno genera un impacto negativo y diferenciado en el goce y ejercicio de los derechos humanos, especialmente de las poblaciones en situación

¹ La Unión Europea, a través de la Dirección General sobre Políticas Externas, publicó en junio de 2020 el documento denominado «*Human Rights Due Diligence Legislation – Options for the European Union*» mediante el cual se plantea el alcance de las empresas sujetas a regulaciones específicas sobre cumplimiento de derechos humanos y formas en monitorear y hacer cumplir las normas sobre debida diligencia en el sector privado relativo a estos derechos. Recuperado de: [https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2020/603495/EXPO_BRI\(2020\)603495_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2020/603495/EXPO_BRI(2020)603495_EN.pdf) Por su parte, el Consejo Federal de Suiza aprobó el Plan de Acciones 2020-2023 sobre Responsabilidad Social Corporativa y derechos humanos en la empresa. Este Plan amplía el marco normativo para asegurar que las empresas reporten iniciativas de sostenibilidad corporativa y debida diligencia. Recuperado de: <https://www.admin.ch/gov/en/start/documentation/media-releases.msg-id-77784.html>

de vulnerabilidad (2019, p. 201). Esta afectación es compleja de analizar, pero coincidimos con Nash respecto de los dos tipos de vínculos: directa e indirecta. Por un lado, existen prácticas corruptas que violan directamente un derecho humano; mientras que existen otras que conducen a violaciones de derechos humanos, pero que, consideradas en sí mismas, no violan un derecho (2014, p. 27).

Al respecto, este capítulo se circunscribe de forma específica en la actuación que tiene el sector privado. Presentamos la relación existente entre los derechos humanos y la corrupción con mayor detenimiento, después el fundamento constitucional de la lucha anticorrupción en el Perú a partir de los tratados internacionales y finalmente, la obligación que tienen las empresas en respetar los derechos humanos, y así prevenir y combatir contra este complejo fenómeno que permite prevalecer intereses particulares indebidos.

2.1. Relación entre derechos humanos y corrupción

Las normas jurídicas que garantizan la vida digna de todos los seres humanos han sido objeto de estudio desde la perspectiva del Derecho Internacional, el cual ha enfrentado un importante proceso de humanización. Las atrocidades generadas durante la Segunda Guerra Mundial visibilizaron la necesidad de ampliar el marco normativo de los derechos humanos, el cual habría estado relegado a la soberanía exclusiva de cada Estado. A partir de la Carta de Organización de las Naciones Unidas se inician los estándares universales de derechos humanos para responsabilizar a nivel internacional a los Estados por actos de violación activa o pasiva de estos derechos intrínsecos a la humanidad. El Derecho Internacional de los Derechos Humanos surge y se consolida mediante la Declaración Universal de los Derechos Humanos y la Declaración de los Derechos y Deberes del Hombre, ambas de 1948.

Al mismo tiempo, coincidimos con el análisis jurídico-político que realiza Salmón respecto del Sistema Interamericano de Derechos Humanos ya que «[d]esde una perspectiva jurídica, es innegable que en todos nuestros Estados hay un desarrollo mayor del campo normativo y jurisprudencial sobre derechos humanos y, ciertamente [este sistema] es un factor que ha influido en eso. El análisis político, por su parte, orienta a identificar esos intereses concretos de ciertos Estados los cuales actúan como límites al

sistema y que se traducen con frecuencia en restricciones de derechos» (Salmón, 2019, p. 247).

La importancia de los derechos humanos radica en su finalidad de preservación de la libertad individual ante el ejercicio del poder del Estado, mientras que este garantiza las prestaciones mínimas requeridas para la mantención de una vida digna. Entre sus principales características, Nash destaca cuatro de ellas: (i) su universalidad, (ii) inalienabilidad, (iii) interdependencia e (iv) indivisibilidad. Entiéndase que los derechos humanos deben ser disfrutados por todos los seres humanos sin distinción de raza, credo, sexo, orientación sexual, etnia, nacionalidad o cualquier otra condición que impida su uniforme aplicación. Tampoco se pierden bajo alguna circunstancia, por su condición de irrenunciables, salvo su ejercicio que puede ser disponible por el individuo o incluso por los titulares colectivos como las comunidades o sindicatos. Al ser interdependientes generan repercusiones en el disfrute de otros derechos, pues como indivisibles se encuentran enraizados en la dignidad humana (2014, pp. 22-23). Estos derechos son la libertad, salud, educación, trabajo, identidad, entre otros.

Desde esta perspectiva del Derecho Internacional de Derechos Humanos, los derechos humanos son subjetivos y el Estado tiene una responsabilidad internacional de respetarlos y garantizarlos, bajo los principios de igualdad y no discriminación. El Estado no debe violar los derechos humanos consagrados en los tratados internacionales, para lo cual, por lo general, debe abstenerse de realizar ciertas conductas. A su vez, la obligación de garantizar exige a los Estados implementar las acciones necesarias para que sus individuos puedan gozar y ejercer efectivamente sus derechos y libertades². En el Perú, estos tratados internacionales tienen rango constitucional y el Estado ha hecho considerables esfuerzos para cumplir con el Sistema de Naciones Unidas, el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, y la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible (Naciones Unidas, 2017, p. 2).

² La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha desarrollado ambas obligaciones con mayor detalle a través de su jurisprudencia, tales como el Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras. Fondo. Sentencia de 29 de julio de 1988, el Caso Atala Riffo y Niñas vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 24 de febrero de 2012, el Caso González y otras ("Campo Algodonero") vs. México. Sentencia de 16 de noviembre de 2009. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, entre otros más.

De manera particular, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, a través de su jurisprudencia, ha demostrado la importancia de una aproximación garantista y protectora de los derechos humanos, con especial atención a poblaciones que han sido víctimas de discriminación estructural como los pueblos indígenas o la población LTGB, entre otras. En los últimos años, este órgano del Sistema Interamericano de Derechos Humanos ha permitido el desarrollo de estándares sociales interamericanos que protejan y garanticen los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales mediante una interpretación amplia del contenido del artículo 26³ de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH). No obstante, la realidad que afronta la región latinoamericana y en especial el Perú, con mayor anuencia producto de la pandemia del COVID-19, evidencia las estructuras de poder que deben ser desmanteladas para alcanzar la afirmación de la dignidad humana con democracia, desarrollo y paz como la existencia de condiciones que posibiliten el ejercicio efectivo de todos los derechos humanos (Salmón, 2019, p. 247).

En este sentido, existen dos relaciones entre los derechos humanos y la corrupción. La primera de ellas es un vínculo negativo que limita a los individuos gozar y ejercer estos derechos por la afectación de prácticas corruptas. Entonces, los derechos humanos se ven afectados por la corrupción de forma directa o indirectamente, a través de prácticas corruptas que no significan una violación de derechos en estricto. Por ejemplo, un litigante que soborna a un juez para que falle a su favor está vulnerando directamente el derecho de igualdad de su contraparte judicial; o los funcionarios responsables de otorgar la buena pro para la construcción de un puente se coluden⁴ con una empresa de construcción cuyos estándares de seguridad son mínimos y el puente colapsa al soportar el peso de un bus interprovincial lleno de pasajeros. En efecto, la CIDH asegura la evidencia del vínculo negativo entre derechos humanos y corrupción:

³ *CAPITULO III. DERECHOS ECONOMICOS, SOCIALES Y CULTURALES*

Artículo 26. Desarrollo Progresivo.- Los Estados Partes se comprometen a adoptar providencias, tanto a nivel interno como mediante la cooperación internacional, especialmente económica y técnica, para lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos que se derivan de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura, contenidas en la Carta de la Organización de los Estados Americanos, reformada por el Protocolo de Buenos Aires, en la medida de los recursos disponibles, por vía legislativa u otros medios apropiados.

⁴ El tipo penal se encuentra tipificado en el artículo 384 del Código Penal peruano.

Tanto los actos individuales de corrupción, como los actos sistémicos conviven y dan cuenta de formas diversas de afectaciones de derechos mediante corrupción, como malversación de fondos, impunidad, traspaso de empresas públicas a grupos cercanos al poder político, violencia, represión estatal frente al control ciudadano y de la prensa, siendo estas prácticas comunes en los sistemas autoritarios. [...] Los casos de violaciones estructurales de derechos humanos corresponden a aquellas situaciones donde las violaciones de derechos que afectan a ciertos colectivos en condiciones de vulnerabilidad histórica en el goce y ejercicio de sus derechos, están directamente vinculadas con complejos entramados institucionales y culturales que fomentan, permiten o directamente producen las afectaciones de derechos (2019a, p. 60).

Las características propias del abuso del poder encomendado para beneficio propio no permiten obtener métricas precisas respecto de este fenómeno. No obstante, diversas organizaciones internacionales han publicado datos significativos sobre los costos que conlleva la corrupción. El Foro Económico Mundial asegura que el 5% del producto bruto interno mundial está destinado a la corrupción (2012) y, la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE) afirma que «la corrupción suma hasta el 10% del costo total de hacer negocios a nivel mundial y hasta el 25% del costo de los contratos de adquisiciones en los países en desarrollo» (2012).

En el caso peruano, solo durante la década del dictador Alberto Fujimori, el costo promedio de la corrupción alcanzó los USD 1,409 millones y ha sido considerado por diversos historiadores como el gobierno más corrupto de la historia nacional (Quiroz, 2014, pp. 482-483). Al mismo tiempo, en promedio, el 5% de los ingresos de una familia peruana de escasos recursos económicos se destina para el pago de corrupción para obtener servicios legítimos como luz, agua, educación, entre otros (Yamada & Montero, 2011, p. 41).

La segunda relación se da por un vínculo positivo en la implementación de medidas avocadas a combatir la corrupción y la protección y promoción de derechos humanos. A pesar de estas desalentadoras cifras, existen medidas a nivel internacional y local que buscan erradicar el fenómeno de la corrupción al mismo tiempo que los Estados adoptan mayores medidas para respetar y garantizar los derechos humanos de aquellos individuos

bajo sus jurisdicciones. Esta relación positiva entre derechos humanos y corrupción se traduce en una serie de posibilidades de colaboración en el diseño e implementación de políticas públicas anticorrupción a través de un enfoque de derechos humanos.

Si bien los instrumentos jurídicos internacionales sobre derechos humanos no hacen referencia explícita a la corrupción, ni viceversa, sí es posible demostrar este vínculo positivo (Nash, 2014, p. 26). A modo gráfico, la Agenda 2030 de las Naciones Unidas sobre el Desarrollo Sostenible tiene 17 objetivos explícitos sobre la realización de derechos humanos como la salud, educación, no discriminación, igualdad de género, desarrollo entre otros. Específicamente, el objetivo 16 propone a los Estados reducir sustancialmente la corrupción y el soborno en todas sus formas, lo que permitirá garantizar el acceso y ejercicio de derechos humanos. Entonces, mediante la combinación de ambas estrategias es posible reforzar los objetivos que cada uno pretende alcanzar de manera individual. La lucha anticorrupción es en sí misma previene violaciones de derechos humanos. Las Naciones Unidas ha enfatizado esta relación positiva mediante el refuerzo mutuo de los componentes de buena gobernanza, derechos humanos y anticorrupción:

[...] la capacidad para promover y proteger los derechos civiles y políticos depende de que se luche eficazmente contra la corrupción política y judicial, y viceversa. La transparencia y el acceso a la información permiten a las personas adoptar decisiones informadas —que abarquen del ejercicio de su derecho de voto al control del gasto del Estado. Al mismo tiempo, crear esta apertura limita las oportunidades de abuso de las que disponen los políticos, los policías y los jueces. Así, las empresas tienen incentivos para reducir al mínimo su participación en la corrupción. Cuando los mecanismos de control son débiles o no existen, se facilitan la corrupción y las violaciones de los derechos humanos (2015, p. 12).

Por último, en los últimos años, en el marco del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, la CIDH ha emitido tres documentos de especial relevancia respecto a la relación entre la corrupción y los derechos humanos: la Resolución 1/17 sobre Derechos Humanos y Lucha contra la Impunidad y la Corrupción de 12 de septiembre de 2017, la Resolución 1/18 sobre Corrupción y Derechos Humanos de 2 de marzo de 2018 y, más recientemente, el informe temático denominado Corrupción y Derechos Humanos:

Estándares Interamericanos de 6 de diciembre de 2019. A partir de ellos, se visibiliza la especial interacción entre los derechos humanos, con especial énfasis en los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales cuya efectividad puede verse limitada por derivar de recursos públicos cooptados por intereses particulares. Luego, se establecen los principios que toda política pública deberá adoptar para combatir efectivamente la corrupción, entre los cuales destacamos las características previamente desarrolladas de los derechos humanos, la no discriminación y la igualdad, la participación e inclusión y la rendición de cuentas.

2.2. La lucha anticorrupción como principio constitucional

La Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción (en adelante, CNUCC) fue adoptada en 2003 por la Asamblea General, convirtiéndose en el tratado multilateral más completo para prevenir y combatir la corrupción, en comparación con otros tratados de naturaleza regional⁵ e instrumentos de *soft law*⁶. El Perú ratificó este tratado el 16 de noviembre de 2004 y entro en vigencia el 14 de diciembre de 2005 en conformidad con el primer párrafo de su artículo 68⁷. Al 6 de febrero de 2020, la CNUCC cuenta con 187 Estados Parte, siendo virtualmente el tratado anticorrupción mundial (Naciones Unidas, 2020). A nivel regional existe la Convención Interamericana contra la Corrupción (en adelante, CICC) adoptada en 1996 en el marco de la Organización de los Estados Americanos (OEA), ratificada por el Estado peruano el 6 de abril de 1997.

