

**PONTIFICIA UNIVERSIDAD  
CATÓLICA DEL PERÚ**

**Escuela de Posgrado**



**OBLIGATORIEDAD DE LOS BANCOS EN ACTIVAR LA INVESTIGACIÓN  
INTERNA REACTIVA DEFENSIVA**

Trabajo de Investigación para obtener el grado académico de Maestro en Derecho Bancario  
y Financiero  
que presenta:

*José Antonio Falcón Garay*

**Asesor:**

*Dr. Ricardo Nicanor Elías Puelles*


**Lima, 2023**

## INFORME DE SIMILITUD

Yo, **ELIAS PUELLES, RICARDO NICANOR**, docente de la Escuela de Posgrado de la Pontificia Universidad Católica del Perú, asesor de la tesis de investigación titulado **“OBLIGATORIEDAD DE LOS BANCOS EN ACTIVAR LA INVESTIGACIÓN INTERNA REACTIVA DEFENSIVA”**, del autor **FALCÓN GARAY, JOSÉ ANTONIO**, dejo constancia de lo siguiente:

- El mencionado documento tiene un índice de puntuación de similitud de 22%, así lo consigna el reporte de similitud emitido por el software *Turnitin* el 21/08/2023.
- He revisado con detalle dicho reporte y la Tesis o Trabajo de Suficiencia Profesional, y no se advierte indicios de plagio.
- Las citas a otros autores y sus respectivas referencias cumplen con las pautas académicas.

Lima, 22 de setiembre de 2023.

Apellidos y nombres del asesor / de la asesora: <b>ELIAS PUELLES, RICARDO NICANOR</b>	
DNI: 42796970	Firma 
ORCID: 0000-0002-1257-1674	

## RESUMEN EJECUTIVO

El inglés Thomas Hobbes en el *Leviatán* (1651), decía que los hombres para vivir entre sí, de manera educada, pacífica, y ordenada, necesitan que exista un poder Estatal que obligue a respetarlas, y John Locke en su obra la *Carta sobre la Tolerancia* (1689) alegaba que el poder Estatal debería intervenir cuando hay conflictos.

El Estado gracias al poder conferido por la sociedad, entregó cuotas de poder a entes jurídicos para que se autorregulen, así como puede dar también tiene la facultad de quitar, cuando exista lo que llamaba John Locke conflicto o situación incierta que no permita que una sociedad pueda regularse de manera debida.

En ese sentido, se advierte en el presente trabajo de investigación, que la SBS, habría facultado a los Bancos autorregularse de acuerdo a su riesgo y necesidad para la adopción e implementación de las investigaciones internas en su seno de su organización; sin embargo, se apreciaría que se estaría llevando a cabo de forma ineficaz las investigaciones internas (*caso Banco de la Nación*), por lo que de acuerdo a la problemática advertida, nos permite concluir que así como el Estado, entregó parte de su cuota de poder a empresas bancarias para que puedan autorregularse en temas de Investigación Interna, es necesario quitar esa facultad autorregulatorias para poner las reglas del juego claras y definidas para el sector bancario, por lo que se requiere la implementación de procedimientos taxativos de cómo debe llevarse a cabo una investigación interna de naturaleza penal.

*Palabras Clave: Poder Estatal, Facultades Autorregulatorias, Investigación Interna, Bancos, Reglas de Juegos claras y definidas, Procedimientos Taxativos.*

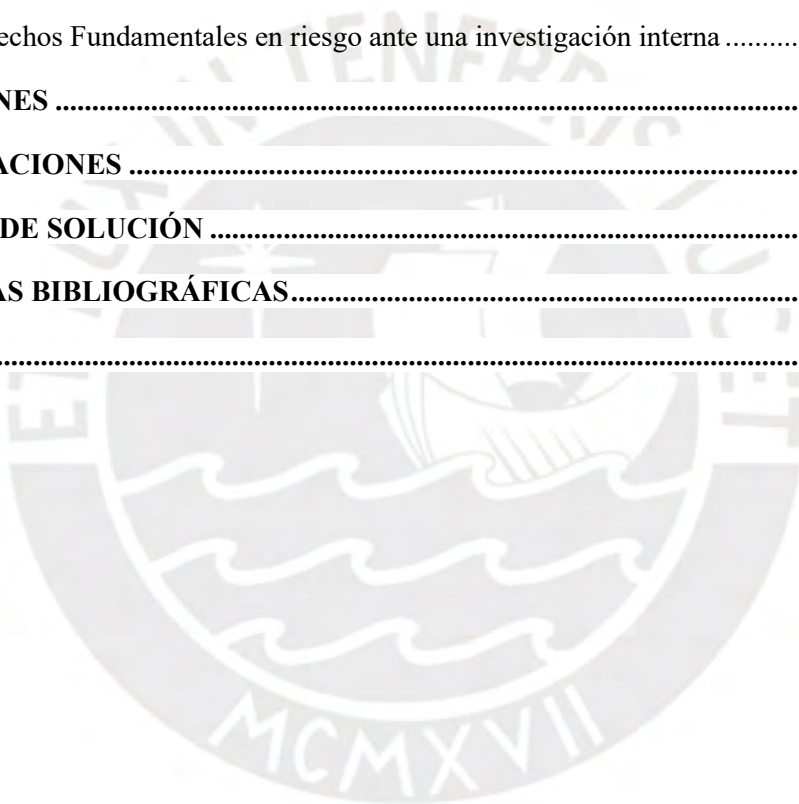
# ÍNDICE

<b>RESUMEN EJECUTIVO .....</b>	<b>1</b>
<b>CAPITULO 1: INTRODUCCIÓN .....</b>	<b>6</b>
I. PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN .....	6
1.1. Presentación del tema y del problema.....	6
1.1.1 Problema General: .....	14
1.1.2 Problema Específico: .....	14
II. PLANTEAMIENTO DE LA HIPÓTESIS .....	14
2.1 Hipótesis General:.....	14
2.2 Hipótesis específicas:.....	14
III. PLANTEAMIENTO DE LOS OBJETIVOS.....	15
3.1 Objetivo General:.....	15
3.2 Objetivo Específico:.....	16
IV. ENFOQUE METODOLÓGICO DE LA INVESTIGACIÓN .....	16
<b>CAPITULO II: ESTADO DEL ARTE DE LA INVESTIGACIÓN INTERNA COMO EL CORAZÓN DEL COMPLIANCE EN LAS ENTIDADES BANCARIAS .....</b>	<b>19</b>
2.1 Antecedentes de la investigación .....	19
2.2 Precisiones .....	19
2.3 Marco conceptual general .....	19
2.4 Marco conceptual específico.....	<b>23</b>
2.4.1 Sistema Financiero .....	23
2.4.1.1 Intermediación Financiera.....	24
2.4.1.2 Banca.....	29
2.4.1.3 Razones que motivan la regulación bancaria .....	30
i. La naturaleza especial de una entidad bancaria, es ser intermediación financiera.....	30
ii. Las externalidades negativas propios del sector bancario.....	31

iii.	Los problemas como consecuencia de las asimetrías de la información sui generis al Sistema Bancario. ....	33
iv.	Los problemas de riesgo moral que surgen como consecuencia de la labor de garantía del ahorro asignada al Estado. ....	34
2.4.2	Investigación interna.....	34
2.4.2.1	La investigación interna como elemento mínimo del Programa de Cumplimiento.....	35
i.	Que debe entenderse por <i>Compliance</i> :.....	35
ii.	Componentes que involucran al <i>Compliance</i> .....	38
iii.	<i>Compliance</i> e investigación interna efectivo.....	42
2.4.2.2	Orígenes y fuentes de la investigación interna.....	45
2.4.2.3	Concepto de la investigación interna.....	48
2.4.2.4	Clases de investigaciones internas.....	50
2.4.2.5	Formas de activación para iniciar una Investigación Interna.....	54
i.	Iniciación rutinaria.....	55
ii.	Denuncia recibida a través del canal de denuncias.....	56
iii.	Comunicación del Ministerio Público.....	58
2.4.2.6	Sujetos que pueden llevar a cabo una investigación interna.....	59
i.	La investigación interna desarrollada por personal de la empresa.....	60
ii.	Investigación interna desarrollada por profesionales.....	61
2.4.2.7	Estadio de la investigación interna.....	62
i.	Iniciación de la investigación interna.....	62
ii.	Finalización de una investigación interna.....	65
2.4.2.8	El encargado del área de investigación interna.....	66
	<b>CAPITULO III: PROBLEMAS DE INVESTIGACION EN BASE A LA DESCRIPCIÓN Y ANÁLISIS DEL CASO BANCO DE LA NACIÓN.....</b>	<b>70</b>
3.1.	Normativo.....	70
3.1.1.	Ámbito Financiero.....	70

3.1.2. Ámbito penal.....	72
3.2. Casuístico: Caso Banco de la Nación .....	75
3.2.1. Analizando el Caso .....	76
3.2.2. Antecedentes: El caso 50-2019 por Lavado de Activos, nace en mérito a la información propalada en el programa dominical Panorama bajo el título: Ex trabajador del Banco de la Nación es acusado del robo de 29 millones de soles .....	76
3.1.3. Examinando el caso Banco de la Nación .....	80
3.1.4. Identificando el problema .....	82
3.1.5. Análisis de la investigación interna en el Banco de la Nación .....	86
<b>CAPITULO IV: DISCUSIÓN .....</b>	<b>89</b>
4.1 Introducción .....	89
4.2 Fundamentos que legitiman la obligatoriedad de realizar una investigación interna reactiva defensiva en una entidad bancaria .....	91
4.2.1 La Fundamentación de la obligatoriedad de activar la investigación interna descansa en base al principio de integridad .....	91
4.2.2 En base al derecho comparado, se justifica la obligatoriedad de una investigación interna: Estados Unidos de América .....	95
4.2.2.1 El arsenal jurídico con la que cuenta la Fiscalía de los Estados Unidos de América en la investigación interna el cual permite afirmar la obligatoriedad.....	97
4.2.2.2 El aspecto casuístico: Connolly & Black vs EEUU - indicios de obligatoriedad de una Investigación Interna.....	106
4.2.3 La Fundamentación de la obligatoriedad de activar una investigación interna descansa en la necesidad de proteger el ahorro del público.....	111
4.2.4 El Fundamento que permite la obligatoriedad de activar la investigación interna ante la comunicación de un hecho ilícito se debe en razón a la evaluación del riesgo.....	116
4.2.5 La Fundamentación que permite la obligatoriedad de activar la investigación interna se debe al encarecimiento de una regulación regulada uniforme en las entidades bancarias .....	122
4.2.6 Fundamento de la obligatoriedad a través de la Teoría del Juego .....	125
4.2.6.1 Escenario: Elección sin obligatoriedad de colaborar .....	126

4.2.6.2	Escenario: Elección con obligatoriedad.....	128
4.2.7	Fundamento en base a la Cuarta Disposición de la Ley 26702 - SBS .....	129
4.3	Derechos que le asistente al trabajador/directivo en una Investigación Interna.....	132
4.3.1	Fundamento en base al derecho comparado justifica los DD. FF de la investigación interna que le asisten al colaborador/directivo .....	133
4.3.1.1	Punto de vista desde el ámbito Alemán .....	133
4.3.1.2	Punto de vista normativo de la investigación interna en España .....	137
4.3.1.3	Casuístico: Caso Falciani .....	142
4.3.1.4	Derechos Fundamentales en riesgo ante una investigación interna .....	143
<b>CONCLUSIONES .....</b>		<b>151</b>
<b>RECOMENDACIONES .....</b>		<b>155</b>
<b>PROPUESTA DE SOLUCIÓN .....</b>		<b>157</b>
<b>REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....</b>		<b>158</b>
<b>ANEXOS.....</b>		<b>168</b>



## CAPITULO 1: INTRODUCCIÓN

### I. PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN

#### 1.1. Presentación del tema y del problema

A efectos de entender la presente investigación se debe indicar que, en el mundo económico, según Bujan “existe dos espacios económicos muy diferenciados que se asientan sobre conceptos diferentes, por un lado tenemos la economía real y por el otro la economía financiera” (citado por López Millán, s.f., párr., 2), dentro de la economía real se encuentra las empresas que se dedican al sector tradicional (comercio de bienes y servicios) y por economía financiera, se encuentran empresas que tienen como actividad al sector financiero (principalmente bancos), *siendo estas últimas objeto de atención de la presente investigación (negritas son nuestras)*.

Con respecto a su regulación para estas dos actividades el Estado los ha regulado de forma diferente, ya que se trata de dos tipos actividades empresariales disimiles.

Por ejemplo en el caso de las entidades bancarias, sus regulaciones se particularizan por su modelo de negocio, tal es así que, si una empresa del sector bancario quiere ingresar al mercado para su funcionamiento debe contar con la autorización de su regulador (en el Perú es la Superintendencia de Banca, Seguros y AFPs), cumplir con los requisitos de idoneidad moral, técnica, y solvencia económica, en otras palabras, deben tener socios solventes y personal cualificados para realizar las operaciones/servicios [pasivos, activos, y neutra]. Estos requerimientos, no son exigidos a las empresas del sector real (empresas tradicionales).

Como consecuencia a ello se puede decir que la actividad financiera de un país compromete el orden público, ya que los bancos trabajan con dinero de los ahorristas, siendo este el principal motivo por el cual el *Estado moderno* interviene cada vez más en su regulación, fijando así normas de cumplimiento obligatorios para su funcionamiento.

Por lo que la intervención del Estado moderno en el Sistema Financiero responde a un fundamento jurídico y económico. Tal es así, que el fundamento jurídico lo encontramos en nuestra *Carta Magna del año 1992, específicamente en el Art. 87*, el cual señala que “la



finalidad del Estado se orienta en proteger al ahorrista” siendo este marco legal que ampara al Estado intervenir en el Sistema Financiero nacional; y por otro lado, el fundamento económico, es la asignación eficiente de los recursos en la economía, el cual responde a “fuerzas de mercado”, el cual el Estado también participa para cubrir dichas fallas.

El Estado a través de la Ley especial 26702, Ley General del Sistema Financiero Peruano (Congreso Constituyente Democrático, 1996), persigue proteger al ahorrista, desarrollando el artículo 87 de la Constitución Política del Perú en dicho cuerpo normativo, dando a la SBS, ejerce el control de las empresas bancarias (Congreso Constituyente Democrático del Perú, 2005, Ley 28484).

En ese sentido se tiene que el objetivo de la regulación de los bancos es proteger el ahorro del público, motivo el por el cual el *Estado a través de su regulador [SBS]*, obliga a los bancos adoptar un paquete de *normas de naturaleza prudencial, proteccionista y conductual*.

*De esas normas expuestas, nos interesa las normas conductuales, por la razón que a través de ellas se le exige a los Bancos, adoptar un Buen Gobierno Corporativo, Gestión Integral de Riesgo y Programas de Cumplimiento (también llamado en inglés Compliance programs), siendo este último objeto de tratamiento en el presente trabajo de investigación.*

A través de los Programas de Cumplimiento se busca que se implemente mecanismos y procedimientos, tanto normativos como operativos, como por ejemplo implementación de código de conductas éticas, procedimientos escritos, gestión de riesgo, protocolos de prevención, canales de denuncia, investigaciones internas, sistema disciplinario, y órgano de cumplimiento – monitoreo, encaminados a identificar los riesgos para efectuar controlarlos de forma eficaz, con la finalidad de salvaguardar la reputación y generar un buen gobierno corporativo en el marco empresarial.

Para alcanzar el comportamiento adecuado, las instituciones bancarias hacen uso de la institución de *Compliance*, la cual consiste en un conjunto sistematizado de pautas y controles que buscan prevenir principalmente y asegurar la satisfacción de la ley, logrando de esa manera dominar adecuadamente los riesgos empresariales dentro de la esfera de lo

jurídicamente tolerable. Esto no evita que en algunos casos no ocurra su efectiva concretización; aunque sí permite gestionar debidamente los efectos lesivos ocasionados.

García Cavero (2017) señala respecto a la gestión del riesgo de infracción legal de una corporación no se agota en su prevención, sino que continúa si es que, por alguna razón, no se pudo evitar su realización, asimismo con los programas de cumplimiento también se busca la identificación de qué medidas de prevención dispuestas internamente no fueron adoptadas por los trabajadores responsables. (pp. 57-58)

En el contexto peruano, los Programas de Cumplimiento adquirieron notoriedad en el año 2016, en el ámbito penal, a través de la Ley 30424 (Ley de responsabilidad administrativa de la persona jurídica); sin embargo, es de indicar que a las entidades bancarias ya se les exigía implementar Programas de Cumplimiento en su organización como una política de Gestión Integral de Riesgo, desde inicios del año 2008 (motivo de su emisión normativa fue en razón a la crisis financiera suscitado entre los años 2007 y 2008). Por este motivo es que los Bancos fueron los pioneros en adoptar los Programas de Cumplimiento en el Perú.

Del párrafo antecedido se puede advertir que la Resolución SBS Nro. 37-2008 fue pionera en la adopción de los *Compliance Programs* y la Resolución vigente Nro. 272-2017 siguió con esa mística, para fines de estudio se realiza semejanza y diferencias entre ambas normas:

**Tabla 1**

*Semejanza y diferencias en las resoluciones de la SBS*

	<b>Res. 37-2008</b>	<b>Res. 272-2017</b>
<b>Semejanzas</b>	Se emiten para que las empresas del sector financiero se encuentren debidamente organizadas, así como administradas por personal idóneo, teniendo por finalidad buscar proteger al ahorrista.	
	Refiere al <i>Compliance Programs</i> [Art. 7-A] dentro de Gestión Integral de Riesgo.	Refiere al <i>Compliance Programs</i> [Art.28 – Art. 34] dentro de Gestión Integral de Riesgo.

	Se evidencia la autorregulación regulada [las entidades bancarias son las que determinan la forma apropiada y eficiente de implementar la función de <i>compliance programs</i> ]	
	Los <i>Compliance Programs</i> , están sujetas a revisión periódica por parte de la Unidad de Auditoría Interna, perdiendo con ello autonomía plena.	
<b>Diferencias</b>	Refiere a las prácticas cuestionables [Art. 6] dentro de Gestión Integral de Riesgo.	<i>Refiere a las prácticas cuestionables dentro [Art. 19] de Gobierno Corporativo.</i>

En razón a lo antecedido [Res. 37-2008 y su modificatoria Res. 272-2017], se puede advertir que, a través de estas normas, se inserta el elemento mínimo del Compliance que es la **INVESTIGACIÓN INTERNA**, el cual expone que un ente corporativo ante un ilícito deberá actuar de la siguiente manera:

Las empresas deben establecer los sistemas internos apropiados que faciliten la denuncia oportuna e *investigación de las actividades* no autorizadas, *ilícitas*, fraudulentas y otras prácticas cuestionables definidas por la empresa, identificadas por cualquier trabajador o por alguna persona que interactúa con ésta (...) para lo cual la empresa debe implementar procedimientos que permitan mantener la confidencialidad del denunciante. (SBS. 2017) *(Negrita es nuestra)*

De los preceptos normativos emitidos por el regulador (SBS), se puede concluir que la adopción e implementación de las investigaciones internas, queda a la voluntad de las entidades bancarias, de acuerdo a dicha norma se ha facultado a los Bancos la capacidad de autorregularse de acuerdo a su riesgo y necesidad (por ejemplo, a través de manuales y protocolos deberían implementar las investigaciones internas).

Dicha autorregulación delegada por el Estado a las entidades bancarias, se le conoce, en el Derecho Penal Económico, de acuerdo a Ivo Coca (2013), como autorregulación regulada, esto es, que el Estado sea el que regule, pero delegando en la propia empresa el *enforcement*.

De esta forma es que nace el fenómeno de la autorregulación delegada o *delegated self-regulation* (pp. 51).

Es así que frente un hecho presuntamente ilícito conocido dentro de su seno de su organización, ya sea delitos “en contra de la empresa” (víctima) o “desde la empresa” (victimario), ya sea en cualquiera de las dos situaciones, de acuerdo al marco normativo emitido por el regulador bancario, a través de sus resoluciones deberían implementarse las investigaciones internas.

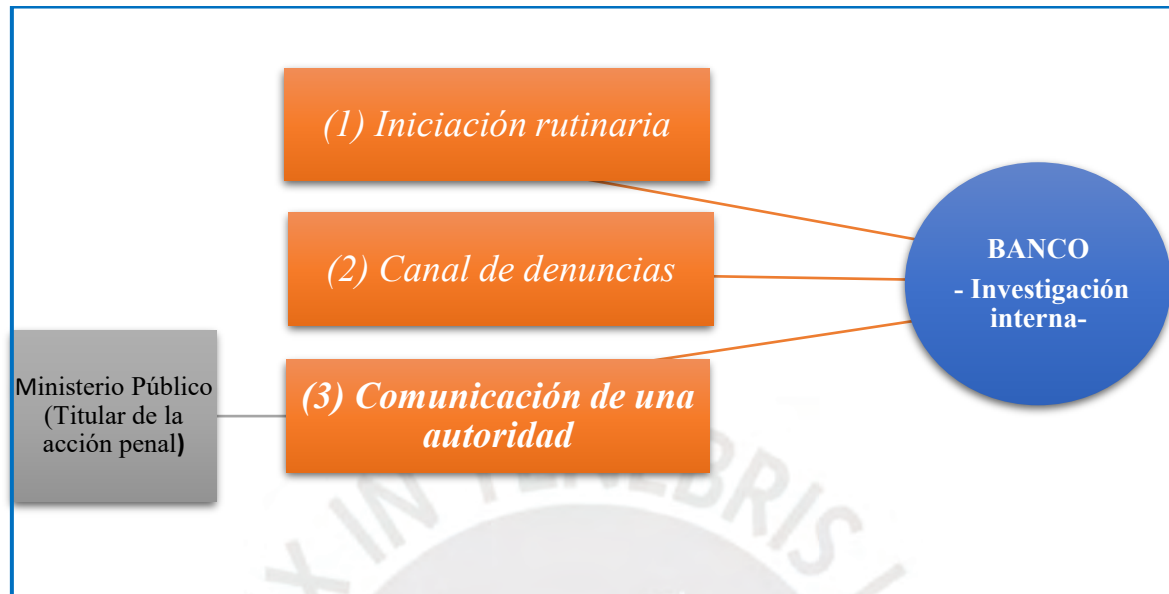
Una investigación interna puede activarse de diferentes formas, se tiene de acuerdo al gráfico que puede ser por **(1) iniciación rutinaria**, es decir actos propios de supervisión y verificación periódica del modelo de prevención, para observar el funcionamiento debido del *compliance programs*, **(2) denuncias recibidas a través del canal de denuncias**, efectuadas por los y por los stakeholders, así como los trabajadores [soplos – whistleblowing channel]; y también se tiene la **(3) Comunicación de una autoridad**, pudiendo tener estas facultades regulatorias (SBS<sup>1</sup>, BCRP), fiscalizadoras (Contraloría General de la República, MEF), tributarias (SUNAT), judicial (como consecuencia de ciertas afirmaciones o de documentación aportada por la parte contraria en un litigio, toda vez que de dicha información y documentación se infiera la posible comisión de un delito o una infracción de las normas de conducta que merezca ser indagada en profundidad), y **autoridad persecutora – Ministerio Público** (a través de la recepción de un requerimiento, que pueda poner de manifiesto la existencia de alguna conducta criminal de la que pueda resultar responsable la persona jurídica/trabajador/directivo). Por lo que existen tres situaciones que podría dar fruto a que se active o inicie una investigación interna (cualquiera de ellas puede advertir un hecho criminal)

En el caso materia de la investigación, nos interesa las comunicadas por el órgano persecutor (Ministerio Público). Graficando se tiene:

---

<sup>1</sup> Cuarta Disposición Complementaria Ley 26702.

**Figura 1.** Formas de activar una investigación interna



Entrando ahora en el tema de la INVESTIGACIÓN INTERNA, es de apuntar que existen diversos posturas doctrinalmente en relación a la clasificación o tipos de investigación internas, la más acertada fue dada por el profesor Colomer Hernández (2019) al señalar que existe dos clasificaciones, la cuales son las: “preventivas y reactivas, por la razón que abarca si su inicio está o no vinculado con la previa detección y/o comunicación de irregularidades o *notitia criminis*”, (p. 611-613), en esa misma línea tenemos al autor español Miguel Fortuny (2021), Ramón Ragués (p. 194) y a Zabala y Trendafilova (2021).

Esta clasificación antecedida dada por los autores señalados, desborda el aspecto temporal en el que se inicia la investigación y respecto del momento en la que se producen los hechos objeto de investigación, por lo tanto, podemos distinguir en base a ello, entre investigaciones **preventivas o reactivas**.

En las primeras las llamadas investigaciones preventivas su origen no se lleva a cabo en relación o como consecuencia de la detección/comunicación de una irregularidad o de un delito cometido.

La finalidad de las preventivas es dar a conocer que el modelo de prevención está funcionando. Por tanto, nacen desvinculadas de la comisión de cualquier irregularidad y se

encuentran programadas de forma periódica y sistemática (anual, semestral, trimestral, etc.). Pueden ser ejecutadas por el *compliance officer* de la organización, o bien por una organización externa e independiente (abogacía, firma de consultoría, etc.), formando parte del seguimiento y monitoreo del modelo. (Fortuny, 2021).

Por otro lado, las *investigaciones reactivas* son las que se inician una vez detectado el problema o la infracción, o incluso, una cuando las propias autoridades ya han requerido la empresa para que proceda a investigar o a facilitar información o documentación con respecto a unos hechos ya conocidos por las autoridades. (Zavala & Trendafilova, 2020).

Las investigaciones reactivas, a su vez, pueden subdividirse en dos tipos. Las confirmatorias y las defensivas. Ambas traen causa en la previa detección y/o comunicación de una irregularidad o *notitia criminis*, no obstante, su finalidad es diferente.

Las confirmatorias podrían definirse *prima facie* por exclusión, es decir, aquellas que no son ni preventivas ni defensivas. Desvinculadas de un proceso penal, su finalidad es comprobar hechos y ejercer facultades disciplinarias, así como introducir medidas correctivas y de mejora de los modelos de prevención en delitos. Se producen con mayor frecuencia dentro del contexto de un programa de cumplimiento en lo penal. El alcance depende en razón a la naturaleza de los hechos, pero por lo general van ligadas al ejercicio de la potestad disciplinaria. (Fortuny, 2021).

Las defensivas estarán vinculadas a un proceso penal abierto o de presumible apertura contra la persona jurídica, directivos, trabajadores, siendo su finalidad definir la posición jurídica de la persona jurídica, y su correlativa estrategia de defensa.

Pueden existir casos limítrofes, muchas veces debido al factor tiempo. Por ejemplo, se lleva a cabo una investigación confirmatoria con imposición de sanciones disciplinarias y, al cabo de unos años, se abre un proceso penal corporativo por los mismos hechos, a instancia de un tercero, en el cual la persona jurídica se plantea colaborar con la aportación de pruebas obtenidas en aquella previa investigación confirmatoria.

Es decir, lo que se configuró inicialmente como una investigación confirmatoria, de haberse realizado abierto ya el proceso penal, sería considerada defensiva, con las consecuencias a nivel de garantías en materia de derechos fundamentales para las personas físicas involucradas en los hechos.

De estas dos clasificaciones o tipos dada por el profesor español, para objeto del presente trabajo de investigación se tendrán en cuenta únicamente las investigaciones reactivas defensivas.

Asimismo, debe entenderse con la denominación “ilícito cometidos en la empresa” como bien señala el profesor Percy Garcia (2014) son los delitos acaecidos en contra de la empresa, es decir cuando la entidad es víctima o agraviada de un delito, ya sea doloso o culposo, efectuada por sus trabajadores en contra de ellas (pp.66); y, asimismo, la palabra “ilícitos cometidos desde la empresa”, aquí hay que desbordar a la entidad como sujeto activo de delitos, es decir infractora de norma penal.

De esta forma quedan establecidos la limitación del objeto de tratamiento de investigación, en que situaciones se deben activar los programas mínimos de *compliance*, tales como son ***las investigaciones internas reactivas sobre ilícitos penales*** (*negrita es nuestra*) debiendo ser idóneas y eficaces con la finalidad delimitar las responsabilidades penales dentro del seno de su organización.

La variable principal dentro de un Programa de Cumplimiento es el conjunto de elementos mínimos que lo compone, siendo uno de ellos la *investigación interna*, el mismo que tiene que ser implementado por la entidad bancaria.

La situación problemática, parte en razón a que la Superintendencia de Banca, Seguros y AFPs, deja al banco su autorregulación en temas de Investigación Interna, quedando en estos la implementación de acuerdo a sus riesgos y necesidades, siendo esa situación la que nos permite abordar el siguiente problema de investigación:

### 1.1.1 Problema General:

¿Ante la comunicación puesta por el aparato persecutor (Ministerio Público-Fiscalía) sobre un hecho presuntamente ilícito en la que estaría envuelto un colaborador/directivo e incluso la propia entidad bancaria, los Bancos se encuentran obligados en activar la investigación interna reactiva defensiva?

### 1.1.2 Problema Específico:

¿Ante la activación y realización de una investigación interna en una entidad bancaria, que derechos le deben asistir al colaborador/directivo involucrado en el ilícito penal?

## II. PLANTEAMIENTO DE LA HIPÓTESIS

Hipótesis general e Hipótesis específicas.

### 2.1 Hipótesis General:

- De acuerdo al **marco regulatorio**, en el ámbito bancario, no existe la obligatoriedad de activar la investigación interna reactiva defensiva en las entidades bancarias ante la comunicación de la Fiscalía sobre un hecho presuntamente ilícito en la que estaría envuelto un trabajador/directivo e incluso la propia empresa bancaria.

### 2.2 Hipótesis específicas:

- El derecho fundamental que le debe asistir al trabajador/directivo involucrado en un ilícito penal, cuando se activa una investigación interna, es el derecho a no autoincriminarse el cual debe darse únicamente para aquellas investigaciones internas que tenga de consonancia penal; siendo que las Investigaciones internas que no tenga relevancia penal serán resueltas disciplinariamente en el ámbito laboral.



### III. PLANTEAMIENTO DE LOS OBJETIVOS

Objetivo de la investigación:

#### 3.1 Objetivo General:

La propuesta presentada en el presente trabajo de investigación es de corte político legislativo y regulatoria, por lo que se trata de:

- *Demostrar* que existe una carencia normativa de una debida implementación de los procedimientos de cómo debe llevarse a cabo una investigación interna en las entidades bancarias de forma obligatoria, lo señalado se afirma en base al análisis casuístico de unos de los bancos que tienen mayor envergadura a nivel nacional (Banco de la Nación)
- *Explicar* los 07 fundamentos que legitimaría el deber de activar una investigación interna reactiva defensiva en un Banco de forma obligatoria (1) en primer lugar en base al derecho comparado (experiencia norteamericana); (2) en base al objetivo de tener una entidad bancaria más integra, (3) en base a la protección del ahorrista como interés público que el Estado busca proteger, (4) en base a la evaluación de riesgos el cual permitirá comprender que una comunicación efectuada desde la Fiscalía tiene mayor grado de importancia sobre el canal de denuncias y acción rutinaria, (5) se expondrá la carencia de una regulación regulada uniforme permitió que la investigación reactiva defensiva efectuada en el interior del Banco de la Nación no sea efectiva, generando como consecuencia una deficiente implementación del Programa de Cumplimiento; (6) se expondrá la teoría de juegos para identificar la conducta de la entidad bancaria en la toma de decisión, el cual permitirá señalar que ante un escenario de obligatoriedad es más beneficio puesto que fortalece el sistema y su reputación; y finalmente (7) en base a la a la Cuarta Disposición Final y Complementaria de la Ley N° 26702 que refuerza la activación de una investigación interna en una entidad bancaria.
- *Proponer* pautas para una debida implementación de un procedimiento de cómo debería llevarse a cabo las investigaciones internas de contenido penal en las entidades bancarias.

### **3.2 Objetivo Específico:**

El presente trabajo de investigación tiene 01 objetivo específico relacionados con el problema específico:

- Identificar los derechos y garantías fundamentales mínimas que le puede asistir al empleado/directivo en una investigación interna reactiva defensiva efectuadas por las entidades bancarias (derecho a la no autoincriminación).

## **IV. ENFOQUE METODOLÓGICO DE LA INVESTIGACIÓN**

En el Perú se evidencia, la ausencia de procedimientos de regulación como debe llevarse a cabo una investigación interna en una entidad bancaria, y ello trae a colación su mala praxis que vulneran la naturaleza reactiva de las investigaciones internas en los programas de cumplimiento en el Sistema Financiero nacional (banco) toda vez que no existe una implementación para que se procedimentalice la investigación interna, ni tampoco bajo que presupuestos debe activarse de manera obligatoria, ni quiénes son los responsables de su omisión si no lo activan oportunamente, ni los derechos fundamentales que le asisten al trabajador/directivo en una investigación interna, y no se sabe qué papel que cumpliría la Fiscalía culminada la investigación interna.

Por lo que, en la presente investigación parte de un estudio de caso, pero sus consecuencias pueden inferirse a otros casos similares dentro de la regulación de las investigaciones internas dentro del Sistema Financiero Nacional (bancos).

Mediante el análisis de documentos producidos durante las investigaciones internas y reportes que permitan conocer detalles de la situación problemáticas, se puede hacer elaborar conocimiento para explicar y proponer una solución que detenga la vulneración de la naturaleza reactiva de la investigación interna en los programas de cumplimiento en el Sistema Bancario nacional.