Pese a que ambos instrumentos no definen la corrupción, la CNUCC refiere a la tipificación penal de conductas que generen un beneficio indebido propio o en favor de

⁵ El Preámbulo de este tratado interamericano reconoce instrumentos multilaterales implementados con la misma finalidad, tales como la Convención Interamericana contra la Corrupción, aprobada por la Organización de los Estados Americanos (1996), el Convenio relativo a la lucha contra los actos de corrupción en los que estén implicados funcionarios de las Comunidades Europeas o de los Estados Miembros de la Unión Europea (1997), el Convenio sobre la lucha contra el soborno de los funcionarios públicos extranjeros en las transacciones comerciales internacionales, aprobado por la OCDE (1997), la Convención de la Unión Africana para prevenir y combatir la corrupción, aprobada por los Jefes de Estado y de Gobierno de la Unión Africana (2003), entre otros.

⁶ Los instrumentos de *soft law* no son vinculantes jurídicamente para los Estados, pero cumplen un rol esencial en la interpretación de normas internacionales. Así, en materia de prevención y combate de la corrupción existe el Código Internacional de Conducta para Titulares de Cargos Públicos (1997), la Declaración sobre la Cooperación Internacional para la Prevención del Delito y la Justicia Penal en el Contexto del Desarrollo (1990), Declaración de Naciones Unidas sobre Corrupción y la Declaración de Quito (2004), entre otros.

⁷ «Artículo 68. *Entrada en vigor*

1. *La presente Convención entrará en vigor el nonagésimo día después de la fecha en que se haya depositado el trigésimo instrumento de ratificación, aceptación, aprobación o adhesión [...]».*

terceros, directo o no, además manifiesta la ausencia del perjuicio patrimonial para considerar una conducta corrupta⁸. Luego, el artículo VI.2. de la CICC deja abierta la posibilidad a los Estados Parte para que consideren como actos de corrupción conductas distintas al cohecho, soborno transnacional y enriquecimiento ilícito como actos de corrupción. Cabe mencionar que la CNUCC incluye conductas exclusivas del sector privado como el soborno⁹ y la malversación o peculado de bienes¹⁰. En definitiva, la CNUCC y la CICC establecen medidas de prevención y garantías de investigación y reparación que permitan luchar contra la corrupción, similares a las obligaciones internacionales que tienen los Estados en materia de derechos humanos. A continuación, un resumen de estas en el siguiente cuadro:

Medidas de prevención	CNUCC	CICC
1. Códigos de Conducta de Funcionarios Públicos	Artículos 7 y 8	Artículo III párrafos 1 y 3
2. Transparencia	Artículos 9 y 10	Artículo III párrafos de 4 al 7
3. Protección de denunciantes	Artículos 32 y 33	Artículo III.8
4. Órganos de control superior	Artículo 36	Artículos III.1, III.9 y XVIII
5. Registros contables y controles internos	Artículo 12, párrafos 1 y 3	Artículo III.10
6. Participación ciudadana	Artículo 13	Artículo III.11
7. Tipificación de delitos	Artículos 15 al 28	Artículos IV al XI
Medidas de investigación	CNUCC	CICC
8. Extradición	Artículo 44	Artículo XIII
9. Cooperación y asistencia	Artículos 12.1, 14, 38, 39, 43, 46, 47, 48, 49, 50, 55, 56, 60, 61 y 62	Artículo XIV
Medidas de reparación	CNUCC	CICC
10. Restitución	Artículo 35 y 57	Artículo XV

Fuente: Elaboración propia

Estos tratados internacionales anticorrupción integran el Derecho interno peruano a partir del artículo 55 de la Constitución Política del Perú de 1993 (en adelante, la Constitución) pues «los tratados celebrados por el Estado y en vigor forman parte del derecho

⁸ Artículo 3.2.

⁹ Artículo 21

¹⁰ Artículo 22

nacional». Al mismo tiempo, coincidimos con Novoa al afirmar que tanto la CNUCC y la CICC son tratados de derechos humanos, principalmente por su carácter no sinalagmático, y por ello con rango supra legal en virtud de la sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente N° 47-2004-AI/TC mediante el cual se determinó la jerarquía de los tratados de derechos humanos por sobre las normas con rango de ley y demás tratados internacionales (2016). En este sentido, la lucha anticorrupción reconocida mediante estos dos tratados internacionales asumen un rol prevalente en el orden jurídico peruano.

La Constitución como norma básica de la comunidad política, para el Estado y sociedad. En ella se reconoce al ser humano como el centro de nuestro sistema jurídico en un Estado social y democrático. No obstante, conforme revisado previamente, la corrupción genera afectación en los derechos humanos, considerados como derechos fundamentales desde la teoría constitucionalista. Así, en vista que la corrupción supone el abuso del poder encargado, instrumentalizando el poder público para obtener un beneficio privado (económico o no), involucra el incumplimiento de un mandato normativo previsto en la Constitución. De forma específica, los artículos 39, 41, 43, 44, 45 y 76 brindan un marco normativo para afirmar la existencia de un paradigma constitucional avocado a la lucha anticorrupción.

Primero, el artículo 39 desarrolla el principio de «buena administración» al establecer el interés público que debe prevalecer en la función pública, pues quienes la ejercen se encuentran «al servicio de la Nación» y no de sus intereses particulares. Luego, del artículo 41 es posible desprender la especial importancia de la lucha contra prácticas corruptas por la duplicación en el plazo de prescripción en delitos que afecten el patrimonio estatal. Tercero, se reconoce en el artículo 43 que el Perú es una República democrática y social, categorización indispensable para reconocer el principio de igualdad ante la ley, que es socavado por la corrupción.

Además, los artículos 44 y 45 establecen los deberes y limitaciones del Estado que deben estar orientados a la protección última del ser humano. Finalmente, el artículo 76 enfatiza la singular característica de la contratación pública que involucra recursos del Estado,

por ende, de todos nosotros, que deben ser debidamente resguardados y protegidos ante crímenes contra la Administración Pública.

De igual manera, el Tribunal Constitucional ha reconocido que, efectivamente, la lucha institucional contra el fenómeno de la corrupción contiene un valor constitucional. Esta afirmación se encuentra descrita en el fundamento 15 de la sentencia recaída en el Expediente N° 17-2011-PI/TC, mediante el cual se realiza una interpretación sistemática de los artículos 39 y 44 de la Constitución, que a continuación transcribimos:

15. Al respecto, este Tribunal ha entendido que [...] [el] artículo 39° de la Constitución que establece “...los funcionarios y trabajadores públicos están al servicio de la Nación...”, subyace el principio de “buena administración” [...]. A su vez, conforme el artículo 44° de la Constitución que establece que “[s]on deberes primordiales del Estado: defender la soberanía nacional; garantizar la plena vigencia de los derechos humanos; proteger a la población de las amenazas contra su seguridad; y, promover el bienestar general que se fundamenta en la justicia y en el desarrollo integral y equilibrado de la Nación”, tales fines también son atribuibles a los funcionarios y servidores públicos [...]. [L]a corrupción socava la legitimidad de las instituciones públicas, atenta contra la sociedad, el orden moral y la justicia, así como contra el desarrollo integral de los pueblos [...], por lo que puede afirmarse que los actos en los que los funcionarios públicos atenten contra el correcto desempeño en el ejercicio de sus funciones, atentan contra las bases mismas del Estado.

Por último, el máximo intérprete de la Constitución ha integrado la relevancia de la CNUCC y la CICC en nuestro ordenamiento jurídico a través de algunas sentencias. A modo gráfico, la sentencia recaída en el Expediente N° 1217-2008-PHC/TC que resolvió el Caso Crousillat, el Estado peruano tiene obligaciones internacionales para investigar, perseguir y sancionar actos de corrupción:

En el Preámbulo de la [CICC] se establece que «[...] la corrupción tiene, en algunos casos, trascendencia internacional, lo cual exige una acción coordinada de los Estados para combatirla eficazmente». Asimismo, se señala que la corrupción «[...] socava la legitimidad de las instituciones públicas, atenta contra la sociedad, el orden moral y la justicia, así como contra el desarrollo integral de los pueblos». En ambos fundamentos puede apreciarse que la corrupción viene siendo considerada un acto contrario a los intereses de la comunidad

internacional.

En esta misma línea, ha reconocido la lucha anticorrupción como un mandato constitucional en diversas sentencias del Tribunal Constitucional, tales como aquellas que recaen en el Expediente N° 00019-2005-AI/TC (Caso Wolfenson), Expediente N° 0006-2006-CC/TC (Caso Mincetur vs. Poder Judicial), los Expedientes Acumulados N° 0009-2007-PI/TC y 0010-2007-PI/TC (Caso Agencia Peruana de Cooperación Internacional), Expediente N° 05811-2015-HC/TC (Caso Agendas de Nadine Heredia) y el Expediente N° 04407-2007-PHD/TC (Caso Declaraciones Juradas del MTC) donde el tribunal reconoce en su fundamento jurídico 28 el acceso a la información pública y la lucha anticorrupción:

Uno de los mecanismos más efectivos de prevención de la lucha contra la corrupción es la publicación periódica, detallada y completa de los ingresos y rentas de los funcionarios y servidores públicos, ya que, al estar disponible dicha información, los incentivos para malversar los fondos públicos disminuirían considerablemente ante la amenaza de ser descubierto; ya no solamente por las autoridades gubernamentales encargadas de procesar, almacenar y fiscalizar dicha información, o por las autoridades jurisdiccionales correspondientes; sino por cualquier persona interesada en obtener dicha información.

2.3. La obligación de las empresas de respetar derechos humanos

En principio, los Estados son los principales garantes de los derechos humanos, pero esta responsabilidad es extensible a los particulares «siempre que el Estado haya actuado con falta de diligencia para prevenir razonablemente la violación» (CIDH, 2019b, p. 44). Es decir, en caso una empresa viole algún derecho humano (p. ej. trabajo) y el Estado ha dejado de cumplir su obligación de prevenir razonablemente este tipo quebrantamiento normativo por parte de particular, de investigar mesuradamente para identificar y sancionar a los responsables y reparar a los perjudicados, víctimas o sus familiares.

De forma simultánea, es posible trasladar las mismas obligaciones a nivel constitucional. Los derechos fundamentales tienen un efecto horizontal de respeto entre los particulares, como las empresas, especialmente ante la colisión «entre derechos fundamentales y autonomía privada, en particular. La afirmación de la fuerza normativa de los derechos

fundamentales, su función de integración y su irradiación en el ordenamiento privado depende en buena medida [del equilibrio entre los derechos fundamentales y el derecho privado]» (Mendoza 2005: 270). En este sentido, las empresas deben respetar derechos que son innatos a los seres humanos en virtud de la dignidad como eje de su importancia.

En el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, la Comisión ha reconocido cuatro deberes estatales claros para dar cumplimiento no solo a la obligación de respetar sino también de garantía en el contexto de las actividades empresariales. En primer lugar, el deber de regular y adoptar disposiciones de derecho interno para tales efectos; luego, prevenir las violaciones de derechos humanos en el contexto de las actividades empresariales. Tercero, fiscalizar estas actividades y, por último, investigar, sancionar y asegurar el acceso a reparaciones integrales para las víctimas de las conductas realizadas por las empresas (2019b, pp. 54.55).

El paradigma por excelencia de la obligación de las empresas respetar derechos humanos es a través de la relación laboral; es decir, el derecho al trabajo digno que se encuentra reconocido en los artículos 23 y 24 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, el artículo 6 de la CADH y los artículos 21 al 29 de la Constitución. Al margen de la obligación internacional que puedan tener los Estados al respecto, las empresas deben cumplir además disposiciones internas propias de las jurisdicciones donde operan. No obstante, estas disposiciones parecen ser incumplidas mediante nuevas formas de violaciones del derecho al trabajo, como la esclavitud moderna. Ante esta nueva realidad, diversos Estados imponen nuevas normas con exigencias más severas y explícitas al sector corporativo, como el caso del Reino Unido y la *Modern Slavery Act* de 2015 para prevenir a los criminales de tratar personas.

También, las empresas y en especial aquellas consideradas multinacionales por tener un núcleo estratégico pero que despliegan sus actividades en diversas jurisdicciones, cuentan con gran poder para generar cambios en la sociedad. Son diversos actores sociales con los que interactúan (p. ej. trabajadores, accionistas, comunidades, gobiernos) de forma constante y que además están sometidos a una presión en crecimiento de los medios de comunicación para actuar de manera correcta. Ello conllevó al discurso

corporativo de la Responsabilidad Social Empresarial, que inicialmente se encontraba vinculado al ambiente y que actualmente abarca derechos humanos de manera amplia. Las empresas tienen una especial capacidad para participar de la toma de decisiones en la economía y política global, en la posibilidad de dejar huellas en el medio ambiente así como en el bienestar general de las comunidades donde operan y sus propios trabajadores. Es evidente que el despliegue de actividades empresariales puede afectar en diversa medida la forma como se ejercen los derechos humanos. «A lo que apuntamos con esto es a enfatizar que las empresas tienen un rol en el ámbito de los derechos humanos, no solo porque es necesario controlar sus acciones a través de exigencias jurídicas, sino porque no pueden desligarse de la manera como la sociedad avanza en esta materia. Los derechos humanos son tarea de cada actor social y las empresas no se distancian de esta obligación» (Salmón, 2016, pp. 19-20).

Por otro lado, conforme la Resolución N° 1/18 sobre Corrupción y Derechos Humanos que emitió la CIDH, «la corrupción es un complejo fenómeno que afecta a los derechos humanos en su integralidad» que debilita gravemente el Estado de Derecho, fomentando la impunidad como desfavorable resultado especial en la región. Del mismo modo, afirma que «la corrupción tiene múltiples causas y consecuencias y en su desarrollo participan numerosos actores, tanto estatales como entidades privadas y empresas», por lo que es necesario implementar mecanismos efectivos multidisciplinarios que aseguren garantizar los derechos humanos.

En esta línea y dada los recientes casos de captura de la Administración Pública por parte de empresas, como la brasileña constructora Odebrecht a nivel regional y Graña y Montero a nivel local, la corrupción mantiene una representación sórdida en el decaimiento de la institucionalidad estatal, los valores democráticos e incluso influye decisivamente en el respeto y garantía de los derechos humanos. Por ello, «[l]as acciones estatales de prevención, identificación y en su caso sanción de estas prácticas empresariales deben estar guiadas por el entendimiento y realización de los derechos humanos, la buena gobernanza y el Estado de Derecho buscando evitar efectivamente hechos de corrupción y de captura corporativa» (CIDH, 2019b, p. 39).

Finalmente, en el plano nacional existe el Plan Nacional de Derechos Humanos 2018 – 2021 aprobado mediante el Decreto Supremo N° 002-2018-JUS, que cuenta con 5 lineamientos estratégicos, entre los cuales destaca el de la implementación de estándares internacionales sobre empresa y derechos humanos. El principal objetivo a alcanzar es que las empresas públicas y privadas respeten los derechos humanos en sus ámbitos de acción. Para ello, el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos lidera y supervisa la implementación de esta política pública aplicando los tres pilares de protección, respeto y remediación que conforman los Principios Rectores publicados por las Naciones Unidas en 2011.

3. LOS PROGRAMAS DE COMPLIANCE ANTICORRUPCIÓN EN EL PERÚ

La corrupción es un fenómeno complejo que involucra diversos actores en posiciones de poder, sea en la Administración Pública o en el sector empresarial, y que ha evolucionado hacia una sofisticada forma de realización. El crimen organizado internacional, el uso de cuentas bancarias en paraísos fiscales o incluso la ingeniosa creación de un área al interior de una empresa responsable de gestionar los pagos corruptos demuestran este avance criminal. Desde una perspectiva criminológica, la idea social del personaje corrupto parece haberse asociado al criminal de cuello blanco por el poder económico y político que están estrechamente relacionados a estos delitos. Al mismo tiempo existe una apreciación diferencial de las personas sobre este delito en comparación a los delitos convencionales (p.ej. hurto, robo, homicidio, entre otros) además de una importante incidencia de los medios de comunicación en el estereotipo de este delincuente, y la constante impunidad de sus conductas enmarcadas en la forma de realizar negocios (Burgos, 2015, pp. 57-88).

Ante esta reciente sofisticada criminalidad, las empresas han enfrentado nuevas obligaciones regulatorias en materia de gobierno corporativo a nivel mundial, como los seis principios publicados por la OCDE en 1999¹¹ sobre gobernanza corporativa: derechos de los accionistas y funciones claves en el ámbito de la propiedad, tratamiento equitativo de los accionistas, el rol de las partes interesadas en el ámbito del gobierno corporativo, divulgación de datos y

¹¹ En 2016, la OCDE publicó el libro denominado *Principios de Gobierno Corporativo de la OCDE y G20* que se basa en un trabajo empírico y analítico detallado respecto de los principales cambios en los sectores financieros y empresarial a partir de 2004.

transparencia, las responsabilidades del consejo de administración, y garantizar la base de un marco eficaz para el gobierno corporativo. Es a partir de este último que los programas de compliance empiezan a tener aún mayor relevancia en el sector empresarial y producto de diversos escándalos significativos para cambiar el rumbo de la agenda empresarial en la lucha contra la corrupción de forma más eficiente y efectiva.

Al mismo tiempo, otra de las obligaciones en prevención de la corrupción a nivel jurídico es la entrada en vigencia de leyes y normas jurídicas específicas que regulan la responsabilidad jurídica de las personas jurídicas en el marco del Derecho Penal. Desde la perspectiva del derecho anglosajón (*common law*) no es realmente una novedad sino por el contrario las jurisdicciones de este sistema cuentan con herramientas de mayor aplicación para perseguir y sancionar a empresas por delitos de corrupción. Mientras que en el Perú, recién a partir de la entrada en vigencia de la Ley N° 30424 es que se introduce la responsabilidad penal¹² de la persona jurídica en nuestro sistema judicial a partir del 1 de enero de 2018. Mediante esta norma también se introducen en el Perú los programas de compliance anticorrupción rotulados como «Modelos de Prevención», o en otras jurisdicciones y bajo otros estándares como «Modelos de Prevención del Delito» en Chile, «Modelos de Organización y Gestión» en España, «Sistemas Antisoborno» conforme la ISO 37001:2016, entre otros.

En este segundo capítulo revisaremos los orígenes y alcance de los programas de compliance anticorrupción, así como breves aproximaciones a las experiencias en otros países que permitan comprender mejor la relevancia de estos programas de prevención de delitos. Finalmente, revisaremos las principales características y falencias de la ley anticorrupción peruana, Ley N° 30424 y su Reglamento, así como otras normas de menor rango que actúan como guías para el sector privado en el diseño e implementación de los programas de compliance anticorrupción en el Perú.

¹² Si bien la ley rotula la responsabilidad de la persona jurídica «administrativa», compartimos la opinión de diversos autores peruanos que se trata de una responsabilidad «penal» como García, P. (2016) «La responsabilidad penal de las personas jurídicas» En: García, E. (Coord.), *III Convención de derecho público*, Lima: Palestra; Caro, D. () «Sobre la ley N° 30424 que regula la responsabilidad “administrativa” de las personas jurídicas por el delito de cohecho activo transnacional» En: *Derecho Penal Económico. Parte General*. Lima: Juristas Editores; y con Hurtado, J. (2016) *Responsabilidad penal de las personas jurídicas. Cuestión política*, en tanto la norma prevé la competencia del juez penal, el ejercicio de la acción penal es atribución única del Ministerio Público, la aplicación de las normas procesales del Código Procesal Penal y la aplicación de garantías y derechos procesales propios de un imputado en un proceso de naturaleza penal.

3.1. Origen y alcance de los programas de compliance anticorrupción

A modo general, los programas de compliance tienen sus orígenes en Estados Unidos durante las décadas de 1950 y 1960 enfocados a evitar prácticas que atenten contra la libre competencia. Luego del gran cártel en dicho país liderado por la empresa *General Electric* (GE) para obtener para obtener licitaciones públicas y fijar los precios de los equipos electrónicos que fabricaban, se condenaron a 45 altos ejecutivos a prisión y se sancionó a cerca de 30 personas jurídicas involucradas. Después de este primer caso serio de libre competencia, GE implementó un programa de compliance para que esta conducta vuelva a ocurrir. Este fue probablemente el primer punto de referencia para los programas de compliance en el mundo corporativo (Murphy, 2011, p. 5).

Luego del escándalo político «Watergate» en Estados Unidos en la década de 1970, su poder legislativo promulgó la primera ley anticorrupción aplicable al sector privado y que ha tenido una vasta aplicación extraterritorial, la ley federal de Prácticas Corruptas en el Extranjero de Estados Unidos (FCPA, en adelante por sus siglas en inglés). El presidente estadounidense Richard Nixon decidió renunciar a su cargo después de iniciadas las investigaciones por el Congreso de Estados Unidos y la *Securities and Exchange Commission of United States* (en adelante, la SEC), equivalente a la Superintendencia de Mercado de Valores del Perú (SMV) en virtud de su competencia en la aplicación de sanciones civiles a personas jurídicas. Ante los intentos de Nixon por encubrir a los responsables del robo de documentos de la sede del Comité Nacional del Partido Demócrata, en el complejo *Watergate*, se descubrieron sobornos que pagaban en el extranjero las empresas que financiaban a su partido político, el Partido Republicano.

Durante el contexto económico y político de la Guerra Fría, la cuestionada imagen del líder del bloque occidental junto con las importantes implicancias en el sistema del libre mercado, es que se promulga la FCPA. En efecto, «[s]e buscó evitar la competencia desleal entre empresas estadounidenses, ya que en muchos países se generaban sobrecostos en las contrataciones públicas por los sobornos ofrecidos por las empresas norteamericanas» (Gadea 2016: 154). Sin embargo, solo después de otro escándalo en 1985 que involucró a las empresas de la industria de defensa, las empresas empiezan a

tomar con seriedad la implementación de estos controles internos. Por ejemplo, el ejército estadounidense habría comprado martillos por US\$ 300 y asientos de inodoro por US\$ 600. Se estimó que se desperdiciaron miles de millones de dólares del presupuesto de defensa nacional hasta que el presidente Ronald Reagan estableció la *Blue Ribbon Commission on Defense Management*, para investigar y hacer recomendaciones para mejorar el cumplimiento, así como la creación de la *Defense Industry Initiative on Business Ethics and Conduct* en 1986 (Beigelman & Beigelman, 2008, p. 67). Esta norma anticorrupción ha influenciado en la creación de regulaciones en diversos países para permitir la persecución penal a las empresas por actos de corrupción a nivel global e incluso impulsó la redacción de la Convención para Combatir el Cohecho a Funcionarios Públicos Extranjeros en Transacciones Comerciales Internacionales de la OCDE (1997).

Por otro lado, también en Estados Unidos, se introdujo en 1990 la *Sentencing Guidelines for Organizational Defendants* mediante la cual se establecen criterios objetivos para la determinación de la sanción penal, junto con la reparación de daños y multas adecuadas a través de la amplificación de las normas sobre períodos de prueba (Caro & Reyna, p. 754). Luego de dos reformas en 2004 y 2010, esta directriz normativa aún mantiene los elementos mínimos de un programa de compliance que permita prevenir y detectar una violación jurídica. «Para cumplir ese fin se establecieron siete requerimientos mínimos: 1) determinación de estándares de conducta y procedimientos, 2) supervisión de alto nivel, 3) debida diligencia en la delegación de competencias, 4) capacitación, 5) monitoreo y auditoría, 6) ejecución y disciplina, y 7) prevención y reacción» (Carrión, 2014, p. 85). Esta norma aplica la teoría del *carrot and stick* mediante la cual las empresas que incorporen estos elementos en sus programas de compliance, colaboren voluntariamente con las autoridades y acepten su responsabilidad penal podrán obtener hasta una reducción monetaria de hasta el 95% de la sanción imponible, caso contrario será un incremento de hasta un 400%.

Sin embargo, no es hasta 1994 que los programas de compliance anticorrupción empiezan a tener notoriedad en el mundo corporativo producto del primer caso serio relativo a la FCPA. Uno de los ejecutivos de la empresa Lockheed, Suleiman A. Nassar, fue sentenciado a 18 meses en una prisión federal en Estados Unidos por haber violado

esta ley anticorrupción (*United States of America v. Suleiman A. Nassar*). A partir de este hito y de diversas reformas a la *Sentencing Guidelines for Organizational Defendants* el mundo empresarial brindó mayor atención a los programas de compliance, pero aún resultaba complejo para este sector realizar negocios en países con altos niveles de corrupción, convirtiendo a las empresas estadounidenses menos competitivas ante corporaciones de otras jurisdicciones. Por ello, el presidente Bill Clinton impulsa la lucha anticorrupción internacional ante la ausencia de un marco internacional adecuado y a través de organismos internacionales, como la OEA, las Naciones Unidas, y la OCDE. A través de esta última, se logra la firma de la Convención para Combatir el Cohecho de Servidores Públicos Extranjeros en Transacciones Comerciales Internacionales adoptada en 1977, y que el Perú ratificó hace tan solo 2 años.

De igual modo que la FCPA, luego de un escándalo empresarial en 2001 se publicó al año siguiente la *Sarbanes-Oxley Act*¹³, conocida comúnmente como «Ley SOx» que enfatizaba el rol de la alta administración en conocer los estados financieros y controles internos en las empresas. A partir de los casos Enron y WorldCom, los programas de compliance empezaron a ser más sofisticados enfatizando los controles internos contables y financieros para evitar multas pecuniarias e incluso la privación de libertad por incumplir esta norma.

Finalmente, en la actualidad existen diversas leyes anticorrupción y guías orientativas por organismos internacionales e interregionales que desarrollan el alcance de los programas de compliance anticorrupción. Las leyes y guías orientativas estadounidenses como la «*A Resource Guide to the U.S. Foreign Corrupt Practices Act*», cuya segunda edición fue publicada este año, así como el documento preparado por el Departamento de Justicia de Estados Unidos denominado «*Evaluation of Corporate Compliance Programs*», que permiten tener una mejor visión sobre la medición de eficiencia de un programa de compliance anticorrupción. También, la OCDE ha publicado diversas guías para determinadas formas de empresas como «Líneas Directrices de la OCDE para

¹³ El nombre oficial es *Sarbanes-Oxley Act of 2002, Pub. L. No. 107-204, 116 Stat. 745, An Act To protect investors by improving the accuracy and reliability of corporate disclosures made pursuant to the securities laws, and for other purposes*. Entró en vigencia el 30 de julio de 2002 y aplica a empresas que se encuentren listadas públicamente.