La investigación empleará un enfoque regulatorio y comparado en cuanto a la experiencia de otros países, principalmente EE. UU y España, a fin de identificar la necesidad de

proponer una regulación específica en base al tema de investigación interna, toda vez que el *Programs Compliance*, nace en EE. UU, y en razón a ello ha ido implementándose en los diferentes continentes, tanto en Europa (España) como en Latinoamérica (Perú). *Por lo que se busca fortalecer el presente trabajo de investigación con realidades adelantadas en cuanto a la aplicación en temas de Programs Compliance (investigación interna).*

Desde el **enfoque regulatorio** se analizará memorándum, guías o advertencias emitidas por los principales organismos a cargo de las investigaciones internas (Fiscalía General), así como diversas sentencias norteamericanas con incidencia general en el tema de investigación interna, pues ello servirá para determinar cómo se regula y como se aplica la INVESTIGACIÓN INTERNA a las empresas.

Por parte del **enfoque comparado**, principalmente se considerará la experiencia estadounidense por estar en la vanguardia (pionera), luego será la europea (Alemania - España), sin perjuicio de otras que pueden resultar necesarias para la presente investigación.

Así, en el lado norteamericano hay antecedentes referidos a la *investigación interna* el cual nace a través de la United States Sentencing Guidelines y se va fortaleciendo a través de los Memorandum, y la casuística como de New York Central & Hudson River Railroad vs United States, Garrity vs New Jersey, y también United States vs Connolly, el cual se emplea dicha figura como forma de colaboración de las empresas en un proceso penal, en la que las garantías y derechos que le asiste a un empleado cuando se realiza una investigación interna difiere de los derechos que tiene un investigado en un proceso penal, siendo ello diferente en la legislación Española y Alemana.

Puesto que los dos países citados (España y Alemania) existe la responsabilidad por el hecho propio el cual otorga a la empresa tener los mismos derechos y obligaciones que una persona física por lo tanto el derecho a no inculparse se efectúa desde que se activa una investigación interna.

En ese orden de ideas, es necesario indicar que la importancia de este trabajo radica en la protección de la institución jurídica de los programas de cumplimiento, el mismo que se hará efectiva si se realiza a través de una investigación internas oportuna y eficaz su falta de

entendimiento puede provocar que el *Compliance* pierda su finalidad reactiva, por lo que se establecerá una adecuada modificaciones necesarias del ordenamiento jurídico que determina y garantice la obligatoriedad de su aplicación ante un escenario de una investigación interna de naturaleza reactiva, en base al estudio del caso.

Es pertinente señalar que la **limitación más resaltante** es el mediano alcance a informes y documentos de la investigación interna que se realiza en una entidad bancaria (toda vez que es una información muy sensible puesto que su divulgación podría incidir en la reputación de los bancos), así como las entrevistas a los banqueros (que afirman que su entidad empleadora no les permite vislumbrar información de cómo se llevan a cabo las investigaciones internas a terceros).

En cuanto al Ministerio Público, la limitación se encuentra en el acceso a las Carpetas Fiscales por ser estos, investigaciones de carácter reservado. Pero cabe resaltar que a pesar a esta mediana limitación se obtuvo información documentaría e informes principales de las investigaciones internas del Banco de la Nación y asimismo acceso algunas informaciones de Carpetas Fiscales, sin embargo, ello no influye de forma significativa a los resultados, porque a través del análisis del caso Banco de la Nación permitirá señalar que la no procedimentalización de una investigación interna genera que sea mal llevado a cabo una investigación interna reactiva defensiva.

## **CAPITULO II: ESTADO DEL ARTE DE LA INVESTIGACIÓN INTERNA COMO EL CORAZÓN DEL *COMPLIANCE* EN LAS ENTIDADES BANCARIAS**

### **2.1 Antecedentes de la investigación**

La situación problemática bajo análisis parte desde un estudio de caso (Banco de la Nación), por lo que se encuentra delimitada en un enfoque específico que no ha sido desarrollado en el Perú. Después de revisar los trabajos realizados hasta la fecha en bibliotecas y hemerotecas, llegamos a la conclusión que el presente proyecto de investigación es el primero en abordar esta temática. Por tal motivo, los antecedentes se ajustan a los temas y trabajos de investigación afines a las investigaciones internas en entidades bancarias, tanto de Perú como de experiencias de otros países.

### **2.2 Precisiones**

Para el presente trabajo de investigación en el aspecto de marco conceptual general y específico, se utilizará citas textuales toda vez que son definiciones dadas por los autores en base a sus estudios efectuados y la adición o sustracción generaría distorsión de lo que buscan transmitir a lector.

El término *trabajador*, para el presente trabajo de investigación involucra al *colaborador* y *directivo*, por lo que su utilización de dichos términos en el devenir del presente estudio debe entenderse de forma similar, por la razón que se encuentran subordinados a la entidad bancaria.

### **2.3 Marco conceptual general**

Los temas desarrollados para alcanzar la comprensión de la situación problemática son los siguientes:

❖ **Riesgo:** Existen distintas formas de definir riesgo, como por ejemplo se tiene a COSO (2004) quien define “el riesgo como la posibilidad de que un evento ocurra y afecte desfavorablemente al logro de objetivos” (p.28).

Asimismo, se tiene a *The The Risk Management Standard* (RMS), el cual define el riesgo como “la combinación de la probabilidad de un evento y sus consecuencias” (2002, p. 2).

También en esa línea está el Estándar Australiano AS/NZS 4360:1999 que considera como riesgo “la posibilidad de que suceda algo que tendrá un impacto sobre los objetivos. Se lo mide en términos de consecuencia y probabilidades” (1999, p. 5).

Para los fines del estudio de la presente tesis se adopta la definición de riesgo dada por la SBS a través de la Res. 272-2017, artículo 02, literal f de dicho cuerpo normativo, el cual refiere que riesgo es: “la condición en que existe la posibilidad de que un evento ocurra e impacte negativamente sobre los objetivos de la empresa o situación financiera”.

❖ **Riesgo penal en la actividad empresarial:** Dicha palabra no ha sido definida en nuestra legislación nacional, ni es esbozada con claridad en el derecho comparado, sin embargo, para la presente tesis debe referirse por riesgo penal a la posibilidad que se cometan cada uno de los delitos para los que el Código Penal prevé que puedan ser cometidos al interior de las empresas, desde ellas o en contra de ellas, ya sea como sujeto activo imputable de delito(s) o como sujeto pasivo (agraviado), **(definición nuestra)**

❖ **Programas de Cumplimiento:** Conocido en el sistema anglosajón como *Compliance* o *Programs Compliance* y en Perú de acuerdo a la Ley de Responsabilidad Administrativa de las personas jurídicas a través de su reglamento (DS. 002-2019) se lo denomina como “modelos de prevención”, y de acuerdo a la Superintendencia de Banca y Seguros en su reglamento (RES. 272 - 2017) referente a Gobierno Corporativo y Gestión Integral de Riesgos se le llama como “Programas de Cumplimiento o Cumplimiento Normativo”; señalándose para fines de la presente investigación todas ellas significan los mismos.

Sin embargo, para fines del estudio se utiliza el concepto establecido por el Reglamento de la Responsabilidad de las personas jurídicas en el artículo 5, inciso 13 del Decreto Supremo 002-2019, **el cual define que el Modelo de prevención como un:**

Sistema ordenado de normas, mecanismos y procedimientos de prevención, vigilancia y control, implementados voluntariamente por la persona jurídica, destinados a mitigar razonablemente los riesgos de comisión de delitos y a promover la integridad y transparencia en la gestión de las personas jurídicas. (Decreto Supremo 002-2019)

❖ **Investigación interna:** Es uno de los elementos mínimos que conforman el Programa de Cumplimiento, ello se puede advertir de la lectura del Reglamento de la Ley 30424 de la Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas (2019).

La ISO 37301, sobre “Sistemas de gestión del *compliance*. Requisitos con orientación para su uso”, encontramos una definición genérica de procesos de investigación contenida en su apartado 8.4, el cual alude:

✚ La organización debe desarrollar, establecer, implementar y mantener los procesos para valorar, evaluar, investigar y cerrar los informes sobre casos supuestos o reales de incumplimientos. Estos procesos deben asegurar que la toma de decisiones es justa e imparcial. Los procesos de investigación deben realizarse de forma independiente y sin ningún conflicto de intereses por parte del personal competente.

✚ La organización debe usar el resultado de las investigaciones para la mejora del sistema de gestión del *compliance* cuando corresponda.

✚ La organización debe informar regularmente sobre los números y los resultados de las investigaciones al órgano de gobierno y a la alta dirección.

✚ La organización debe conservar la información documentada sobre la investigación.

También se tiene el trabajo de Víctor Gómez Martín (2018) quien señala que las investigaciones internas se caracterizan por ser reactivas defensivas, es decir, comienzan ante la sospecha de la comisión de un delito a diferencia de las actividades de control de rutina (p. ej., auditorías sobre documentación contable) que habitualmente desarrolla la empresa, por lo que de manera similar al proceso penal intenta reconstruir un hecho pasado. Incluso puede servir para detectar fallas en ese control de rutina que realiza la empresa (citado por Castany, Rodríguez & Vinuesa, 2018, p. 199).

Asimismo, se tiene a Fortuny Cendra, (2021), quien seña que “una investigación interna en materia de delito corporativo es un proceso que lleva a cabo una persona jurídica, interna o externamente, que tiene por objeto el esclarecimiento de unos hechos y sus posibles responsables, para determinar su naturaleza, efectos y consecuencias, permitiendo a la organización adoptar y ejecutar con eficacia las decisiones y medidas oportunas”.

Finalmente, a Gimeno Bevià, quien indica que la investigación interna “consiste en un protocolo de actuación, que inicia la persona jurídica, tras recibir la denuncia de una actividad delictiva o sospechosa de serlo en su propia organización, con el objetivo de esclarecer el alcance de dicha conducta, así como identificar a sus responsables”. (2016: p.219). Siendo objeto de atención para el presente trabajo, la investigación interna reactiva defensiva.

❖ **Ministerio Público:** Como bien se sabe es un organismo autónomo del aparato estatal, esa autonomía es reconocida constitucionalmente en nuestra Carta Magna 1993 y su predecesora 1981, teniendo facultades de tanto de prevención del delito, así como de iniciar su persecución penal en base al interés público, la sociedad, (Presidencia de la República, 1981, Decreto Legislativo 052, Artículo y ss).

❖ **Superintendencia de Banca y Seguros:** La SBS es una institución de derecho público cuya autonomía funcional está reconocida por la Constitución Política del Perú (Congreso Constituyente Democrático, *Constitución Política del Perú, 1993, Artículo 87*). Sus objetivos, funciones y atribuciones están establecidos en la Ley General del Sistema Financiero y del Sistema de Seguros y Orgánica de la Superintendencia de Banca, Seguros y AFP (*Congreso de la República de Perú, 1996, Ley 26702, Artículo 1 y ss*).

❖ **Gestión de Riesgo:** De acuerdo al Estándar Australiano de Administración de Riesgos AS/NZS 4360:1999, la Gestión de Riesgo es un proceso secuencial, iterativo y de mejora continua, orientado a perfeccionar el proceso de toma de decisiones, de acuerdo con este estándar la gestión de riesgo es un proceso de identificación de oportunidades, así como de mitigación y eliminación de pérdidas. (citada por H. Meneses, A. Raygada & F. Cedillo pg. 14).



## **2.4 Marco conceptual específico**

### **2.4.1 Sistema Financiero**

De acuerdo a la profesora Rocca refiere al “Sistema Financiero como, al conjunto de entidades que captan y administran recursos financieros y que se encuentran reguladas y supervisadas por el Estado”, (2017, p.18).

Por otro lado, se tiene al abogado Blossiers, quien señala que el “Sistema Financiero es, el conjunto de empresas autorizadas, para realizar la labor económica de intermediación financiera, entendida como la posibilidad de captar recursos del público, aportar su propio capital, y luego prestarlo para obtener una ganancia o diferencial”, (2013, p. 127)

Asimismo, se tiene la definición dada por la Superintendencia de Banca, Seguros y AFPs, en la Ley General de Sistema Financiero en su glosario al referir que, “el Sistema Financiero es el conjunto de empresas que, debidamente autorizadas, operan en la intermediación financiera, incluyen las subsidiarias que requieran de autorización de la Superintendencia para constituirse”. (1996, pg. 62).

En ese orden de ideas, se tiene a la profesora española Beraza, quien define al Sistema Financiero de la siguiente manera.

El Sistema Financiero de un país está conformado por un conjunto de instituciones, medios y mercados cuyo fin primordial es el de canalizar el ahorro generado por las unidades de gasto con superávit hacia las unidades de gasto deficitarios (...) un Sistema Financiero en una economía cumple la misión fundamental de captar el excedente de los ahorradores y canalizarlo hacia los prestatarios públicos o privados. Cuanto más eficiente sea un sistema financiero, mayor cantidad de ahorro se conseguirá canalizar a la inversión, con las repercusiones positiva que esto supone para la economía para un país, por lo tanto, la función esencial de todo sistema financiero consiste en garantizar una eficaz asignación de los recursos financieros. (Negrita son nuestras) (2015, p. 23).

En esa misma línea, encontramos a autores españoles como Calvo, Pareja, Rodríguez, Cuervo, y Alcalde, al referirse al Sistema Financiero, como el conjunto de instituciones medios y mercados que canalizan el ahorro (2016, p.12)

De acuerdo a estas últimas definiciones dadas, tanto por la profesora española Beraza como Calvo y et al, considero que son las más acertadas, toda vez que permite señalar que hablar del Sistema Financiero no alude únicamente a entidades bancarias, sino también comprenden al mercado de valores, al sistema de pensiones, al sistema de seguros, así como también a los instrumentos o activos financieros, a las instituciones o intermediarios que participan, así como las autoridades monetarias y financieras, encargadas de regularlo y controlarlo. Todo esto engloba lo que se conoce como el Sistema Financiero de un país.

Se explicará líneas seguidas, de este menú denominado Sistema Financiero, en donde se encuentra el postre que son los bancos, que es objeto de atención en el presente trabajo de investigación.

#### **2.4.1.1 Intermediación Financiera**

De acuerdo a los autores peruanos Ambrosini y López en su libro “Sistema Financiero Peruano”, conciben que deba entenderse por intermediación financiera:

Consiste, en mecanismos e instituciones que permiten canalizar los recursos de los agentes superavitarios a los deficitarios, pudiendo ser directa e indirecta, según se produzca a través de un mercado de valores o por medio de una institución financiera. (2019, p. 18)

Señala los citados autores que una intermediación directa es la evaluación del riesgo se realizan gracias a la transparencia de información. Respecto a Intermediación indirecta es la evaluación de los prestatarios, que también depende de la información. Una parte del beneficio obtenido por la sociedad se destina cubrir los costos de intermediación, incluidas las utilidades de los intermediarios.

Asimismo, se tiene al abogado Merino, quien señala que la legislación nacional define a la intermediación financiera como “la actividad habitual consistente en la captación de fondos,

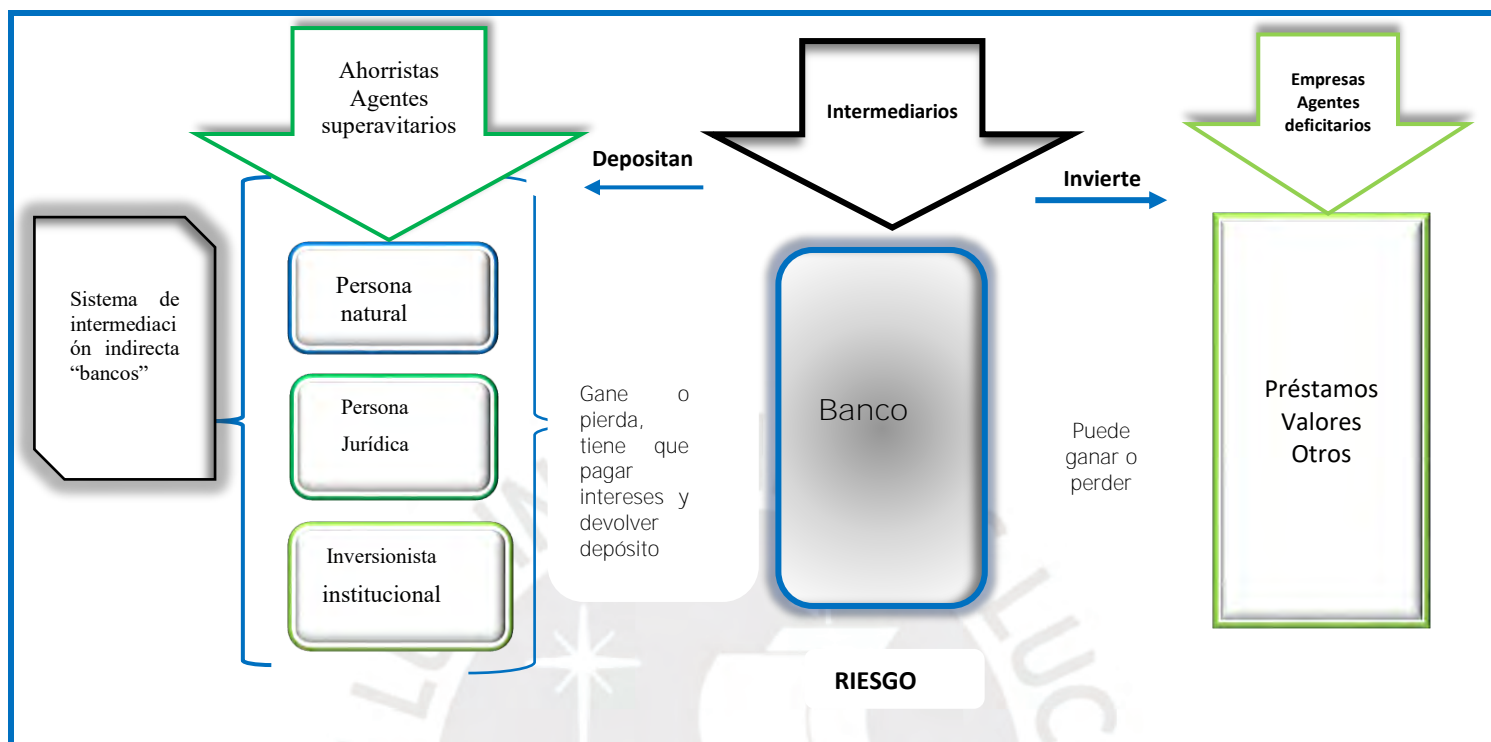
bajo cualquier modalidad y su posterior colocación en forma de créditos o inversiones” (1997, p.9).

La profesora Rocca, cuando habla de Intermediarios Financieros, refiere que, son agentes financieros, los cual pueden participar ya sea en “(1) El sistema de intermediación financiera indirecta o bancaria, y (2) el sistema de intermediación financiera directa o de mercado de valores”. (2017, p. 18). Se denomina sistema de intermediación indirecta porque:

La entidad financiera (bancos, cajas rurales, cajas municipales, etc) capta los recursos superavitarios pagándoles una tasa o interés pasivo, para luego colocarlos a través de créditos u otra modalidad a los agentes deficitarios, recibiendo una tasa o interés activo, el agente financiero tendrá una ganancia que se conoce como spread, por dichas operaciones. (Rocca, 2017.p.19).

Es decir, las entidades financieras, capta los recursos de las personas que ofrecen capital, a través de depósitos de dinero, tanto en forma de cuentas de ahorros, depósitos a plazo fijo, CTS u otros, y estos que ofrecen capital no tiene ninguna relación con las personas que solicitan un préstamo o un crédito a la entidad financiera. La citada autora peruana utiliza la fuente de la Superintendencia de Mercado de Valores para clasifica la intermediación indirecta, el cual se aprecia de la siguiente manera:

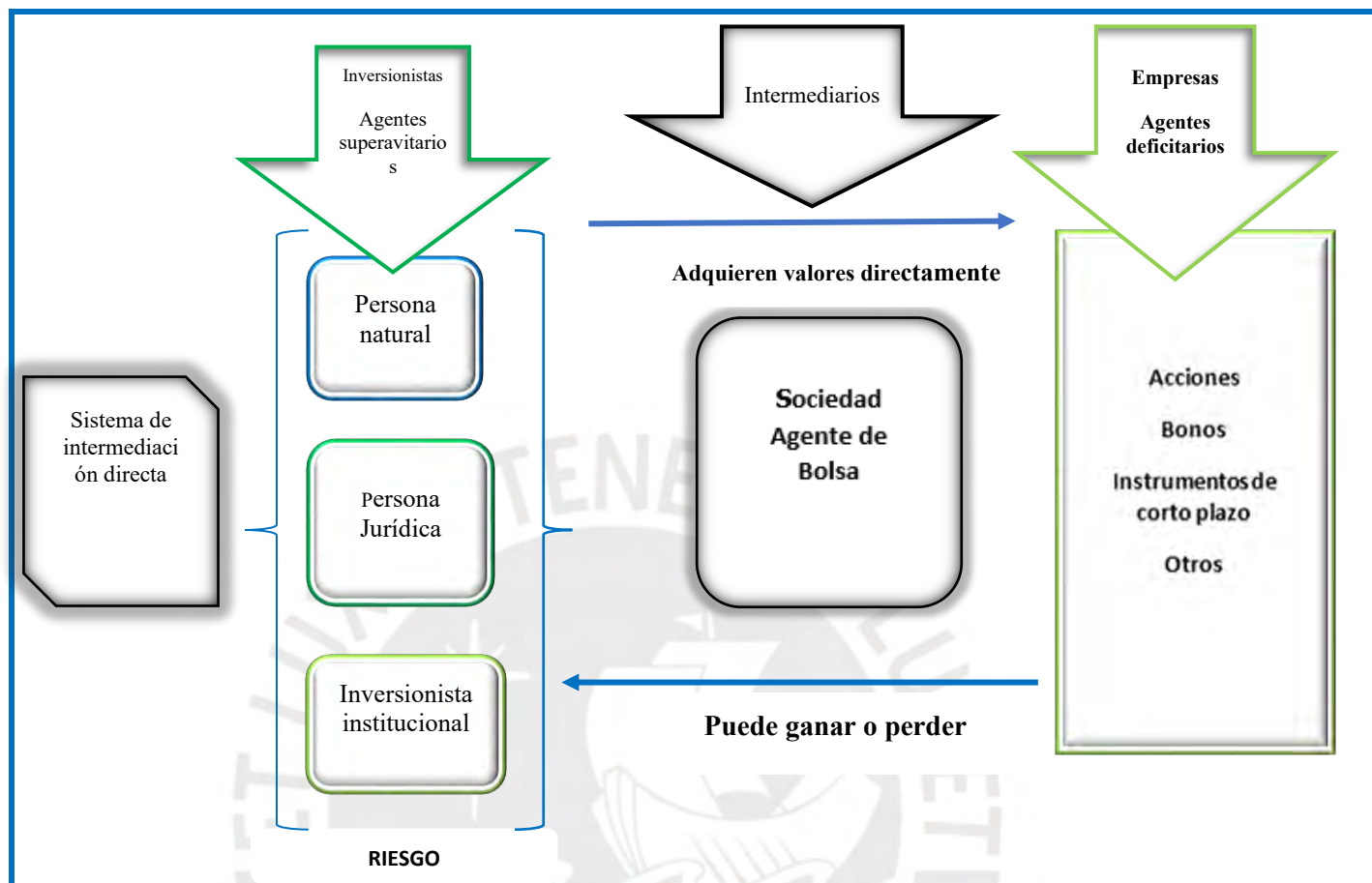
**Figura 02.** Intermediación indirecta.



Fuente: Rocca (2017)

Por otro lado, refiere la citada autora que debe entender por Sistema de intermediación directa, cuando el agente superavitario y el agente deficitario negocian directamente valores mobiliarios (acciones, bonos, u otros instrumentos financieros) dentro del mercado de valores. (Rocca, 2017, p.19). La citada autora peruana utiliza la fuente de la Superintendencia de Mercado de Valores para clasifica la intermediación directa, el cual se aprecia de la siguiente manera.

**Figura 3.** Intermediación directa



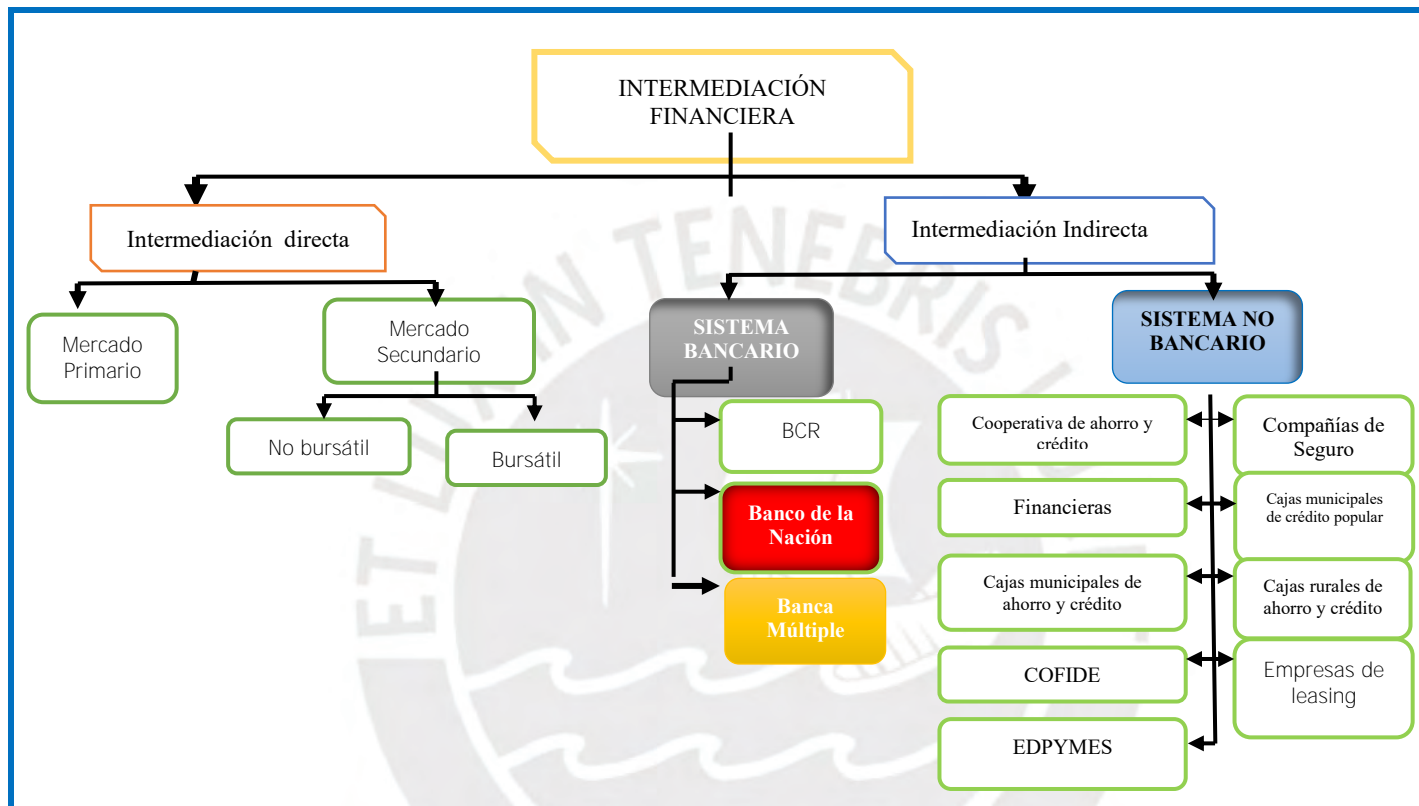
Fuente: Rocca (2017)

En ese orden de ideas, se tiene autores como Ambrosini y López (2019), quienes refieren que:

La Intermediación Financiera, consiste, por lo tanto, en los mecanismos e instituciones que permiten canalizar los recursos de los agentes superavitarios a los deficitarios. **Ella puede ser directa o indirecta**, según se produzca a través de un mercado de valores o por medio de una institución financiera. **En el primer caso**, la evaluación del riesgo se realiza gracias a la transparencia de la información y **en el segundo**, por la experiencia en la evaluación de los prestatarios que también dependen de la información. (p.18) **(negritas son nuestras)**.

Asimismo, indican los citados autores que la clasificación del Sistema Financiero en merito a los Intermediarios Financieros (directa o indirecta), lo presentan en base a la fuente Banco Central de Reserva del Perú, graficándose de la siguiente manera:

**Figura 4.** Intermediación financiera



Fuente: Ambrosini & López (2019)

En ese orden de ideas es de señalar que, en base a la misma Clasificación antecedida, la Superintendencia de Banca, Seguros y AFPs, también lo concibe, puesto que señala que la Intermediación Indirecta involucra al Sistema Bancario y no Bancario, incluyéndose los mismos intervinientes como lo graficado por el BCRP (SBS, 2009, p. 16)

En base a lo expuesto a las múltiples Clasificaciones del Sistema Financiero en base al elemento Intermediación Financiera, considero que la Clasificación del Sistema Financiero, más acertada es la realizada por el Banco Central de Reserva del Perú (BCRP), puesto que hace hincapié a nuestra realidad de nuestro Sistema Financiero Peruano, **para fines de**

**estudios para el trabajo de investigación, nos centraremos en el Sistema de Intermediación Indirecta, específicamente el Sistema Bancario (negrita es nuestra).**

#### **2.4.1.2 Banca**

De acuerdo al profesor inglés Tony Latter (1998), señala que hablar de Sistema Bancario es referirnos a lo que se conoce como banco, motivo por el cual los conceptos legales del significado del término son cambiantes de acuerdo a cada país, los bancos son proveedores de créditos, y esta característica no lo hace algo único, ya que el crédito está disponible de otras fuentes, tales como abastecedores comerciales, minoristas o en forma titularizada en los mercados de capital, lo que hace a la actividad bancaria en cierto sentido únicos es la captación de depósitos/ahorros (pp. 4-5).

Asimismo, se tiene el profesor colombiano Rodríguez Azuero, quien refiere que el Sistema Bancario, comprende el estudio de la totalidad de entidades que intervienen en relación con las operaciones bancarias, no sólo las que las realizan sino las que las regulan o controlan. (2002, p. 118).

Por otro lado, se tiene a Villegas quien refiere que el banco es una empresa, una organización de capital, tecnología y trabajo para la prestación del servicio financiero. Expone el citado autor que se concibe como empresa por la razón que su actividad consiste en recibir fondos de dinero del público (familias y empresas) colocados a corto plazo, para transferirlo en préstamo al público que lo requiera (familia, empresas, Estado). Además, indica el autor que el negocio de la empresa bancaria consiste en prestar los fondos que recibe. (1989, p.6). En ese orden de ideas se puede apreciar que, la definición más acorde a lo que debe entenderse por banco, es tener la cualidad de ser captador de depósitos del público en general, motivo por el cual requiere de protección.

### 2.4.1.3 Razones que motivan la regulación bancaria

Merino afirma que:

Toda empresa bancaria que quiera operar con ahorro del público debe contar con la previa autorización de la Superintendencia de Banca, Seguros y AFPs (SBS) para realizar operaciones de captación, y quien reciba esa autorización debe cumplir con la regulación bancaria para que poder hacerse merecedora de la confianza del público y, por ende, que el público pueda confiarles sus ahorros de toda su vida. La evaluación que realiza la SBS para otorgar una licencia de un banco, constituye el primer eslabón de regulación, el mismo que será evaluada a dicha captadora de manera permanentemente en el transcurso de su vida operativa. (p. 3).

El amparo que brinda el Estado al ahorrista se orienta principalmente a la regulación constante de las instituciones que operan con dichos fondos del público. (Merino, 1997, p. 4). Refiere el autor citado, para cautelar el ahorro del público se ha dotado facultades a la SBS para el cumplimiento de las normas vigentes para su gestión.

Básicamente lo que se busca es evitar el manejo inadecuado de los ahorros del público, para prevenir efectos negativos de la economía y para la sociedad en general.

Asimismo, la profesora Vodanovic (2012) quien indica que “la regulación bancaria es necesaria para corregir fallas que son sui generis a estos mercados financieros, entre ellas las externalidades (riesgo sistémico), la asimetría de la información entre agente y usuarios, los costos de agencia y la competencia” (p. 148)

En ese orden de ideas se tiene al profesor Ruiloba (2007, pp. 272-278) quien señala las razones de porqué se regula la actividad bancaria, siendo básicamente por los problemas siguientes que atraviesa la banca:

#### **i. La naturaleza especial de una entidad bancaria, es ser intermediación financiera.**

Los bancos manejan enormes cantidades de recursos procedentes de variados agentes superavitarios (ahorristas) hacia los deficitarios (prestamistas), es decir son un puente de



colocación de los superavitarios hacia los deficitarios, producen lo que se conoce como economía de escala, el cual permite que el rol del Estado ingrese a efectos de proteger el interés público de dichos agentes superavitarios (ahorristas), ya que al ser estos puentes de colocación los bancos se encuentran expuesto a diferentes riesgos como el riesgo de liquidez, riesgo de mercado, riesgo de crédito, riesgo operativo, riesgo penal entre otros.

Por lo que a través de políticas regulatorias se busca mitigar, transferir o reducir los riesgos que está inmersa una entidad bancaria.

## **ii. Las externalidades negativas propios del sector bancario.**

Ruiloba señala que “cuando las fuerzas de mercado no asignan los recursos de manera eficiente se considera que existe una falla del mercado” (2007, pág. 275).

Una externalidad negativa sería la (a) ausencia de empresas bancarias, y (b) la ocurrencia del riesgo sistémico.

Los primeros (a) están en sintonía con la labor de intermediación, es decir en el traslado del activo, de un sector superavitario a un deficitario.

De este modo, resulta importante regular a los bancos a fin de que estos no dejen de llevar a cabo la actividad de intermediación, pues hacerlo tendría consecuencias negativas al sistema financiero ergo, a la economía de un país.

Lo segundo (b) es entendida como aquella situación que ante un problema que afecte a un banco termina extendiéndose al resto, básicamente por la interdependencia que existe entre ellos, poniendo en peligro al sistema financiero en su conjunto, siendo este el fundamento de la regulación del sistema financiero (Ruiloba, 2007, pp. 276-278).