Empresas Multinacionales» de 2011, e incluso para sectores específicos como el «*OECD Due Diligence Guidance for Responsible Supply Chains of Minerals from Conflict-Affected and High Risk Areas*» de 2011. Por su parte las Naciones Unidas publicó en 2013 la «Guía Práctica: Programa anticorrupción de ética y cumplimiento para las empresas» que permite a las empresas diseñar e implementar un programa de compliance anticorrupción en el marco legal internacional para combatir este fenómeno transnacional. Por último, la más reciente publicación es la norma «ISO 37001:2016 Sistemas de Gestión Antisoborno» por la Organización Internacional para la Estandarización (ISO, por sus siglas en inglés).

3.2. Aproximación a experiencias comparadas

3.2.1. Estados Unidos

Los Estados Unidos emergió como líder anticorrupción con la promulgación de la FCPA en 1977, al ser la primera norma jurídica de dicha naturaleza en cualquier otro país (Runder y Metzger, 2020, p. 3). Esta norma nace con el propósito de convertir en ilegal que ciertas clases de personas y empresas realicen pagos a funcionarios públicos extranjeros para ayudar a obtener o retener negocios (DOJ, 2017). En este sentido, todas las empresas estadounidenses se encuentran sujetas a la FCPA, especialmente si operan en el extranjero. Es importante destacar que bajo esta norma federal aplica también a empresas constituidas legalmente fuera de esta jurisdicción si es un «emisor»; es decir, si cuenta con valores registrados bajo la Sección 12 de la *Echange Act* de los Estados Unidos o se encuentra obligada a presentar informes periódicos y de otro tipo ante la SEC, conforme la Sección 15 (d) de esta última norma (DOJ y SEC, 2020, p. 9).

La FCPA cuenta con dos disposiciones legales. Primero, la prohibición antisoborno mediante la cual las empresas no pueden realizar pagos, ofertas o promesas con el propósito de: (i) influir en cualquier acto o decisión de un funcionario público¹⁴ en

¹⁴ Si bien la FCPA hace referencia a Funcionarios de Gobiernos Extranjeros («*Foreign Government Officials*») por hacer referencia a aquellos funcionarios públicos distintos a los de la Administración Pública estadounidense, puesto que existen leyes específicas para sancionar estas conductas, consideramos oportuno utilizar el término genérico de «Funcionarios Públicos» para facilitar la redacción del presente trabajo que no pretende ahondar en las discusiones jurídicas respecto de la nominación literal usada en la FCPA y facilitar la redacción del lector.

su capacidad oficial, (ii) inducir a un funcionario público a realizar u omitir cualquier acto en violación del deber legal de dicho funcionario, (iii) asegurar cualquier ventaja indebida; o (iv) inducir a un funcionario público a usar su influencia con un gobierno extranjero o un organismo del mismo para afectar o influir en cualquier acto o decisión de dicho gobierno o organismo. Además, esta conducta tiene por finalidad obtener o retener negocios para la empresa o cualquier persona. Este elemento del tipo penal es conocido como la «prueba del propósito comercial» que ha sido interpretado de manera amplia (DOJ y SEC, 2020, p. 11).

En segundo lugar, las empresas «emisoras» tienen diversas obligaciones bajo la *Exchange Act* de los Estados Unidos, entre las cuales deben realizar y mantener libros, registros y cuentas que, con un detalle razonable, reflejen de manera precisa y justa las transacciones y disposiciones de los activos del emisor¹⁵. De acuerdo al DOJ y la SEC, los sobornos pueden estar consideradas bajo otras nomenclaturas en las partidas contables e incluso es irrelevante el monto involucrado para esta disposición:

En los casos en los que no se cumplen todos los elementos de una violación de las disposiciones contra el soborno [...], las empresas pueden ser responsables si los pagos indebidos se registran de manera incorrecta. De acuerdo con el enfoque de la FCPA para prohibir los pagos de cualquier valor que se realicen con un propósito corrupto, no existe un umbral de materialidad bajo la disposición de libros y registros¹⁶ (2020, p. 39).

Junto con esta obligación conocida como «disposición de libros y registros contables», las empresas también deben diseñar y mantener un sistema de controles contables internos que permitan cuatro garantías de manera razonable. Primero, las transacciones se realizan con la autorización específica de la administración; luego,

¹⁵ Conforme la *Section 13(b)(2)(A)* de la *Exchange Act*, 15 U.S.C. § 78m (...)
(A) make and keep books, records, and accounts, which, in reasonable detail, accurately and fairly reflect the transactions and dispositions of the assets of the issuer;

¹⁶ Traducción al español por el autor del siguiente texto en inglés: *In instances where all the elements of a violation of the anti-bribery provisions are not met—where, for example, there was no use of interstate commerce—companies nonetheless may be liable if the improper payments are inaccurately recorded. Consistent with the FCPA’s approach to prohibiting payments of any value that are made with a corrupt purpose, there is no materiality threshold under the books and records provision.*

son registradas adecuadamente. Tercero, que la administración de bienes se da también con las debidas autorizaciones internas de la alta administración; y, finalmente, se realizan comparaciones continuas para asegurar las diferencias existentes sean reales.

Según *The Foreign Corrupt Practices Act Clearinghouse* que mantiene la Facultad de Derecho de la Universidad de Stanford en colaboración con la firma de abogados Sullivan & Cromwell LLP (2020) existen datos llamativos. Las sanciones monetarias pagadas a gobiernos extranjeros en acciones de ejecución relacionadas con la FCPA desde su publicación en 1977 a setiembre 2020 supera los US\$ 13 mil millones. Al mismo tiempo, en virtud de los incentivos que el sistema judicial mantiene para autorrevelar a las autoridades federales de violaciones a la FCPA, las empresas conducen investigaciones internas que resultan ser altamente complejas y costosas por involucrar todos los países donde operen y la cantidad de abogados y analistas forenses involucrados. El costo promedio de estas se encuentra cercano a los US\$ 2 millones mensuales. Por último, existen 432 empresas que han sido sancionadas o han alcanzado acuerdos de persecución diferida o de no persecución criminal con el DOJ y/o la SEC. En resumen, la FCPA es la ley anticorrupción con mayor alcance extraterritorial y mayor variedad de casos que permite analizar los programas de compliance anticorrupción.

Son 11 elementos distintivos de un programa de compliance anticorrupción efectivo, conforme la FCPA: (i) compromiso de la alta administración y una política contra la corrupción claramente articulada, (ii) código de conducta, política y procedimientos de compliance, (iii) supervisión, vigilancia y recursos, (iv) gestión de riesgos, (v) capacitaciones y orientación continua (vi) incentivos y medidas disciplinarias (vii) debida diligencia y pagos de terceras partes, (viii) reporte confidencial e investigaciones internas, (ix) mejora continua: testeo continuo y revisión, (x) fusiones y adquisiciones: debida diligencia previa adquisición e integración post-adquisición, (xi) investigaciones, análisis y remediaciones de conductas (DOJ y SEC, 2020, pp. 58-67). Estos elementos distintivos han sido considerados también como las obligaciones mínimas en acuerdos de persecución diferida entre las empresas y el DOJ.

Respecto de los principales incentivos que tienen las empresas para implementar estos programas de compliance anticorrupción en conformidad con la FCPA destaca el beneficio de disminución en la multa, e incluso la exoneración de responsabilidad penal de la persona jurídica. En este sentido, los y las fiscales del DOJ cuentan con una guía orientativa que les permite asesorar la efectividad del programa de una empresa investigada por posibles incumplimientos a esta ley federal. «*Evaluation of Corporate Compliance Programs*» está diseñado a partir de tres preguntas eje que guían el actuar fiscal respecto del programa de compliance anticorrupción:

- ¿Está bien diseñado?
- ¿Ha sido aplicado seriamente y de buena fe? ¿Es efectivo?
- ¿Funciona en la práctica?

A partir de estas preguntas, el documento desarrolla alrededor de 200 preguntas que permiten a los y las fiscales evaluar la efectividad de un programa de compliance anticorrupción al momento de la supuesta conducta ilegal y al momento de dictar sentencia, o llegar a un acuerdo resolutorio (p.ej. persecución diferida). De esta manera, este documento se ha convertido en una importante herramienta para las propias empresas al momento de diseñar, implementar y actualizar sus programas. Pues, justamente, para colegir la efectividad de cada caso en concreto, estas preguntas se encuentran vinculadas a los 11 elementos distintivos que proponen el DOJ y la SEC.

3.2.2. Europa: Reino Unido, España e Italia

Al igual que Estados Unidos, el Reino Unido cuenta con una norma jurídica anticorrupción que reconoce la importancia de estos programas de compliance que permita a las empresas prevenir y detectar a tiempo potenciales violaciones normativas. En 2010, el Parlamento británico publicó la *Bribery Act*¹⁷ (en adelante, UKBA) que entró en vigencia a partir de julio de 2011. La redacción de esta ley tardó

¹⁷ El nombre oficial es *An Act to make provision about offences relating to bribery; and for connected purposes, 2010, c. 23.*

varios años y el principal objetivo era adecuarse al marco jurídico internacional en la lucha contra la corrupción, como la CNUCC y la Convención para Combatir el Cohecho a Funcionarios Públicos Extranjeros en Transacciones Comerciales Internacionales de la OCDE. Junto con la FCPA, destaca las disposiciones estrictas contra las empresas que se involucran en conductas corruptas, como la prohibición del soborno entre particulares.

El Ministerio de Justicia del Reino Unido publicó también una guía orientativa para facilitar al sector privado la implementación de programas de compliance anticorrupción bajo el marco de la UKBA. Así, existen 6 principios generales para que cada persona jurídica pueda determinar la mejor forma de su implementación en consideración de las particularidades que tenga. Estos son: (i) procedimientos proporcionales en base a la gestión de riesgos, (ii) compromiso de la alta administración, (iii) gestión de riesgos, (iv) debida diligencia, (v) comunicaciones incluyendo las capacitaciones, (vi) monitoreo y revisión (2010, pp. 20-32).

Si bien la UKBA no menciona propiamente «programas de compliance anticorrupción», sí refiere a los procedimientos adecuados implementados que permitan prevenir y detectar el cohecho público y privado al interior de una empresa. Solo a partir de estos procedimientos es que una persona jurídica que se encuentre bajo la jurisdicción extraterritorial inglesa podrá usar esta defensa legal ante una investigación penal. Lo anterior conforme la Sección 7 de la UKBA¹⁸.

En segundo lugar, España también cuenta con programas de compliance anticorrupción regulados a través de su Código Penal. El artículo 32 se refiere a estos como un modelo de gestión y organización efectivamente adoptado por una persona jurídica que les permita supervisar y controlar ciertos delitos. Este programa de compliance podrá exentar de responsabilidad penal a la persona jurídica, para lo cual la empresa deberá demostrar ciertos requisitos.

¹⁸ 7. *Failure of commercial organisations to prevent bribery*
(2) *But it is a defence for C to prove that C had in place adequate procedures designed to prevent persons associated with C from undertaking such conduct.*

El directorio como máximo órgano de administración de la persona jurídica deberá haber adoptado e implementado de manera eficiente este programa de compliance anticorrupción. Luego, la gestión y supervisión de este programa debe ser conferido a un órgano de la persona jurídica que cuente con facultades independientes de iniciativa y control. También puede ser aquella que legalmente cuente con la facultad de supervisar los controles internos de la entidad.

Por otro lado, los elementos mínimos del programa se encuentran establecidos en el Código Penal español y son los siguientes: (i) evaluación de los riesgos en la persona jurídica, (ii) establecer los protocolos o procedimientos que definan el proceso de toma de decisiones de la persona jurídica y la ejecución de dichas decisiones, (iii) implementar modelos de gestión financiera adecuados, (iv) imponer la obligación de comunicar los potenciales riesgos e incumplimientos al órgano encargado de supervisar el cumplimiento del programa y su funcionamiento, (v) establecer un sistema disciplinario para sancionar adecuadamente los incumplimientos de las medidas establecidas por el modelo, (vi) imponer una verificación periódica y, en su caso, modificación del programa cuando se hayan producido infracciones significativas a sus disposiciones, o cuando se produzcan cambios organizativos en la estructura de control o actividad desarrollada por la entidad.

Al mismo tiempo, en 2016 la Fiscalía General del Estado emitió la Circular 1/2016 sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas conforme a la reforma del Código Penal efectuada en 2015. Mediante esta guía, los y las fiscales de España tendrán mayor orientación al momento de evaluar la efectividad de un programa de compliance anticorrupción de una persona jurídica investigada penalmente. A través de este documento, existen 9 criterios importantes: (i) programas efectivos más allá del papel, (ii) existencia de una cultura de compliance al interior de la persona jurídica, (iii) las certificaciones no son por sí mismas evidencia de un programa efectivo, (iv) el compromiso de la alta administración es clave, (v) consideración de los beneficios obtenidos de la conducta corrupta, (vi) capacidad de detección de otras violaciones penales, (vii) la comisión de un delito no invalida la eficacia del programa de compliance anticorrupción, (viii) consideración de todas las medidas de reparación

deben ser consideradas, (ix) investigaciones internas y medidas disciplinarias adoptadas también son valoradas.

En tercer lugar, el Decreto Legislativo N° 231/2001 de Italia establece la responsabilidad «administrativa» de la persona jurídica por determinados delitos. Al igual que el caso peruano, que parece ser una nomenclatura adoptada para superar la discusión jurídica respecto del principio del Derecho Penal «*societas deliquere no potest*», los juzgados penales mantienen la competencia para sancionar a la persona jurídica por los delitos que se hubiera cometido a su nombre y representación. De igual modo que en el caso español, la empresa podrá ser exenta de responsabilidad en caso pruebe haber implementado un modelo de organización y supervisión para prevenir y detectar delitos.

De esta manera, los elementos de un programa de compliance anticorrupción bajo la normativa italiana deberá contener los mismos elementos mínimos referidos en el caso español. Así, este modelo deberá tener lo siguiente: (i) identificar las actividades de riesgo o áreas de actividades dentro del negocio de la empresa; (ii) identificar las modalidades de manejo de los recursos financieros adecuados para prevenir la comisión de delitos; (iii) establecer protocolos (políticas) específicos orientados a la formación e implementación de las decisiones de la empresa con respecto a la prevención de posibles delitos; (iv) prever el nombramiento de un órgano de seguimiento (*Organo di Vigilanza e Controllo*), con poderes autónomos de control, encargado de supervisar la implementación y actualización del programa; y (v) establecer notificaciones obligatorias y obligaciones de información al organismo de seguimiento.

3.2.3. América Latina: Chile y Brasil

La región latinoamericana también cuenta con leyes específicas respecto de los programas de compliance anticorrupción como principal medio para extenuar o disminuir las sanciones imponibles por conductas corruptas. El primer país en adoptar una norma que regule este tipo de programas de compliance fue Chile. En 2009, como parte del proceso de incorporación como Estado miembro a la OCDE, el poder

legislativo publicó en el Diario Oficial la Ley N° 20393 sobre responsabilidad penal de las personas jurídicas. En palabras de Hernández, «*la Ley No 20.393 vino a zanjar una cuestión crucial para la configuración del ordenamiento penal chileno en un contexto de urgencia, con poco espacio para una reflexión académica profunda al respecto, tanto sobre el hecho mismo del paso hacia el *societas delinquere potest* como, sobre todo, una vez adoptada la decisión política en ese sentido, sobre los términos más adecuados para expresar dicha decisión*» (2010, p. 208).

La ley anticorrupción chilena estableció tan solo 4 elementos mínimos para el «Modelo de Prevención de Delitos» conforme su artículo 4: (i) identificación de las actividades o procesos de la entidad, regulares o esporádicos, (ii) establecimiento de protocolos, normas y procedimientos específicos que permitan a las personas que participen en actividades y procesos específicos programar y ejecutar tareas o labores, de manera que se evite la comisión de delitos, (iii) identificación de los procedimientos de gestión y auditoría de los recursos financieros que permitan a la entidad prevenir su uso en los delitos tipificados en la ley; y (iv) existencia de sanciones administrativas internas, así como de otros procedimientos para denunciar y perseguir la responsabilidad económica de las partes que incumplan el sistema de prevención de delitos.

Aparte de las grandes similitudes entre las normas italiana y española, la ley chilena establece también que las personas jurídicas podrán ser certificadas luego de adoptar e implementar estos programas de compliance anticorrupción¹⁹. Esta posibilidad ha llevado a la consideración por parte de la OCDE que la orientación normativa sobre los elementos de un programa de compliance anticorrupción eficaz es inadecuada, mientras que la certificación de modelos está muy poco regulada. Como resultado, consideró que es bastante probable que los programas de compliance anticorrupción tengan una calidad desigual en la práctica. Incluso, algunos fiscales presumen

¹⁹ Artículo 4°.- *Modelo de prevención de los delitos. Para los efectos previstos en el inciso tercero del artículo anterior, las personas jurídicas podrán adoptar el modelo de prevención a que allí se hace referencia, el que deberá contener a lo menos los siguientes elementos: (...)*

b) Las personas jurídicas podrán obtener la certificación de la adopción e implementación de su modelo de prevención de delitos. En el certificado constará que dicho modelo contempla todos los requisitos establecidos en los numerales 1), 2) y 3) anteriores, en relación a la situación, tamaño, giro, nivel de ingresos y complejidad de la persona jurídica.

indebidamente que la certificación de un modelo equivale al cumplimiento de la ley. Por último, la OCDE recomendó a Chile enmendar urgentemente su legislación y emitir orientaciones para abordar estas preocupaciones, haciendo especial énfasis en las certificaciones (2018, p. 5).

En segundo lugar, uno de los países con mayores escándalos de corrupción política a gran nivel y haber iniciado la operación Lava Jato es Brasil, que involucró a diversos países de América Latina, especialmente al Perú y a sus más recientes exmandatarios. En 2013 se publicó la Ley N° 12846 que establece la responsabilidad administrativa y civil por actos contra la Administración Pública nacional o extranjera²⁰. Esta norma no estableció los elementos de un programa de compliance anticorrupción sino la norma que la modificó en algunos aspectos, el Decreto Legislativo N° 8420 de 2015 mediante su artículo 42 que desarrolló los siguientes parámetros: (i) compromiso de la alta dirección, (ii) estándares de conducta, código de ética, políticas y procedimientos de integridad, (iii) capacitación periódica sobre el programa de integridad, (iv) análisis periódico de riesgos, (v) registros contables que reflejen de manera precisa y completa las transacciones de la persona jurídica, (vi) controles internos contables, (vii) independencia, en estructura y autoridad, del departamento interno que es responsable de hacer cumplir el programa, (viii) canales de denuncia de irregularidades, (ix) medidas disciplinarias, (x) debida diligencia, incluyendo durante fusiones y adquisiciones, (xi) monitoreo continuo; y, (xii) transparencia en torno a las contribuciones políticas.

Ambas jurisdicciones son relevantes para efectos del presente trabajo académica considerando que Chile ha sido considerado como uno de los países donde menor corrupción se percibe, contrario a Brasil. Según el último Índice de Percepción de la Corrupción realizado por Transparencia Internacional, Chile empeoró su puntuación desde 2014, alcanzó hace poco un punto de inflexión en la lucha contra la corrupción. Los datos demuestran que esta percepción cambió significativamente producto de la crisis política y social que experimentó el país desde octubre de 2019. Después de

²⁰ El nombre oficial es: *LEI N° 12.846, DE 1° DE AGOSTO DE 2013. Dispõe sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira, e dá outras providências.*

años de desigualdad económica y social, la ciudadanía está demandando más transparencia y menos impunidad en el sistema judicial del país. Mientras que en Brasil, la corrupción sigue siendo uno de los mayores obstáculos para el desarrollo económico y social, este país sigue estancado en este ranking de percepción de la corrupción (2020b).

3.3. La Ley N° 30,424 y los Modelos de Prevención

La Ley N° 30424 fue promulgada en 2016 debido al interés del país en formar parte de la OCDE siendo que ha venido interactuando con esta organización internacional desde 2008 mediante la incorporación como miembro observador en su Comité de Inversiones y en 2009 se adhirió como miembro del Centro de Desarrollo. Incluso, el Presidente de la República en su mensaje a la nación del 28 de julio de 2014 comprometió proponer la incorporación del Perú como país miembro de la OCDE con miras al bicentenario de la independencia (Congreso de la República, 2014).

Uno de los indicadores que la OCDE solicita es la evidencia respecto del progreso hacia la adhesión a la Convención para Combatir el Cohecho de Servidores Públicos Extranjeros en Transacciones Comerciales Internacionales. Este tratado internacional establece la responsabilidad de las personas jurídicas por el delito de cohecho de un funcionario público extranjero, lo cual sirvió de fundamento en el propio Proyecto de Ley que dio origen a la Ley N° 30424, conforme se incluyó en el siguiente análisis:

Análisis costo – beneficio

La presente norma, que incorpora de la responsabilidad autónoma de las personas jurídicas en el delito de cohecho activo transnacional, no irroga gasto alguno al tesoro público; al contrario, constituye una herramienta jurídica que permitirá combatir el soborno transnacional, pues ayudará sancionar y neutralizar no sólo la conducta del partícipe individual en dichos eventos delictivos, sino también el accionar desplegado por la persona moral a través de su administrador o empleado.

Asimismo, **esta herramienta constituirá un elemento de vital importancia para lograr nuestra adhesión a la Convención OCDE para combatir el cohecho en transacciones comerciales internacionales (1997) y ser parte de la OCDE [énfasis propio].**

La norma peruana no fue creada como respuesta ante los escándalos de corrupción, pero su entrada en vigencia coincidió con la crisis política nacional producto de la relación del caso Odebrecht con el presidente de ese momento, Pedro Pablo Kuczynski, y la posterior divulgación de una serie de audios que devino en la disolución del Consejo Nacional de la Magistratura en 2019 y reemplazado por la nueva Junta Nacional de Justicia.

Al respecto, debemos resaltar que como parte de una serie de decretos legislativos que el Poder Ejecutivo promulgó con la finalidad de prevenir, perseguir y sancionar actos de corrupción, el Decreto Legislativo N° 1352 modificó la Ley N° 30424 incorporando las otras modalidades de cohecho activo, el tráfico de influencias, la colusión, el lavado de activos y el financiamiento del terrorismo. Esta norma postergó la entrada en vigencia al 1 de enero de 2018 e incorporó la participación de la SMV para que asuma la responsabilidad de emitir el informe técnico necesario para evaluar la adecuación del programa de compliance anticorrupción de la persona jurídica que estaría siendo investigada por el Ministerio Público, que deberá archivar lo actuado en caso la SMV considere que dicho programa es adecuado conforme el artículo 18 de la Ley N° 30424.

Los y las fiscales en el Perú cuentan con una limitación para ejercer la acción penal en este marco normativo por la valoración que realizará el organismo técnico especializado en el mercado bursátil. Por ello es pertinente la pregunta que realizan Chanjan y Puchuri: *«¿Es razonable y conveniente que sea la SMV, y no el Ministerio Público, la entidad que determine que el modelo de prevención es adecuado para prevenir la comisión de delitos?»* (2018, p. 7). Al igual que él, consideramos que no lo es, puesto que el Ministerio Público cuenta con la atribución constitucional de perseguir el delito a partir de un enfoque jurídico penal, criminológico y político-criminal, mientras que la SMV cuenta con funciones referidas al mercado bursátil.

En este sentido, el artículo 17.2 de la Ley N° 30424 detalla los elementos mínimos que deberá contar el programa de compliance anticorrupción de la persona jurídica, previa a la comisión del delito, para ser eximida de responsabilidad:

SECCIÓN V MODELO DE PREVENCIÓN

Artículo 17. Eximente por implementación de modelo de prevención

[...]

17.2. El modelo de prevención a que se hace referencia en el párrafo 17.1 debe contener como mínimo los siguientes elementos:

[...]

Una persona u órgano, designado por el máximo órgano de administración de la persona jurídica, que ejerza la función de auditoría interna de prevención y que cuente con el personal, medios y facultades necesarios para cumplirla adecuadamente [...].

b. Medidas preventivas referidas a:

1. La identificación de las actividades o procesos de la persona jurídica que generen o incrementen riesgos [...].
2. El establecimiento de procesos específicos que permitan a las personas que intervengan en estos, programar y ejecutar sus tareas o labores [...].
3. La identificación de los procesos de administración y auditoría de los recursos financieros [...].
4. La existencia de sistemas de denuncia, protección del denunciante, persecución e imposición de sanciones internas [...].

c. Un mecanismo de difusión y supervisión interna del modelo de prevención, el cual debe ser aprobado por un reglamento o similar emitido por la persona jurídica.

Hasta setiembre de 2020, ha sido posible identificar a través de información pública la existencia de una investigación dirigida por el Ministerio Público bajo esta ley anticorrupción, conforme afirmado por la Procuraduría Pública Especializada en Delitos de Corrupción que actualmente se encuentra en la etapa de investigación preparatoria (Chanján, Janampa & Gonzales, 2020).

Por otro lado, el Decreto Supremo N° 002-2019-JUS que reglamenta la Ley N° 30424 cumple la principal función de otorgar seguridad jurídica respecto de los lineamientos que considerará la SMV para validar adecuadamente un programa de compliance anticorrupción. Sin embargo, esta norma ha sido criticada por Caro por tener un enfoque regulatorio, incluso al incluir una especie de lista de verificación para completar por las

entidades que decidan adoptar estos lineamientos. Esto puede generar programas sofisticados en el papel, pero inefectivos en la realidad (2019).

4. PROPUESTA DE TRES MEDIDAS CONCRETAS PARA LAS EMPRESAS EN EL PERÚ PARA RESPETAR DERECHOS HUMANOS A TRAVÉS DE LOS PROGRAMAS DE COMPLIANCE ANTICORRUPCIÓN

Si bien los Estados son los principales actores en el sistema internacional de derechos humanos, existen otros actores sociales que cuentan con un rol importante al afectar de manera directa e indirecta los derechos humanos de los individuos con los que interactúan. Las conductas realizadas por las empresas impactan el ejercicio de derechos humanos de sus trabajadores, contratistas, locadores de servicios e incluso comunidades indígenas que puedan encontrarse aledañas a sus operaciones. Al respecto, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha afirmado que las empresas pueden estar vinculadas en la violación de derechos humanos. Por ejemplo, en el caso de los pueblos Kaliña y Lokono contra Surinam, la Corte afirmó que «las actividades mineras que generaron las afectaciones al medio ambiente y por ende a los derechos de los pueblos indígenas, fueron llevadas a cabo por actores privados, primero por la empresa Suralco y posteriormente por la joint venture denominada BHP Billiton-Suralco» (2015, p. 223).

La realidad demuestra que la actuación empresarial impacta en los derechos humanos, por ello consideramos necesario la creación de normas específicas que aseguren la actuación privada dentro de un marco de respeto de derechos humanos. Por un lado, la Unión Europea adoptó una decisión que regula un régimen de sanciones globales por violaciones de derechos humanos, mediante el cual las empresas tienen prohibido poner fondos a disposición de personas o entidades identificados por la Unión Europea (2020). Mientras que, por otro lado, las empresas en el Perú pueden aprovechar el ímpetu de implementar programas de compliance anticorrupción conforme la Ley N° 30424 para integrar medidas concretas que aseguren el respeto de los derechos humanos de aquellas personas impactadas por sus actividades.