Esa sensibilidad afirma Llewellyn (1999) que la afectación a los otros se da por la razón que los bancos adquieren sus principales activos con recurso provenientes de los ahorristas, ello conlleva que los bancos estén expuesto constantemente al riesgo de liquidez (1999, pp. 13-14).

La falta de liquidez es el pánico bancario. McMillan & Müller (2018) indica que un pánico bancario, es una situación en la que muchos ahorristas quieren retirar su dinero al mismo tiempo. Los bancos no pueden satisfacer más que cierto número de demandas en un plazo de tiempo determinado. El límite lo marca, la cantidad de reservas de liquidez existentes. Si los ahorristas retiran más, los bancos se quedan sin liquidez.

Si hay demasiada gente que quiere recuperar su dinero, los bancos entran en quiebra. Esa fragilidad es la cruz de la actividad bancaria. (McMillan & Müller, 2018)

Los pánicos son una amenaza constante para los bancos y han sido un fenómeno frecuente en toda la historia de la banca. Sin embargo, en las economías avanzadas, mucha gente los había olvidado hasta septiembre de 2007, cuando el banco británico Northern Rock sufrió el pánico de sus ahorristas (Shin, 2009, p.105).

Entonces ante una mala administración del dinero de los ahorristas, podría conllevar que los ahorristas retiren su dinero ocasionando un pánico financiero.

Se tiene que el riesgo sistémico señala Ruiloba (2007), es el eje principal de índole económica que fundamenta la intervención en un banco, a fin de reducir los efectos de este riesgo, el Estado interviene para regular a las entidades bancarias (p. 278).

Como bien concluye McMillan & Müller (2018) en su libro “el fin de la banca: el dinero, el crédito y la revolución digital” que una sola persona que retira sus ahorros de un banco por un motivo no fundado (pensemos que toma conocimiento que determinados Directivos están haciendo mal manejo del dinero del banco) puede provocar una reacción en cadena que acabe por socavar el funcionamiento del sistema bancario. Primero empezaría por repercutir como espejo en otros bancos, luego en la provisión total de dinero y de crédito en la economía.

En el peor caso expone los autores McMillan & Müller (2018) un pánico bancario puede desembocar en un colapso total del sistema financiero y llevar la economía a una espiral deflacionaria y a una recesión severa.

El hecho mismo que una entidad bancaria ejerza un protagonismo fundamental en una economía más como la nuestra subdesarrollada, es lo que hace que los pánicos bancarios tengan consecuencias tan catastróficas (McMillan & Müller, 2018)

Digamos en término literarios, los pánicos bancarios serían el talón de Aquiles de la banca.

Finalmente, como expone Stiglitz (2010), al señalar que “la intervención de políticas se debe diseñar de modo que hacen menos probable la ocurrencia de acciones que generan grandes externalidades negativas” (p.14). Es decir, se debe implementar medidas reguladoras que permitan evitar exposiciones de los bancos a externalidades negativas como las señales en el punto (b).

### **iii. Los problemas como consecuencia de las asimetrías de la información sui generis al Sistema Bancario.**

Como bien apunta Mishkin, al señalar que: “los sistemas financieros son altamente complejos y afrontan problemas de información asimétrica” (citado por Ayiber & Gutiérrez, 2009, p. 54)

La asimetría de la información se contraponen entre dos sectores, por un lado, se tiene a los bancos y por el otro a los consumidores, encontrándose una de las partes en mejor posición que la otra, aquí por ejemplo tenemos los costos de agencia, el mismo que se da cuando los depositantes delegan la labor de supervisión a un ente o sujeto distinto a ellos. Como bien señala Ruiloba que: “delegar la función de supervisión a un ente capaz de corregir las asimetrías de información existentes en el Sistema Financiero constituye otro motivo de índole económica por el que se regula el sistema financiero” (2007, p. 280).

Asimismo, se tiene como parte de la asimetría de la información a la pérdida de confianza en los depositantes, por lo que resulta según Lewellyn: “Necesario regular el sistema financiero a fin de establecer disposiciones que aseguren una calidad mínima, lo que permitirá retirar los limones de los mercados” (citado por Ruiloba, 2007, p. 280).

Y finalmente se busca proteger al consumidor de la falta de transparencia en la en el ofrecimiento de productos (activos, pasivos, o neutros), por lo cual es necesario la intervención del Estado en el Sector Financiero.

#### **iv. Los problemas de riesgo moral que surgen como consecuencia de la labor de garantía del ahorro asignada al Estado.**

Los autores Ayiber et al, señala que el riesgo moral es uno de los problemas que cobra mayor importancia, ya que afecta la manera en que las entidades bancarias toman sus decisiones. En el caso de las operaciones crediticias que efectúa un banco, el riesgo moral consiste en los incentivos por parte de los encargados de las áreas comerciales que tienen estos en tomar posiciones con altos niveles de riesgo en búsqueda de altos de rendimientos, sin embargo, una eventual pérdida los responsables de asumir costos son los depositantes. En el caso que fallen, los responsables de las pérdidas son los depositantes. (2009, pp. 54-55)

Se sabe que frente a una crisis sistémica los estados han propuestos dos mecanismos, lo seguros de depósitos, y el prestamista de última distancia. La primera para garantizar a los ahorristas sus depósitos y los segundos destinada a proveer de recursos a los bancos cuando tengan dificultades de liquidez, cuyo objeto es prevenir crisis, sin embargo, esto ocasiona problemas de riesgo moral, ya que incentiva a los bancos a realizar actividades de alto riesgo ocasionando en muchas veces que depositantes pierdan su dinero.

En razón a ello la intervención del Estado en el Sistema Financiero se da básicamente para reducir la probabilidad de que los bancos exploten los problemas de riesgo moral en beneficio propio.

#### **2.4.2 Investigación interna**

La necesidad de realizar investigaciones internas surge cuando se detectan conductas delictivas en el seno de una persona jurídica ya sea que se haya realizado por los trabajadores/directivos en contra de la persona jurídica o desde ella.

En ese sentido, surge la siguiente interrogante, ¿Qué podemos investigar?, en principio, todo: presuntos delitos, faltas disciplinarias, daños a bienes de la empresa, actos o circunstancias

que, sin tener ningún carácter irregular puedan afectar la responsabilidad o reputación de la organización; sin embargo es preciso afirmar que no se podrá investigar: preferencias sexuales, políticas, religiosas, sindicales o culturales de los trabajadores, en general, va a resultar cuestionable cualquier investigación cuya hipótesis central se proyecte sobre cuestiones protegidas por el derecho a la intimidad. (Saccani, 2018, p. 767)”.

#### **2.4.2.1 La investigación interna como elemento mínimo del Programa de Cumplimiento**

Es necesario indicar que la investigación interna no se puede entender sino se habla de *Compliance programs* (llamado simplemente *compliance*) o conocido en habla hispana como Programas de Cumplimiento (*denominado también de manera análoga como Cumplimiento Normativo*), para llegar a vincularla se debe en primer lugar definir qué se entiende por Programas de Cumplimientos y que elementos lo conforman.

##### **i. Que debe entenderse por *Compliance*:**

Partiré la definición desde dos enfoques, tanto en su sentido lato como en su versión estricta; en su primer sentido, la palabra proviene de los términos “cumplir con” o “cumplimiento”, que son las traducciones literales del inglés de las palabras *to comply with* o *compliance*; por lo que a simple vista dicha definición terminológica como bien expone el profesor español Adán Nieto (2013) “por si solas no dice nada apenas nada, salvo lo evidente: actuar conforme a la legalidad, entendiéndose también por el ello el cumplimiento de obligaciones civiles y directrices internas de la empresa” (p. 21). En cuanto su versión estricta se refiere “al seguimiento de lo establecido únicamente en las normas jurídicas vigentes” (García 2017, pp. 5-7).

El *Compliance* en su sentido lato, de acuerdo al profesor Nieto (2013), afirma que el cumplimiento normativo va más allá del ordenamiento jurídico y como se conforman los programas de cumplimiento dentro de la empresa (p. 23).

Complementando con lo afirmado líneas anteceditas, se tiene también al profesor Luis Reyna Alfaro (2015) quien señala que el *Compliance*, es:

Un conjunto de medidas de organización empresarial destinadas a prevenir la aparición de riesgos jurídicamente relevantes (como el riesgo penal) orientando la actuación de los miembros de la empresa a favor del cumplimiento de la juridicidad (p. 463).

Siendo esta última comprensión de la que evidentemente nos interesa desarrollar, puesto que involucra todo un conjunto de medidas que debe seguir una organización o empresa, para prevenir la aparición de riesgos jurídicamente relevantes.

Si bien es cierto que no existe un *Compliance* que se puede aplicar a todas las empresas, sin embargo, se ha evidenciado que se particularizan en función en donde existe mayor riesgo para prevenirlos, como bien señala el profesor Montiel (2017) al indicar que:

No existe un modelo universalmente válido de sistema de cumplimiento normativo, **pues este se particulariza en función del ámbito donde sus medidas inciden**; es decir, en razón de las infracciones que se quieran evitar y que son de diversa índole: **penales**, societarios, civiles, administrativos, etc.; incluso, **dentro de cada sector sus acciones variarán según los riesgos individuales que emanen de la específica actividad que ostenta la persona jurídica**, por cuanto todo programa de cumplimiento, antes de su implementación, tiene que partir de la identificación, evaluación y priorización de los riesgos individuales (pp. 29-31). **(Las negritas son nuestra)**

En base a lo descrito por el citado autor en el extremo de las diversas infracciones que se quiere evitar, nace ahí diferentes *compliance* para cada ámbito, citando a Percy García (2014) hace referencia que se habla, por ejemplo, de *anti - trust compliance* en relación con el cumplimiento de la normativa de defensa de la competencia, de *tax compliance* si se trata de la regulación tributaria, o de *trade compliance* cuando tiene que ver con las disposiciones legales que regulan el comercio exterior (p. 53).

Y en lo que nos interesa en la presente tesis es el fuero penal, según la profesora Neira (2019) refiere que el *criminal compliance*, tiene ámbito limitado circunscrito a prevenir el riesgo penal, dado que su eficacia queda limitada al Derecho Penal (p. 331).

De esta manera, el *compliance* en la prevención de delitos está referido a dos cosas: (i) las estrategias adoptadas por la empresa para dificultar la comisión de delitos de sus empleados, y (ii) la organización interna orientada a asegurar su capacidad para no incurrir en conductas delictivas” (Montiel, 2017, pp. 24-25). De la misma concepción el profesor Nieto Martín (2013, pp. 21-50).

Es necesario precisar que el *compliance* señala cómo deben actuar los miembros que componen la entidad (directores, socios, gerentes y trabajadores/empleados) para contener o interrumpir la realización de un delito contra la empresa o desde la empresa; es decir, son aquellas medidas necesarias que adopta la organización empresarial con la finalidad de desincentivar o detectar el cometimiento, por parte de sus integrantes, de las infracciones jurídico-penales derivados de su mapeo de riesgo.

Discrepamos con el profesor Adán Nieto (2013), en cuanto afirma que el *criminal compliance* evidencia la debilidad del Estado en su labor de perseguir y controlar el delito (pp. 23), por la razón que el *Criminal Compliance*, debe ser entendida como una novedosa forma de política criminológica en la que existe una sofisticada y más eficiente intervención estatal en la reducción de la criminalidad, en colaboración con el sector privado en la persecución y sanción del delito, sin esta colaboración interdisciplinaria no se permitiría hablar de un *compliance* eficaz .

En base a lo expuesto, concluimos que los Programas de Cumplimiento en una empresa, se particulariza en función del ámbito donde sus medidas inciden en razón de las infracciones que se quieran evitar, para el presente trabajo de investigación nos centraremos en el Criminal Compliance dentro de las empresas del sistema bancario (banca), teniendo como su rol primario preventivo referido a dos supuestos:

a) A las estrategias adoptadas por la empresa para dificultar la comisión de delitos de sus empleados, y

b) A la organización interna orientada a asegurar su capacidad para no incurrir en conductas delictivas. (Nieto Martín, 2013, pp. 21-50).

## ii. Componentes que involucran al *Compliance*

De acuerdo a lo plasmado, es de señalar que los programas de cumplimiento es una herramienta privada que previene, detecta, informa y sanciona la actuación de la organización y de los sujetos individuales fuera del marco de la legalidad; se puede afirmar que existe una descentralización en el mantenimiento de la identidad normativa de la sociedad, ya que tanto el Estado y las empresas armonizan sus fuerzas en aras de asegurar la observancia de las normas jurídicas vigentes.

Así, la mencionada institución Programas de Cumplimiento, consiste en un conjunto sistematizado de pautas y controles que buscan asegurar la satisfacción de la ley, logrando de esa manera dominar adecuadamente los riesgos empresariales dentro de la esfera de lo jurídicamente tolerable, mas no evita en todos los casos su efectiva concretización; aunque sí permite gestionar debidamente los efectos lesivos ocasionados siempre y cuando tenga elementos mínimos y necesario en pleno funcionamiento para evitar o detectar irregularidades en el seno de la organización empresarial.

En esa idea se tiene al autor Carrión Zenteno (2017), señala que “conviene dejar claro que el Sistema de Cumplimiento Normativo no necesariamente se vincula a la desorganización empresarial, sino que su enfoque va mucho más allá, previniendo incluso infracciones en organizaciones no defectuosa”. (p. 483).

Bajo esa misma premisa del citado autor, se encuentra también el profesor Percy García (2017) quien señala que el *Compliance* no se agota solo en la prevención, sino que además que continúa si por alguna razón, no se pudo evitar la realización, por lo que se tiene que conseguir con el programa de cumplimiento normativo es la oportuna detección de las infracciones legales y también la identificación de qué medidas de prevención dispuestas internamente no fueron adoptadas por los trabajadores responsables y, en algunos casos, el



deber de vigilancia se extiende a la comunicación de las irregularidades encontradas frente a ciertos organismos de control. (pp. 57-58)

Por lo que el diseño e implementación de los elementos que debe contener un programa de compliance, debe ser pensado y desarrollado a medida para cada organización, teniendo en cuenta sus necesidades, cuestiones internas y externas, como por ejemplo su negocio, marco normativo, riesgo de compliance, contexto regulatorio, aspecto social y cultura, situación económica, políticas internas, procedimientos, así como proceso y recursos.

Es de señalar que los elementos que debe contener un programa de compliance no es uniforme, ello está relacionado según los autores que la estudian, la experiencia puntual de cada compañía e incluso de acuerdo a legislador al momento de emitir la normativa sobre lo que debe contener un programa de cumplimiento.

Se tiene por ejemplo a la autora argentina Lavia (2018), afirma que “el diseño e implementación de un programa de compliance efectivo está ligada necesariamente de los elementos que lo involucran, siendo estos puntos clave para minimizar tanto la frecuencia como la gravedad de los incumplimientos” (p. 168).

Es así que la autora argentina Lavia (2018), indica los elementos que son esenciales de un programa de compliance el cual debe contener toda empresa como: (a) Código de conducta/ética - políticas y procedimientos escritos, (b) Cumplimiento Normativo, (c) Gestión de Riesgo, (d) Políticas y procedimientos anticorrupción, (e) Prevención y detección del fraude ocupacional, (f) Contar con un compliance Officer. Comité de compliance, (g) Capacitación y entrenamiento – Comunicación, (h) Sistema de reporte, (i) Procedimientos disciplinarios, (j) Monitoreo y auditoría, (k) Revisión del programa y corrección de errores, **(l) Investigaciones internas**, (m) planes de manejo de crisis, (n) Planes de manejo de crisis. (pp. 171-180) **negrita son nuestra.**

En ese orden de ideas se tiene conocimiento que las empresas con mayor grado de implementación de programas de compliance pertenecen a grupos multinacionales, o son subsidiarias de sociedades extranjeras, muchas de estas están alcanzadas por *Foreing Corrupt Practices Act* de los Estados Unidos (FCPA) o *UK Bribery Act*. del Reino Unido,

que tienen alcances extraterritoriales, siendo su implementación de la FCPA y UK Bribery Act en las empresas un factor mitigante a la hora de imponer sanciones.

Dentro de estos elementos que puede contener el Programa de Cumplimiento, lo relevante es lo señalado en el punto **(I)** que es objeto de atención en la presente tesis, el cual la autora Lavia (2018) indica que comprende una investigación interna:

Estas pueden tener lugar ante distintos disparadores: denuncias internas o externas (proveedores, representantes, agentes, etc.), detección de red flags en materia de anticorrupción o como consecuencia de una auditoría interna, o también puede darse en caso de detectarse información inconsistente, falta de documentación o cualquier hecho que determine su necesidad. La investigación interna debe establecer un procedimiento claro a seguirse en el caso de una investigación. Según la necesidad de la organización, pueden determinarse variantes al procedimiento según el tipo de disparador u objeto de la investigación. En todos los casos, deben individualizarse los encargados de llevarle adelante, los departamentos, o asesores externos involucrados, los responsables y los sujetos a cargo de la supervisión y/o quienes los investigadores reporten. (p. 179)

En ese orden de ideas se tiene al profesor español Tejada (2021), quien señala que las investigaciones internas se convierten en un mecanismo que coadyuva a dotar de contenido efectivo a gran parte de los elementos del compliance, convirtiéndose así en una consecuencia necesaria del modelo de responsabilidad penal de las personas jurídicas implantado por el legislador, necesario para lograr la exención de responsabilidad penal de la persona jurídica. Asimismo, refiere que dicho elemento mínimo del Compliance fue adoptado por la legislación española a través del Art. 31, bis. 2 del Código Penal a partir del 2015.

En ese sentido, también se tiene al profesor Nieto (2013) quien expone que “los programas de cumplimiento no consisten solo en prevenir irregularidades, sino también en detectarlas y sancionarlas, para que se haga efectivo dicha situación el citado autor expone la necesidad de contar con investigaciones internas, por la razón que una empresa se diferencia de una persona natural en el sentido de que mientras que esta última pueden cooperar con la justicia

contando con lo que saben o aportando documentación que tienen, una persona jurídica necesita normalmente, investigar antes de colaborar. (p. 46)

EL citado autor expone que:

Admitir la cooperación y con ello las investigaciones internas, supone una opción de política jurídica favorable a la privatización del proceso penal. El premio a la cooperación supone buscar una alianza estratégica dentro del proceso entre la empresa y el Estado, representado por el órgano que sostiene la persecución pública, esta alianza en principio trae beneficios para ambas partes, fiscales y representantes empresariales. (Nieto, 2013, p. 46-47)

Así también se tiene al profesor Gómez (2018) quien en base a la Ley Nro. 30424 y el decreto legislativo 1352, esboza los elementos que debe contener los modelo de prevención peruano siendo los siguientes: (a) El encargado de prevención, (b) Identificación, evaluación y mitigación de riesgos para prevenir la comisión de los delitos previstos en la Ley, (c) La implementación de procedimientos de denuncia, (d) La difusión y capacitación periódica del modelo de prevención, y (e) Evaluación y monitoreo continuo del modelo de prevención. (p. 29-35). Es de señalar que el citado profesor indica que la investigación interna debe encontrarse dentro del punto (c) puesto que un elemento de este.

Por otro lado, se tiene al profesor Málaga Carrillo (2021), quien señala que el modelo de prevención peruano en base al Reglamento de responsabilidad autónoma de la persona jurídica (Decreto Supremo 002-2019-Minjus), concibe elementos mínimos que debe contener un Programa de Cumplimiento como: (a) Cultura de Cumplimiento, (b) Perfil de riesgo, y (c) Modelos de prevención, estando dentro de este último elemento, los canales de denuncias y sistemas de investigaciones internas.

En consecuencia, a lo esbozado es innegable señalar que las investigaciones internas es un elemento imprescindible en los Programas de Cumplimiento que toda empresa debe adoptarlo e implementarlo en su organización empresarial, como bien expone Adán Nieto que “el binomio investigación – cooperación tiene más ventajas que inconvenientes puesto que esta evita distorsiones que puede ocasionar la investigación pública” (p. 47).

### iii. *Compliance* e investigación interna efectivo

En cuando a la definición de efectividad se aprecia de acuerdo a la RAE, que significa lo mismo que eficacia, sin embargo, para Peter F. Drucker (2006) considerado el padre de la administración moderna, en su obra cumbre “*The Effective Executive: The Definitive Guide to Getting the Right Things Done*” expone las distinciones conceptuales, por la cual consideramos que son más precisas y claras; el citado autor señala que por efectividad, involucra:

“Eficiencia y eficacia, puesto que tiene que ver con «qué» cosas se hacen y «cómo», es decir la efectividad busca el equilibrio entre eficiencia y eficacia”. (Citado por Rizo, 2019, par. 13).

Por lo que en la presente Trabajo de investigación debe considerar si una investigación interna, es o no efectiva, de acuerdo a la situación que se establezca y en base que consideramos que dicho elemento es el corazón del *Compliance*, se podrá afirmar que un Programa de Cumplimiento no sería efectivo si es que existe falla el corazón de elemento objeto de estudio (investigación interna).

Líneas seguidas se explicará cuando estamos ante una situación de eficiencia, eficacia y efectividad en *compliance*.

Ergo, el *compliance programs* puede ser entendido como la formulación, implementación y consolidación de una red de autovigilancia al interior de la empresa con el propósito de garantizar y velar que se cumplan eficaz y eficientemente, y afirma el profesor Arbulú Ramírez (2019) que:

Este será eficiente, si sus políticas, procedimientos y controles reducen significativamente – hasta donde la empresa es capaz de soportar (riesgo residual)– el riesgo; y, será eficaz, si dichas políticas, procedimientos y controles son efectivamente aplicados por el consejo directivo de la institución, así como por las diferentes instancias de acuerdo al diseño de su estructura organizativa (p. 193).

Expuesto lo que debe entenderse cuando un programa de cumplimiento será eficaz y eficiente, *es necesario conocer ahora cuando una investigación interna tendrá dicha cualidad*, como bien se sabe la investigación interna son ejercicios tendientes a la determinación de hechos, que se llevan a cabo para examinar las denuncias de irregularidades que involucran a personas que trabajan para la organización, y que podrían alcanzar a terceros que tienen relaciones comerciales o jurídicas con esta. Las investigaciones se llevan a cabo estrictamente dentro del marco administrativo y legal de la organización.

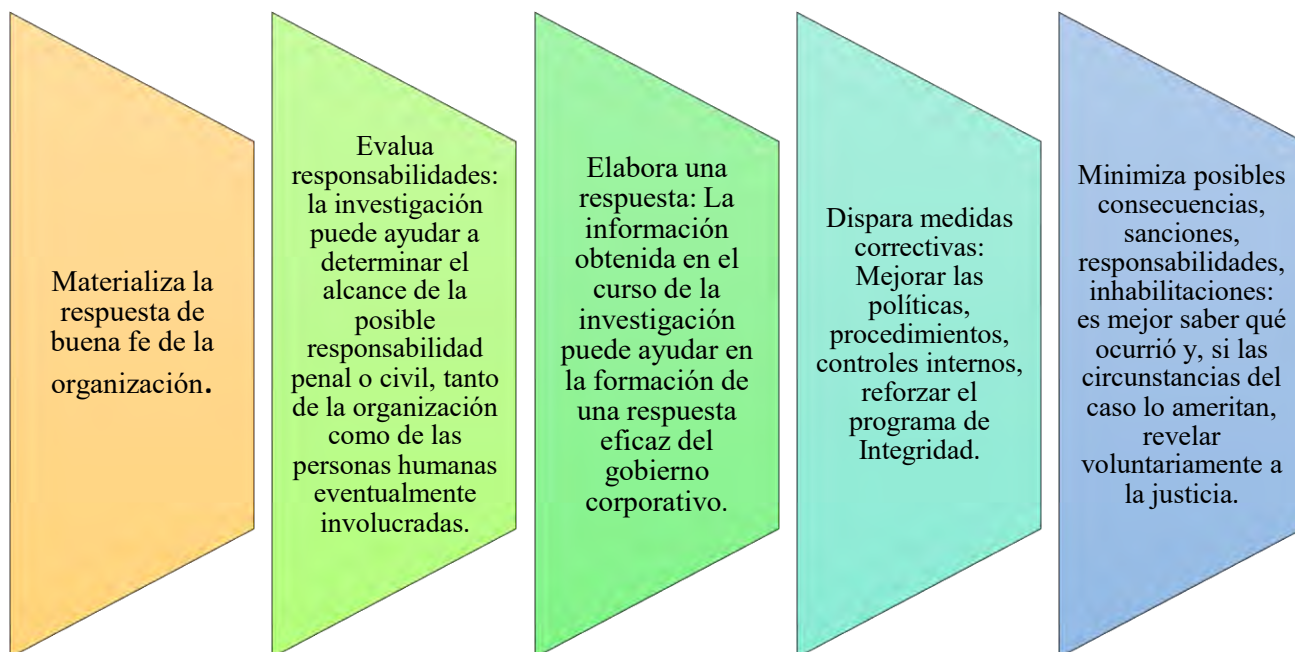
El propósito de una investigación interna es determinar qué sucedió realmente y decidir qué medida correctiva se necesita (Saccani, 2018, p. 78).

De acuerdo al autor español, Ragués (2013), quien explica que para medir la eficacia de un procedimiento de una investigación interna **la empresa debe establecer medidas para evitar que se produzcan.** (p. 194) Negrita es nuestra.

Ante una investigación interna, la organización podría tratar de demostrar, por ejemplo, que ha cumplido con un razonable deber de cuidado para establecer y mantener procedimientos adecuados, sistemas y controles que le permitan responder a sus obligaciones. (Saccani, 2018, p. 766).

Entonces de acuerdo a lo señalado en vista que se parte de la concepción que efectividad comprende eficacia y eficiencia, traeré a colación a la autora ya citada, Lavia en cuanto al extremo (2018), que refirió “el diseño e implementación de un programa de compliance **efectivo** está ligada necesariamente de los elementos que lo involucran” (p. 168); y en esa misma idea está el argentino Saccani (2018, p.772), quien señala de manera acertada que beneficios comprenden una **investigación interna efectiva:**

**Figura 5.** Beneficios que comprende una investigación interna efectiva



La organización debería contar con un proceso efectivo y confiable para investigar los hechos y documentar la respuesta a denuncias confidenciales o anónimas, incluidas las medidas disciplinarias o de remediación tomadas.

Si dichas conductas son reincidentes en el seno de la organización como expone Saccani (2018) la organización deberá actualizar sus controles internos y su programa de integridad y centrar la futura capacitación en dichos asuntos, según corresponda (p. 79).

**En base a lo afirmado,** consideramos que la idea señalada por el profesor Ragués es la más acertada al indicar que será eficaz una investigación interna en una empresa, si al detectarse una comisión ilícita esta no vuelva a ocurrirse en el futuro, y será eficiente si estas políticas, procedimientos y controles reducen, mitigan significativamente el riesgo como lo expone el profesor José Antonio Arbulú Ramírez, y será efectiva si cumple con los elementos mínimos necesarios expuestos por Saccani y Lavia, es decir debe contar con el “que” y el “como”.

Adicional a lo afirmado, es imprescindible tener en cuenta que el desarrollo y afianzamiento de una cultura de *Compliance* en integridad y valores en toda organización no será efectivo si no existe un compromiso organizacional. Para que esté presente en toda la organización, el compromiso debe partir de la alta dirección, la cual, además, tiene que obrar en consecuencia.

#### **2.4.2.2 Orígenes y fuentes de la investigación interna**

Si uno examinara la reciente aparición de las investigaciones internas en este escenario lleva muchas veces a pensar que se trata de una temática absolutamente novedosa (Knauer, 2012, p. 41), sin embargo, es en Estados Unidos de América el cual se origina la investigación interna, y ello se da a razón que hace 111 años un Tribunal Supremo Federal dictó la sentencia que dio origen a la responsabilidad penal de los entes colectivos, en el caso conocido como *New York Central & Hudson River Railroad v. United State* (1909) se condenó a la compañía porque “habría ofrecido obtener un negocio frente a sus competidores, por los descuentos (*rebates*) a la *American Sugar Refining Company* y a otra serie de empresas para transportar sus productos, conducta prohibida por la “*Elkins Act of 1903*” indicando el Tribunal Supremo en su resolución el siguiente razonamiento:

La Ley debe tener en cuenta los derechos de todos, y los de las empresas no son menos que los de los individuos. Pero no puede cerrar sus ojos ante el hecho de que la gran mayoría de las operaciones comerciales en tiempos modernos son llevadas a cabo a través de estos organismos, darles inmunidad frente a todo tipo de sanciones por la vieja y refutada doctrina de que una empresa no puede cometer un delito eliminaría prácticamente el único medio de controlar efectivamente la cuestión y de corregir los abusos a los que se dirige (212 U.S. 481).

También se tiene *el caso Standard Oil Co. of Tex. v. United States* (1962), en que la Corte de Apelaciones del Quinto Circuito afirmó que el nivel jerárquico del empleado que determinaba la responsabilidad penal de la empresa no era relevante, pudiendo responder esta por los actos de subordinados con una baja posición en la jerarquía empresarial y finalmente en el caso *United States v Hilton Hotels Corp.* (1972) la Corte de Apelaciones

del Noveno Circuito confirmó que la actuación de un empleado en contradicción con las políticas e instrucciones de la empresa permitía también afirmar la responsabilidad penal de la compañía. **(Negrita es nuestra)**

Otro ejemplo se tiene el caso *United States v. Cincotta* (1982) de la Corte de Apelaciones del Primer Circuito confirmó la condena de una empresa pese a que los autores del delito actuaron motivados por la obtención de su propio lucro, ya que su actuación indirectamente suponía un beneficio para la compañía.

En esa misma línea se tiene a **diversos Tribunales estadounidense** como por ejemplo en el caso *United State v. Automated Medical Lab., Inc* (1985), en la que la Corte de Apelaciones del Cuarto Circuito confirmó la condena de la compañía por la actuación de un empleado, que al beneficiarse origino que de manera indirecta lo haga también la empresa.

Asimismo se tiene la doctrina de la responsabilidad penal de los entes colectivos en los Estados Unidos basada en este principio se ha dicho que es:

Un híbrido de responsabilidad vicarial, responsabilidad absoluta, un indicio de mens rea – pero un tanto degenerado–, unos cuantos genes de derecho de daños y unos cuantos del derecho de empresas. Fue un hierbajo que nadie crio, nadie cultivó y nadie plantó. Simplemente creció. (Gerhard G. W. Mueller, 1957, p. 21).

De esta forma, el Tribunal Supremo en los Estados Unidos de América (EE. UU), “consagraba, sobre la base de criterios pragmáticos y utilitaristas, la doctrina del ***respondet superior como criterio de imputación penal de las personas jurídicas***” (Mueller, 1957, p. 21), donde el elemento esencial que permite transferir la responsabilidad penal a la empresa por los actos de sus empleados reside en que estos actúen dentro del marco de las competencias atribuidas (*scope of employment*).

Si bien es cierto que estas jurisprudencias, permitió que las empresas adoptaran en su seno de su organización programas de cumplimiento a razón de su responsabilidad penal del ente corporativo; sin embargo se tiene que los casos más resaltantes en los Estados Unidos de América que permitió estar en el ojo de la opinión pública y jurídica el tema de la



investigación interna, es a comienzo de los años setenta, a raíz del caso Watergate, que abrió la caja de pandora en materia de sobornos en el mundo económico-empresarial de los EUA, tanto dentro como fuera de sus fronteras.

Este caso fue conocido gracias a dos periodistas del Washington Post, Carl Bernstein y Bob Woodward, que publicaron sus resultados de sus indagaciones respecto de actos de espionaje que desde el partido político de Richard Nixon (el republicano) se orquestaron para descubrir el planeamiento de la política del principal partido de la oposición (demócrata), que a razón de actos de investigación de la Fiscalía sirvieron para desvelar una importante red de financiación ilegal de los principales partidos políticos del país. (Estrada y LLobet, 2013, p. 197)

Estos pagos ilegales que, a su vez, llegaron a la SEC (*Securities and Exchange Commission*) la agencia reguladora de los mercados financieros y de valores de los EUA, a descubrir prácticas comerciales irregulares por parte de numerosas empresas del país.

Es así que alude Duggin S.H al sostener que: “El uso de las investigaciones internas como herramienta de defensa de una entidad frente a una posible responsabilidad tiene su origen en la política que la SEC implantó en la década de 1970 para premiar la divulgación voluntaria de irregularidades. Con ello se alentó a las empresas a llevar a cabo sus propias investigaciones como paso previo a esa divulgación (2003: p. 880).

Esta revelación voluntaria de los hechos basada en la investigación corporativa produjo un efecto beneficioso para las entidades que veían minorada su sanción o, incluso, evitaban el ejercicio de acciones. A continuación, la divulgación de una irregularidad se contempló como preceptiva en determinados ámbitos de actividad, lo que suponía que también lo era la previa investigación de los hechos. (Barja, Villegas, y Encinar, 2020).

Las investigaciones internas llegaron a su máxima popularidad en todo el mundo con los escándalos financieros iniciados en el año 2001 y la crisis financiera del 2007 – 2008 (ocasionada por que prestatarios de hipotecas de alto riesgo, o conocidos como hipoteca basura, empezaron a no pagar sus créditos, todo se debió porque los funcionarios del Banco

colocaban créditos hipotecarios a personas que no tenían perfil crediticio, ocasionando la quiebra del Banco Lehman Brother).

En consecuencia, a todo lo expresado, se puede afirmar, como bien expone el autor español, Tejada (2020) que toda esta jurisprudencia señalada permite afirmar que dio origen en los Estados Unidos de América, a lo que se conoce como Investigación Interna, y que dota a los fiscales de un potente arsenal jurídico que debilita la posición negociadora de las empresas y les empuja a tener que colaborar con las autoridades; siendo Estados Unidos de América los pioneros en su implementación de las investigaciones internas en las empresas jurídicas.