En este sentido, el presente trabajo pretende brindar tres medidas concretas que faciliten la actuación de las empresas en el Perú para respetar derechos humanos, utilizando como

base los programas de compliance anticorrupción. A su vez, esta propuesta atiende a las deficiencias y vacíos en el Reglamento de la Ley N° 30424 sobre los aspectos aquí desarrollados. Primero, la correlación de instrumentos internacionales de orientación para que las empresas puedan comprender fácilmente la relación entre anticorrupción y derechos humanos. Ante la ausencia de guías orientativas detalladas en el Perú que permitan medir la eficiencia de un programa de compliance anticorrupción efectivo, este primer subcapítulo resulta práctico.

Segundo, la sinergia que se puede realizar en la debida diligencia anticorrupción para respetar derechos humanos, atendiendo principalmente a los Principios Rectores sobre las Empresas y los Derechos Humanos de las Naciones Unidas (en adelante, PRNU). Finalmente, atendiendo a documentos de la OCDE y los PRNU, la integración y cooperación desde el sector privado a través de acciones colectivas se podrá implementar una lucha anticorrupción efectiva y sustentable, al asegurar la erradicación de fenómenos que afectan también derechos humanos. En resumen, estas tres acciones son propuestas por la mayor visibilidad de interrelación positiva entre la corrupción y los derechos humanos, atendiendo al principio de democracia que permite al Estado asegurar el libre desarrollo individual de manera integral.

4.1. Correlación de instrumentos internacionales de orientación para las empresas sobre anticorrupción y derechos humanos

Entre los instrumentos internacionales que sirven como guías de orientación para el diseño, implementación y mejora de los programas de compliance anticorrupción, consideramos que tanto «*A Resource Guide to the U.S. Foreign Corrupt Practices Act*», «*Evaluation of Corporate Compliance Programs*», «Líneas Directrices de la OCDE para Empresas Multinacionales», y «Guía Práctica: Programa anticorrupción de ética y cumplimiento para las empresas de las Naciones Unidas» son necesarios para determinar los elementos indispensables a considerar en cualquier empresa. De igual manera, los PRNU están conformado por 31 principios permiten al sector privado respetar y remediar derechos humanos mediante una serie de elementos mínimos que facilitan dichas obligaciones. Existe una correlación evidente entre estos instrumentos internacionales que pueden servir de guía para las empresas peruanas.

En este sentido, coincidimos con Drimmer respecto de los seis elementos que las empresas deben considerar para respetar y remediar los derechos humanos utilizando los instrumentos referidos respecto de un programa de compliance anticorrupción efectivo: (i) gobernanza y supervisión, (ii) políticas y procedimientos, (iii) debida diligencia, gestión de riesgos y monitoreo, (iv) capacitación y educación, (v) canales de denuncia y (vi) presentación de informes (2020, p. 5). Al igual que las empresas diseñan e implementan programas de compliance anticorrupción, es posible usar dicho esquema para asegurar la debida protección de derechos humanos de las personas impactadas, directa o indirectamente por la actuación de la persona jurídica.

Primero, el compromiso de la alta y mediana administración permite una efectiva creación y fomento de una cultura de ética e integridad en todos los niveles jerárquicos. Los líderes, sean miembros del directorio, altos ejecutivos o mandos medios con gente a cargo, establecen la cultura interna corporativa (DOJ, 2020, p. 10). En el caso peruano, el Reglamento de la Ley N° 30424 indica que uno de los principios del programa de compliance anticorrupción es el compromiso y liderazgo de «los máximos órganos de gobierno, de administración y la alta dirección de la persona jurídica o quienes hagan sus veces, son los responsables de liderar la implementación y funcionamiento adecuado del modelo de prevención, a través de su compromiso y apoyo firme, activo y visible».

La gobernanza y supervisión consiste en este compromiso político de respetar los derechos humanos que asumen las empresas. Este debe realizarse de manera pública y aprobado al más alto nivel directivo de la empresa, conforme el PRNU N° 16 que además desarrolla que «la declaración política de compromiso debe inculcarse a nivel de toda la empresa, desde las altas esferas hasta los restantes sectores, que de otro modo podrían actuar sin tomar conciencia de los derechos humanos y sin tenerlos en cuenta» (Naciones Unidas, 2011 ,p. 20). Incluso, más allá de las declaraciones escritas públicas, las actuaciones de los líderes tienen mayor relevancia para los propios trabajadores y principales grupos de interés de cualquier empresa²¹. Por ello, este elemento común entre

²¹ La incorporación de la economía en ciencias del comportamiento sirve para facilitar la comprensión de los incentivos que pueden ser implementados en las organizaciones para obtener una conducta esperada o evitar las no deseadas. Al respecto, recomendamos revisar: Drimmer, J., Herrington M & Best, T. (2020) «Behavioral

la lucha anticorrupción y la protección de derechos humanos permite establecer una base sólida para crear un programa de compliance anticorrupción efectivo y que permita el respeto de derechos humanos. En efecto, el Foro Internacional de Líderes Empresariales y la Corporación Financiera Internacional indican lo siguiente:

Los derechos humanos son diversos y transversales. En consecuencia, dentro de una empresa, las cuestiones de derechos humanos son abordadas por varias funciones de la empresa. Para muchas áreas tales como Inversión en la Comunidad y Salud y Seguridad, la consideración de los derechos humanos tiene una pertinencia directa. [...] La implementación de los derechos humanos en el sistema de gestión de la empresa se verá dificultada si la cultura de trabajo no considera abiertamente los impactos de la empresa en los derechos humanos. La empresa puede fomentar una cultura laboral favorable promoviendo los comentarios de los actores sociales y la concientización en cuestiones de derechos humanos (2010, pp. 54-55).

Luego, en relación a las políticas y procedimientos, así como a la debida diligencia, gestión de riesgos y monitoreo existen una estrecha correlación. Por un lado, si bien las políticas anticorrupción y de derechos humanos pueden ser distintas, existen numerosas políticas y procedimientos que respaldan un programa de compliance anticorrupción en el que se pueden agregar componentes de derechos humanos. Eso puede incluir procedimientos que requieran una escalada inmediata de inquietudes, códigos de conducta de proveedores o terceros y sistemas de gestión de unidades funcionales relevantes (Drimmer, 2020, p. 6).

En concordancia con el principio de autorregulación de la persona jurídica, el artículo 33²² del Reglamento de la Ley N° 30424 permite a las personas jurídicas complementar su programa de compliance anticorrupción mediante la incorporación de políticas para áreas específicas de riesgos. En este sentido, las empresas en el Perú debiesen seguir la

Ethics and Economics, Compliance Culture and Meeting DOJ's Compliance Expectations» En: Anti-Corruption Report, para comprender en profundidad las expectativas de los reguladores estadounidenses respecto de los programas de compliance anticorrupción.

²² Artículo 33.- Elementos mínimos

De acuerdo a lo establecido en el numeral 17.2 del artículo 17 de la Ley, son elementos mínimos del modelo de prevención los siguientes: [...]

Estando al principio de autorregulación a la que hace referencia el artículo 31, las personas jurídicas pueden complementar el modelo de prevención con los siguientes elementos:

6. Políticas para áreas específicas de riesgos [...]

recomendación de la CIDH que establece lo siguiente de manera específica para las personas jurídicas:

Contar con políticas y procedimientos apropiados de debida diligencia en materia de derechos humanos dentro de sus operaciones, estructuras corporativas y cadenas de suministro, que incluya estándares de transparencia, buena fe y acceso a la información relevante para estos contextos, teniendo como pauta mínima los Principios Rectores y los estándares establecidos por el sistema interamericano en esta materia. En particular, cuando estén involucrados, deben generar debidas salvaguardias para respetar los derechos a la consulta y consentimiento libre previo e informado como a la libre determinación de los pueblos indígenas y afrodescendientes tribales, así como el derecho a un medio ambiente sano (2019b, pp. 208-209).

El cuarto elemento, capacitación y educación, demuestra la convergencia de los instrumentos de orientación internacional para las empresas en las materias aquí discutidas. De acuerdo al «*Evaluation of Corporate Compliance Programs*» del DOJ, los fiscales estadounidenses deben evaluar las medidas adoptadas por la empresa para garantizar que el programa de compliance anticorrupción se haya integrado a través de la capacitación y certificación periódicas de todos los directores, trabajadores y, cuando corresponda, agentes y socios comerciales (2020, p. 5). En el Perú, el artículo 41²³ del Reglamento de la Ley N° 30424 considera de forma más escueta este elemento enfatizando la documentación de la realización de estas actividades.

Al mismo tiempo, si la empresa ha transmitido información de una manera adaptada al tamaño, la sofisticación o la experiencia en el tema de la audiencia usando diversas metodologías. Por ejemplo, consejos prácticos, estudios de casos para abordar escenarios de la vida real, sesiones de formación más breves y específicas para que los empleados puedan identificar y plantear problemas de forma oportuna para el cumplimiento adecuado (DOJ, 2020, p. 5). De esta manera, la capacitación conjunta en

²³ Artículo 41.- La difusión y capacitación periódica del modelo de prevención.

[...]

El contenido, oportunidad y frecuencia de la capacitación puede ser diferenciada de acuerdo a cada área de la organización en las que se haya identificado una mayor exposición al riesgo de incumplimiento, según sus necesidades. Las actividades de capacitación y sensibilización deben estar debidamente documentadas.

materia de derechos humanos y lucha contra la corrupción puede resultar fundamentalmente beneficiosa. Puede ayudar a los destinatarios a identificar y considerar las conexiones causales entre las dos áreas y detectar y escalar las señales de alerta relevantes (Drimmer, 2020, p. 9).

En quinto lugar, los canales de denuncia permite «la divulgación de información sobre casos reales o percibidos de corrupción en la empresa a personas u órganos que se considera que pueden emprender acciones» (Naciones Unidas, 2013, p. 90). En vista de la importancia de estos mecanismos que permiten tomar conocimiento y acciones para erradicar prácticas corruptas es que la OCDE recomienda también «establecer mecanismos de protección para los denunciantes que de buena fe *den la alerta*. Entre estas medidas se incluyen las que protegen a los asalariados que, en ausencia de medidas reparatoras rápidas o que se enfrentan a un riesgo razonable de consecuencias negativas para su empleo, informen a las autoridades públicas competentes de prácticas contrarias a la ley» (2013, p. 26). También, una vez que se recibe una denuncia, las empresas deben contar con un proceso eficiente, confiable y debidamente financiado para investigar la denuncia y documentar la respuesta de la empresa, incluidas las medidas disciplinarias o correctivas adoptadas (DOJ y SEC, 2020, p. 66).

En el caso peruano, los artículos 39 y 40 del Reglamento de la Ley N° 30424 regulan la implementación del procedimiento de denuncias así como el procedimiento en sí mismo. Además, incorpora un elemento interesante en el apartado d) del artículo 39 que indica «[u]n esquema de incentivos que permita reafirmar la importancia del [programa de compliance anticorrupción], así como la de promover el compromiso y apoyo al mismo». En este sentido, resalta la importancia de la eficiencia de este elemento para poder fortalecer un programa de esta naturaleza. De igual modo, el PRNU N° 29 señala que «las empresas deben establecer o participar en mecanismos de reclamación eficaces de nivel operacional a disposición de las personas y las comunidades que sufran las consecuencias negativas». Estos canales de denuncias son importantes respecto de la responsabilidad de las empresas en respetar los derechos humanos por dos razones:

En primer lugar, [...] ofrecen un cauce para que las personas directamente afectadas por las operaciones de la empresa expresen su preocupación cuando consideren que están sufriendo

o van a sufrir consecuencias negativas. Analizando las tendencias y las pautas de las denuncias, las empresas también pueden identificar problemas sistémicos y adaptar sus prácticas en consecuencia;

En segundo lugar, estos mecanismos permiten que la empresa se ocupe de los daños detectados y repare las consecuencias negativas, de forma temprana y directa, a fin de evitar daños mayores o una escalada de reclamaciones (2013, p. 39).

Por último, la presentación de informes públicos sobre la lucha contra la corrupción y los derechos humanos generalmente aparece en los sitios web de las empresas, estas suelen abordar ambos temas en los informes de sostenibilidad (Drimmer, 2020, p. 10). Al seguir el PRNU N° 21 las empresas deben estar preparadas para comunicar exteriormente las medidas que toman para hacer frente a las consecuencias de sus actividades sobre los derechos humanos, sobre todo cuando los afectados o sus representantes planteen sus inquietudes. De manera específica, las empresas deben publicar informes oficiales cuando hay riesgo de graves violaciones de los derechos humanos, así como las formas en la que fueron identificados y serán gestionados. La verificación independiente y el uso de indicadores específicos a cada sector empresarial fortalecen el contenido y credibilidad de estos informes (Naciones Unidas, 2013, p. 28).

Mientras que la lucha anticorrupción no establece de manera específica esta actuación pública, sí existen recomendaciones a la comunidad internacional para que la sociedad comprenda los efectos dañinos de la corrupción. Para ello es necesario que los propios gobiernos ejemplifiquen los más altos estándares de integridad mediante la aplicación consistente y justa de las leyes anticorrupción contra todas las personas involucradas (tanto los que reciben sobornos como los que dan sobornos). También, todas las medidas adoptadas para erradicar la corrupción desde el sector privado deben comunicarse al público de manera regular y transparente, de modo que se pueda aumentar la confianza en las instituciones públicas y privadas (OCDE, 2020, p. 79).