### **2.4.2.3 Concepto de la investigación interna**

El concepto de investigación empresarial interna, la llamada “investigación interna” no se encuentra legalmente definida en nuestro marco normativo peruano, y revisando el derecho comparado, existe un encarecimiento de ello, ya sea en Estados Unidos de América , Alemania o España; y muchos autores que tratan el tema como Victor Gómez Martín (2014, pp. 125-146), Rafael Alcácer Guirao (2016, pp. 203-229), Colomer Hernández (2019, pp. 609-652), Albert Estrada & Mariona Llobet (2013, pp. 197-227), Juan Pablo Montiel (2013, pp. 221-242), Lothar Kuhlen (2013, pp. 2013, pp. 51-76), Klaus Moosmayer (2013, pp. 137-144), tampoco lo definen.

Sin embargo, tenemos autores como Zabala y Trendafilova (2020), dan una aproximación que debe entenderse por investigación interna al señalar que la investigación interna puede ser definida como el conjunto de actos indagatorios llevados a cabo por el empresario para el esclarecimiento de determinados hechos que pueden tener relevancia para la empresa, bien por existir una sospecha de la comisión de un delito (tanto en beneficio de la empresa como en su perjuicio) o simplemente una conducta deshonesto o infractora del código ético y de conducta que podría suponer un riesgo reputacional para la empresa.

En un estudio realizado por el argentino Saccani (2018, p.766), señala que una investigación interna es:

En términos generales, es un proceso diseñado para reunir información o recolectar evidencias sobre hechos. Es eminentemente fáctica, En el lugar de trabajo, las investigaciones son de naturaleza administrativa y normalmente se llevan a cabo para determinar si ha ocurrido una irregularidad. Los objetivos y el alcance de las investigaciones varían ampliamente, pero normalmente se dirigen a averiguar hechos pertinentes (junto con poner fin a la actividad irregular, si aún continuase). Esto se logra mediante una serie de procedimientos clave, entre otros, entrevistando a personas, revisando registros y recolectando datos, información y documentación.

Asimismo, tenemos autores como Gimeno, quien da un alcance que debe entenderse por una investigación interna:

Consiste en un protocolo de actuación, que inicia la persona jurídica, tras recibir la denuncia de una actividad delictiva o sospechosa de serlo en su propia organización, con el objetivo de esclarecer el alcance de dicha conducta, así como identificar a sus responsables. (2016: p.219).

El citado autor Gimeno (2021), afirma que no puede considerarse a las investigaciones internas como un mecanismo de control en sentido estricto (siendo estos algo más propio de los sistemas de auditorías) sino como un procedimiento reactivo que se apertura tras la sospechosa de un hecho delictivo y que se erige como parte fundamental de los programas de cumplimiento.

En orden de ideas es tiene a Fortuny Cendra, (2021), quien señala que una investigación interna en materia de delito corporativo es un proceso que lleva a cabo una persona jurídica, interna o externamente, que tiene por objeto el esclarecimiento de unos hechos y sus posibles responsables, para determinar su naturaleza, efectos y consecuencias, permitiendo a la organización adoptar y ejecutar con eficacia las decisiones y medidas oportunas.

En razón a lo descrito, debemos partir de la concepción clara que comparten los autores en reconocer que la investigación interna lo inicia la empresa, en la que puede involucrar un presunto hecho penal, administrativo, hasta ético, en su seno de su organización, que puede ser en beneficio de ella o contra de la misma, ya sea en su cualidad de víctima corporativa,

o como responsable penalmente, siendo el objetivo identificar a los responsables, para lograr ello se debe de dotar de procedimientos adecuados.

Para objeto de tratamiento del presente trabajo de investigación nos interesa aquellos hechos de sospecha de la comisión de un delito y los riesgos penales que involucra su propia actuación de la empresa, es decir muchos de los riesgos que afectan a las empresas quedan fuera de los riesgos penales, y se aproximan más a riesgos de empresa, siendo objeto de atención únicamente riesgos penales para el presente trabajo de investigación.

#### **2.4.2.4 Clases de investigaciones internas**

Existen diversas clasificaciones elaboradas doctrinalmente en relación con las clases de investigaciones internas, por ejemplo, se tiene a la clasificación dada por Estrada & Llobet (2013, pp. 201 al 203) en la que refiere que es posible distinguir varias clases de investigaciones corporativas internas, dividiéndolo en seis grupos:

*En primer lugar:* En función al momento de detección del delito, siendo (i) Prejudiciales<sup>2</sup>, y (ii) Parajudiciales<sup>3</sup>.

*En segundo lugar:* En función del objeto de investigación, siendo (i) Investigación sobre ilícitos penales, (ii) Investigación sobre ilícitos extrapenales, (iii) Investigación sobre incumplimientos contractuales.

*En tercer lugar:* En función del grado de ejecución de los ilícitos investigados, siendo (i) Investigación esclarecedoras<sup>4</sup> (mira el pasado y presente), y (ii) Investigación preventiva<sup>5</sup> (con miras al futuro).

---

<sup>2</sup> Su iniciación es solo a partir de meros indicios respecto a la comisión de un delito, sin que el hecho haya llegado todavía a los estrados judiciales.

<sup>3</sup> Aquellas en las que las pesquisas recién se inician como consecuencia de que un hecho o una red de comisión de ilicitudes es ventilado públicamente en un proceso judicial

<sup>4</sup> Investigaciones corporativas internas que pueden dirigirse a esclarecer la comisión de hechos ilícitos ya cometidos, o que se están cometiendo – por consiguiente, consumados, intentados o en grado de preparación

<sup>5</sup> investigaciones corporativas interna.

*En cuarto lugar:* En función del grado de sospecha sobre la persona contra la que se dirige la investigación, siendo (i) Investigación sobre trabajador presuntamente infractor, y (ii) Investigación sobre trabajador no infractor.

*En quinto lugar:* En función al sujeto pasivo, siendo (i) Cuando las infracciones sean cometidos por los trabajadores contra la empresa, (ii) Cuando los empleados cometen ilícitos contra otros trabajadores de la empresa.

*En sexto lugar:* En función del grado de intromisión en la esfera de libertad, siendo, (i) Investigación penalmente típicas, (ii) Investigación extra – penalmente antijurídicas, y (iii) Investigación penal y extra – penalmente lícitas.

De acuerdo al autor español Gimeno (2021), divide a la investigación interna de acuerdo como regla general en pre – judiciales (en la que persona jurídica cuenta con un mayor margen de actuación, es decir de autonomía, a la hora de desarrollar la investigación) y las para judiciales (se realizan de la mano de las autoridades – deba procurarse el respeto de los derechos fundamentales y las garantías procesales).

Para el autor Colomer (2017), distingue tres tipos de investigaciones internas, las preventivas, confirmatorias, y las defensivas.

Asimismo, se tiene al autor español, que comparte una clasificación similar, Ragués (2013), quien clasifica a la *investigación interna en reactiva y preventiva*, entendiendo por la primera como debe reaccionar la empresa si comprueba la veracidad de la información recibida a resueltas de la investigación realizada. En la medida en que dicha investigación confirme la realización de actos ilícitos por parte de directivos o empleados ello puede ser, desde luego, un motivo más que justificado para adoptar medidas de tipo laboral contra ellos. Respecto al segundo alude el citado autor que la confirmación por parte de una empresa de que un empleado ha cometido efectivamente un delito supondrá a menudo la simultánea constatación de que los controles internos de dicha compañía no han funcionado debidamente y han permitido la comisión del hecho delictivo en cuestión.

Bajo esa misma línea autores como Zabala Carlos y Sonia Trendafilova (2020) sostienen que, existen varios tipos de investigaciones internas, las mismas que se pueden llevar a cabo en función del momento temporal en el que se producen, quienes las realiza o los dirige, o si es voluntaria o impuesta, y de acuerdo a la función del objeto específico.

De acuerdo al momento temporal en el que, se inicia una investigación interna de acuerdo a los citados autores, pueden ser preventivas y reactivas; En las preventivas lo que se busca es adelantarse a una persecución penal de la Fiscalía u otras autoridades con competencias sancionadoras, e investigar un hecho sospechoso a la vista de poder ofrecer una explicación coherente, planificar una línea de defensa , e incluso con las autoridades de cara a poder optar a la exención de responsabilidad o al menos una rebaja de la pena. En cuanto a las investigaciones reactivas son las que se inician una vez detectado el problema o la infracción o incluso, una cuando las propias autoridades ya han requerido a la empresa para que se proceda a investigar o a facilitar información o documentación con respecto a unos hechos ya conocidos por las autoridades.

En ese mismo sentido de tipología se tiene a Fortuny (2021), quien distingue a la investigación internas en preventivas y reactivas. Esta clasificación pone el acento en si su inicio está o no vinculado con la previa detección y/o comunicación de irregularidades o *notitia criminis*.

El citado autor expone que las ***investigaciones preventivas***, pese a ser denominadas así por algunos autores, stricto sensu no reúnen las características de una investigación. En efecto, las llamadas investigaciones preventivas no se llevan a cabo en relación o como consecuencia de la detección/comunicación de una irregularidad o de un delito cometido. Su finalidad no es reactiva, por tanto, no tienen como objetivo el esclarecimiento de unos hechos y sus responsables. ***Fundamentalmente, la finalidad de las preventivas es dar cumplimiento a las obligaciones de supervisión del funcionamiento del modelo de prevención por parte del compliance officer.*** Por tanto, nacen desvinculadas de la comisión de cualquier irregularidad y se encuentran programadas de forma periódica y sistemática (anual, semestral, trimestral, etc.). Pueden ser ejecutadas por el compliance officer de la organización, o bien por parte de una organización externa e independiente (firma de

consultoría, abogacía, etc.), formando parte del seguimiento y monitoreo del modelo. **(Negrita es nuestra)**

Este tipo de investigaciones son indicadores de diligencia debida y van dirigidas a testear la eficacia del modelo de prevención de delitos, así como a la implantación efectiva de una cultura de cumplimiento. Ello no obsta a que ostenten también ciertos efectos disuasorios. Efectivamente, fruto de una investigación preventiva o auditoría rutinaria es perfectamente posible descubrir la existencia de incumplimientos o irregularidades que, tras un oportuno análisis preliminar, podrán dar lugar al inicio de una posterior investigación confirmatoria.

Miguel Fortuny (2021), en cuanto a las *investigaciones reactivas*, señala que se subdividirse en las defensivas y confirmatorias. Ambas traen causa en la previa detección y/o comunicación de una irregularidad o *notitia criminis*, no obstante, su finalidad es diferente.

Las defensivas estarán vinculadas a un proceso penal abierto o de presumible apertura contra la persona jurídica, sus directivos o empleados, siendo su finalidad definir la posición jurídica de la persona jurídica, y su correlativa estrategia de defensa.

Las confirmatorias podrían definirse a primera vista por exclusión, es decir, aquellas que no son ni preventivas ni defensivas. Desvinculadas de un proceso penal, su finalidad es comprobar hechos y ejercer facultades disciplinarias, así como introducir medidas correctivas y de mejora del modelo de prevención de delitos. Son las que se producen con mayor frecuencia dentro del contexto de un programa de compliance penal. Su alcance depende de la naturaleza de los hechos, pero por lo general van ligadas al ejercicio de la potestad disciplinaria.

A estas alturas no pasará desapercibido el hecho de que pueden existir casos limítrofes, muchas veces debido al factor tiempo. Por ejemplo, se lleva a cabo una investigación confirmatoria con imposición de sanciones disciplinarias y, al cabo de unos años, se abre un proceso penal corporativo por los mismos hechos, a instancia de un tercero, en el cual la persona jurídica se plantea colaborar con la aportación de pruebas obtenidas en aquella previa investigación confirmatoria.

Es decir, lo que se configuró inicialmente como una investigación confirmatoria, de haberse realizado abierto ya el proceso penal, sería considerada defensiva, con las consecuencias a nivel de garantías en materia de derechos fundamentales para las personas físicas involucradas en los hechos (Colomer, p. 648). En definitiva, en el marco de las investigaciones confirmatorias, lo prudente a nivel práctico será evaluar de inicio si los hechos tienen o pueden llegar a tener relevancia penal –o constituir ilícitos administrativos de los cuales puedan responder personas físicas–, siempre que ello sea posible.

De la misma concepción se tiene a los profesores Vargas & Agustina (2021), en su artículo “obtención de evidencias digitales y privacidad en el correo electrónico en el marco de las investigaciones internas”, en la que hace referencia a que se debe incentivar a las empresas para que establezcan programas de cumplimiento tanto preventivo como reactivos, orientados a descubrir, investigar, y sancionar hechos delictivos cometidos en el seno de la organización, siendo parte esencial de los mismos, determinadas herramientas de averiguación como los canales de denuncia y las propias investigaciones internas.

Además, refieren los autores citados que una de las características de la autorregulación regulada es, precisamente, que se produzca un traspaso de tareas de prevención y detección de riesgos a las propias empresas, y que la asunción de funciones preventivas y reactivas antes reservada a la función pública incluye, como no puede ser de otra forma, funciones de investigaciones por parte del compliance officer.

De estas tipologías presentadas tanto preventivas como reactivas, para objeto de la presente tesis se tendrán en cuenta únicamente las investigaciones reactivas, que involucran tanto las confirmatorias y las defensivas en las que los autores Miguel Fortuny, Zabala Carlos y Sonia Trendafilova hacen alusión.

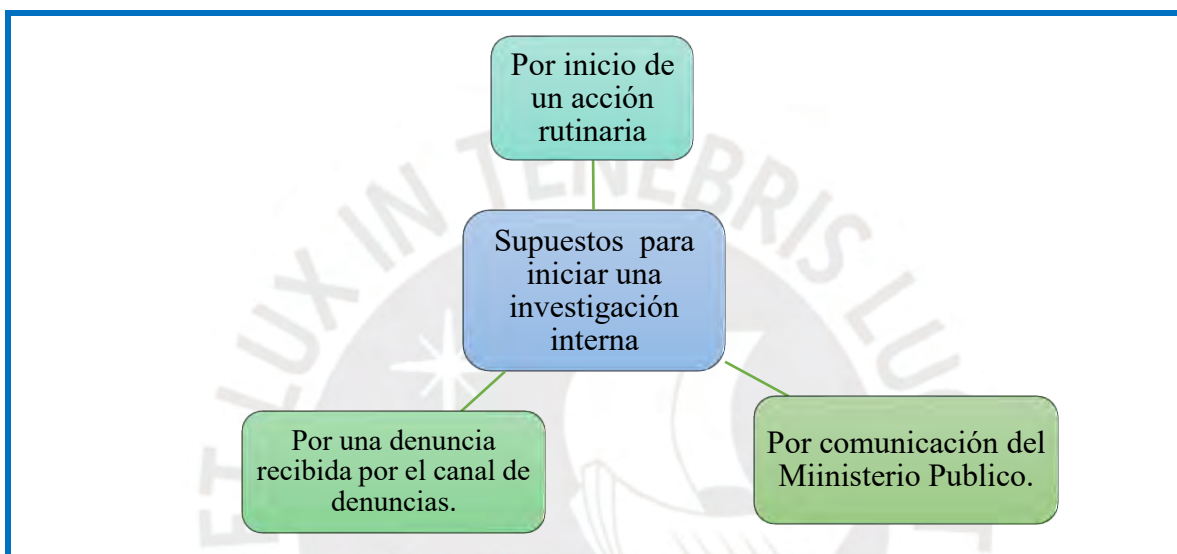
#### **2.4.2.5 Formas de activación para iniciar una Investigación Interna.**

Explicado que la investigación interna responde a un procedimiento reactivo que se apertura tras la sospecha de un hecho delictivo, los supuestos que pueden dar inicio a la investigación interna, es variado, por ejemplo, de acuerdo a los abogados españoles Zabala y Trendafilova (2020) refieren que esta se puede darse por el inicio rutinario, o por una denuncia recibida a



través de canal de denuncias, o por una comunicación judicial/Ministerio Público o administrativa. Siendo objeto de atención en la presente tesis únicamente las comunicaciones del Ministerio Publico. Graficando dichos supuestos se tendría:

**Figura 6.** Formas de activación para iniciar una investigación interna



Una planificación correcta de la investigación interna hecha en el momento oportuno es de primordial importancia para conseguir los resultados deseados y no incurrir en un desgaste innecesario de recursos financieros y humanos (Zabala & Trendafilova, 2020)

De acuerdo a los citados autores, afirman que, al existir diferentes vías de iniciación de la investigación interna, lógicamente tendrá su influencia en el desarrollo posterior de la investigación. Por lo que se pasará a describir cada una de ellas:

### **i. Iniciación rutinaria**

Este tipo de inicio de la investigación interna se produce usualmente debido a la verificación periódica del modelo de *compliance*. Para ello, con carácter previo, el órgano de *compliance* debería haber establecido cuáles son los supuestos específicos en los que dicha revisión ha de tener lugar, con qué periodicidad y con qué controles concretos. (Zabala & Trendafilova, 2020)

Algunas empresas han establecido que dichos controles periódicos se elaboren a un conjunto de empleados a través de cuestionarios o encuestas masivas, que posteriormente se filtren, de manera que, y, en caso de detectarse algún tipo de actuación sospechosa se proceda a realizar una investigación de oficio por parte del órgano de *compliance*.

Éste es precisamente el motivo fundamental por el que la Ley 30024 y sus modificatorias, prevé la existencia de una serie de recursos financieros propios del órgano de *compliance*, el poder llevar a cabo investigaciones de forma completamente independiente al resto de la empresa, sin tener que contar ni con auditoría interna, ni la asesoría jurídica, sino que directamente la investigación puede realizarse sobre cualquier persona de la organización o vinculada a la misma, de forma completamente independiente y evitando cualquier tipo de presión derivada de la posición que ocupe el investigado dentro de la empresa.

Dependiendo de la organización interna que tenga la empresa, o incluso del reglamento del que se haya dotado el órgano de *compliance*, habrá que determinar exactamente el objeto de la investigación, las medidas a adoptar y documentar el resultado de la misma.

Por lo que una activación de la investigación interna producto de una iniciación rutinaria por actos propios de Compliance para activar una investigación interna tendría una intensidad baja (remotamente probable de su ocurrencia) toda vez que no permitiría de forma exacta saber quién es el responsable y que delito habría cometido.

## **ii. Denuncia recibida a través del canal de denuncias**

Otro supuesto en la que puede darse inicio a una investigación interna es a través del canal de denuncias, la existencia y mantenimiento de un canal de denuncias (o whistleblowing channel) que sea fácilmente localizable, correctamente difundido, transparente, y que garantice debidamente la confidencialidad del denunciante, es de primordial importancia para considerar que el sistema de compliance de una empresa, es su conjunto, funciona correctamente.

Un paso más en esta dirección ha dado la Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la protección de las personas que informen sobre infracciones del Derecho de la

Unión (comúnmente denominada “Whistleblowing Directive”) que establece la obligación de las entidades de cincuenta o más trabajadores –o aquellas que sean requeridas debido a su actividad y el correspondiente nivel de riesgo (en particular, para el medio ambiente y la salud pública)– de incorporar canales de denuncia interna a disposición de sus empleados, proveedores, clientes, agentes y otras terceras personas que tengan relación con la empresa, así como de seguimiento de las mismas.

Se tiene que en Perú a través de la Ley 30424 y su reglamento ha establecido la necesidad de haber implementado un canal de denuncias como uno de los requisitos para poder exonerar a la persona jurídica de su responsabilidad. Sin embargo, no especifica qué elementos y qué requisitos deberá reunir dicho canal de denuncias para ser efectivo, y poder obtener por su implantación la exención de responsabilidad penal de la empresa.

Es necesario señalar que puede iniciarse una investigación interna por denuncias anónimas, estas no están reconocidas en nuestro marco legal peruano, sin embargo, en España existe una reciente Sentencia del Tribunal Supremo en la que indicó:

El Tribunal Supremo declaró válido el inicio de una investigación interna en una denuncia anónima recibida en el departamento de Recursos Humanos de la empresa que advertía de que se estaban realizando maniobras fraudulentas en las entregas y clasificación de la chatarra, lo que dio pie a una investigación interna que culminó con el descubrimiento de los hechos. El principal argumento del Alto Tribunal es su alta eficacia al constituir el arranque de la investigación como “*notitia criminis*”, dado que estas denuncias, según su criterio, son el cauce más importante para descubrir delitos de fraude cometidos en el seno de las organizaciones y la principal razón por la que personas que tienen conocimiento de prácticas delictivas en su empresa no proceden a denunciar, es fundamentalmente porque no se sienten suficientemente protegidos contra posibles represalias, y así han de recurrir al anonimato. (STS Nro. 35/2020, 06 de febrero)

De esta forma, parece fuera de duda –al menos jurisprudencialmente en España– que una investigación interna pueda tramitarse como consecuencia de una denuncia anónima recibida en el canal de denuncias, siempre que, además de la propia denuncia, se ha desplegado una

actividad investigadora suficiente para descubrir más indicios y pruebas de las infracciones a fin de comprobar la verosimilitud de la denuncia anónima, aparte de la comunicación inicial.

Dependiendo del sistema implementado en la empresa para la investigación de las denuncias recibidas, deberá comenzarse una investigación interna.

La externalización de la investigación en principio puede parecer algo más objetiva que la investigación interna, precisamente por el derecho de la persona jurídica a no auto-denunciarse, o por conservar la confidencialidad dentro de la propia empresa.

Finalmente, en cuanto a la activación de la investigación interna producto de un trabajador de una empresa que denuncia a través del canal de denuncia, tendría una intensidad de media, toda vez que si bien es cierto se identifica al responsable sin embargo puede este realizarse por ánimos de perjudicarlo a su colega de trabajo, lo cual requerirá su filtración debida para activar la investigación, estando dentro la categoría media (posiblemente probable de identificar a la persona).

### **iii. Comunicación del Ministerio Público**

Otra forma habitual por la que una empresa conoce la existencia de un hecho que puede ser constitutivo de delito, y del que puede derivarse una investigación interna, puede ser a través de la vía una comunicación fiscal/judicial o administrativa

Los que nos interesan en la presente Trabajo de Investigación es la comunicación que realiza la Fiscalía, es decir el Ministerio Público al ente corporativo, porque su naturaleza es básicamente penal.

Las comunicaciones que realiza la Fiscalía al ente corporativo, en muchos casos van dirigidas contra las personas físicas que se investigan –directivo, representante legal o un empleado concreto sobre un hecho ilícito que están involucrados–, por lo que desde ese momento inicial considero que la persona jurídica debe estar alerta a iniciar una investigación interna, toda vez que el comienzo de esta provocará que la información

obtenida por dicha investigación realizada en el seno de la organización pueda ser puesta a disposición del Fiscal que investigue los hechos presuntamente delictivos y sobre todo la entidad prevenir más hechos delictuosos en su organización.

Es de puntualizar que la comunicación Fiscal puede consistir tanto en un requerimiento de información de un sujeto determinado que está subordinado al ente corporativo el cual se requiere información porque está involucrado en alguna Carpeta Fiscal por un presunto delito o la comunicación podrá consistir en que la Fiscalía informó que determinado trabajador/directivo realizó una conducta ilícita en razón a la función que ejercía en una entidad bancaria.

La concreción de los hechos en esa comunicación Fiscal, que debiera producirse con esa primera comunicación sobre un subordinado, podrá llevar a que se inicie una investigación interna por parte la entidad.

En ese orden de ideas a lo señalado, el Ministerio Público puede ser un tercero legitimado que permita a un ente corporativo advertir que un subordinado está siendo investigado por un hecho delictuoso que traería a colación el carácter obligatorio de activar una investigación interna.

La comunicación efectuada por el Ministerio Público sobre un hecho delictivo, su intensidad alta, toda vez que existe la sospecha suficiente (altamente probable) que un trabajador/directivo o incluso la persona jurídica se encuentra involucrada en un hecho criminal (se identifica al autor, el delito y sobre qué hecho se encuentra involucrado) el cual deberá alertar a la entidad bancaria su inmediata activación de una investigación interna siendo este obligatorio cumplimiento.

#### **2.4.2.6 Sujetos que pueden llevar a cabo una investigación interna**

Expuesto las formas o supuestos de activación que puede dar inicio a la investigación interna, ahora se expondrá por quienes puede ser llevadas a cabo, de acuerdo autores españoles como Zabala Carlos y Sonia Trendafilova (2020) sostienen que, existen dos enfoques en base a quienes pueden llevar a cabo una investigación interna, por un lado, se

tiene a las investigaciones internas desarrollada por persona de la compañía, y la desarrollada por expertos externos, siendo graficadas de la siguiente manera, la cual pasaremos a desarrollar una a una posteriormente:

**Figura 7.** Las formas de llevarse a cabo la investigación interna.



#### **i. La investigación interna desarrollada por personal de la empresa**

Estas investigaciones comienzan al interior de la empresa y es designada a un área específica, algunas de estas investigaciones comienzan como una investigación interna desarrollada por empleados de la compañía, pero se acaban convirtiendo en una investigación externalizada. Normalmente, esto se debe a que se detectan determinados comportamientos que, o bien los propios empleados que investigan no terminan de investigar a fondo, por los motivos que sea, o bien porque se detecta que el objeto de la investigación excede notablemente de las capacidades de esos investigadores designados por el órgano de *compliance* dentro de la empresa, o bien por la existencia de conflictos de interés que pueden comprometer seriamente el resultado de la investigación interna.

## **ii. Investigación interna desarrollada por profesionales**

A fin de preservar los principios básicos que deben concurrir en cualquier investigación interna, como son transparencia, integridad e independencia, lo más habitual en el ámbito comparado es que este tipo de investigaciones sean encargadas por la empresa a colaboradores externos (Zabala y Trendafilova 2020).

No existe una única razón, ni motivo por el que debamos considerar más acertado externalizar la investigación, sino que habrá que atender el caso concreto. A pesar de ello, desde el punto de vista práctico, a modo de ejemplo, de cara a terceros resulta mucho más fiable una entrevista realizada por un tercero ajeno a la empresa, que aquella realizada por quien ha sido compañero del investigado los últimos años.

Dentro de las investigaciones internas desarrolladas por expertos externos, podemos señalar como expone Zabala y Trendafilova (2020) las siguientes:

**(i) Consultoría externa:** Está relacionada básicamente con la contratación de consultores o auditores forensic, normalmente enfocado al ámbito económico o pericial.

**(ii) Investigadores privados:** Está relacionada con la investigación que efectúen los detectives siendo la finalidad de estas conseguir información, teniendo el problema de muy similar a la anterior en relación con la contratación de una consultora externa para realizar una investigación interna, pero que resulta aún más delicada de cara al necesario análisis sobre la legalidad de las actuaciones investigadoras que se puedan proponer realizar.

**(iii) Despachos de abogados:** Aquí encontramos a las investigaciones internas dirigidas por abogados externos que se encargan de la defensa de la empresa ante un hecho criminal. Por ese motivo, en caso de que la investigación interna esté ligada un procedimiento penal inminente o en curso, ésta deberá ser dirigida por quien va a dirigir la defensa de la compañía en un determinado proceso, a fin de tener diseñada la estrategia de defensa desde el comienzo.

Como se explicó líneas anteceditas desde el ámbito de quienes pueden realizar una investigación interna, considero que, desde el punto de vista de la imparcialidad y la integridad de la investigación, parece más difícil que la investigación pueda considerarse independiente si la realiza la propia empresa. No parece razonable que sea la propia empresa la que realice una investigación y emita un dictamen sobre su propia tributación, sino que tendrá que ser un tercero experto en tributación quien emita el correspondiente dictamen sobre una situación. Lo mismo sucede en los casos de dictámenes jurídicos sobre otras materias, como es la materia administrativa o penal. Soy de la opinión que una investigación externa será más fructífera si se trata de ilícitos penales que otros de ámbitos administrativos o laborales.

#### **2.4.2.7 Estadio de la investigación interna**

Es de indicar que hasta ahora se ha planteado diferentes cuestiones sobre las investigaciones internas, principalmente los tipos de investigación internas y cuando esta se pueda activar dentro de cualquier empresa financiera. Una vez señalado esos imprescindibles pasos para la estructura una investigación interna, tendremos que dilucidar otras cuestiones estratégicas que resultan cruciales al principio de una investigación interna, tales como si es necesaria y/o conveniente dar a conocer públicamente el inicio de la investigación, o, en su caso, cómo gestionar ciertas situaciones de crisis, por ejemplo, el daño reputacional de la empresa al inicio de la investigación.

De acuerdo autores como Fortuny (2021) y Zabala Trendafilova (2020) señala que una investigación interna debe contener un inicio y una finalización, por lo que se pasara a describir que contienen cada uno:

##### **i. Iniciación de la investigación interna**

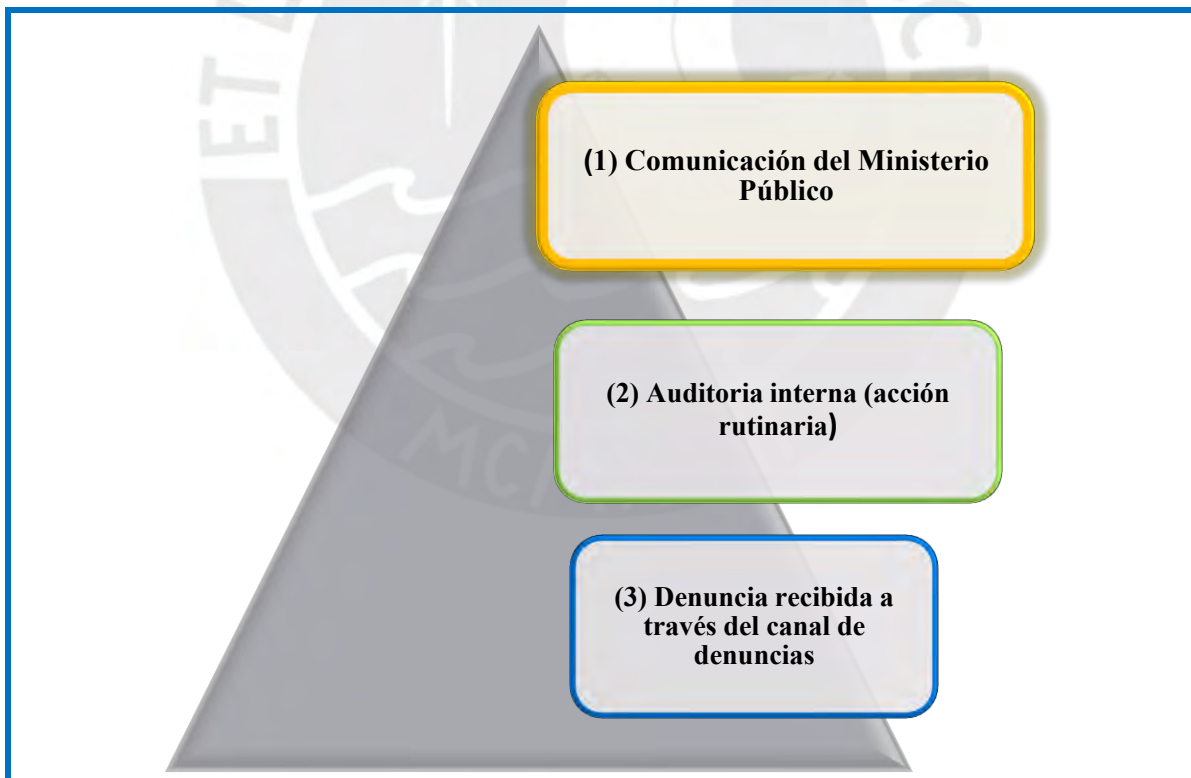
Una vez que la empresa bancaria, ha tomado conocimiento por los canales denuncias implementados, o a través de las acciones de rutina o por conocimiento del Ministerio Público, sobre un hecho ilícito que reviste de criminalidad y que dará inicio a la activación de una investigación empresarial interna, deberá plantearse la disyuntiva: “iniciar o no una investigación interna”. Como expone los autores españoles Barja, Villegas & Encinar (2020)



al señalar que el primer paso en este momento consiste en evaluar la credibilidad de la misma, en el sentido si tiene viso de verosimilitud.

Refieren los citados autores Barja, Villegas & Encinar (2020) que unos de los elementos a ponderar son cual es el origen del conocimiento de la irregularidad (formas de activación para iniciar una Investigación Interna), por lo que será más verosímil *ab initio* un indicio de actuación ilícita conocida por la empresa desde el órgano persecutor (Fiscalía), luego sería una irregularidad detectada por auditoría interna, y finalmente a través del canal de denuncias interno (y de esto se ponderará si la denuncia es anónima o no, sino lo es conocer quien la presenta, un empleado, un proveedor, un consumidor o incluso un competidor). En todo este caso justifica, para que la empresa bancaria deba dar paso a una investigación interna, a través de las siguientes situaciones:

**Figura 8.** Formas de activar una investigación interna



Asimismo, pasado el paso anterior, es necesario plantearse, si la llevará a cabo de forma interna o bien la externalizará a una consultora, despacho de abogados, auditores, detectives, etc. Dependiendo de diversas circunstancias como son la gravedad de los hechos, su complejidad, si puede aparejar responsabilidades penales corporativas, la posición en el organigrama de los sujetos a investigar, los conflictos de interés concurrentes, o si conviene conferirle protección a través del secreto profesional, la persona jurídica podrá decidir externalizar o no la investigación corporativa. (Fortuny, 2021)

En este tipo de decisiones suele participar el órgano de administración/gobierno, a impulso del compliance officer o de la función de compliance penal de la persona jurídica, debido a la repercusión que pueden llegar a tener. Cuando se trata de investigaciones defensivas, o confirmatorias con posible relevancia penal para la persona jurídica, ante el riesgo de que pueda ponerse en duda la imparcialidad y objetividad de la persona jurídica, puede ser una muestra de debida diligencia su externalización a través de expertos independientes (Fortuny 2021).

Un ejercicio que ayuda a tomar dicha decisión es el consistente en planificar la investigación como si la tuviera que afrontar la propia organización. Dicho ejercicio requiere identificar claramente los hechos concretos objeto de investigación, su aparente naturaleza y consecuencias, las personas que deberán ser inicialmente investigadas, las principales diligencias de prueba a practicar, el plazo máximo de duración previsto (y su posible prórroga), las personas de la organización que deberán colaborar durante su desarrollo, como se producirá la documentación, régimen de custodia y personal con acceso a la misma, así como los profesionales externos que actuarán (peritos, testigos, etc.).

Otro aspecto relevante es la confidencialidad dentro de la entidad. En esta primera etapa cualquier fuga de información puede ser crítica para el devenir de la investigación.

La poca o nula experiencia de los profesionales a investigar podría ser considerada una falta de diligencia en la planificación de la investigación y su posterior desarrollo. Existen situaciones en las que puede llegar a interesar que los profesionales no sean lo suficientemente capaces para investigar, favoreciéndose así el no esclarecimiento de los

hechos, la vulneración de derechos fundamentales y, con ello, la extirpación del proceso penal de fuentes de prueba incriminatorias; por lo que Julia-Pijoan advierte de la vulneración ex profeso de derechos fundamentales en el marco de las investigaciones, para conseguir neutralizar los efectos de las fuentes de prueba (2021: pp.319-320)

Finalmente, con independencia del tipo de investigación, de la naturaleza de los hechos, o de si será interna o externa, la planificación sería deseable que llegue a documentarse, pasando a formar parte del expediente de investigación. En un futuro, puede ser una evidencia de debida diligencia a la hora de tomar una decisión.

## **ii.Finalización de una investigación interna**

Tras la práctica de todas las diligencias y trámites previstos en la investigación interna, el investigador deberá emitir una propuesta de resolución al órgano encargado de resolver. Es aconsejable que exista una segregación de funciones entre la propuesta de resolución y la resolución final, para dotar de la máxima independencia e imparcialidad al proceso. Esto es, que sean distintos el órgano instructor y el órgano que deba resolver sobre las medidas a adoptar.

De acuerdo a Fortuny (2021), señala que el *informe final*, deberá quedar documentado y firmado por las personas que hayan dirigido la investigación, será dirigido al órgano resolutorio con el contenido siguiente:

- a) Antecedentes de la investigación: con ello se pretende dejar trazabilidad de la forma de detección o conocimiento de los hechos, así como de los motivos principales por los que se ha aperturado la investigación interna.
- b) Fijación de los hechos objeto de investigación y su posible naturaleza inicial: con ello se legitiman cuáles han sido las líneas de investigación, las diligencias practicadas, así como la gravedad inicial de los hechos conexos o conjuntos.
- c) Medidas cautelares adoptadas: suspensiones temporales de empleo y sueldo, licencias retribuidas, etc. pueden ser adoptadas en el transcurso de la investigación, siempre que sean acordes con la legislación laboral (deben guardar relación causa efecto con la investigación).

d) Valoración de la prueba en relación con los hechos investigados: en este apartado, el investigador hará constar los medios de prueba practicados y los principales resultados obtenidos de cada uno de ellos (luego valorar si de las pruebas practicadas se acreditan total o parcialmente los hechos objeto de investigación, viendo siempre los elementos de cargo como de descargo planteados).

e) Fijación de los hechos y de sus posibles responsables: en base a la prueba valorada (relevancia jurídica y su alcance - sanción administrativa, penal, laboral, etc.), así como determinar los responsables de los mismos, y cuáles serían las medidas correctivas a adoptar.

f) Medidas correctivas: en este apartado del informe debemos distinguir tres partes. La primero [las consecuencias jurídicas que los hechos pueden comportar para la persona jurídica]; segundo [determinar concretamente el tipo de incumplimientos (normativa interna y/o externa), así como su gravedad, con respecto a las personas físicas responsables]; tercero [Consignarán las diferentes medidas correctivas a adoptar y sus alcances, distinguiendo dos niveles: medidas dirigidas a las personas físicas responsables (abrir procedimiento disciplinario por RRHH, y el ejercicio de acciones penales), y medidas dirigidas a la persona jurídica<sup>6</sup>.

#### **2.4.2.8 El encargado del área de investigación interna**

En principio, para contestarnos a esta pregunta, debería bastar con acudir a la política o protocolo de investigaciones internas en el ámbito de la empresa, sin embargo, una investigación interna es un proceso complejo que debe ser realizado y/o dirigido por personas con suficiente experiencia y formación en la materia. No solo deben contar con

---

<sup>6</sup> Lo que se busca es poner de relieve las mejoras del modelo de prevención de delitos que se hayan puesto en evidencia, cuáles son sus causas, y las personas y/o áreas que deben ejecutarlas. La idea subyacente es la de mejora continua del modelo, dando cumplimiento con ello a la Ley 30424 y sus modificatorias, amén de evitar la reiteración de los hechos en un futuro por las mismas causas. Los tipos de medidas pueden ser desde mejora de procesos y controles, creación de nuevas medidas de control interno, realización de formación específica dirigida a reafirmar carencias detectadas, realización de auditorías sobre un determinado proceso o departamento, revisión del mapa de riesgos penales, etc.

experiencia los investigadores, sino que deberían estar exentos de conflictos de interés para que no pueda impugnarse su independencia y objetividad (Fortuny, 2021).

En cambio, para decidir qué fórmula es la más conveniente en caso de que la empresa carece de tal política interna o protocolo, o simplemente para tener en cuenta a la hora de redactarlas, creemos que la respuesta sobre quién es la persona idónea para poner en marcha una investigación interna depende del caso concreto. (Zabala y Trendafilova, 2020)

En el caso de investigaciones *rutinarias* sencillas, como pueden ser las investigaciones de menor envergadura, podría ser suficiente que el inicio de la investigación sea acordado directamente por el órgano de *compliance* competente, sin necesidad de elevar su aprobación al órgano de administración.

Por el contrario, en investigaciones complejas sobre cuestiones estratégicas para la empresa o aquellas cuyas consecuencias puedan tener consecuencias negativas, bien legales o reputacional, para la persona jurídica (aquellas que se inician en mérito a la comunicación del Ministerio Público), lo más razonable parece que el inicio de la investigación sea propuesto por el órgano de *compliance* competente, si bien la decisión de acordar su inicio deberá corresponder, bien al consejo de administración, bien al consejero delegado, bien al órgano interno en quien aquél haya decidido delegar. (Zabala y Trendafilova, 2020)

El *compliance officer* es quien deberá designar a quienes se ocuparán de realizar dicha investigación. En investigaciones internas en las que simplemente se trata de esclarecer algún hecho puntual, suele acordarse que una persona del propio departamento de *compliance* realice las pesquisas oportunas, e informe con posterioridad al órgano de *compliance*.

En los casos en los que la investigación ya se prevea más compleja, o que exija desplazarse entre varias jurisdicciones o que exija unos determinados medios que resulte complicado al propio órgano de *compliance* ocuparse de dicha investigación, también podrá el órgano de *compliance* acordar la externalización de la investigación interna desde el primer momento, esto es, no solo respecto de actos concretos de ejecución de la investigación

interna sino también respecto de decisiones estratégicas o llevar a cabo las negociaciones con las autoridades competentes involucradas. (Zabala y Trendafilova, 2020)

En los supuestos de externalización de la investigación, es interesante establecer en el mismo documento en que se considere necesaria la externalización de la investigación, unos determinados plazos que puedan reflejar un claro seguimiento interno de la investigación, y una colaboración de la propia empresa en la investigación que se esté desarrollando.

En mayor o menor medida, las investigaciones deben seguir toda la misma estructura, por lo que independientemente de que la investigación sea realizada por el órgano de *compliance* directamente o por una persona designada, debemos sostener que tiene que tener la misma estructura que el resto de las investigaciones que se realicen. (Fortuny, 2021)

Debido a los riesgos de mala *praxis* asociados a la complejidad de un proceso de investigación, así como a la ausencia de recursos para afrontarlo, muchas organizaciones pequeñas y medianas, si no han resultado perjudicadas por los hechos, desisten de abrir investigaciones.

O lo que es aún peor, deciden abrirlas y, tras verificar las dificultades para continuarlas, o advertidas sobre posibles consecuencias desfavorables para altos directivos o incluso para la persona jurídica, las dejan sin resolver o se procede a un archivo precipitado o no fundado, por ejemplo, en la Unión Europea existe una Directiva, que a efectos de combatir dicha situación da protección a los alertadores, conocida como directiva *whistleblowing*, en su art. 10.1, letra d), establece como requisito de los canales de denuncia internos el seguimiento diligente por parte de la persona o departamento designado oportunamente para ello (investigación) [UE) 1937/2019, de 23 de octubre]

En consecuencia, a lo expuesto la responsabilidad de realizar una investigación interna, recaerá en el *COMPLIANCE OFFICER* y en el área designada por este. Valga decir que no realizar una investigación, teniendo conocimiento de los hechos, podría traer consecuencias, incluso penales, tanto para el órgano de administración/gobierno como para el *compliance officer*, en caso de que aquéllos se estén cometiendo o vayan a ser cometidos.

Por lo que *COMPLIANCE OFFICER*, tendrá la función de una vez que se haya acordado iniciar una investigación interna, determinar el círculo de empleados de la empresa a los que se les va a comunicar estos hechos –si a todos, o solo a una parte–, así como la decisión de comunicar al órgano persecutor (Ministerio Público) que está efectuando una investigación interna por un presunto delito.

En cualquier situación advertida, los términos de esa comunicación deben ser lo más neutros posibles, que no prejuzguen nada en absoluto, para no perjudicar toda la investigación ulterior. Igualmente, deberán ser analizados en este momento inicial de posibles conflictos de interés, y adoptar las medidas oportunas para evitarlos.



## **CAPITULO III: PROBLEMAS DE INVESTIGACION EN BASE A LA DESCRIPCIÓN Y ANÁLISIS DEL CASO BANCO DE LA NACIÓN**

Por lo que, en la presente investigación problemática parte de un estudio de caso, pero sus consecuencias pueden inferirse a otros casos similares dentro de la regulación de las investigaciones interna reactiva dentro del Sistema Financiero Nacional (bancos), ergo se traerá a colación el mal funcionamiento de uno de los elementos mínimos que componen el *Compliance* (investigación interna reactiva defensiva) desde un punto de vista casuístico.

### **3.1. Normativo**

Es necesario sostener que: “los programas de cumplimiento no consisten solo en prevenir irregularidades, la definición más usual de estos sistemas señala que su objetivo es también detectarlas y sancionarlas. Es al legislador al que corresponde establecer cuál es la importancia del aspecto REACTIVO de los programas de cumplimiento, y sobre todo decidir qué importancia tiene la colaboración de la empresa con la administración de justicia”. (Nieto, 2013, p. 46) (Negrita es nuestra).

De lo que se va exponer líneas seguidas se evidencia un encarecimiento de un procedimiento de aplicación de una investigación interna en el sector financiero, por lo que se aprecia las siguientes daciones de normas en base a la materia objeto de tratamiento:

#### **3.1.1. Ámbito Financiero**

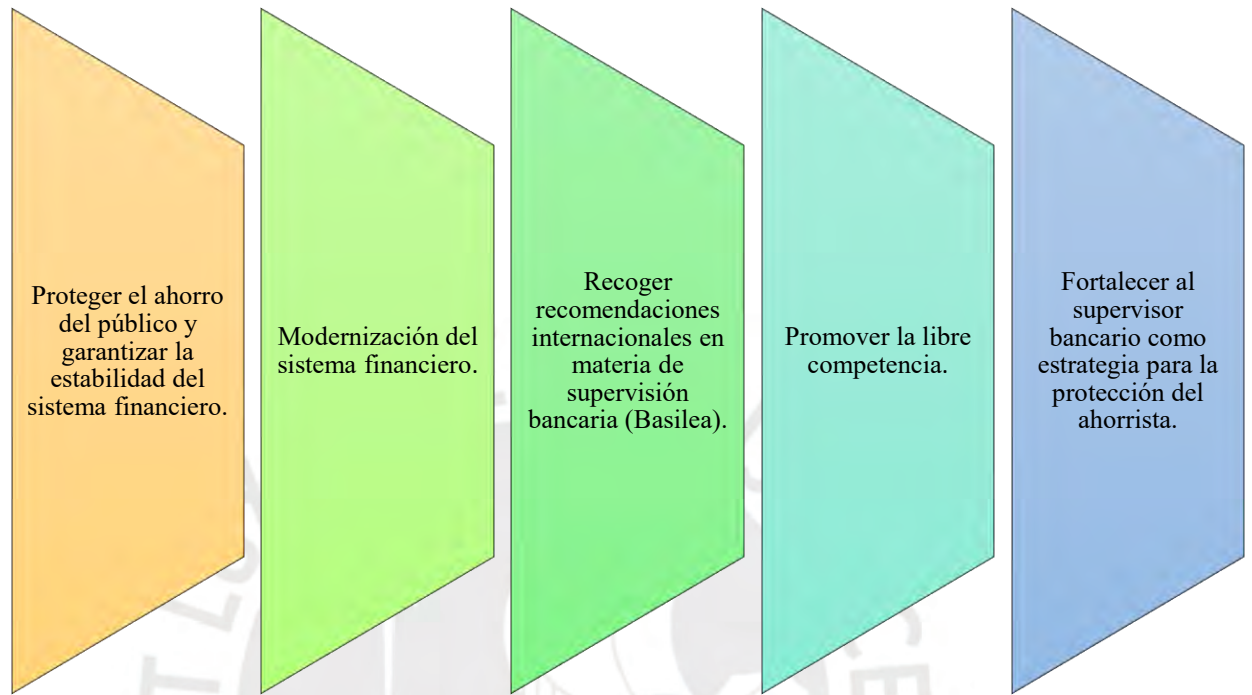
El fundamento jurídico por el cual las entidades que conforma el Sistema Financiero peruano se encuentran reguladas por la Superintendencia de Banca, Seguros y AFPs lo encontramos en el artículo 87 de la Constitución política del Perú (protección del ahorro del público), y que en concordancia con el artículo 58 del mismo cuerpo de leyes, establece el modo en que el Estado debe intervenir en dicho mercado financiero estableciéndose la organización y la autonomía funcional de dicho órgano supervisor.

Es a través de la Ley 26702 (Ley General del Sistema Financiero y del Sistema de Seguros y Orgánica de la Superintendencia de Banca y Seguros), promulgada el 9 de diciembre de



1996, que se emite las competencias que le corresponde a la SBS, y su finalidad se orienta a proteger al ahorrista, **siendo sus objetivos del Supervisor:**

**Figura 9.** Objetivos del Supervisor – SBS



Asimismo, se tiene en la Ley 26702, las empresas que son supervisadas por la SBS (art. 16 y 17), clasificándose en empresas de operaciones Múltiples, empresas especializadas y empresas de Servicios complementarios y conexos.

En razón a esa facultad que se otorga a la SBS como órgano supervisor de todo el Sistema Financiero Peruano, y el que vela por la protección del ahorro, es que emite en el 2008, la Resolución de la **SBS Nro. 37-2008 de fecha 10 de enero**, consignándose por primera vez la INVESTIGACIÓN INTERNA, situado en el Capítulo II denominado “Gestión Integral de Riesgo”, en su artículo 6º, con la denominación de “*prácticas cuestionables*”, el cual señala que:

Ante un ilícito deberá establecer sistemas internos apropiados que faciliten la investigación de las actividades ilícitas para la cual la empresa implementará el procedimiento.

Continuando con la delimitación normativa, se tiene la ubicación del término “Investigaciones internas” en la Resolución 272-2017 de fecha 18 de enero del 2017, mediante el cual se aprueba el “Reglamento de Gobierno Corporativo y Gestión Integral de Riesgo” en empresas del Sector Financiero, en la que se aprecia en el **Título II** con el nombre de “Gobierno Corporativo”, **Capítulo III** de nombre “Conflictos de Intereses y Prácticas Cuestionables”, artículo 19 con el precepto de *prácticas cuestionables*, que refiere que ante un hecho criminal se deberá de manejar de la siguiente manera:

Las empresas deben establecer los sistemas internos apropiados que faciliten la denuncia oportuna e **investigación de las actividades** no autorizadas, **ilícitas**, fraudulentas y otras prácticas cuestionables definidas por la empresa, identificadas por cualquier trabajador o por alguna persona que interactúa con ésta.

Dichas actividades deben ser reportadas a la unidad de auditoría interna o unidad organizativa encargada de su gestión, para lo cual la empresa debe implementar procedimientos que permitan mantener la confidencialidad del denunciante. En el caso de los hechos significativos, la unidad de auditoría interna, bajo responsabilidad, debe comunicar a esta Superintendencia, conforme con lo establecido en el Reglamento de Auditoría Interna. (...)

De los preceptos normativos emitidos por la Superintendencia de Banca y Seguros y AFPs, se puede concluir que la adopción e implementación de los elementos mínimos de Compliance, como la implementación de investigaciones internas, queda a la voluntad de la entidad bancarias, es decir, se ha facultado a las empresas del sector financiero la capacidad de autorregularse de acuerdo a su riesgo y necesidad.

### **3.1.2.      Ámbito penal**

Todo ilícito penal que se cometa en el territorio nacional el llamado a investigar es el Ministerio Público por su autonomía consagrado en la Carta Magna peruana (**art. 158 CPP**) cuyas atribuciones lo encontramos en el **artículo 159.1** el cual consisten en: “promover de

oficio, o a petición de parte, la acción judicial en defensa de la legalidad y de los intereses públicos tutelados por el derecho”, y asimismo en el artículo 159.4, alude que el Ministerio Público conduce desde su inicio la investigación del delito (...)

Asimismo, tenemos al Código Penal peruano que, a través del **título preliminar, art. I**, se señala que: “este Código tiene por objeto la prevención de delitos y faltas como medio protector de la persona humana y de la sociedad”, y también se tiene en el **art. 01 de la Parte General** que proscribire respecto al principio de territorialidad que: “La Ley Penal peruana se aplica a todo el que comete un hecho punible en el territorio de la República (...)”.

También se tiene al Código Procesal penal peruano (art. 1 CPP), puesto que la acción penal es pública y por lo tanto también su persecución, motivo por el cual quien realice una investigación interna debe comunicar de manera inmediata dicho hecho ilícito al Ministerio Público, en cuyo cuerpo normativo del **título preliminar IV.1**, se indica que: “el Ministerio Público el titular del ejercicio público de la acción penal en los delitos y tiene el deber de la carga de la prueba. Asume la conducción de la investigación desde su inicio, decidida y proactivamente en defensa de la sociedad”.

Además, se observa en el **artículo X**, que: “Las normas que integran el presente Título prevalecen sobre cualquier otra disposición de este Código. Serán utilizadas como fundamento de interpretación”.

Se tiene además en el Libro Primero, Disposiciones Generales, Sección I, **artículo 1.1**, en la se proscribire respecto de la acción penal es público y que: “su ejercicio en los delitos de persecución pública, corresponde al Ministerio Público. La ejercerá de oficio, a instancia del agraviado por el delito o por cualquier persona, natural o jurídica, mediante acción popular”; en esa misma línea se tiene el art. 60.1 de dicho cuerpo normativo en la que señala: “1. El Ministerio Público es el titular del ejercicio de la acción penal. Actúa de oficio, a instancia de la víctima, por acción popular o por noticia policial, art. 60.2, señala que: “el Fiscal conduce desde su inicio la investigación del delito (...)”, asimismo el art. 65.1 señala sindicando que: “El Ministerio Público, en la investigación del delito destinada a ejercitar la acción

penal, deberá obtener los elementos de convicción necesarios para la acreditación de los hechos delictivos, así como para identificar a los autores o partícipes en su comisión (...).”.

Aquí tenemos a la Ley 30424 aprobado el 21.04.2016, mediante el cual se reguló por primera vez en el Perú la responsabilidad administrativa de las personas jurídicas por el delito únicamente previsto en el art. 397-A del Código Penal peruano, cuyo ámbito subjetivo de aplicación de acuerdo al art. 2, lo encontramos a entidades del derecho privado (...), y que en el artículo 12 y 17, se indica que la persona jurídica estará exenta de responsabilidad o atenuada por la comisión de los delitos antes descritos si adopta e implementa en su organización con anterioridad a la comisión de delito, un modelo de prevención adecuado a su naturaleza, riesgos, necesidades y características consistentes en medidas de vigilancia, y control idóneas para prevenir delitos mencionados o para reducir significativamente el riesgo de su comisión.

Es a través del Decreto Legislativo Nro. 1352, del 06 de enero del 2017, mediante el cual se amplía la responsabilidad de un ente corporativo a los delitos de cohecho interno, lavado de activos y financiamiento del terrorismo, y asimismo de acuerdo al art. 18, se otorga a la Superintendencia de Mercado de Valores – SMV – la valorización del programa de prevención (compliance) si es adecuada o no, por lo que emitirá un Informe Técnico de acuerdo a lo que determine.

Mediante la Ley Nro. 30835, de fecha 02.08.2018, se aprobó modificar la denominación y los artículos 1 (9 y 10 de la ley 30424, ley que regula la responsabilidad administrativa de las personas jurídicas por el delito de cohecho activo transnacional, básicamente el más importante de dicha modificación es que se incluyó otros delitos relacionados a la minería ilegal, el crimen organizado, delitos de terrorismo.

Se tiene mediante el Decreto Supremo Nro. 002-2019, MINJUS, se aprobó el tan esperado REGLAMENTO DE RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURIDICAS, y se centra en el artículo 17 de la Ley, cuyo fundamento se esboza señalando que: “(...) los modelos de prevención de delitos constituyen en herramientas de gestión en materia de

integridad corporativa, lo que implica la implementación de un sistema ordenado de normas, mecanismos y procedimientos de vigilancia, control, destinados a neutralizar o reducir significativamente los riesgos de comisión de delitos y a promover la integridad y transparencia en la gestión de las personas jurídicas; los que nos adoptaos e implementados de modo voluntario, bajo el principio de autorregulación de las personas jurídicas (...).”.

Asimismo, se tiene el artículo 05 del Reglamento, en la que señala que debe entenderse por modelo de prevención, por lo que lo define como: “sistema ordenado de normas mecanismos y procedimientos de prevención, vigilancia, y control, implementados voluntariamente por la persona jurídica, destinados a mitigar razonablemente los riesgos de comisión de delitos y a promover la integridad y transparencia en la gestión de las personas jurídicas”.

Finalmente se tiene además el art. 09 denominado “ETAPAS” en la que se hace alusión a las fases estratégicas para la prevención y gestión de riesgos, siendo la secuencia en primer lugar los procesos previos, luego el perfil de riesgo y finalmente el modelo de prevención, dentro de esta última secuencia encontramos la política del modelo (art. 32), los elementos mínimos que lo conforman (art. 33 – 43) encontrándose dentro del artículo 38, una somera, vaga y confusa aproximación en qué consistiría las **denominadas investigaciones internas**, y finalmente se tiene la intervención de la SMV (art. 46-49).

Explicado los fundamentos normativos de la situación que se encuentra los Bancos y la SBS, en el sistema jurídico, se traerá a dilucidación el caso objeto de atención.

### **3.2.Casuístico: Caso Banco de la Nación**

El presente caso se observa que a raíz de la investigación por Lavado de Activos en la Carpeta Fiscal Nro. 50-2019 (ANEXO), se advierte que el funcionario del Banco de la Nación, Iván Castillo, estaría también implicado en delitos penales de falsificación en el 2015 y 2016, también estaría vinculado al grupo Orellana (CF 07-2015) y por actos de corrupción en el año 2014 y 2019, el cual evidenciaría una deficiente implementación de las investigaciones internas implementadas por el Banco de la Nación a través del *Compliance Programs*.

### 3.2.1. Analizando el Caso

Se analizará el Caso Banco de la Nación en base a hechos ilícitos acaecido dentro de su seno de su organización.

### 3.2.2. Antecedentes: El caso 50-2019 por Lavado de Activos, nace en mérito a la información propalada en el programa dominical Panorama bajo el título: Ex trabajador del Banco de la Nación es acusado del robo de 29 millones de soles

Con fecha 15 de mayo del 2019, el Tercer Despacho de la Primera Fiscalía Supraprovincial Especializada en delitos de Lavado de Activos (3°D-1FISLAPD), toma en conocimiento a razón del Informe Policial Nro. 228-2019-DIRNIC-PNP/DIRILA-DIVILAPCO-DATCOE (Oficio Nro. 2490-2019), sobre hechos que involucraría a un empleado del Banco de la Nación, Iván Castillo, por el delito de Lavado de Activos puesto que habría adquirido más de 11 bienes inmuebles, 06 vehículos, constitución de empresas, siendo el delito previo el desfalco por más de 29 millones al Banco de la Nación. *En razón a ello se abre la Carpeta Fiscal Nro. 506015703-2019-50-0 ante el 3D de la 1 FISLAPD en mérito al reportaje periodístico efectuado en PANORMA<sup>7</sup> y artículos periodísticos. del diario La República el 15 de abril de 2019<sup>8</sup> entre otros.*

**✚ Resumen del caso: Principales actuaciones realizadas desde el conocimiento oficial de la noticia criminis cursada por la Dirección de Investigación de Lavado de Activos de la Policía Nacional del Perú a través del OFICIO N° 2490-2019-DIRILA-PNP/DIVILAPCO-DEPILAP-DATCOE de fecha 14 de mayo de 2019 que dio origen al caso SGF N° 506015703-2019-50-0 (CASO BANCO DE LA NACIÓN)**

---

<sup>7</sup> Véase en <https://www.youtube.com/watch?v=yVVpvtZLhq8>

<sup>8</sup> Véase en <https://larepublica.pe/sociedad/1450221-banco-nacion-acusan-exfuncionario-robar-4-millones-soles-entidad-bancaria-video>

Se tiene que en el presente caso están comprendidos **14** personas naturales y **2** personas jurídicas, siendo los siguientes:

**Tabla 02**

*Relación de investigados por LA.*

<b>1</b>	Iván Castillo Rosales.	Ex jefe de Operaciones de la Agencia 2 Prosegur y Agencia Nro. 2, Banco de la Nación (La Victoria).
<b>2</b>	Paola Rodríguez.	Pariente del ex jefe de Operaciones Iván Castillo Rosales.
<b>3</b>	Enrique Rodríguez	Pariente del ex jefe de Operaciones Iván Castillo Rosales.
<b>4</b>	Juan Castillo.	Pariente del Ex jefe de Operaciones Iván Castillo Rosales.
<b>5</b>	Sabina Rosales.	Pariente del Ex jefe de Operaciones Iván Castillo Rosales.
<b>6</b>	Juan M. Castillo	Pariente del Ex jefe de Operaciones Iván Castillo Rosales.
<b>7</b>	Patricia Cruz.	Pariente del Ex jefe de Operaciones Iván Castillo Rosales.
<b>8</b>	Alexander Guerrero.	Pariente del Ex jefe de Operaciones Iván Castillo Rosales.
<b>9</b>	Irving M. Soto	Gestor de Servicio que estuvo bajo subordinación del Ex jefe de Operaciones Iván Castillo Rosales en Agencia Nro. 2, Banco de la Nación (La Victoria).
<b>10</b>	Andrés Garrido.	Gestor de Servicio que estuvo bajo subordinación del Ex jefe de Operaciones Iván Castillo Rosales en Agencia Nro. 2, Banco de la Nación (La Victoria).
<b>11</b>	Cesar Cordero.	Gestor de Servicio que estuvo bajo subordinación del Ex jefe de Operaciones Iván Castillo Rosales en Agencia Nro. 2, Banco de la Nación (La Victoria).
<b>12</b>	Deyvi Sánchez.	Gestor de Servicio que estuvo bajo subordinación del Ex jefe de Operaciones Iván Castillo Rosales en Agencia Nro. 2, Banco de la Nación (La Victoria).
<b>13</b>	Jorge Rodríguez.	Ex jefe de la Unidad de Caja durante la gestión del Ex Jefe de Operaciones Iván Castillo Rosales en Agencia Nro. 2, Banco de la Nación (La Victoria).
<b>14</b>	Iván Córdova	Administrador durante la gestión del Ex Jefe de Operaciones Iván Castillo Rosales en Agencia Nro. 2, Banco de la Nación (La Victoria).
<b>15</b>	Corporación Inmobiliaria Cafasa	Persona jurídica constituida por el Ex Jefe de Operaciones Iván Castillo Rosales.

	S.A.C	
16	Estudio Contable C & R Auditores S.A.C	Persona jurídica constituida por el Ex Jefe de Operaciones Iván Castillo Rosales.

**✚ Delito atribuido y su vinculación con la actividad criminal previa**

Lavado de Activos Agravado procedente de los delitos de peculado doloso agravado, acceso ilícito a los sistemas, contra la fe pública, asociación ilícita para delinquir y otros.

**✚ Temporalidad de la comisión de la actividad Criminal Previa y los posteriores actos de Lavado cometidos por la presunta organización criminal liderada por el ex jefe de operaciones Iván Castillo al interior del banco de la nación**

Desde el 01 de enero de 2012 al 31 de diciembre de 2020, por la razón que desde el año 2012, ostentó el investigado **Iván Castillo**, el cargo de jefe de Operaciones en el Banco de la Nación.

**✚ Fecha de ingreso de la comunicación oficial remitida por la dirección de lavado de activos de la Policía Nacional del Perú: El 15 de mayo de 2019.**

**✚ Estadio procesal del caso SGF Nro. 506015703-2019-50-0 con el detalle de las actuaciones realizadas por el tercer despacho de la primera Fiscalía Supraprovincial corporativa especializada en delitos de lavado de activos**

Conforme se precisan en las Disposiciones Fiscales N° 01, N° 08 y N°18, se atribuye a los investigados Iván Castillo, Paola Rodríguez, Enrique Rodríguez, Juan Castillo, Sabina Rosales, Juan Castillo, Patricia Cruz, Enrique Sánchez, Alexander Guerrero, Irving Soto, Andrés Meza, Cesar Cordero, Deyvi Sánchez, Jorge Rodríguez, Iván Córdova, y las empresas Corporación Inmobiliaria Cafasa S.A.C. y Estudio Contable C & R Auditores S.A.C., ser integrantes de una presunta *organización criminal dedicada a la comisión del delito de Lavado de Activos agravado* provenientes de actividades criminales de peculado doloso agravado, acceso ilícito a los sistemas informáticos, contra la fe pública y otros delitos conexos, en agravio del Estado Peruano.



De los actos de investigación realizados en las diligencias preliminares, tenemos que la presunta organización criminal se encuentra liderada por el imputado Iván Castillo, quien abusando de su cargo de Ex Jefe de Operaciones en las Agencias 2 Prosegur, y la Agencia 2 La Victoria del Banco de la Nación, durante el período 2014 a febrero de 2019, habría contado con la participación dolosa de ex funcionarios y servidores públicos Enrique Sánchez, Alexander Guerrero, Irving Soto, Andrés Meza, César Cordero, Deyvi Sánchez, Jorge Rodríguez, Iván Córdova, y otras personas en proceso de identificación, quienes actuaron bajo su subordinación al interior de las referidas agencias bancarias, de manera coordinada y dolosa, y habrían facilitado las acciones de apropiación sistemática en la mencionada entidad bancaria, del monto aproximado de S/ 29,000,000.00 (veintinueve millones con 00/100 soles), representados en S/ 23,006,574.39 (veintitrés millones seis mil quinientos setenta y cuatro con 39/100 soles) y \$ 1,954,071.84 (un millón novecientos cincuenta y cuatro mil setenta y uno con 84/100 dólares americanos), mediante el cobro de “depósitos extornados”, y el cobro indebido de “Certificados de Depósitos Judiciales”, los cuales permanecían en custodia de la entidad bancaria desde el año 1990 aproximadamente.

En dicho contexto, el imputado Iván Castillo Rosales, habría identificado o tenido conocimiento, en forma dolosa, de aquellos depósitos judiciales con más de 10 años de antigüedad y cuyos beneficiarios se encontraban domiciliados en zonas alejadas de provincia, para previamente solicitar a ex funcionarios y subordinados Alexander Guerrero, Irving Soto, Andrés Garrido, César Cordero G., Deyvi J. Sánchez H., y Jorge E. Rodríguez F., la habilitación de grandes cantidades de dinero en efectivo, ya que el imputado Iván Castillo Rosales, tenía la facultad de verificar el monto de dinero que tenía en su poder cada gestor de servicio (recibidor/pagador) de la agencia 2 La Victoria del Banco de la Nación, para efectos de simular el cobro de los certificados de depósitos judiciales, y apropiarse de grandes sumas de dinero en efectivo, llegando a simular el cobro de un aproximado de trescientos once (311) “Certificados de Depósitos Judiciales”, desplegando dichas actividades criminales desde el año 2014 a febrero de 2019.

Por lo que, en dicho intervalo de tiempo, el líder de la presunta organización criminal Iván Andrés Castillo Rosales y los demás coinvestigados, habrían amasado gran patrimonio criminal, para posteriormente someterlo al proceso de reciclaje propio del lavado de activos,

mediante las conductas de conversión, transferencia, ocultamiento y tenencia, a través de la participación su entorno familiar, laboral y/o amical, los cuales carecen de perfil económico, valiéndose de las operaciones de compra y venta de inmuebles, muebles, vehículos, constitución de empresas, préstamos de dinero, entre otros mecanismos de blanqueo, ocultando de esta manera su origen ilícito penal (actividades criminales contra la administración pública, peculado doloso agravado, acceso ilícito a los sistemas, contra la fe pública y otros), con la finalidad de evitar el rastreo de activos, la identificación de su origen, incautación y decomiso por las autoridades.