Finalmente, dada la cercana relación entre la corrupción y los derechos humanos, la integración de este enfoque de derechos humanos a los programas de compliance anticorrupción parece ser bastante lógica. Este enfoque proporciona beneficios

sustanciales al informar los riesgos y acciones correctivas asociadas entre ambos desde el sector privado, ayudando a la reducción de riesgos para la empresa, los trabajadores y terceros que puedan estar afectados, directa e indirectamente por el actuar de las empresas en el Perú.

4.2. Sinergia en la debida diligencia anticorrupción y respeto de derechos humanos

A efectos del presente trabajo hemos considerado tres áreas relevantes al momento de realizar la debida diligencia: la propia persona jurídica, las terceras partes y los trabajadores. En primer lugar, es indispensable la realización de una debida diligencia al interior de la propia empresa para obtener un análisis de los potenciales riesgos de corrupción y violación de derechos humanos. Como bien afirma Drimmer, las evaluaciones anticorrupción comienzan con una evaluación de escritorio, que puede incluir también aspectos sobre derechos humanos. A nivel geográfico, los países con altas percepciones de corrupción a menudo tienen percepciones igualmente altas de abusos de derechos humanos, tales como el Índice de Percepción de la Corrupción que realiza todos los años Transparencia Internacional²⁴ y el Índice de Estados Frágiles implementado por *The Fund for Peace*²⁵ (2020, p. 7).

Desde un punto práctico, podemos afirmar la posibilidad de una sinergia al realizar una diligencia de las principales áreas, procesos y actividades que conduce la empresa en relación la corrupción y abusos de derechos humanos. Conforme hemos revisado en los capítulos anteriores, la relación existente entre derechos humanos y corrupción se traduce en riesgos asociados entre estos. En efecto, Naciones Unidas afirma que la «debida diligencia en materia de derechos humanos puede integrarse en los sistemas más amplios de gestión de riesgos de la empresa, a condición de que no se limiten a identificar y gestionar riesgos importantes para la propia empresa, sino que incluyan los riesgos para los titulares de derechos» (2013, p. 21).

Luego, respecto de la debida diligencia de terceros y de trabajadores, existen innumerables casos FCPA que comprueban la relevancia de un procedimiento de debida

²⁴ Ver: <https://www.transparency.org/en/cpi>

²⁵ Ver: <https://fragilestatesindex.org/indicators/p3/>

diligencia anticorrupción efectivo. Así, el reciente caso de la empresa multinacional de telecomunicaciones sueca nos sirve para demostrar la necesidad de implementar este elemento de forma adecuada en relación a las terceras partes, como proveedores, consultores o agentes de ventas. Durante 16 años, Ericsson creó contratos simulados con terceras partes en Vietnam, Indonesia y Kuwait por el cual pudo realizar pagos indebidos a funcionarios públicos de dichos países. Ante la ineficiencia del procedimiento de debida diligencia, la empresa pagó US\$ 1,06 mil millones a ambas autoridades estadounidenses (*United States of America v. Telefonaktiebolaget LM Ericsson, et al*, 2019).

Por otro lado, una de las firmas financieras más antiguas del mundo, JP Morgan Chase, visibilizó la especial importancia de la debida diligencia en el proceso de selección y reclutamiento de empleados. Durante 2006 a 2013, los banqueros de la filial en Hong Kong crearon un programa de contratación por referencia de clientes que brindaría «empleo bien remunerado y profesional». Estas personas no estaban calificadas para sus puestos, siendo que eran elegidas únicamente por ser familiares de funcionarios de empresas estatales chinas . Las contrataciones de referencia fueron una retribución pública ante los negocios lucrativos que obtuvo la empresa, generándoles una ganancia superior a los US\$ 100 millones (*United States v. JPMorgan (Asia Pacific) Limited*, 2016).

De acuerdo al «*A Resource Guide to the U.S. Foreign Corrupt Practices Act*» el proceso de debida diligencia deberá ser diseñado considerando el análisis de riesgo particular de la empresa. Es vital comprender la necesidad de negocio para contratar al trabajador o al proveedor y, se deberá realizar un monitoreo continuo de las relaciones existentes que sean de mayor riesgo de incumplimiento de la legislación anticorrupción (2020: 62). Mientras que el artículo 25 del Reglamento de la Ley N° 30424 especifica que las empresas deben implementar «un procedimiento de debida diligencia, como un control específico adicional, a otros ya implementados, sobre operaciones, proyectos, actividades, socios comerciales o incluso el personal, a fin de evaluar con mayor profundidad, el alcance, la escala y la naturaleza de los riesgos inherentes o residuales identificados como parte del proceso de evaluación».

En este sentido, siendo que el impacto del fenómeno de la corrupción es profundo y diferenciado, en especial medida en Latinoamérica, pueden configurar violaciones de derechos humanos, afectando en cierta medida el goce y ejercicio de los derechos humanos (CIDH, 2019a, p. 59). Al momento de implementar estos procedimientos de debida diligencia desde la única perspectiva contra la corrupción, las empresas pueden estar afectando derechos humanos; entonces, es un elemento crucial que permite superar esta deficiencia en legislaciones menos desarrolladas, como el caso peruano.

En el caso de la debida diligencia para la contratación de empleados bajo la perspectiva anticorrupción, los procesos tienen como finalidad detectar que los candidatos y las candidatas cumplan técnicamente con el puesto al que postulan y no ser una forma de beneficio o ventaja indebida en favor de un funcionario público. Sin embargo, esta fase del proceso no debe afectar el derecho al trabajo del candidato, por lo que esta información debería limitarse para cargos de confianza o con una exposición alta por el riesgo de corrupción, como aquellas posiciones que interactúan frecuentemente con funcionarios públicos (Drimmer, 2020, p. 8). Al mismo tiempo, adopta un enfoque que permite la debida protección de otros derechos por la propia entidad jurídica, siendo que esta decide de manera autónoma las medidas de mitigación de riesgos conforme a su propia realidad.

Las relaciones con terceras partes conllevaban un especial proceso de debida diligencia en las empresas. De manera particular, en América Latina las relaciones interpersonales suelen ser esenciales para los negocios, por lo que resulta importante tener algunos consultores para encontrar valiosas oportunidades comerciales y realizar gestiones más rápido. Esto sucede por los altos niveles de concentración de mercado, donde un grupo reducido de personas controla la economía y el gobierno (Ellis, 2016, p. 230).

Así, la debida diligencia está orientada a mitigar el riesgo que el tercero soborne a algún funcionario público para cumplir la finalidad por la cual fue contratado. Empero, los cuestionarios empleados por la empresa para conocer al último beneficiario de la persona jurídica, las investigaciones judiciales por actos de corrupción que ha afrontado e incluso

el detalle de aquel que represente legalmente a la compañía deben ser realizados considerando un criterio basado en riesgo y desde un enfoque en derechos humanos. El procedimiento de debida diligencia debe ser ejecutado mediante el respeto de derechos humanos. Esto considerando el efecto horizontal que tienen estos derechos entre los particulares:

[...] es probable la elaboración paulatina de una dogmática de derechos fundamentales del derecho privado que halle el difícil punto de equilibrio en la colisión entre derechos fundamentales en general y, entre derechos fundamentales y autonomía privada, en particular. La afirmación de la fuerza normativa de los derechos fundamentales, su función de integración y su irradiación en el ordenamiento privado depende en buena medida de ello (Mendoza 2005: 270).

Al mismo tiempo, una evaluación conjunta de los riesgos de corrupción y de derechos humanos permite una comprensión mucho más profunda y detallada de los riesgos de corrupción y derechos humanos que se obtendría se hace de manera separada. Así como la correlación existente entre ambos y las formas de afectación a los titulares de derechos y a la propia empresa. Además, puede generar mayor recepción entre los principales grupos de interés al combinar procedimientos, cuestionarios, iniciativas que incluyen indagaciones sobre el respeto de los derechos humanos así como la tolerancia cero contra la corrupción. Esto generaría soluciones más eficientes, receptivas, efectivas y sostenibles.

Por ejemplo, cuando una evaluación identifica pagos anómalos a los inspectores del trabajo, puede haber riesgos relacionados asociados con la seguridad de los trabajadores o la esclavitud moderna. Por el contrario, cuando la evaluación identifica tales preocupaciones sobre trabajadores o esclavitud, abusos de seguridad conocidos que no han sido investigados o impactos en la salud humana por vertidos ilegales, puede significar que los funcionarios del gobierno están mirando hacia otro lado (Drimmer, 2020, p. 7).

4.3. Integración y cooperación desde el sector privado a través de acciones colectivas

El PRNU N° 30 establece que «[l]as corporaciones industriales, las colectividades de

múltiples partes interesadas y otras iniciativas de colaboración basadas en el respeto de las normas relativas a los derechos humanos deben garantizar la disponibilidad de mecanismos de reclamación eficaces». En otras palabras, las acciones entre grupos de empresas y partes interesadas pueden servir a garantizar la disponibilidad de mecanismos para respetar derechos humanos y asegurar su adecuada reparación. «Estos mecanismos deben fomentar la rendición de cuentas y contribuir a reparar las consecuencias negativas de sus actividades sobre los derechos humanos» (2013, p. 40).

Teniendo en consideración la relevancia del trabajo en conjunto es que la más reciente publicación de la OCDE sobre los programas de compliance anticorrupción y estableció la siguiente sugerencia para las empresas:

Además, las empresas deben considerar oportunidades de acción colectiva. Por ejemplo, las empresas de una industria en particular podrían presionar juntas para lograr cambios regulatorios que hagan que las prácticas de contratación sean más transparentes o hagan que los funcionarios públicos rindan cuentas. Podrían trabajar a través de asociaciones y coaliciones empresariales para crear estándares de expectativa de conducta conforme. Las asociaciones empresariales pueden resultar especialmente útiles para reunir a las [pequeñas y medianas empresas] para debatir sobre anticorrupción. Además, las empresas más grandes deben considerar formas de compartir información sobre las medidas anticorrupción con sus socios de la cadena de suministro, incluidas las [pequeñas y medianas empresas], tal vez mediante la convocatoria de mesas redondas periódicas o el lanzamiento de iniciativas conjuntas (2020, p. 76).

De manera particular en el Perú, las acciones colectivas pueden facilitar el trabajo del Ministerio de la Producción conforme el Título IV del Reglamento de la Ley N° 30424 que regula la implementación del programa de compliance anticorrupción en micro, pequeña y mediana empresa. Este esfuerzo en la lucha anticorrupción en el Perú puede ser utilizado de igual manera para implementar mecanismos similares para asegurar el respeto de los derechos humanos por esta clase de empresas de menor tamaño.

No obstante, el Plan Nacional de Derechos Humanos 2018-2021 no indica ninguna acción estratégica concreta respecto de los empresas micro, pequeña y mediana, pero

asegura que se «aprovechará los importantes avances que respecto de la normativa interna, espacios de diálogos interinstitucional, buenas prácticas de las empresas públicas y privadas, políticas sectoriales, entre otros, se han dado en los últimos años» (p. 167). A modo de ejemplo, las empresas multinacionales pueden brindar un apoyo relevante mediante «iniciativas de acción colectiva para rechazar la solicitud de sobornos y la extorsión. Tanto el gobierno de origen como el del país anfitrión deben prestar asistencia a las empresas que enfrentan peticiones de soborno u otras formas de extorsión» (OCDE, 2013, p. 54).

Ahora, siendo conscientes que el fenómeno de la corrupción trasciende fronteras al igual que la dignidad humana y el respeto de los derechos humanos de las personas, los desafíos que las empresas afrontan al implementar un programa de compliance integral que combine anticorrupción con derechos humanos pueden ser discutidos en comunidad. Por lo tanto, el *Business and Industry Advisory Committee* para la OCDE recomienda que, siguiendo las estrictas normativas antimonopolio y de libre competencia aplicables, las empresas pueden considerar cooperar con sus pares para compartir información sobre proveedores con empresas que operan en el mismo sector o región, o unirse a iniciativas de la industria para impulsar el cambio de manera eficiente y sustentable. Además, las acciones colectivas y la colaboración con expertos que se encuentren en terreno local, tales como productores y proveedores locales, gobiernos locales, organizaciones empresariales y de empleadores, ONG, interlocutores sociales, organizaciones intergubernamentales, etc. (2020, p. 17).

Finalmente, las acciones colectivas pueden adoptar diversas formas, como a través de un pacto de integridad, una declaración anticorrupción u otra iniciativa que resalte la correlación y sinergia de la lucha anticorrupción y el respeto de las empresas de los derechos humanos. El Pacto Mundial de las Naciones Unidas (2020) ha explicado que la acción colectiva permite a las empresas hacer lo siguiente:

- Crear una comprensión más profunda de los problemas de corrupción.
- Consolidar conocimientos y recursos financieros y técnicos para lograr un mayor impacto
- Crear soluciones que se perciban como más creíbles, aceptables y más

sostenibles.

- Ayudar a garantizar una competencia leal y un campo de juego nivelado para todas las partes interesadas.
- Crear un entorno empresarial más estable y propicio.
- Complementar los esfuerzos anticorrupción existentes en regiones y sectores vulnerables, donde las regulaciones gubernamentales o de la industria no son sólidas.