### **3.1.3. Examinando el caso Banco de la Nación**

Es de señalar de acuerdo al caso expuesto, en base a la información recopilada se ha detectado que el investigado Iván Castillo habría tenido las siguientes investigaciones penales:

✚ Con fecha 28.03.2019, el estudio jurídico De las Casas & Abogados, en representación del Banco de la Nación interpone denuncia penal contra Iván Castillo Rosales, en su calidad de Jefe de Operaciones del Banco de la Nación, por dos hechos acaecido el 2014<sup>9</sup> (se habría apropiado TRES MILLONES TRESCIENTOS SESENTA MIL NOVENTA Y TRES SOLES) y 2019<sup>10</sup> (se apropió de NOVECIENTOS DOS MIL TRESCIENTOS SESENTA Y DOS SOLES), por peculado doloso, en mérito al informe de “investigación interna” EF/92.2070 emitido por la Subgerencia y Tratamiento de Fraude. Dicha investigación se

---

<sup>9</sup> Este hecho fue advertido por el cliente a razón de un reclamo presentado. Durante las fechas 30.09.2014 y 10.10.2014 un cliente realizó 14 operaciones de depósitos en efectivo a la cuenta del Gobierno Regional de Junín, por un importe acumulado de S/. 3'360,193,25; sin embargo, el Cajero realizó un extorno de las 14 operaciones para lo cual manipulo la impresora, falsificó la firma del cliente y se apropió de los S/. 3'360,193,25

<sup>10</sup> Cobró de manera irregular desde 01.02.2019 hasta el 15.02.2019, un total de 261 depósitos judiciales en moneda nacional por importe acumulado de S/. 444,643.69 y 50 depósitos judiciales en moneda extranjera equivalente a USD. 139,548.28, al cambio para ese entonces fue S/457,718, 35, siendo el importe total liquidado sustraído el monto de S/. 902,362.04 aproximadamente.

llevó a cabo por la Segunda fiscalía provincial Penal Corporativa Especializada en Delitos de Corrupción de funcionarios de Lima – 6to despacho en la Carpeta Fiscal Nro. 136-2019.

✚ Se evidencia además que la citada persona Iván Castillo Rosales habría tenido denuncias penales por cohecho pasivo impropio, cohecho activo genérico, y tráfico de influencias, en la Carpeta Fiscal Nro. 08-2018, llevada a cabo por la Fiscalía Supraprovincial Corporativa Especializada en delitos de Corrupción, aperturada con fecha 23.08.2018, dicho caso fue en mérito a que la Fiscal de la Segunda Fiscalía Supraprovincial Especializada en Delitos de Lavado de Activos advierte a razón de su carpeta fiscal 07-2015 seguido contra Rodolfo Orellana y otros que se involucraron a Funcionarios del Banco de la Nación entre ellos Iván Castillo Rosales por la emisión de cheques. Es de indicar que este hecho acaecido en el 2015, fue puesta en conocimiento del Banco de la Nación.

✚ También se advierte que el citado colaborador del Banco, habría está involucrado en delito contra la fe pública – Falsificación de documentos públicos (cheques), en la Carpeta Fiscal Nro. 537-2015.

✚ Finalmente, se tiene que el citado colaborador del Banco habría tenido otras investigaciones por el delito contra la fe pública y falsificación de documentos en General y Falsedad Ideológica en la Carpeta Fiscal Nro. 583-2016.

En ese orden ideas se advierte que de todas estas investigaciones la más relevantes son los hechos del año 2015 (en la Carpeta Fiscal Nro. 07-2015 y en la Carpeta Fiscal 537-2015) y 2019 (Carpeta Fiscal Nro. 136-2019), por la razón se identifica 03 hechos ilícitos, del 2014, 2015 y 2019.

En cuanto a la Carpeta Fiscal Nro. 07-2015, la Fiscal Especializada en Delitos de Lavado de Activos de Activo en Caso Orellana, dio a conocer al Banco de la Nación su actuar ilícito de Iván Castillo Rosales, en múltiples ocasiones cuando pedía información de las funciones y labores que realizaba como jefe de Operaciones.

Es así que el propio Ministerio Público a través de la Fiscalía de Lavado de Activo quien advierte a su par, a la Fiscalía Especializa en Corrupción el hecho ilícito en la que participó el investigado Iván Castillo Rosales, abriéndose para ello la Carpeta Fiscal 08-2018; paralela

a ella, se advierte delito por falsificación de documentos (cheques), involucrado el investigado Ivan Castillo Rosales en la Carpeta Fiscal 537-2015, aquí se advierte un primer hecho.

En la Carpeta Fiscal Nro. 136-2019, el Banco de la Nación es quien puso en conocimiento solo a la Fiscalía de Corrupción dos hechos acaecidos en el año 2014 y 2019 que tuvo como participación criminal al investigado Ivan Castillo Rosales, por lo que se avizora segundo y tercer hecho criminal que habría participado el funcionario.

Finalmente es de señalar que en la Carpeta Fiscal Nro. 136-2019, nació en mérito al informe de Auditoría Interna Nro. EF/92.2070 emitido por la Subgerencia y Tratamiento de Fraude del Banco de la Nación.

#### **3.1.4. Identificando el problema**

En base a la exploración del caso explicado se advierte que estos 03 hechos investigados en extraídas en las diferentes Carpetas Fiscales 537-2015, 07-2015, 08-2018, y 136-2019 ante el Ministerio Público, habría permitido identificar que no se habría implementado una investigación interna al interior del Banco de la Nación, desde los primeros indicios de ilícitos penales que habría participado el citado funcionario, la tardía investigación permitió que póstumamente se evidenciara otro desfalco a la citada entidad.

Estas acciones permiten determinar fehacientemente, que no se habría efectuado eficientemente en primer lugar una investigación interna preventiva (de rutina) de cumplimiento a las obligaciones de supervisión del funcionamiento del Compliance. En segundo lugar, el cual es objeto de atención es en cuanto que existe también una deficiente Investigación Interna reactiva, puesto que a pesar que ha existido investigaciones penales vinculadas a un proceso penal en la que el Ivan Castillo Rosales se encontraba investigado, las INVESTIGACIONES INTERNAS no se habrían activado, dejó que el citado colaborado/funcionario del Banco realizara otros hechos delictivos posteriormente perdiendo así en base a estos caso que la Investigación Interna en el Banco de la Nación su efectividad. Las acciones hasta aquí advertidas se pueden señalar en el siguiente cuadro:

**Tabla 03**

*La efectividad de la investigación interna en el Banco de la Nación*



<b>INFORMACIÓN OBJETIVA DE HECHOS ILÍCITOS</b>	<b>FUNCIONARIOS</b>	<b>INICIAR INVESTIGACIÓN INTERNA</b>	<b>EFFECTIVIDAD</b>
<b>Hecho ilícito del 2014</b>	<i>El funcionario involucrado Iván Castillo Rosales</i>	<i>Debió detectarse a través de una investigación preventiva como cumplimiento a las obligaciones de supervisión del funcionamiento del Compliance</i>	<i>Ninguna</i>
<b>Hechos ilícitos de los 2015 cometidos en el interior del Banco de la Nación por falsificación de documentos – Cheques, Carpeta Fiscal Nro. 537-2015</b>	<i>El mismo funcionario involucrado Iván Castillo Rosales</i>	<i>Debió realizarse una INV. INTERNA reactiva defensiva  Si hubieran realizado habrían advertido el hecho ilícito del 2014</i>	<i>Ninguna</i>
<b>En el 2015 la 2DA FISLAP<sup>11</sup> (Carpeta Fiscal 07-2015) pone en conocimiento al Banco de un hecho ilícito que estaban implicados varios funcionarios, requiriendo información de los funcionarios del Banco de la Nación involucrados</b>	<i>El mismo funcionario involucrado. Iván Castillo Rosales</i>	<i>El Banco no inició una INV. INTERNA reactiva defensiva.  Si hubieran realizado INV. INTERNA habrían advertido el hecho ilícito del 2014</i>	<i>Ninguna</i>
<b>En el 2018, en mérito a la comunicación de la 2DA FISLAP nace</b>	<i>El mismo funcionario involucrado</i>	<i>El Banco no inicia una INV. INTERNA reactiva defensiva.</i>	<i>Ninguna</i>

<sup>11</sup> Fiscalía Supraprovincial Especializada en Lavado de Activos

<p><b><i>la investigación en la Carpeta Fiscal Nro.08-2018 ante la Fiscalía Especializada contra la Corrupción.</i></b></p>	<p><i>Iván Castillo Rosales</i></p>	<p><i>Si hubieran realizado INV. INTERNA habrían advertido el hecho ilícito del 2014</i></p>	
<p><b><i>Hechos ilícitos 2019 en el interior del Banco.</i></b></p>	<p><i>El mismo funcionario involucrado Iván Castillo Rosales</i></p>	<p><i>El Banco recién inicia una INV. INTERNA reactiva confirmatoria. En el 2019 se comunica el resultado de la realización de la investigación reactiva confirmatoria en la que advierte hechos ilícitos acaecidos en el 2014 y 2019 al Ministerio Público el cual solo comunica de esos hechos a la Fiscalía de Corrupción (nace la Carpeta Fiscal Nro 136-2019). Es de señalar que la Carpeta Fiscal 50-2019, del 3er Despacho de la Primera Fiscalía Supraprovincial Especializada en Delitos de Lavado de Activos, nace la investigación preliminar por hecho criminis (Reportaje Periodístico)</i></p>	<p><i>Ninguna</i></p>

### 3.1.5. Análisis de la investigación interna en el Banco de la Nación

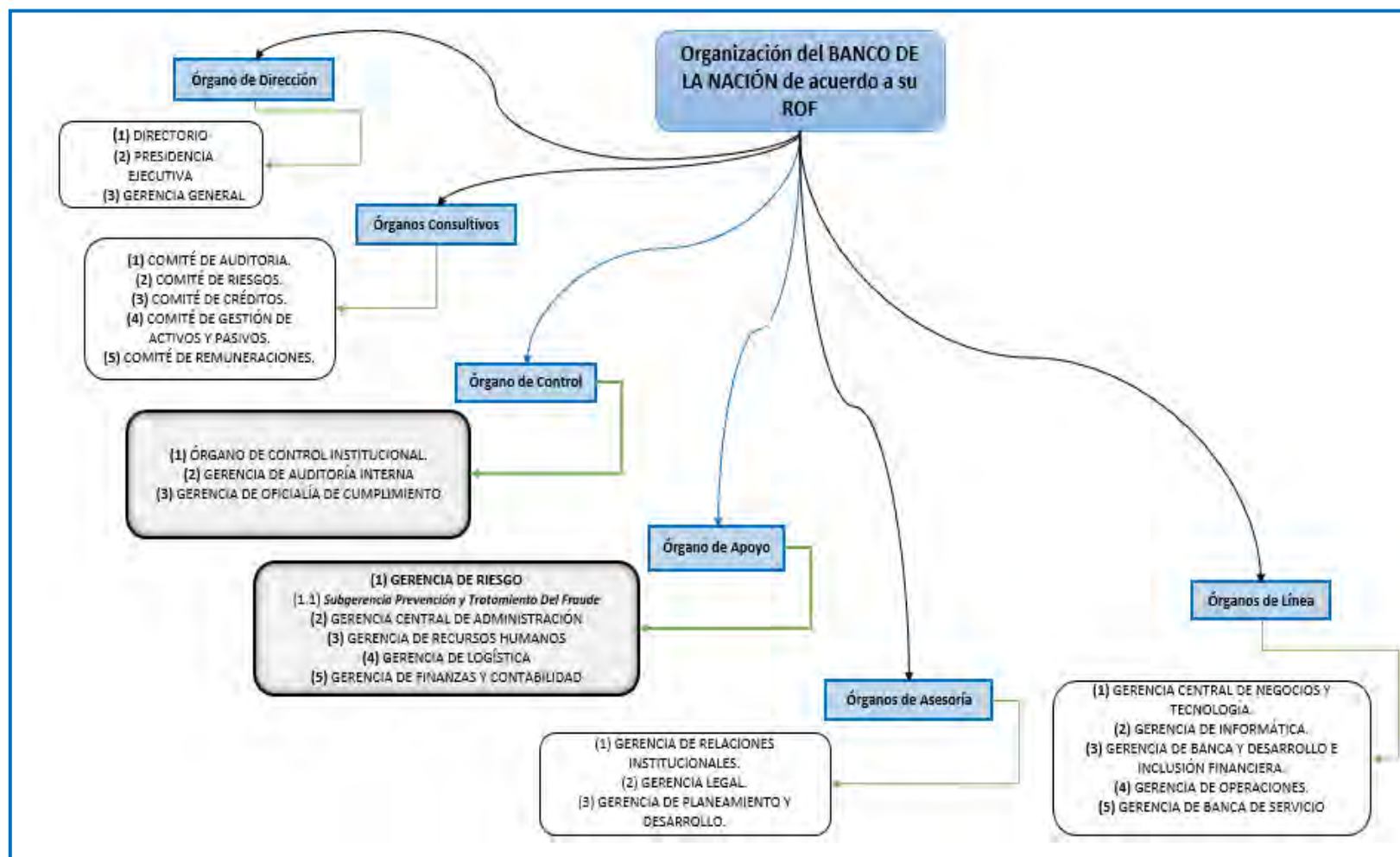
Se apreciaría que la activación INVESTIGACIÓN INTERNA fue deficiente, en razón a que si uno observa el Reglamento de Organización y Funciones del Banco del Nación (aprobado en Sesión de Directorio Nro. 2018 de fecha 03 de setiembre del 2014 y sus modificatorias al 07.02.2019), se advierte que el **Órganos de Control** (Gerencia de Auditoría Interna, Gerencia d Auditoría Interna, y Gerencia de Oficialía de Cumplimiento) así como el **Órgano De Apoyo** (Gerencia de Riesgos, específicamente la Subgerencia de Prevención y Tratamiento de Fraudes) se encuentran cada departamento separadas, teniendo cada una funciones específicas para su actuación.

Es de expresar que el departamento de Subgerencia de Prevención y Tratamiento de Fraudes es quien realizó la investigación interna el 2019, considero que esta área no debe ser la idónea para realizar una INVESTIGACIÓN INTERNA, como se indicó en el Capítulo I, que las INVESTIGACIONES INTERNAS es un elemento mínimo del Compliance siendo el responsable dicha área la Oficialía de Cumplimiento, siendo su objetivo prevención, detección y sanción; ergo realizar una investigación interna por un área que no le corresponde puesto que no es su finalidad y menos aún tienen la capacidad para llevar a cabo una investigación interna permite afirmar que el problema que no se prevenga ni se detecte, proviene de su estructura; en consecuencia del Directorio del Banco, quienes tienen la obligación legal de implementar un Programa de Cumplimiento efectivo, más aún como se consideró que las investigación interna es el corazón de un Compliance.

Se tiene que su organización se encuentra estructurada de la siguiente manera:



Figura 10. Organización interna del Banco de acuerdo al ROF.



Como segundo punto considero que la situación que propicio que una investigación interna se realice por un área que no puede ni debe hacerlo es porque la norma de Reglamento de Gobierno Corporativo y Gestión Integral de Riesgo” en empresas del Sector Financiero [Resolución 272-2017 de fecha 18 de enero del 2017] tampoco es clara en su redacción y al propiciar que “gracias a la autorregulación delegada en la que el Estado sea el que regule, pero delegue en la propia empresa el enforcement, *delegated self-regulation*” genera distorsión en la aplicación de los Programas de Cumplimiento Normativo específicamente en el elemento investigación interna, eso dejar que los Bancos tengan la capacidad de autorregularse de acuerdo a su riesgo y necesidad, no ha funcionado ni funcionara basta recordad las principales Crisis Financieras, del 1939, 2007 y 2008.

Si a lo ya señalado inmiscuimos, el flagelo de la corrupción pública o privada, al interior de una entidad Bancaría, que no está libre de tal situación, permite señalar que siempre existirá grupos de interés que no quieren que se dé una investigación interna y que esta no se active, motivo por el cual seguirá sucediendo casos como lo advertido, desfalco a una entidad bancaria, el cual los principales perjudicados será el ahorro del público, en una entidad Bancaria no se puede negociar con el crimen puesto que se trabaja con dinero de todos los ahorristas.

## CAPITULO IV: DISCUSIÓN

### 4.1 Introducción

Como bien se indicó en el Estado del Arte en el aspecto *antecedentes de la problemática* que la presente investigación parte desde el **estudio de caso**, el mismo que se desarrolló en el capítulo II, respecto de la observación y análisis de la comisión de delitos al interior de una entidad bancaria (Banco de la Nación) y como fueron su respuesta por los órganos del *Compliance* ante dicha situación advertida por la Fiscalía.

El conocimiento y análisis del caso permitió plantearnos la *problemática de forma general* ¿Ante la comunicación puesta por el aparato persecutor (Ministerio Publico-Fiscalía) sobre un hecho presuntamente ilícito en la que estaría envuelto un colaborador/directivo e incluso la propia entidad bancaria, los Bancos se encuentran obligados a activar la investigación interna reactiva defensiva?, y de *forma específica* ¿Ante la activación y realización de una investigación interna en una entidad bancaria, que derechos le deben asistir al colaborador/directivo involucrado en el ilícito penal?

Dicha situación problemática fue contrastada de la observación del caso analizado y en base a la normativa jurídica, el cual se advierte que una investigación interna reactiva defensiva de carácter obligatorio no estaría regulada en nuestro marco normativo objeto de estudio (RES. 272-2017).

Motivo por el cual, dicha limitación nos permite desarrollar en el presente capítulo la discusión en torno a la viabilidad determinar la obligatoriedad de activar la investigación interna ante ilícitos comunicados por la Fiscalía en contra de determinados investigados que laboran en una entidad bancaria, por lo que se expondrá **7 (siete) fundamentos** que permitirá fortalecer el trabajo de investigación de la activación obligatoria de una investigación interna reactiva defensiva en una entidad bancaria a efecto de prevenir ilicitudes posteriores.

En **primer lugar**, se trae a discusión uno de los objetivos de la regulación bancaria, que es la integridad en el mercado entendida esta como principio, el cual permitirá reforzar la idea de

la obligatoriedad de la investigación interna por la entidad bancaria, toda vez lo que se busca es un sistema bancario transparente e íntegro cuyo compromiso venga de la alta dirección.

En **segundo lugar**, se traerá a discusión el aspecto normativo y casuístico suscitado en Estados Unidos de América respecto al tratamiento de la investigación interna, y como se ha dotado de un arsenal jurídico a la Fiscalía que termina siendo la investigación interna más que una cooperación, una obligatoriedad de realizarla por la empresa. Considero que la etiqueta denominada cooperación entre *DOJ* y la empresa corporativa es aparente, lo que existe realmente son indicios de obligatoriedad.

En **tercer lugar**, el fundamento que permitirá la obligatoriedad de activar la investigación interna es en base al interés público (protección del ahorrista).

En **cuarto lugar**, a través de la Evaluación de Riesgos Penales, permitirá comprender que una comunicación efectuada desde la Fiscalía tiene mayor probabilidad y consecuencias de su reincidencia que si no se activa una investigación interna, por lo tanto, mayor será la importancia que deberá tomarse dicha situación.

Como **quinto lugar** se expondrá que la carencia de una regulación regulada uniforme, permitió la ocurrencia de ilicitudes en el Banco de la Nación.

Como **sexto punto**, se expondrá en base a la teoría de juegos, que un escenario obligatorio es beneficioso para los bancos y para la Fiscalía, el banco tendría una mejor reputación frente a sus ahorristas puesto que llevaría el mensaje que sus ahorros están debidamente cuidado puesto que tiene un sistema de investigación interna reactiva eficiente, y en cuanto a la Fiscalía, le permitiría para el esclarecimiento de los hechos delictivos.

En el **séptimo punto**, existe la Cuarta Disposición Final y Complementaria de la Ley General del Sistema Financiero y del Sistema de Seguros y Orgánica de la Superintendencia de Banca y Seguros, aprobada por la Ley N° 26702 que reforzaría el presente trabajo de investigación

en cuanto a la obligatoriedad de activar una investigación interna reactiva defensiva por la comunicación efectuada por el Ministerio Público

Finalmente se fundamentará que derechos mínimos deben ser reconocidos a los trabajadores/Directivos involucrado en un ilícito penal en una investigación interna.

#### **4.2 Fundamentos que legitiman la obligatoriedad de realizar una investigación interna reactiva defensiva en una entidad bancaria**

La obligatoriedad de realizar la investigación interna ante un hecho ilícito puesta por la Fiscalía a la entidad bancaria en la que está envuelta el propio colaborador/directivo e incluso la propia empresa, parte de 7 fundamentos para señalar su obligatoriedad.

Por lo que se desarrollara la viabilidad de la obligatoriedad de la activación de investigación interna en base a los siguientes fundamentos:

##### **4.2.1 La Fundamentación de la obligatoriedad de activar la investigación interna descansa en base al principio de integridad**

De acuerdo a la Guía para el desarrollo de Políticas de Integridad en empresas con participación estatal. Oficina Anticorrupción de la República de Argentina. 2022 (p. 18), expone que implica integridad en un ente corporativo:

La necesidad de trascender lo formal. Ser proactivos en lugar de meramente reactivos. Lograr un equilibrio entre las reglas y los enfoques basados en valores es esencial para obtener una implementación efectiva de los sistemas de integridad.

Integridad es más amplia que no ser corrupto. Por ejemplo, un funcionario puede no cometer un acto de corrupción, pero no comportarse íntegramente al no cumplir en tiempo y forma sus tareas y responsabilidades.

Asimismo, se tiene al Organismo internacional de cooperación integrada por 38 países, OCDE (2017) el cual afirma que por integridad debe comprenderse: “adhesión a valores éticos comunes, al conjunto de principios, normas destinadas a proteger, mantener y priorizar el interés público sobre los intereses privados”.

En razón ambos conceptos expuestos, la Integridad *implica* básicamente la horizontalidad de aplicación de los valores a cualquier integrante de una organización, sin distinción alguna, el cual *comprende* anteponer el interés colectivo sobre el privado.

En ese orden de ideas, asimilando dicho concepto de integridad a una entidad bancaria en el punto de que “implica y comprende”, permite afirmar que los valores deben exigirse a todo tipo de trabajador/colaborador/directivo, sin distinción alguna, quien se encuentra inmerso en acciones delictivas no debe permanecer en dicha entidad, siendo el objetivo proteger el interés general sobre el particular, la única manera de lograr ello es a través de una investigación interna obligatoria cuanto este nazca de una comunicación Fiscal..

Este principio de integridad debe entenderse en base a las crisis acaecidas en el 2002, cuando se descubrieron varios escándalos corporativos de alto perfil a principios de este siglo, en la que hubo una devastadora pérdida de confianza. Estos escándalos expusieron la arrogancia generalizada, el fraude, los conflictos de interés, el trato preferencial, y una falla colectiva en los encargados de Supervisión y el mantenimiento de la confianza pública (Saccani y Morales, 2017, p. 24).

Esto generó en los EE. UU el cuestionamiento del público y del Congreso, el cual generó la emisión de Ley Sarbanes – Oxley de 2002, exigiendo una mayor responsabilidad por parte de los Directorios y altos ejecutivos.

Luego en el 2008, un huracán económico global puso en la lupa en la industria de servicios financieros, mientras se perdían más de 30 millones de empleos en todo el mundo, y el valor de las acciones globales disminuía un 37% (Verick e Islam, 2010, p. 16). Corrupción, sobornos, fraude, uso de información privilegiada, conflicto de intereses, lavado de dinero,

fijación irregular de precios y esquema Ponzi, todos expuestos en una escala inimaginable. En respuesta el Congreso nuevamente de los Estado Unidos de América aprobó nuevos presupuestos materializados en la Ley Dodd – Frank de reforma de Wall Street y Protección del Consumidor, que coinciden con un nivel sin precedentes de cooperación de cooperación transfronteriza de reguladores y fiscales a nivel mundial.

Luego en el 2010, la OCDE, emitió sus guías de buenas prácticas, instando a las empresas a promover “un sistema integral de ética y una cultura de integridad” de las cuales a la fecha son 45 naciones asignatarias.

En mayo del 2013, el Comité de Organizaciones Patrocinadoras de la Comisión Treadway (COSO) adoptó disposiciones para su documento original que promueva la ética como parte de un marco integral para la gestión de riesgo de reputación.

Las normas anteceditas, colocan al “tono en la parte superior” como punto de partida, por lo que llega a preguntarnos qué ¿significa realmente y su relación con el principio de integridad?, y su relación “con el” tono en el medio”.

#### **4.2.1.1 Tono en la parte superior**

En el contexto del principio de integridad, el tono en la parte superior establece los valores rectores y el clima ético de una organización, siendo este principio por la cual se construye la cultura de una empresa, estando incluidos para dicha construcción, el Directorio, el CEO, y el Oficial de Cumplimiento, desempeñando papeles críticos para establecer el tono en la parte superior, estos solos no podrán crear una cultura de principios íntegros sino están acompañados de los mandos medios y de los demás integrantes de la empresa.

Por lo que hablar de integridad es referirnos que cada integrante sea adecuadamente seleccionado para el rol que cumple, contando con la idoneidad que su puesto requiere.

Como bien señala Saccani y Morales (2017) que una organización en la cual sus líderes den el ejemplo y muestran tolerancia cero a desviaciones, fomentará una expansión de dicha conducta al resto de los integrantes de la empresa. Son los líderes quienes tienen mayor capacidad para imponer los estándares de comportamientos que una organización y sus integrantes deben seguir, y esa capacidad es especialmente relevante con respecto a los programas de cumplimiento (p. 26-26)

Las personas seleccionadas para la alta dirección deben ser irreprochables, teniendo integridad y pudiendo ganarse el respeto de los restantes miembros de la empresa en todos los niveles. El carácter y la estatura moral de estas personas es una poderosa declaración sobre el compromiso de la organización con la ética y el cumplimiento. Desde ya, estas características deben estar presentes en todos los integrantes de la alta dirección.

La dirección ayuda traducir el “tono en la parte superior” a un “tono en el medio” saludable, asegurando ciertas prácticas organizacionales en todos los niveles.

#### **4.2.1.2 Tono en el medio**

Así como la integridad organizacional comienza con un código de conducta sólido y requiere un tono consistente en la parte superior, asimismo se requiere que los mandos intermedios deben participar plenamente en la primera línea de ejecución.

Para la mayoría de las organizaciones, como los bancos, los empleados buscan a sus supervisores y gerentes de líneas directa con el modelo que es apropiado, aceptable y esperado. Sin el apoyo de la gerencia media es poco probable que los empleados aborden el enfoque necesario para lograr los objetivos de cumplimiento.

Son los mandos intermedios quienes realmente debe estar comprometidos con el cumplimiento lo cual va influir en las decisiones éticas del día a día.



#### **4.2.1.3 Tono en la parte superior y tono en el medio en una entidad bancaria.**

Así como se exige de acuerdo a la regulación prudencial, socios idóneos, tanto técnicamente como moralmente para que puedas ser inversionistas en una entidad bancaria, debe exigirse también que el personal que trabaje en una entidad bancaria sea idóneo moral (que no esté inmersos en investigaciones penales) y técnicamente (contar con la experiencia profesional), toda vez que los recursos que gestiona del banco es de los ahorristas que necesitan protección, siendo la finalidad de expectorar malos elementos del Sistema Bancario, cuanto más íntegro sea el Sistema Bancario mejor será gestionado.

Debido a la complejidad y la relevancia de la actividad bancaria, la regulación y la supervisión deben realizarse con ciudadanos capaces de mantener los más altos estándares de profesionalismo e integridad (Basilea III, 2012).

Finalmente hablar de *tone from the top*, es hablar de involucración y compromiso de la alta dirección, sin ella no podremos hablar de un modelo de eficaz de cumplimiento.

#### **4.2.2 En base al derecho comparado, se justifica la obligatoriedad de una investigación interna: Estados Unidos de América**

En el sistema estadounidense se parte de la base de que las investigaciones internas son útiles tanto para las entidades como para las autoridades. En el caso de las entidades, centrándonos ahora en el ámbito interno, les permiten recopilar información sobre las irregularidades detectadas e identificar qué personas debe ser sancionadas o despedidas y cuáles de sus sistemas y procedimientos se deben mejorar. Todo ello les coloca en mejor disposición para diseñar un remedio para las malas conductas.

Más allá de este ámbito interno, también les son útiles en la medida en que pueden tener una proyección hacia el exterior de la entidad, en el marco de su relación con las autoridades. Una investigación permite a la entidad conocer de manera más rápida que a las autoridades cuál es la información objetiva y subjetiva sobre la irregularidad; por lo tanto, puede

discriminar qué grado de información es probable que obtendrá el Gobierno y le coloca en mejor situación para responder a la posible investigación pública.

En consecuencia, una empresa puede evitar o limitar el alcance de una investigación gubernamental al demostrar que está recopilando de manera independiente y confiable hechos y pruebas que puedan ser luego evaluados por los organismos públicos. Además, la investigación interna puede ayudar a una compañía a persuadir a las autoridades para que enfoquen su atención en personas concretas que son las responsables de la irregularidad.

Como bien indica Arlen & Buell, que: “En lo que se refiere a la utilidad de las investigaciones para las autoridades, la misma deriva de una consideración de principio ya afirmada anteriormente: las entidades están en mejores condiciones que los funcionarios estatales para obtener elementos de acreditación de las conductas irregulares que las personas cometen dentro de su organización (2020: p. 3).

Asimismo señalan Arlen y Buell, que “esto se demuestra especialmente en supuestos como los siguientes: i) cuando las autoridades se enfrentan a las primeras etapas de una investigación, antes de que tengan indicios suficientes de la comisión de una irregularidad y de las personas posiblemente implicadas; ii) cuando la identificación de las personas implicadas y de los elementos de prueba de la irregularidad exige la práctica de un gran número de declaraciones personales y el examen de una ingente cantidad de información; y iii) cuando las personas y la información se encuentran en el extranjero y fuera del alcance de los procedimientos legales de EE. UU”. (2020: p. 9)

Asimismo, señala ARLEN & BUELL, que es cierto que las autoridades estadounidenses no exigen que las empresas realicen su propia investigación interna después de recibir una denuncia de una irregularidad; sin embargo, valoran positivamente la actitud de las mismas de investigar y luego divulgar voluntariamente los resultados de una investigación interna debidamente realizada. Esta actitud opera como criterio favorable para reducir la imposición de sanciones (ya sean civiles o penales) o ponderar el mismo ejercicio de acciones, mediante

el ofrecimiento de acuerdos sin condena penal (los *DPA* o *NPA* u otro tipo de acuerdos ya vistos) (2020: p. 6).

En definitiva, las autoridades “**recompensan**” a las corporaciones que, **ante una irregularidad detectada, reaccionan iniciando y desarrollando una investigación y poniendo el resultado de la misma en conocimiento de esas autoridades**. Como se ha dicho de manera gráfica, “*el Gobierno utiliza el ‘palo’ de las sanciones penales corporativas severas junto con la ‘zanahoria’ de su eliminación parcial o total, para extraer información de las empresas sobre la existencia de conductas irregulares, la identidad de los autores y las pruebas de su responsabilidad*”<sup>12</sup>.

Ahora bien, pese a que la realización de investigaciones internas por parte de las entidades es constante en EE. UU. no existe una regulación legal que detalle cuáles han de ser su procedimiento y sus resultados concretos, si se pretende que las mismas tengan los efectos beneficiosos a los que hemos aludido. Dado en que la mayoría de los casos no existe un procedimiento ante la autoridad judicial, cabe indicar que serán normalmente los Fiscales y no los jueces los encargados de “evaluar” los resultados de estas investigaciones y la influencia positiva que tendrán para la posición penal de la entidad.

#### **4.2.2.1 El arsenal jurídico con la que cuenta la Fiscalía de los Estados Unidos de América en la investigación interna el cual permite afirmar la obligatoriedad**

Lo que se detalla a continuación es el potente arsenal jurídico que ostenta la Fiscalía General de los Estados Unidos de América en razón a las investigaciones internas.

---

<sup>12</sup> Algunos autores han mostrado su escepticismo sobre si esta política criminal produce los efectos deseados, sobre todo si facilita o no el enjuiciamiento de las personas físicas que cometen las infracciones. Al respecto, EISINGER, J., *The Chickenshit Club: Why the Justice Department Fails to Prosecute Executives*, 2017; GARRETT, B.L., *Too Big to Jail...*, cit.; UHLMANN, D.M., “Deferred Prosecution Agreements and...”.

Es de señalar que no solo han existido pronunciamientos a nivel jurisdiccional como los casos [*New York Central & Hudson River Railroad v. United State 1909*, caso *Hale v. Henkel 1906*, *United State v. Automated Medical Lab., Inc 1985*, *United States v. Cincotta 1982*, *Standard Oil Co. of Tex. v. United States 1962*, y caso *United States v Hilton Hotels Corp. 1972*], sino que también existe directrices emitidas por el Congreso de los EE. UU como las guías (determinan el quantum de la pena) o los memoranda emitidos por la Fiscalía desde 1999 que regulan la actuación de los Fiscales Federales, quienes gozan de un poder cuasi ilimitado a la hora de decidir el inicio o no de acciones penales contra empresas; es de señalar que el profesor español Tejada, 2020, advierte que son las siguientes:

#### **i. La cooperación en las United States Sentencing Guidelines**

En octubre de 1984, el Congreso de los Estados Unidos de América, aprobó la Sentencing Reform Act of 1984, como “respuesta a una diferencia generalizada en la imposición de penas a nivel federal” (United States Sentencing Comisión [1984], sf).

De acuerdo al autor Nagel, señala que “esta ley fue considerada como la más grande reforma del proceso federal de imposición de penas (*sentencing*) del siglo” (1990, p. 883), el cual creó un órgano: la *United States Sentencing Comission*. (Citado por Tejada 2020)

Esta Comisión creada, era una agencia independiente dentro del Poder Judicial del Gobierno Federal, tenía como tarea fundamental la promulgación de unas directrices (*United States Sentencing Guidelines –USSG*) para la imposición de penas que redujesen la disparidad de las sanciones es así que en el Capítulo 1 del Manual de las Directrices señala el objetivo de la Ley:

Fue el mejorar la habilidad del sistema de justicia criminal para combatir el crimen a través de un sistema de imposición de penas (*Sentencing System*) efectivo y justo. (United States Sentencing Comisión, 2018).

Es así que, en el año 1991, se ordena que se introdujese en el **capítulo octavo de la *Sentencing of Organizations respecto de las personas jurídicas***. Estas directrices tenían en cuenta para la determinación de la pena a imponer, entre otros medidores, la culpabilidad organizativa, que se veía afectada por las acciones llevadas a cabo por la organización tanto antes como después de la comisión del delito (Tejada, 2020).

Dentro del capítulo 8, el apartado 8C2.5 establecía:

Como había de adaptarse el importe de la multa a imponer en función de la culpabilidad organizativa de la empresa en relación con los delitos cometidos por sus empleados (*United States Sentencing Comisión, 2018*)

Este apartado permitía a las empresas reducir entre uno y cinco puntos el *culpability score* si, antes de que existiese la amenaza de una investigación por parte de las autoridades o la posibilidad de una filtración y dentro de un marco temporal prudencial desde que tuviesen conocimiento de la comisión del delito, (i) reportasen las autoridades la comisión del delito, (ii) cooperasen completamente con estas y (iii) aceptasen la responsabilidad por su conducta criminal. (Tejada, 2020)

Estos requisitos eran posteriormente desarrollados en el comentario 12 a la sección 8C2.5 que indicaba que la cooperación merecedora de la rebaja debía ser rápida (*timely*), es decir, la empresa debía comenzar a cooperar desde el mismo momento en el que fuese notificada oficialmente de una investigación criminal (sino antes); y detallada (*thorough*), esto es, incluyendo toda la información relevante conocida por la compañía. (Tejada, 2020)

Las USSG, en cuando a la efectividad del *compliance program*, dejaba en claro que disciplinar adecuadamente a los individuos responsables por el delito era un componente necesario.

Las Directrices de la USSG de 1991 en su apartado 8C2.5 (f), también señalaban que la reducción en el *culpability score* por tener implementado un programa eficaz para prevenir y detectar incumplimientos de la ley no **resultaría de aplicación si la organización**

**demoraba injustificadamente el reporte a las autoridades competentes tras tomar conocimiento de la comisión de un delito.** Es de señalar que las Sentencing Guidelines, establecieron una suerte de colaboración forzosa entre fiscales y empresas para cumplir con la legalidad.

La visión del *Departamento de Justicia (DOJ)* sobre qué significaba la sección 8C2.5, de la USSG en lo que atañía a las investigaciones internas y la cooperación con las autoridades la dejó clara el entonces Fiscal Robert S. Litt en un simposio sobre Derecho Penal Empresarial celebrado los días 7 y 8 de septiembre de 1995 en Washington. En su turno de preguntas y respuestas, Litt señaló que la **Sección Criminal del DOJ no consideraría como cooperación** la actuación de una **empresa** que quisiese sorber y soplar al mismo tiempo y que mantuviese una **posición dual en la investigación** (Tejada, 2020).

Se tiene que en noviembre del 2004, en mérito a los escándalos financieros y aprobación de la Sarbanes Oxley Act of 2002, y teniendo en cuenta el trabajo del *Comité Consultivo Ad Hoc*, se reformaron la Sentencing Guidelines en lo que atañe al Capítulo Octavo, siendo una modificación relevante desde la óptica de la denominación de los programas de cumplimiento que dejaron de llamarse *effective program to prevent and detect violations of law* para renombrarse como *effective ethic and compliance program*.

Según la nueva redacción, que se mantiene al día de hoy, para poder considerar que un programa de ética y cumplimiento era efectivo era necesario que la organización promoviese una cultura organizativa que fomentase la conducta ética y el compromiso de cumplimiento de la legalidad (Tejada, 2020).

Por último, es de destacar que en noviembre de 2010 se produjo una ligera modificación en la redacción del apartado **8B2.1**<sup>13</sup> (*Effective Compliance and Ethics Program*) que establecía la obligación de la persona jurídica de adoptar, con posterioridad a la detección de una conducta delictiva, de cuantas medidas fuesen oportunas para responder adecuadamente a dicha conducta y para evitar la repetición de conductas similares en el futuro. (Tejada, 2020).

---

<sup>13</sup> Clarifica el sub-apartado b7.

En concreto, se clarificó que entre las medidas post delictivas que se podían adoptar se incluía la autodenuncia y la cooperación con las autoridades.

## ii. Memorandum Eric Holder / 1999

Se tiene que, en junio de 1999, el entonces Fiscal General Adjunto Eric Holder (*O'Sullivan*, p. 209) elaboró un memorándum (conocido como *Holder Memorandum*) dirigido a los Fiscales: Iniciando Procedimientos Penales Contra Corporaciones (*Bringing Criminal Charges Against Corporations*)<sup>14</sup>.

Este documento acompañaba como adjunto un documento que contenía una serie de principios que servirían como guía para la actuación de los Fiscales federales a la hora de iniciar procedimientos penales contra organizaciones.

Entre los ocho principios recogidos como referentes para la actuación de los Fiscales se encontraba la existencia y adecuación de un *compliance program* y, en lo que más nos puede interesar aquí, “*la revelación voluntaria y en el momento oportuno del ilícito y la voluntad de cooperar en la investigación de sus agentes, incluyendo, de ser necesario, la renuncia a la confidencialidad abogado-cliente y al privilegio del work product*”. (Tejada, 2020).

La decisión sobre si la renuncia a estos privilegios era necesaria o no era únicamente decisión de la Fiscalía, quien no tenía que especificar qué peso tenía cada uno de los ocho principios recogido en el *Holder Memorandum* en la decisión de imputar o no a una organización (*Berkeley Journal of Criminal Law*, 2009, p. 204.).

Además, el apartado sexto del *Holder Memorandum* señalaba que los Fiscales deberían valorar la predisposición de la corporación para identificar a los culpables dentro de las

---

<sup>14</sup> Disponible online en <https://www.justice.gov/sites/default/files/criminal-fraud/legacy/2010/04/11/charging-corps.PDF>.

empresas, incluidos altos ejecutivos, poner a disposición de las autoridades a los testigos que pudiesen ser relevantes y revelar por completo los resultados de la investigación interna.

Autores como *Zornow y Krakaur* (2000, p.149) señalaron que esta guía –su uso no era obligatorio– emitida por el Departamento de Justicia supuso un cambio tanto en el modo de dirigir las acusaciones penales por parte de los Fiscales.

### **iii. Memorandum Thompson / 2003**

Tras los escándalos de Enron y WorldCom, el Gobierno Estadounidense se vio obligado a aumentar su presión en la persecución del fraude corporativo. Por ello, el 9 de julio de 2002, el presidente Bush dictó una Orden Ejecutiva encomendando al fiscal general la creación de un Grupo de Acción contra el Fraude Empresarial (*Corporate Fraud Task Force*) que iba a estar dirigido por Larry D. Thompson, Fiscal General Adjunto (*Deputy Attorney General*).

Los resultados de la presión fueron notorios: en un periodo de 6 meses tras la aprobación de la citada Orden Ejecutiva se abrieron más de 150 investigaciones, se interpusieron acciones penales contra más de 200 personas y se obtuvieron más de 60 reconocimientos de culpabilidad (*guilty pleas*) de empresas. (Duggin, 2008, p. 352)

En enero de 2003, con las aportaciones del citado Grupo de Acción, Larry D. Thompson emitió otro memorándum que revisaba los principios federales de imputación de organizaciones establecidos por su predecesor en 1999.

Esta revisión centraba su atención en la *autenticidad* de la cooperación por parte de las empresas y buscaba “la eficacia de los mecanismos de gobierno corporativo existentes dentro de la corporación, para asegurar que esas medidas son verdaderamente efectivas y no meros programas de papel” (Vinegrad, 2003).

En esta búsqueda de autenticidad, el memorándum impulsaba a los fiscales a que valorasen como factor para determinar la cooperación el hecho de que la compañía haya llevado a cabo



-mientras pretendía aparentar su cooperación- conductas impeditivas de la investigación y/o que protejan a los empleados y agentes culpables. Como ejemplo de ese tipo de conductas se indicaba el que hayan sido establecidas directrices inapropiadas a los empleados o sus abogados, el facilitar información a los colaboradores mediante acuerdos de defensa conjunta y el pago de los honorarios de los abogados de los empleados investigados.

Tejada (2020) indica que este memorándum, sobre todo en lo que respecta a los elementos que permiten considerar como auténtica la colaboración de las empresas, fue duramente criticado por la comunidad jurídica estadounidense a tal punto que el departamento de justicia tuvo reemplazarlo a finales de 2006.

#### **iv. Memorandum McNulty / 2006**

En 2006, la fiscalía emitió el McNulty Memorandum que sustituyó al de Thompson ante las duras críticas recibidas sobre todo en torno a la coalición para preservar el privilegio abogado-cliente y la actividad que ellas realizó entre 2005 y 2006.

Así, en este nuevo documento, pese a que se emplea un lenguaje distinto y más suave (el apartado relativo a la colaboración dejó de llamarse cooperación y revelación voluntaria para denominarse el valor de la cooperación y se hacían referencias al relevante papel que jugaba la confidencialidad) no eliminó los incentivos a las organizaciones para que renunciases al attorney-client privilege y a la work product doctrine. (Fortuny, 2021b)

Como indica Tejada (2020), el McNulty Memorandum impulsaba a los Fiscales a solicitar la renuncia solo cuando exista una necesidad legítima y estableció un sistema gradual para su solicitud, así como la necesidad de contar con la autorización del fiscal general adjunto para obtener información confidencial.

No obstante, estas modificaciones no fueron realmente bien recibidas desde el ámbito legal e inclusive el presidente de la American Bar Association indicó que eran insuficiente para evitar que los empleados sean indebidamente protegidos durante las investigaciones.

## v. Memorandum Filip / 2008

En el verano de 2008, el senador Arlen Specter propuso la Ley de Protección del Privilegio de Confidencialidad Abogado-Cliente que prohibía que un fiscal o agente del gobierno estadounidense solicite o imponga la renuncia del attorney-client privilege o la work-product doctrine. La propuesta no salió adelante, pero jugó un papel formativo en la revisión de las Guidelines del departamento de justicia que llevó a cabo el Filip Memorandum<sup>15</sup>.

El 28 de agosto de 2008, Mark Filip, fiscal general adjunto, presentó una nueva revisión de las guías emitidas anteriormente. Por primera vez se incorporó en el Título 9, Capítulo 9-28 del Manual de Actuación de la Fiscalía Federal (anteriormente conocido como US attorney's Manual y actualmente como Justice Manual) el valor de la cooperación.

Aquí se continuaba con la idea de que la renuncia al attorney-client privilege y a los materiales cubiertos por la work-product doctrine no es ni ha sido un prerequisite para que la fiscalía considere que una empresa es cooperadora, siendo necesario la revelación de los hechos relevantes de las conductas ilícitas cometidas.

Es destacable que la revisión de 2008 elimine el apartado contenido del McNulty Memorandum “Protección de Empleados y Agentes Culpables” y establezca “la mera participación de una empresa en un acuerdo de defensa conjunto no le inhabilita para recibir crédito por la cooperación, y los Fiscales no deben solicitar que una compañía se abstenga de celebrar ese tipo de acuerdos” (Fortuny, 2021b).

Sin embargo, de acuerdo a Fortuny (2021b) apuntó a la falta de claridad del Filip Memorandum en lo que respecta a qué datos fácticos conocidos por la compañía durante una investigación interna deben revelarse a fin de que pueda obtener mayores puntos de cara a la fiscalía. Además, un aspecto que amplió las exigencias de cooperación por parte de las

---

<sup>15</sup> Una copia de la carta se puede consultar en <https://www.gibsondunn.com/wp-content/uploads/documents/publications/FilipLetter070908.pdf>

empresas (y que se vería todavía más extendida con el Yates Memo en 2015) es una modificación del principio general del apartado que establecía como aspecto relevante para medir el alcance de la cooperación la predisposición que demuestre la institución para facilitar toda prueba relevante y develar así a los actores involucrados.

#### vi. Memorandum Yate / 2015

En septiembre de 2015, Sally Quillian Yates, Fiscal General Adjunta en la segunda legislatura del presidente Barack Obama, aportó su granito de arena al desarrollo de las Directrices de la Fiscalía Federal con un memorándum titulado “Responsabilidad Individual por Ilícitos Corporativos” (*Individual Accountability for Corporate Wrongdoing*).

El título del memorándum refleja el mayor énfasis de la Fiscalía en la persecución de conductas individuales tras la grave crisis económica de 2008 (Villegas y Encinar del Pozo, 2017, p.5) y las críticas recibidas debido a la falta de condenas de altos ejecutivos y banqueros que muchas veces consideraban habían recibido un tratamiento poco ajustado al rol que habían jugado en la crisis (Erman, 2017).

El aspecto nuclear del *Yates Memorandum* se recoge en el primer punto enunciado por la Fiscal General Adjunta: “*para poder recibir cualquier tipo de crédito por cooperación, las empresas deben proporcionar al Departamento todos los hechos relevantes relativos a los individuos responsables de la conducta ilícita*”. Es decir: o todo, o nada. Nada de *cherrypicking*.

De forma tajante establecía que “*si una compañía que busca ventajas por cooperación declina el obtener información de esos hechos [relativos al ilícito cometido] o proporcionar al Departamento con información fáctica completa sobre los autores de los ilícitos, su cooperación no será considerada un factor atenuante*”. (Tejada, 2020)

Esta filosofía del “todo o nada” fue revisada por el Departamento de Justicia a finales de 2018 (Bridges, 2017, p. 1899).

El anuncio de la revisión fue dado por el entonces Fiscal General Adjunto, Rod J. Rosenstein, el 29 de noviembre de 2018 en la trigésimo quinta conferencia internacional sobre la *Foreign Corrupt Practices Act* del *American Conference Institute*<sup>16</sup>. En su intervención señaló que: “cuando el gobierno alega la existencia de violaciones que involucran actividades a lo largo de la compañía durante un largo periodo de tiempo, no es práctico solicitar a la empresa que identifique a cada empleado que desempeñase cualquier tipo de rol en la conducta... De hecho, hemos aprendido que la política no se estaba aplicando de forma rigurosa en algunos casos porque ello hubiese impedido resolver casos y hubiese sido un desperdicio de recursos. Nuestras políticas tienen que funcionar en el mundo real en el que los recursos dedicados a la investigación son limitados”.

Más adelante señaló que:

“sí una compañía quiere obtener la mayor de las ventajas por cooperar, debe identificar a toda persona sustancialmente involucrada en o relacionada con el ilícito en cuestión... Cuando permitimos únicamente una elección binaria –crédito máximo o ningún crédito– la experiencia demuestra que se retrasa la resolución de algunos casos a la vez que se proporciona poco o ningún beneficio”

Tras las modificaciones oportunas, el apartado del *Justice Manual* relativo al valor de la cooperación estableció como requisito para acceder a las ventajas por cooperación que la compañía haya evidenciado claramente a todos los involucrados en los hechos ilícitos.

#### **4.2.2.2 El aspecto casuístico: Connolly & Black vs EEUU - indicios de obligatoriedad de una Investigación Interna**

Antes de dilucidar el presente caso, es necesario definir que es una LIBOR y su importación para el Sistema Bancario.

---

<sup>16</sup> Ver en <https://www.justice.gov/opa/speech/deputy-attorney-general-rod-j-rosenstein-delivers-remarks-american-conference-institute-0>.

El LIBOR (*London Interbank Offered Rate*), es un conjunto de índices de referencia calculados diariamente para –actualmente– cinco monedas (dólar, euro, libra, franco suizo y yen japonés) y para siete periodos de préstamo diferenciados (un día, una semana y uno, dos, tres, seis y doce meses) administrado hasta 2014 por la Asociación de Banqueros Británica (*British Bankers' Association-BBA*)<sup>17</sup>.

El LIBOR, usado en multitud de transacciones por valor de más de 300 trillones de dólares, se elabora calculando la media del tipo de interés al cual un panel de bancos mundiales (*HSBC Bank, Bank of America, BNP Paribas*) estiman que podrían pedir prestado sin garantías, y se emplea para el cálculo, por ejemplo, de determinadas opciones, futuros, *swaps* y derivados; así como para infinitos préstamos a tipo variable.

En **octubre de 2008** la Comisión de Negociación de Futuros sobre Materias Primas de Estados Unidos (*U. S. Commodity Futures Trading Commission – CFTC*) inició una **investigación sobre la presunta manipulación del LIBOR** por Barclays PLC y UBS Group, dos de los bancos que remitían sus estimaciones para el cálculo del LIBOR. En 2010, el gobierno estadounidense incluyó en la investigación al Deutsche Bank, quien contrató los servicios del despacho de abogados Paul Weiss para hacer frente a la investigación de la CFTC y la SEC, quien también había iniciado una investigación sobre el papel del Deutsche Bank en la supuesta manipulación.

---

<sup>17</sup> Como consecuencia de la manipulación del LIBOR por una serie de entidades financieras, en el mes de junio de 2012 el Gobierno británico designó a Martin Wheatley (Director Ejecutivo de la Autoridad Financiera de Servicios británica (*Financial Services Authority - FSA*) para que llevase a cabo un informe sobre las reformas necesarias. Entre las recomendaciones del informe final (disponible en [https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment\\_data/file/191762/wheatley\\_review\\_libor\\_finalreport\\_280912.pdf](https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/191762/wheatley_review_libor_finalreport_280912.pdf)) estaba la de que la BBA transfiriese la responsabilidad sobre la compilación y distribución de los datos usados para conformar el LIBOR. El cambio, a favor de la *IntercontinentalExchange Benchmark Administration*, tuvo efectos a partir del 1 de febrero de 2014.

En el marco del procedimiento, la CFTC envió una carta al director de la Asesoría Jurídica de Deutsche Bank en las Américas en la que indicaba al banco que esperaba una cooperación plena con su investigación. Esa cooperación suponía que la entidad financiera habría de llevar a cabo, *voluntariamente* y mediante asesoramiento legal externo, una revisión completa de su actuación de presentación de estimaciones del LIBOR durante el periodo objeto de investigación y reportar periódicamente los resultados. Asimismo, se adjuntaba a la carta un memorándum de la propia CFTC relativo a los factores que se tendrían en cuenta a la hora de valorar la cooperación (*Enforcement Advisory Cooperation Factors in Enforcement Division Sanction Recommendations for Companies*). En este memorándum, como ya hemos visto, se resaltaba como un factor a valorar positivamente por la CFTC el poner a disposición de las autoridades las entrevistas con empleados y cualesquiera otros documentos corporativos, utilizando para ello todos los medios disponibles para la empresa.

Por otro lado, en el momento de los hechos, estaba vigente el *Filip Memorandum*, que había sustituido al *McNulty Memorandum*, y que revisaba sus principios, sobre todo, en lo que respecta a la cooperación como factor mitigante de la responsabilidad penal de las empresas. Como ya hemos visto con anterioridad, en lo que respecta a la revelación de los hechos relevantes conocidos por la empresa a través de una investigación interna, este memorándum establecía que “*el personal corporativo es normalmente entrevistado durante una investigación interna...para recibir méritos por la cooperación al proporcionar información fáctica, la empresa...necesita producir, y los fiscales pueden solicitar, información fáctica relevante –incluyendo información fáctica relevante adquirida a través de esas entrevistas–*”.

Como nota la Juez McMahon en su resolución, la disyuntiva que se le presentaba a la entidad no era realmente colaborar o no colaborar, sino hasta qué punto colaborar (“*la petición de la CFTC para que Deutsche Bank llevase a cabo una investigación “voluntaria” era una clásica oferta del Padrino: una que no se podía rechazar*”).

Durante el periodo que duró la investigación, el Deutsche Bank cooperó plenamente con las distintas autoridades encargadas de la investigación (la CFTC, la SEC y el Departamento de Justicia), quienes eran puntualmente informadas de los distintos avances de las pesquisas

(que incluyeron alrededor de 200 entrevistas con más de 50 empleados y la revisión de 158 millones de documentos electrónicos y cientos de miles de horas de conversaciones grabadas) a través de 230 llamadas telefónicas y más de 30 reuniones presenciales. Las autoridades federales, además, dieron numerosas indicaciones a los abogados de Paul Weiss acerca de cómo llevar a cabo la investigación, incluyendo peticiones específicas de a qué empleados entrevistar –llegando en una determinada ocasión a instruirse a un abogado de Paul Weiss que enfocase una entrevista con un empleado del Deutsche Bank como si fuese un Fiscal–.

Dos de los empleados con los que el equipo de abogados del Deutsche Bank se entrevistó fueron los Sres. Mathew Connolly y Galvin Campbell Black, dos altos directivos de Deutsche Bank en Nueva York y Londres que fueron acusados de manipular desde 2005 hasta 2011 los tipos de interés de los índices de referencia de productos derivados referidos al LIBOR a través de la presentación de estimaciones para el cálculo del LIBOR a la BBA que beneficiaban sus posiciones negociadoras.

**De conformidad con la política interna de la entidad financiera**, el negarse a hablar con el equipo investigador no era una opción para los empleados entrevistados, ya que, si bien no se establecía expresamente que la negativa a cooperar llevase aparejado necesariamente el despido, la política interna sí establecía que aquellos empleados que violasen las políticas de la entidad podrían verse sometidos a acciones disciplinarias, que podrían llegar incluso al despido. El abogado externo encargado de la investigación, por su parte, declaró en el procedimiento que cualquier empleado que no hubiese cooperado con la investigación habría perdido su puesto de trabajo. El propio Sr. Black también declaró tener esa misma percepción, que fue corroborada como plausible por el socio de Paul Weiss encargado de las pesquisas.

Los abogados externos mantuvieron entre finales de 2010 y mediados de 2012 tres entrevistas con el Sr. Black, en las cuales en ningún momento estuvo asistido por un abogado, sin que conste que se le avisase de qué debía preparar (o para qué debía estar preparado) de cara a las entrevistas. Lo que sí se le proporcionó fueron los

correspondientes *Upjohn warnings*<sup>18</sup> al comienzo de las entrevistas. Por su parte, la primera entrevista del Gobierno con el Sr. Black no tuvo lugar hasta el otoño de 2013, esto es, tres años después del comienzo de la investigación por parte del Deutsche Bank. Posteriormente, en septiembre de 2014, ya en las postrimerías de la investigación interna, los abogados de Paul Weiss pidieron permiso a la fiscalía para entrevistar por cuarta vez al Sr. Black, quien esta vez sí estuvo asistido por un Letrado.

Tras las entrevistas, los abogados de Paul Weiss informaban a la CFTC (quien, a su vez, enviaba los documentos al Departamento de Justicia), llegándoles a proporcionar resúmenes de lo declarado por los empleados, incluyendo el Sr. Black. También se mantenían reuniones entre el equipo investigador contratado por Deutsche Bank y representantes del Departamento de Justicia para discutir el estado de la investigación. En estas reuniones, los abogados de Paul Weiss llegaban hasta el punto de facilitar a la Fiscalía “pistas” de cómo enfocar la eventual entrevista que pudieran tener con el Sr. Black (*e.g.* qué puntos tratar, qué documentos exhibir, etc.).

En enero de 2015, Paul Weiss presentó un informe en el que resumía lo averiguado durante la investigación interna y establecía una hoja de ruta del caso contra la entidad bancaria y varios de sus empleados. Esto proporcionó a la Fiscalía todos los hechos necesarios para completar su investigación y sacar sus propias conclusiones sobre los eventuales delitos. La Juez *McMahon* destacó que, sin esta actuación, Deutsche Bank no hubiera merecido la aplicación de la circunstancia atenuante de cooperación.

La investigación fue un éxito para el Deutsche Bank, quién firmó el 23 de abril de 2015 un acuerdo de persecución diferida (*deferred prosecution agreement*) con el Departamento de Justicia por el que se comprometió a (i) abonar 775 millones de dólares en multas, (ii) continuar cooperando con el Gobierno en su investigación en curso y (iii) contratar a un *corporate monitor* durante los tres años de duración del DPA. Además del DPA,

---

<sup>18</sup> Para consultar bibliografía sobre los *corporate monitors* vid la página web de la *International Association of Independent Corporate Monitors* en <https://iaicm.org/reference-library/>.



Deutsche Bank llegó a un acuerdo con el Departamento de Servicios Financieros de Nueva York en virtud del cual, a cambio de, entre otras cosas, despedir a determinados empleados, evitó la imputación por blanqueo de capitales. El Sr. Black fue despedido a principios de 2015 ante la insistencia del citado Departamento.

Tras la finalización de la investigación, los Fiscales de la *Criminal Division*, *Fraud Section* y la *Antitrust Division* del Departamento de Justicia presentaron su acusación al *Grand Jury*, quien el 31 de mayo de 2016 firmó el *indictment* al considerar suficiente la evidencia presentada por la Fiscalía para llevar el caso a juicio.

Tras el desarrollo del procedimiento y del correspondiente juicio con jurado, el 17 de octubre de 2018, el jurado popular emitió dos veredictos de culpabilidad contra los Sres. *Connolly* y *Black*. Dos meses después, el Sr. Black planteó la aplicación de la doctrina de los casos *Kastigar v. US.* y *Garrity v. New Jersey*, mediante la cual pretendió la revocación del fallo o, subsidiariamente, excluir del proceso sus declaraciones a los abogados contratados por el Deutsche Bank por considerar que habían sido obtenidas bajo coacción (*compelled*) y en realidad por el propio Gobierno, al haber externalizado la Fiscalía la investigación interna a los abogados de Paul Weiss, de manera que la coacción era atribuible en gran medida al Gobierno (*fairly attributable to the Government*).

Ante dicha situación se pronunció la Corte del Distrito indicando que el actuar de la Fiscalía no habría generado ninguna intromisión en el fueron privado empresarial, denegando así lo planteado por Connolly y Black.

#### **4.2.3 La Fundamentación de la obligatoriedad de activar una investigación interna descansa en la necesidad de proteger el ahorro del público.**

El máximo exponente de habla inglesa en temas referente al sistema bancario, Llewellyn (2006) señala que “lo bancos son especiales porque captan ahorro del público”. Los bancos no trabajan con su capital de los socios, si bien es cierto que los socios si ponen capital, ello lo hacen porque así lo exige la regulación poniendo un capital mínimo hasta alcanzar un

patrimonio efectivo, pero el trabajo con los que ellos hacen su actividad de prestar dinero e invertir es hecho con recursos del público bajo la forma de ahorro, por esta razón el negocio de los bancos se basa en la confianza, que debe tenerlo el público para poder darles sus ahorros, **por lo que este activo denominado confianza se torna más relevante en el sistema bancario que cualquier otra industria**, porque el público tiene que confiar en su banco para que pueda darle sus ahorros.

Se dice que la confianza es el activo que más cuesta ganar, y es el activo que más rápido se pierde, porque ante cualquier rumor de un banco que está atravesando dificultades, esta confianza puede perderse a través de corridas bancarias (retiro de ahorros).

La relevancia económica se debe a que los bancos también son especiales porque inyectan flujos a la economía, es decir crean dinero y transforman activos; y se tiene también que los bancos son especiales porque tiene una particular estructura en su balance, y ello se da porque un banco capta ahorro del público y ello es su pasivo, estos tienden a ser ciertos y definidos teniendo la obligación de devolverlos apenas que el público se lo exige; sin embargo, por lado de los activos, se ubican los créditos por cobrar, financiamiento, inversiones, estos son inciertos, no se sabe si se va recuperar o no y ello va depender de tu performance, y de lo bien que se gestione la cartera crediticia; es decir por un lado tienes pasivos que son obligaciones que son ciertas y exigibles al cien por ciento, y por otro lado de tus activos, se tiene cuentas por cobrar que si bien son exigibles pero son inciertas, porque va depender de la buena gestión que realice un banco y de muchos factores micro, macro, interno y externo de que puedan hacerte devueltos estas acreencias.

Aunado a ello, se tiene que los pasivos pueden ser captados con mucha mayor dimensión que los activos que se tenga y ello puede generar un descalce (puede darse el caso que un banco tenga más obligaciones que cumplir frente a terceros, que acreencias por cobrar).

Esta estructura de su balance tiene efectos particulares como lo explican los autores Llewellyn (2006) y Villegas (1989) al indicar que si un banco tiene un activo que son sus créditos el cual no ha gestionado bien, en un primer momento el banco va tener problemas

de liquidez puesto que no va poder hacerle el cobro de sus deudas, este problema si no se soluciona de manera inmediata, acarreará insolvencia, y esto se da cuando el banco se ve en la dificultad de recuperar sus activos y empieza a bajar la cantidad de activos que tenga y el valor de estos, cuando un banco tiene esa sensación de dificultad de manejo de sus activos, va verse obligado a vender sus carteras crediticias, a cederlas, transferirlas a terceros para poder tener liquidez (a través de financiamiento, o vender sus carteras crediticias para obtener liquidez para pagar el ahorro del público).

El regulador bancario para afrontar estas situaciones de liquidez o insolvencia en un banco que pueda imposibilitar el pago de los ahorristas, el cual se busca proteger a todo costo siendo el objetivo principal “protección del ahorrista” para evitar corridas bancarias (retiro sistemático), ha estructurado formas de protección a través de las llamadas regulaciones prudenciales, protecciones y conducta en los negocios (Vodanovic, pp.146-157).

A través de la **regulación prudencial** se busca proteger ex ante, es decir tiene carácter preventivo, busca que un banco no se quiebre, no ponga en peligro el ahorro del público, por ejemplo, aquí tenemos a la regulación que cuida el capital exigiendo a los socios que tengan un capital mínimo y adicional, así como el cumplimiento de límites operativos (no puede prestar más del porcentaje de su patrimonio efectivo ), provisiones (un banco se adelanta a una pérdida potencial que tiene y detrae de su activo un monto en función del incumplimiento), evaluación del deudor y de la cartera crediticia (cuidar bien a quien se le va prestar), porque todas estas medidas mientras que un banco está en marcha, el banco debe gestionar bien sus créditos para que no quiebre.

En cuanto la **regulación proteccionista** se regula a través de los esquemas de compensación ex post, ya cuando se produce el hecho, por ejemplo, si pierdes tu depósito y eres un ahorrista el Fondo de Seguro de Depósito te cubre, y si eres un banco que está atravesando dificultades y tienes problemas de liquidez el Banco Central te presta, bajo el esquema de prestamista de última instancia.

Y la tercera forma como se regula para proteger el ahorro del público, es la *conducta en los negocios*, y esta regulación no tiene nada que ver con el capital, ni con los límites, tampoco con la prudencia en el manejo del negocio, sino de cómo se conduce el agente en los negocios, si son las personas idóneas quienes manejan la entidad bancaria, si da información transparente, oportuno y veraz a sus clientes, si no actúan en base a conflictos de intereses, si tiene prácticas corporativas; es decir, con la regulación con la Conducta en los negocios está relacionado con el Gobierno Corporativo, con los Programas de Cumplimiento (cuyo elemento objeto de atención en la presente tesis es la investigación interna), con la Gestión Integral de Riesgos, y con la prevención de Lavado de Activos entre otros.

Respecto a regulación en la conducta de negocios en una entidad bancaria, muchos autores han señalado que por ejemplo en la crisis 2007-2008, fue la principal causa, se tiene al autor Levine (2010) señaló que “el colapso del sistema financiero mundial se debió al mal funcionamiento de la gobernanza de la regulación financiera.” (Citado en Pánico et al., 2013, p.1)

Como bien se sabe, la crisis financiera el 2007-2008, se debió porque funcionarios del banco colocaban créditos hipotecarios a persona que no tenían el sustento económico necesario para honrar sus deudas (hipotecas basuras), sabiendas de que estas carteras crediticias tenía dificultades optaron por empaquetarlas, es decir se titulizarlas. Los préstamos, una vez originados, se titulizan para convertirlos en productos de la banca paralela como los BTA (Bonos de Titulización de Activos) y los CDO (obligación de deuda garantiza). Estos productos se utilizaban en transacciones de reportos o para respaldar las emisiones del papel comercial respaldado por activos, por último, los Fondos Mutuos de inversión del mercado monetario eran quienes compraban el papel comercial respaldado por activos o llevan a cabo reportos y emitía participaciones que constituyeron dinero interno.

Como señala el economista peruano Navarro, que la crisis en EEUU se debió al “auge de la Titulización de activos (securitization) y de complicados instrumentos financieros efectuado por el sector bancario” (2008, p.9).

Todo sabemos que en la crisis del 2007-2008, estaba vigente los principios de Basilea II, el cual permitió que la alta gerencia de las entidades bancarias no gestionase sus riesgos, tal es así que decidían por su cuenta cuanto de capital debían tener.

Los bancos que operan bajo Basilea II, que incluía bancos en Europa y bancos de EE. UU., encontraron muchas formas creativas de tener un apalancamiento muy alto y evadir los requisitos transfiriendo los riesgos a otros u ocultándolos detrás de modelos de riesgo defectuosos o calificaciones crediticias engañosas. (Admati y Hellwig, 2013, p. 96).