Consideramos que estas acciones colectivas que se vienen impulsando desde el sector privado en materia anticorrupción tales como aquellos dirigidos por el Instituto Ethos en Brasil, *The Egyptian Junior Business Association*, *The Global Compact Network* de la India, *The Nigerian Economic Summit Group*, *The National Business Initiative* de Sudáfrica, así como aquellas iniciativas específicas para cada industria que llevan a cabo la ONG *International Federation of Pharmaceutical Manufacturers & Associations*, *Bauindustrie Bayern* de Alemania para el sector de construcción local, entre otras muchas más, son necesarias para que las empresas puedan respetar y remediar también los derechos humanos.

En virtud de la recomendación de la CIDH, las empresas deben realizar acciones de abstención y de facilitación que consideramos importantes de cara a las acciones colectivas:

Abstenerse de poner obstáculos, realizar maniobras dilatorias u ocultar información que posean, incluyendo sus operaciones transnacionales, cuando tales acciones impidan o dificulten el ejercicio de los derechos humanos, en particular el acceso a la protección judicial efectiva. [...]

Facilitar la rendición de cuentas y reparar a las víctimas de violaciones y abusos a los derechos humanos en las que están involucradas, incluyendo aquellas de operaciones transnacionales, de acuerdo a su grado de responsabilidad y teniendo en cuenta los estándares mencionados en el presente informe. [...]

Abstenerse de presionar o ejercer influencia indebida sobre los Estados para obtener

beneficios que generen impactos negativos o riesgos para la realización de los derechos humanos (2019b, p. 209).

En resumen, la integración y cooperación del sector privado impulsado por la lucha anticorrupción nacional ante los continuos escándalos de corrupción que han involucrado a altos magistrados del Poder Judicial, a reputados empresarios de empresas constructoras e incluso a todos los presidentes desde 1985. Este momento de álgida intervención normativa en la actuación del sector privado para prevenir y controlar la corrupción puede verse reforzado y apalancado mediante el rol que tienen las empresas en respetar los derechos humanos para establecer programas de compliance sustentables.

5. CONCLUSIONES

Primero, los derechos humanos tienen como finalidad la preservación de la libertad individual ante el ejercicio del poder del Estado, el cual garantiza las prestaciones mínimas requeridas para una vida digna. Mientras que la corrupción significa el aprovechamiento indebido de lo público y mantiene dos relaciones con los derechos humanos. Por un lado, la corrupción limita a los individuos gozar y ejercer estos derechos, y por otro lado, existe convergencia en la implementación de medidas avocadas a combatir la corrupción y la protección y promoción de derechos humanos en el sector empresarial.

Segundo, la lucha anticorrupción es en sí misma previene violaciones de derechos humanos y es un principio constitucional reconocido en la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, y la Convención Interamericana contra la Corrupción que tienen un rol prevalente en el orden jurídico peruano. Estos tratados son de derechos humanos por su carácter no sinalagmático, y por ello con rango supra legal. Además, ha sido reconocido por el Tribunal Constitucional al interpretar sistemáticamente los artículos 39, 41, 43, 44, 45 y 76 de la Constitución Política del Perú de 1993.

Tercero, las empresas tienen el deber de regular y adoptar disposiciones de derecho interno para prevenir las violaciones de derechos humanos en el contexto de sus actividades. También, fiscalizar, investigar, sancionar y asegurar el acceso a reparaciones integrales para las víctimas de las conductas realizadas por las empresas. Siguiendo los Principios Rectores

de las Naciones Unidas del 2011, las empresas pueden asegurarse de respetar y remediar derechos humanos. Incluso, el propio Ministerio de Justicia y Derechos Humanos implementó el Plan Nacional de Derechos Humanos 2018-2021 usando esta guía.

Cuarto, la regulación de los programas de compliance anticorrupción nace a partir de escándalos corruptos corporativos y Estados Unidos sigue siendo el país con mayor experiencia en dicho ámbito. La Ley de Prácticas Corruptas en el Extranjero (FCPA, por sus siglas en inglés) es un referente internacional para diseñar un programa de compliance anticorrupción efectivo y eficiente. De igual manera, al revisar brevemente las leyes específicas anticorrupción del Reino Unido, España, Italia, Chile y Brasil podemos comprender mejor la estructura de estos programas. En el Perú, la Ley N° 30424 ha tomado como referencia estas normas extranjeras, generando algunas trabas persecutorias para el Ministerio Público ante el rol de la Superintendencia del Mercado de Valores.

Quinto, las medidas para respetar derechos humanos en las empresas en el Perú a través de los programas de compliance anticorrupción se visibilizan a través de la correlación entre sus diversos instrumentos internacionales de orientación y los Principios Rectores de las Naciones Unidas. Estos elementos son la gobernanza y supervisión, las políticas y procedimientos, la debida diligencia, gestión de riesgos y monitoreo, la capacitación y educación, los canales de denuncia y la presentación de informes.

Sexto, considerando a la propia empresa, las terceras partes y los trabajadores como las áreas relevantes al momento de realizar la debida diligencia es posible asegurar una sinergia entre la lucha anticorrupción y el respeto de los derechos humanos. Ello permite una comprensión mucho más profunda y detallada de los riesgos que enfrentan las empresas, así como la correlación existente entre corrupción y derechos humanos. De esta manera, es posible implementar soluciones más eficientes, receptivas, efectivas y sostenibles.

Finalmente, las acciones colectivas son una medida que diversas organizaciones que agrupan al sector privado junto con otros actores relevantes han utilizado para erradicar la corrupción. A través de acciones específicas por país o por industria, las empresas con mayor experiencia en el diseño e implementación de programas de compliance anticorrupción pueden compartir

con empresas micro, pequeñas y medianas. También, será posible que al incluir diversos grupos de interés en las acciones colectivas, se pueda alcanzar la abstención de las empresas en obstaculizar u ocultar información relevante que podría generar afectaciones en derechos humanos y facilitar la rendición de cuentas y reparación de víctimas.

6. BIBLIOGRAFÍA

Aparicio, M. & Pisarello, G. (2008). Los derechos humanos y sus garantías: nociones básicas. En: J. Bonet & V. Sánchez (Dir.), *Los derechos humanos en el siglo XXI: continuidad y cambios* (pp. 140-161). Madrid: Huygens.

Beigelman, T y Beigelman, D. (2008) *Building a World-Class Compliance Program*. Hoboken, NJ: John Wiley & Sons, Inc.

Burgos, A. (2015). «Cuello Blanco y Delito». En: *Revista de Ciencias Jurídicas* (número 138, pp. 57-88).

Caro, D. (2019). *Sobre el nuevo Reglamento de la Ley 30424 de responsabilidad «administrativa» (penal) de la persona jurídica*. LP. Recuperado del sitio web: <https://lpderecho.pe/reglamentarismo-non-tailor-made-nuevo-reglamento-ley-30424-de-responsabilidad-administrativa-penal-persona-juridica/>

Caro, D. y Reyna, L. (). *Derecho Penal Económico. Parte General*. Lima: Jurista Editores.

Carrión, A. (2014). *Criminal Compliance. De la Ley de EE.UU. de Prácticas Corruptas en el Extranjero*

Chanjan, R. & Puchuri, F. (2018). «Criminal compliance empresarial: Nuevo mecanismo de la lucha contra la corrupción». En: *Anticorrupción y Justicia Penal* (Boletín N° 2-2018).

Chanjan, R., Janampa, A. & Gonzales, M. (2020). *Apuntes sobre la aplicación del nuevo sistema de responsabilidad penal de las empresas por hechos de corrupción en el Perú*. RPP. Recuperado del sitio web: <https://rpp.pe/columnistas/rafaelchanjandocumet/apuntes-sobre-la-aplicacion-del-nuevo-sistema-de-responsabilidad-penal-de-las-empresas-por>

[hechos-de-corrupcion-en-el-peru-noticia-1300755](#)

Comisión Interamericana de Derechos Humanos (2018). *Resolución 1/18. Corrupción y derechos humanos*.

Comisión Interamericana de Derechos Humanos (2019a). *Corrupción y Derechos Humanos: Estándares interamericanos*. OEA/Ser.L/V/II.

Comisión Interamericana de Derechos Humanos (2019b). *Informe Empresas y Derechos Humanos: Estándares Interamericanos*. OEA/Ser.L/V/II.

Congreso de la República del Perú (2014). *Discurso del Presidente Ollanta Humala en el Congreso*. Recuperado del sitio web: <http://www2.congreso.gob.pe/Sicr/Prensa/heraldo.nsf/CNtitulares2Ini/15babf1cc4520bdf05257d2300648b20/?OpenDocument>

Corte Interamericana de Derechos Humanos (2015). *Caso Pueblos Kaliña y Lokono Vs. Surinam*. Sentencia del 25 de noviembre.

DOJ – U.S. Department of Justice (2017) *Foreign Corrupt Practices Act*. Recuperado del sitio web: <https://www.justice.gov/criminal-fraud/foreign-corrupt-practices-act>

DOJ – U.S. Department of Justice (2020) *Evaluation of Corporate Compliance Programs*. Recuperado del sitio web: <https://www.justice.gov/criminal-fraud/page/file/937501/download>

DOJ – U.S. Department of Justice & SEC – U.S. Securities and Exchange Commission (2020) *A Resource Guide to the U.S. Foreign Corrupt Practices Act* (Segunda edición).

Drimmer, J. (2020) *Leveraging anti-bribery compliance programs to address human rights in a post-Covid-19 world*. TRACE Inc & Paul Hastings LLP. Recuperado del sitio web: <https://www.paulhastings.com/publications-items/details/?id=64572e6f-2334-6428-811c-ff00004cbded>

Foro Económico Mundial (2012). *Network of Global Agenda Councils 2011-2012 Report*.

Hernández, H. (2010). «La introducción de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en Chile». En: *Política criminal* (volumen 5, número 9, pp. 207-236). Santiago de Chile.

Mendoza, M. (2005). «La eficacia de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares». En: *Pensamiento Constitucional* (Número 11, pp. 219-271). Lima.

Ministry of Justice of United Kingdom (2010). *The Bribery Act 2010. Guidance about procedures which relevant commercial organisations can put into place to prevent persons associated with them from bribing (section 9 of the Bribery Act 2010)*.

Murphy, J. (2011). «Promoting compliance with competition law: Do compliance and ethics programs have a role to play?». En: *Roundtable on promoting compliance with competition law*. OECD: Directorate for Financial and Enterprise Affairs Competition Committee.

Naciones Unidas (2015). *Informe final del Comité Asesor del Consejo de Derechos Humanos sobre las consecuencias negativas de la corrupción en el disfrute de los derechos humanos*. Nueva York: Asamblea General.

Naciones Unidas (2017). *Informe nacional presentado con arreglo al párrafo 5 del anexo de la resolución 16/21 del Consejo de Derechos Humanos. Perú*. Nueva York: Asamblea General.

Naciones Unidas (2020). *UNCAC Signature and Ratification Status*. Recuperado del sitio web: https://www.unodc.org/documents/treaties/UNCAC/Status-Map/UNCAC_Status_Map_Current.pdf

Nash, C. (2014). *Corrupción y Derechos Humanos: Una mirada desde la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. Santiago de Chile: Centro de Derechos Humanos de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile.

Novoa, Y. (2016) «¿Son las convenciones de lucha contra la corrupción tratados de derechos humanos?» En *THEMIS-Revista de Derecho* (Número 69, pp. 301-314).

Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (2012). *Remarks by Angel Gurría, OECD Secretary-General, delivered at the dinner of the B20 Task Force on Improving Transparency and Anti-Corruption*. Recuperado del sitio web: <https://www.oecd.org/g20/topics/anti-corruption/oecdanactivepartneroftheg20andb20intheglobalfightagainstcorruption.htm>

Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (2013). *Líneas Directrices de la OCDE para Empresas Multinacionales*.

Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (2018). *Implementing the OECD Anti-Bribery Convention: Chile Phase 4 Report*.

Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (2020). *Corporate Anti-Corruption Compliance Drivers, Mechanisms, and Ideas for Change*.

Pacto Mundial de las Naciones Unidas (2020). *Anti-Corruption Collective Action*. Recuperado del sitio web: <https://www.unglobalcompact.org/take-action/action/anti-corruption-collective-action>

Quiroz, A. (2014). *Historia de la corrupción en el Perú* (Segunda edición). Lima: Instituto de Estudios Peruanos.

Runde, D. & Metzger, C. (2020). «The Global Battle against Corruption». En: *Fighting Corruption for U.S. Economic and National Security Interests*. Center for Strategic and International Studies.

Salmón, E. (Coord.) (2016). *La progresiva incorporación de las empresas en la lógica de los derechos humanos* (Segunda edición). Lima: Instituto de Democracia y Derechos

Humanos de la Pontificia Universidad Católica del Perú – IDEHPUCP.

Salmón, E. (2019). *Introducción al Sistema Interamericano de Derechos Humanos*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

Transparency International (2020). *What is corruption?* Recuperado del sitio web: <https://www.transparency.org/en/what-is-corruption>

Transparency International (2020b). *IPC Américas*. Recuperado del sitio web: <https://www.transparency.org/es/news/cpi-2019-americas>

Unión Europea (2020) *EU adopts a global human rights sanctions regime*. Recuperado del sitio web: <https://www.consilium.europa.eu/en/press/press-releases/2020/12/07/eu-adopts-a-global-human-rights-sanctions-regime/#>

United States v. JPMorgan (Asia Pacific) Limited (Eastern District of New York [Estados Unidos de América], 2016).

United States of America v. Telefonaktiebolaget LM Ericsson, et al. Case No. 19-cr-00884 (*Southern District of New York* [Estados Unidos de América], 2019).

Yamada, G & Montero, R. (2011). *Corrupción e inequidad en los servicios públicos en el Perú*. Lima: Universidad del Pacífico.