Levine (2010) y Barth, Caprio, Levine (2011) brindan varios ejemplos que ilustran cómo las autoridades financieras y sus supervisores políticos no actuaron en el interés del público. Mediante el uso de pruebas de documentos y archivos oficiales, los autores se argumentan que las autoridades introdujeron políticas que desestabilizaron el sistema financiero. Es más, las preservaron cuando, antes de la crisis, supieron que estas políticas estaban distorsionando los flujos de crédito hacia fines cuestionables y llegaron a proporcionar información falsa al Congreso para mantenerlas. Estos autores concluyen que una evaluación integral de las causas de la crisis debe indagar por qué los hacedores de políticas tomaron estas decisiones y que dichos autores recomiendan fortalecer la independencia de las autoridades de las presiones de la industria financiera para corregir la gobernanza de la regulación, mejorar las reformas que se han propuesto y adoptado, y reducen la probabilidad de futuras crisis. (Citado en Pánico et al., 2013, pp.1-2)

Adicional a lo expresado se tiene Admati y Hellwig (2013) quienes argumentaron que es necesario fortalecer la independencia de las autoridades frente a las presiones de la industria financiera. Comienzan afirmando que “Un factor importante para explicar la crisis financiera de 2007-2008 es el fracaso de los reguladores y supervisores en los Estados Unidos y en Europa para establecer y hacer cumplir las reglas adecuadas para evitar el comportamiento imprudente de los banqueros. (Citado en Pánico et al., 2013, pp.10-11)

Según Admati y Hellwig (2013), los gobiernos nacionales no defienden los intereses de sus países cuando pasan por alto que la industria bancaria no solo es una importante fuente de

financiamiento para la economía, sino también una fuente de riesgos sistémicos. Sugieren que los lazos entre la industria bancaria, el mundo político y las autoridades financieras pueden favorecer esta actitud equivocada de los gobiernos nacionales y que Basilea III ha abordado algunos abusos en esta área, pero persisten varias debilidades. Ellos son “el resultado de una intensa campaña de cabildeo montada por los banqueros contra cualquier cambio importante en la regulación. Esta campaña ha continuado desde entonces. A estas alturas, incluso la implementación total de Basilea III está en duda (Admati y Hellwig, 2013, p. 96)

Al igual que Levine, Barth, Caprio y otros, Admati y Hellwig también concluyen que es necesario fortalecer la independencia de las autoridades y de los supervisores, haciéndolos más capaces de resistir las presiones de la industria bancaria y enfocarse en el interés público.

En consecuencia, a lo esbozado, en cuanto al tipo de regulación bancaria que existe (prudencial, proteccionista y conducta en los negocios), el cual el Perú no es ajeno, queda claro que se debe fortalecer estos tipos de regulación a efectos de no seguir contaminando el Sistema Bancario; por lo que a través de las investigaciones internas podría coadyuvar a que la regulación en la conducta de los negocios, regulación prudencial y proteccionista se fortalezca, puesto que una entidad bancaria no puede negociar en que en su interior exista funcionarios que vulneren normas, menos aún las penales, siendo el objetivo mismo contribuir a proteger el ahorro del público, y solo se hará ello a través de un Sistema Bancario integro.

#### **4.2.4 El Fundamento que permite la obligatoriedad de activar la investigación interna ante la comunicación de un hecho ilícito se debe en razón a la evaluación del riesgo**

Los estándares ISO, son de origen Suizo, se trata de normas elaboradas por especialistas de diferentes países que son convocados, y que hacen que en base a su experiencia crear estándares generales de calidad de diferentes ámbitos. En el ámbito del Compliance se

destaca tres estándares fundamentales de nivel internacional (ISO 19600, ISO 37001 y UNE 19601).

Las normas ISO, son de dos tipos, las que termina en cero [0] y en uno [1], las que termina en cero son simples estándares referentes, mientras las que termina en uno [1], son estándares que permiten ser evaluados y susceptibles de certificación (recoge requisitos concretos si quiere obtener acreditación).

Entonces por ejemplo el ISO 37001 (*Anti-bribery management management systems - Guidelines*), es una norma de protocolo de prevención de la corrupción en las empresas, no sólo tiene estándares a seguir, sino que una vez que se adopta y se aplica, pasan a un examen y pueden emitirse un certificado que la entidad lo esta cumpliendo, es un valor agregado para la empresa, que no solo ha adoptado los estándares de ISO, que es algo declarativo, sino que una entidad autorizada por ISO ha certificado el cumplimiento del protocolo.

Este certificado no es que tenga un valor legal, pero si se lo presenta ante la SMV, o ante el que haga sus veces, va tener un valor significativamente mayor a la empresa que no lleva nada.

Estas acciones efectuadas por una empresa es un compromiso de *Compliance*, puesto que no es un requisito legal, la norma no te dice: “certifcate con las normas ISO”, es algo que la propia entidad lo va a hacer más allá de lo que te pide la norma.

El ISO 19600 (*Compliance management systems - Guidelines*), es la norma más conocida en la materia de *Compliance* no certificables, son principios generales que te dice: “como organizar una empresa, como estructurar de cara al cumplimiento normativo, es de advertir que nuestro reglamento de la Ley 30424 han recogido dichos postulados”.

Las normas ISO señala qué hay procedimientos, que hay que detectar al elaborar un programa de prevención, como los principios de Buen Gobierno Corporativo, la identificación de asuntos internos y externos de las partes interesadas y sus requerimientos.

Los procesos de evaluación, implementación, desarrollo y mantenimiento destacan por la norma ISO, puesto que hacen alusión como una norma de *Compliance*, tiene que ser progresivo en el tiempo, es de advertir que no es una norma estática que se aprueba en un día y se comienza a regir.

Todo es un proceso, primero se evalúa las contingencias, los riesgos, los controles necesarios, segundo tenemos que implementarlos dentro del marco de un procedimiento, tercero tienen que desarrollarse, tienen que ir caminando de la mano con la operativa de la empresa, y cuarto mantenerse en el tiempo (eso implica, revisarlos, mejorarlos cuantas veces sea necesario).

Es un proceso que implica esos cuatro momentos, ello es uno de los tantos principios del ISO 19600, que lo establece.

Se tiene también la norma UNE 19601, igual que la anterior también certificable, son sistemas de gestión de *compliance* penal, requisitos con orientación para su uso del 2017, modelo que la legislación española lo adopta en el Código Penal a la hora de demostrar la tenencia de un modelo de cumplimiento eficaz (Mosco Del Prado et al 2017)

El ISO también señala que cosas debe contener el manual del Cumplimiento, siendo 05 fundamentos que llama poderosamente la atención, la primera tiene que ver con el perfil de riesgo, el segundo fundamento con la implementación del modelo, el tercer es el funcionamiento del modelo, cuarto es la certificación y finalmente el quinto fundamento es la revisión del modelo. Todas estas deben seguir rotando constantemente en son a la organización empresarial.

El perfil de riesgo es un presupuesto del *Compliance*, si esta no se encuentra estipulado en la organización debidamente no podría hablarse de un Programa de Cumplimiento; entonces todo perfil está compuesto por la acción de identificar, evaluar y mitigar el riesgo.



Primero se identifica el riesgo en la entidad bancaria, puesto que se mueve indigestas cantidades de dinero de los ahorros, es factible que su trabajador o directivos se vean tentados en cometer delitos, tal cual como sucedió en el caso analizado (Banco de la Nación).

La comisión de un delito en la que estaría envuelto un trabajador o directivo puede ser conocido ya sea mediante la propia organización (acciones internas), o a través de terceros (medios periodísticos, Fiscalía, etc).

Luego ingresamos al siguiente proceso de evaluación, que se utiliza una técnica que adoptado la Ley 30424, y es la fórmula de la “probabilidad y el impacto”, lo que le interesa a la norma es evaluar los riesgos en base a los dos criterios “cuán probable que se produzca este riesgo, y si se produce cual sería la magnitud de su consecuencia que generaría el riesgo”.

Lo define la norma de la siguiente manera:

“La probabilidad se determina de acuerdo a la frecuencia con lo que se ha presentado el riesgo o por la posibilidad de que el riesgo se presente, y además la entidad debe ver la magnitud de sus consecuencias a fin de establecer niveles de prioridad que debe asignarse a cada uno de ellos” (Congreso de la República del Perú, Ley 30424, art. 20 y 21).

A partir de esto se elabora el Mapa de Riesgos, **la probabilidad** puede ser dividida en improbable posible, probable y **el impacto** en leve, moderado, y alto.

Luego se genera un número, la probabilidad tiene el número 1 (improbable), 2 (posible), y 3 (probable) en ese orden y el impacto en número también 1 (leve), 2 (moderado), y 3 (probable).

Finalmente, de acuerdo a los puntos asignados de acuerdo a lo que has identificado el riesgo, se consignara una puntuación y en base a la multiplicación se asignará en la tabla de MAPA

DE RIESGO, si es un riesgo aceptable (1), o tolerable (2), o moderado (3), o importante (6) o inaceptable (9):

**Figura 10. Fuente:** CCL (Nivel de riesgo: probabilidad x impacto)

Probable (3)	Moderado (3)	Importante (6)	Inaceptable (9)
Posible (2)	Tolerable (2)	Moderado (4)	Importante (6)
Improbable (1)	Aceptable (1)	Tolerable (2)	Moderado (3)
	Leve (1)	Moderado (2)	Alto (3)

En cuanto al riesgo penal, como por ejemplo el de apropiarse dinero que gestiona el banco de los ahorristas, por parte de sus trabajadores o directivos, para que estas comisiones de delitos sean identificadas puede ser mediante acción rutinaria, canal de denuncias, y comunicación del Ministerio Público.

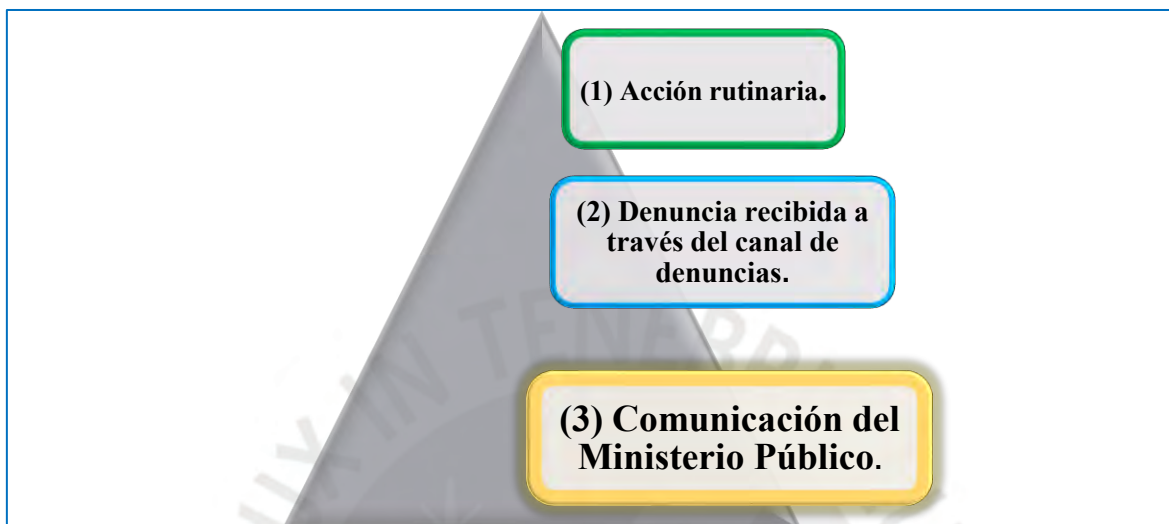
De estas situaciones advertidas que daría inicio para activarse o iniciarse una investigación interna reactiva, va depender de funcionamiento del *Compliance*.

De las tres formas de activarse una investigación interna, la que detecta una irregularidad de la comisión de un ilícito en el seno de la organización, producto de una investigación advertida desde el exterior (Ministerio Público) va tener mayor embergadura frente a las otras formas, toda vez que parte por el hecho mismo que el Ministerio Público quien informa “el hecho criminal investigado” y la “acción de un exterior que advirtió la ilicitud”.

De acuerdo a lo señalado se determinaría que el Programa de Cumplimiento, no estaría cumpliendo su funcionamiento, puesto que si la acción ilícita comisiva parte desde el

exterior, me esta dando un mensaje que el *Compliance* presenta dificultades en su proceso de identificación rutinaria, y que los canales denuncias no estaría cumpliendo su finalidad.

**Figura 11.** *Formas de activar una investigación interna*



En consecuencia, a ello una comunicación de un ilícito penal desde el Ministerio Público, está advirtiéndole que el *Compliance* no es efectivo, por lo tanto, tendrá una puntuación de 3 (probable) más aún cuando se trata de la no detección temprana de riesgos penales (no estamos hablando de cualquier tipo de riesgos, sino las comisivas de delitos) y su impacto en que se detecta un ilícito penal desde el Ministerio Público hacia la empresa bancaria, sería alta (3), por lo tanto, el resultado sería:

**3x3 =9 (INACEPTABLE)**

Es inaceptable un programa de cumplimiento en una entidad bancaria, sea identificado primero por un tercero, cuando es la Organización quien debería activar los controles oportunos para conocer y detectar la comisión de ilícitos (*Compliance Programs*).

Ante esta situación advertida en la que un tercero identifique un ilícito penal cometida por un trabajador en tu organización, entonces cuando se tenga conocimiento de esta acción detección de la ilicitud penal, las entidades bancarias deberían con mucha mayor razón activar una investigación interna reactiva defensiva de manera obligatoria.

La evaluación de los riesgos determino cuáles son los factores de riesgo que potencialmente tendrían un mayor efecto (comunicación de un hecho ilícito por la Fiscalía) en comparación con los otros (iniciación rutinaria, o canal de denuncias) y, por lo tanto, deben ser gestionados por el banco con especial atención.

La ocurrencia del delito si no se detecta a tiempo, intensifica la acción de obligatoriedad de activar una investigación interna reactiva por parte de la entidad bancaria, ello en base al cuadro de evaluación de riesgo.

Al no existir los presupuestos normativos a nivel de entidades bancarias, por las cuales se debe activar una investigación interna en un Banco, es necesario que se realice los presupuestos para su activación de acuerdo a intensidades, bajo (iniciación rutinaria), medio (canal de denuncias) y alto (la comunicación por parte del persecutor del delito, Fiscalía), en base a ello determinará la obligatoriedad en activarla.

#### **4.2.5 La Fundamentación que permite la obligatoriedad de activar la investigación interna se debe al encarecimiento de una regulación regulada uniforme en las entidades bancarias**

La regulación en tema de los Programas de Cumplimiento en las empresas bancarias, han pasado de un péndulo llamado liberalismo hacia el estatismo, de dos puntos de vistas contrapuestos de la libertad a un pseudo control.

La regulación bancaria en temas de investigación interna, paso de una autorregulación pura o voluntaria en donde los bancos se autorregulaban, de acuerdo a su autonomía, que podrían regularse como creyeran más conveniente, sin verse condicionado por agentes externos, recordemos Basilea I (1988) en la que se protegía el capital para absorber las pérdidas, desde vista de un aspecto macro.

Después, se avizora una **meta regulación** en que se establecía incentivos en las propias empresas bancarias para autorregularse, otorgándoles incentivos para ello. Aquí se fijaban principio que fueron consagrados a través de Basilea II (2004), que los bancos debían afrontar su riesgo de una forma más global, para así adecuar el capital regulatorio.

Luego de la crisis Financiera del 2007 y 2008, se adopta políticas de autorregulación regulada a través de las recomendaciones efectuadas de Basilea II (2010), para reforzar los controles de riesgos e incorporar políticas de Compliance, es así que nace la regulación en temas de investigación interna en Perú través de la Resolución 272-2017, Gestión Integral de Riesgo, Gobierno Corporativo y Cumplimiento Normativo.

Esta situación generó que no se regule de forma uniforme a todo el sector bancario, por el contrario, genere una deficiente implementación y control de las investigaciones internas.

En toda autorregulación regulada como lo denominada Coca (2013) existe tres modelos; en primer lugar (el Estado delegue puntualmente la facultad de regulación), en según lugar (el Estado pueda transferir la potestad de regulación, supervisión y sanción manteniendo en su fuero la potestad de revisión de lo normas), y como tercer lugar (el Estado trabaja codo con codo con las empresas en la elaboración de sistemas específicos e individualizados de regulación, trabajos bilaterales), p. 51-52

Con la incorporación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, se puso de manifiesto que el objeto del *Compliance* era precisamente el ejercicio del “debido control” sin más especificación legal sobre el contenido de este deber, como es la existencia de deberes de vigilancia, supervisión y control, parece claro que uno de los aspectos fundamentales de la política de prevención de delitos de la empresa deberá realizarse a través de investigaciones internas que permitirán conocer con mayor detalle aspectos concretos de los que pueden derivarse eventuales responsabilidades. (Zavala & Trendafilova, 2020)

La denominada cultura de cumplimiento normativo dentro de la empresa, la referencia al buen ciudadano corporativo o cualquier otra denominación análoga, tiene como fundamento precisamente la existencia de una serie de controles internos que garanticen que la empresa cumpla con sus deberes legales y éticos en el sentido amplio, es decir, en terminología jurídico-penal, significa que la compañía esté correctamente organizada, en contraposición al defecto de organización que genera la responsabilidad penal de la persona jurídica. (Zavala & Trendafilova, 2020)

Para conocer si el funcionamiento de la empresa es correcto o no, resulta necesario que se realicen controles periódicos sobre los distintos ámbitos de la misma. Principalmente, estos controles periódicos se realizan sobre determinadas áreas que serán precisamente aquellas sobre las que el análisis de la empresa haya determinado en el correspondiente mapa de riesgos determinados hechos que puedan generar responsabilidad penal a la empresa.

Avanzando en el panorama de autorregulación y de privatización progresiva del Derecho de la empresa, el Derecho penal económico ha comenzado a recibir algunas influencias derivadas del Derecho mercantil. La existencia de una serie de deberes nuevos por parte de los administradores de las sociedades mercantiles ha puesto de manifiesto la necesidad de que por parte de la empresa se realicen investigaciones internas de forma habitual a modo de verificación periódica del modelo de prevención de delitos. (Zavala & Trendafilova, 2020)

Por lo que el modelo de autorregulación regulada más acorde, es la de trabajo bilateral entre el Estado y la empresa bancaria (regulación codo a codo), para regular sobre un tema específico para la implementación de un procedimiento de investigación interna, por lo que se debe trabajar de manera conjunta, toda vez que sería la que mejor opción, puesto que responde al interés general del Estado en reorientar su actuación que permitiera valerse de la empresas para cumplir sus fines, un buen ejemplo señala Coca (2013), lo constituye la elaboración del Corporate Government Kodex en Alemania, en su inicio fue impulsado por el Ministerio de Justicia, acto fue asumido por una comisión integrada por representantes del sector económico y finalmente el legislador le otorgó efectos jurídicos.

Esta propuesta es acorde porque cada vez es más común que las empresas tengan un modelo de prevención de delitos implementado, aunque no exista una específica obligación legal en este sentido en Perú en el que se contengan obligatoriamente los elementos esenciales que exige Código Penal vigente: haber hecho una evaluación de los riesgos en función de las actividades específicas de la empresa, haber establecido protocolos que concreten la formación de la voluntad de la persona jurídica, que tengan un presupuesto –recursos financieros–; implementar un canal de denuncias, además de un sistema disciplinario; y garantizar la verificación periódica del modelo.

Son estos dos últimos elementos (la introducción del sistema disciplinario y la verificación periódica del sistema de prevención de delitos a través de investigaciones internas) los elementos a los que parece que se les da menor importancia en cuanto a su desarrollo y espacio que ocupan en el plan de prevención de delitos, además de que raramente se tratan como una cuestión independiente de los demás elementos que componen el modelo de prevención de delitos. (Zavala & Trendafilova, 2020)

Al igual que se establecen determinadas normas internas para la gestión del canal de denuncias, o un reglamento interno para el propio *Compliance Officer*, se debe establecer una determinada regulación de carácter obligatorio para la empresa del sector financiero, si bien ésta sería la mayor garantía de independencia de la investigación en concordancia con criterios generales adaptados a la legislación y jurisprudencia más reciente.

A pesar de no existir una determinada regulación interna es importante establecer que en todo caso la empresa en la investigación privada únicamente verá constreñida su investigación por el respeto a la legislación vigente que, como no existe en este caso, será la Ley y los límites derivados del respeto los derechos fundamentales.

#### **4.2.6 Fundamento de la obligatoriedad a través de la Teoría del Juego**

Una de las áreas que estudia las elecciones estratégicas en situaciones reales es la teoría de juegos. La utilización de la teoría de juegos en el campo del derecho es muy útil porque permite visualizar como las leyes pueden afectar la toma de decisiones como señala Baird, Gertner y Picker (1994) “la teoría de juegos moderna es muy poderosa porque ofrece información sobre como las reglas legales afectan la forma en que las personas se comportan”; entonces la teoría de juegos radica que el impacto de mis decisiones puede incidir en un comportamiento en los otros.

Por lo tanto, en nuestro análisis utilizaremos la teoría de juegos para comprender el efecto de la obligatoriedad con respecto a la decisión de la empresa de colaborar con el ministerio público en una investigación interna.

En primer lugar, analizaremos la elección de una empresa a colaborar sin la obligatoriedad y en segundo lugar con la obligatoriedad. En ambos casos se utilizará juegos dinámicos y ante escenarios probabilísticos. Por lo tanto

**a) Los jugadores:**

- Jugador 1: La empresa bancaria.
- Jugador 2: el Ministerio público.

**b) Estrategias:** Colaborar y No colaborar por parte del jugador 1

**c) Puntuaciones:** El valor esperado de los gastos, la multa y la reputación ante obligatoriedad ante escenarios probabilísticos. Las probabilidades varían de acuerdo a la capacidad del Ministerio Público por identificar estas aumentan con la colaboración a un 0.8 que es un 80% y un 0.20 es decir a un 20% cuando no colabora.

**d) Escenarios:** sin obligatoriedad y con obligatoriedad.

#### 4.2.6.1 Escenario: Elección sin obligatoriedad de colaborar

En primer lugar, hay que entender que lo que incentiva al banquero (empresario) según el principio de optimización es la maximización de ganancias tal como afirma Nicholson:

*Una empresa maximizadora de ganancias elige sus factores y sus productos con el único fin de obtener la cantidad de ganancias máxima posible. Es decir, la empresa tratará de conseguir que la diferencia entre sus ingresos totales y sus costos totales sea lo más grande posible. (p. 249)*

También es necesario señalar que si bien es cierto en una empresa lo que importa es maximizar sus ganancias, ***sin embargo, en una entidad del sector bancario, existe factores que también condicionan como la reputación empresarial.***

Ante esta situación el empresario tiene 2 elecciones la de colaborar o no colaborar. El tomará esta decisión en función cual reporte ganancias.

En la Figura **Nro. 12**, podemos visualizar que, si la empresa bancaria decide colaborar, este le significaría costos, en este postulado arbitrariamente hemos puesto con **(-5)** debido que



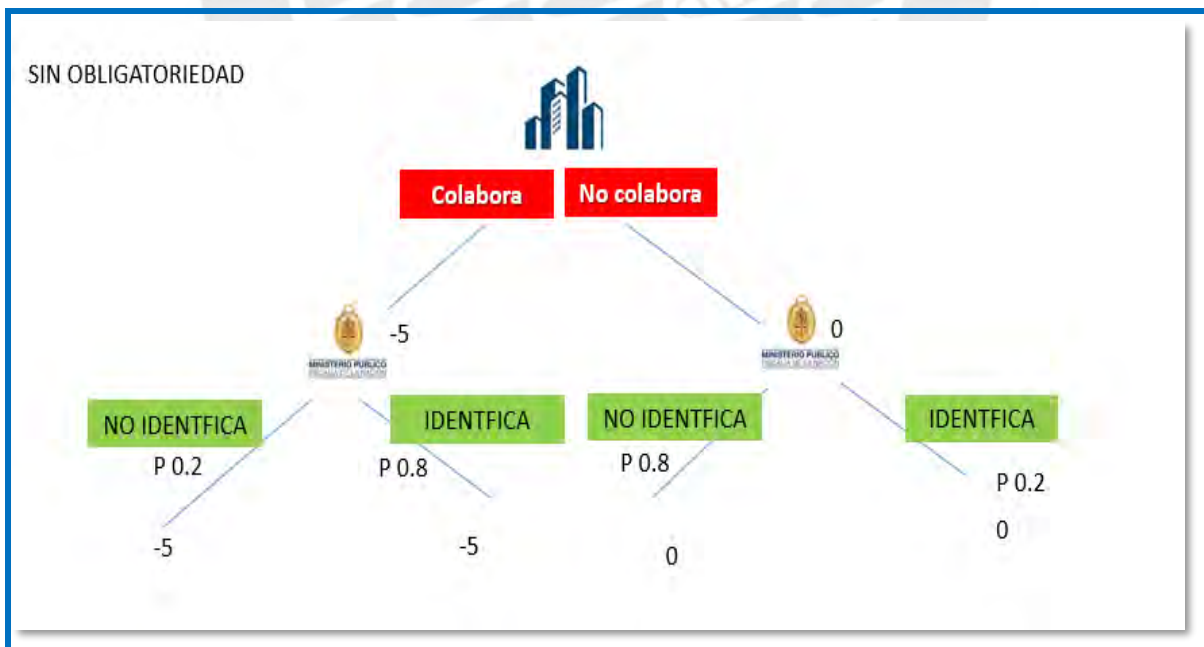
colaborar significa poner a disposición a un grupo de personas, materiales de las cuales no obtendrá ganancias por lo que es un gasto (recursos humanos y logística).

Además de ello se enfrenta al siguiente paso, por parte del segundo jugador que en este caso es el Ministerio Público. En las cuales tiene mayores probabilidades de identificar algún hecho ilícito, estas probabilidades serían como (0.8) que es un 80% por lo que multiplicando sería  $0.8 \times -5$  entonces el gasto esperado sería de 4. Es decir, como una pérdida de -4, porque moverá recursos humanos para identificar la ilicitud.

Ante la situación de no colaborar, la empresa tendría cero (0) gastos y la probabilidad que el Ministerio Público identifique el hecho ilícito sería bajo en este caso como (0.2) por lo que el gasto esperado por parte de la empresa sería 0.

Por lo tanto, la empresa bancaria tomaría la decisión de no colaborar debido a que le reporta cero (0) gastos y la probabilidad que el Ministerio Público le identifique un hecho ilícito sería baja. No colaborar sería una estrategia dominante para la empresa bancaria:

**Figura 12.** Sin obligatoriedad



#### 4.2.6.2 Escenario: Elección con obligatoriedad

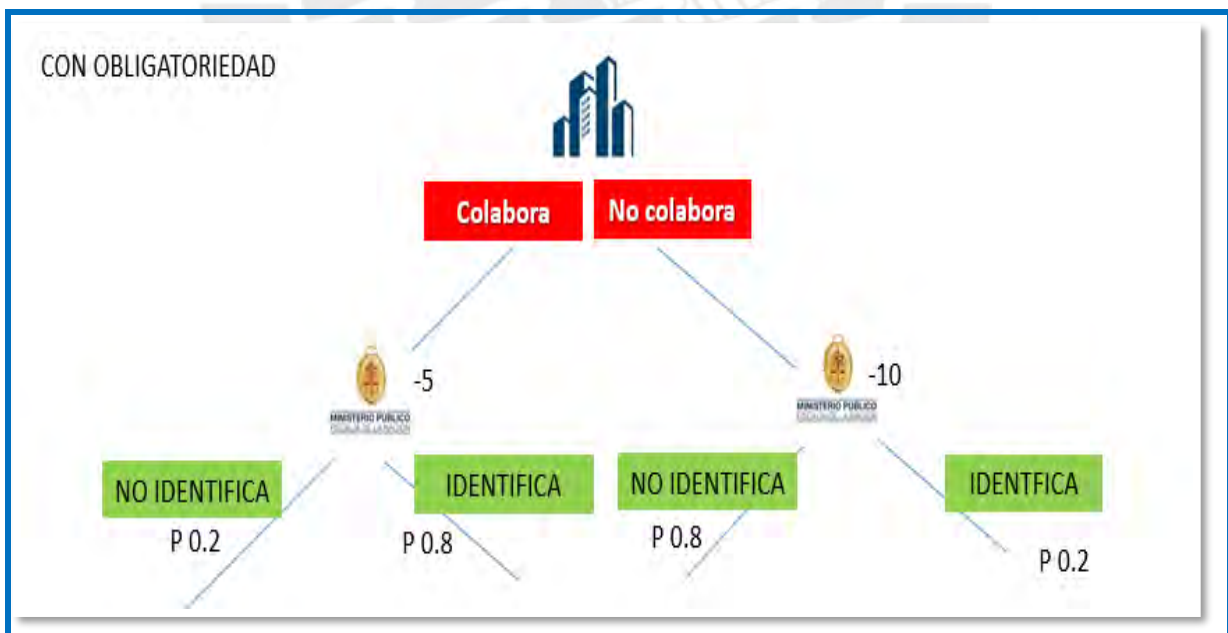
Ante la situación con obligatoriedad, vamos a suponer que no colaborar genera un castigo, materializado en una multa por lo que pondríamos arbitrariamente como (-10).

Ante esta situación, colaborar sería igual como el caso anterior. Es decir, una puntuación esperada de -4 (-5X0.8).

Sin embargo, no colaborar ya no tendría como puntuación 0. El no colaborar implicaría una puntuación de -10. Sin embargo, igual la probabilidad que el Ministerio Público identifique sería baja de 0.2 por lo que es alto que el Ministerio Público no identifique. Por lo que la puntuación esperada sería de -8. (0.10X0.8)

Debido a que no colaborar significa una puntuación de (-8) colaborar sería de (-5). En ese caso no colaborar le implicaría mayor pérdida que colaborar:

**Figura 13.** Con obligatoriedad.



La obligatoriedad es una herramienta efectiva para la colaboración por parte de la empresa hacia el Ministerio Público en una investigación interna. Debido que sin obligatoriedad la

estrategia dominante sería la de no colaborar porque no le genera gastos y la probabilidad ante esa situación que el Ministerio Público identifique es baja, sin embargo, la empresa colaboraría ante una obligatoriedad siempre y cuando la multa o el castigo sea superior al gasto esperado de colaborar.

Por lo que ante un escenario obligatorio es beneficioso para los bancos y para la Fiscalía, el banco tendría una mejor reputación frente a sus ahorristas puesto que llevaría el mensaje que sus ahorros están debidamente cuidado puesto que tiene un sistema de investigación interna reactiva eficiente, y en cuanto a la Fiscalía, le permitiría para el esclarecimiento de los hechos delictivos.

#### **4.2.7 Fundamento en base a la Cuarta Disposición de la Ley 26702 - SBS**

Una investigación interna puede activarse de diferentes formas, pudiendo ser por (1) iniciación rutinaria; es decir actos propios de supervisión y verificación periódica del modelo de prevención, para observar el funcionamiento debido del compliance programs, (2) denuncias recibidas a través del canal de denuncias, efectuadas por los stakeholders, así como los trabajadores [soplos – whistleblowing channel]; y también se tiene la (3) Comunicación de una autoridad, pudiendo tener estas facultades regulatorias (SBS, BCRP), fiscalizadoras (Contraloría General de la República, MEF), tributarias (SUNAT), judiciales (como consecuencia de ciertas afirmaciones o de documentación aportada por la parte contraria en un litigio, toda vez que de dicha información y documentación se infiera la posible comisión de un delito o una infracción de las normas de conducta que merezca ser indagada en profundidad), y finalmente a través de las autoridad persecutora – Ministerio Público (a través de la recepción de un requerimiento, que pueda poner de manifiesto la existencia de alguna conducta criminal de la que pueda resultar responsable la persona jurídica/trabajador/directivo).

Por lo que existen tres situaciones que podría dar fruto a que se active o inicie una investigación interna (cualquiera de ellas puede advertir un hecho criminal)

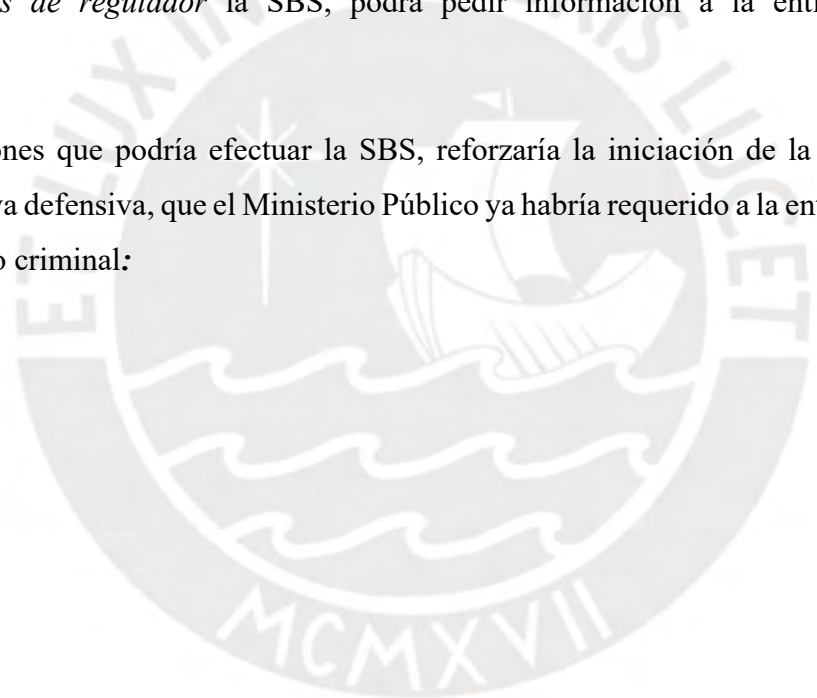
Es de señalar que la activación de una investigación interna, pueden estar interconectas; es decir reforzar una a la otra, se tiene por ejemplo la Cuarta Disposición Final y

Complementaria de la Ley General del Sistema Financiero y del Sistema de Seguros y Orgánica de la Superintendencia de Banca y Seguros, aprobada por la Ley N° 26702, esboza que:

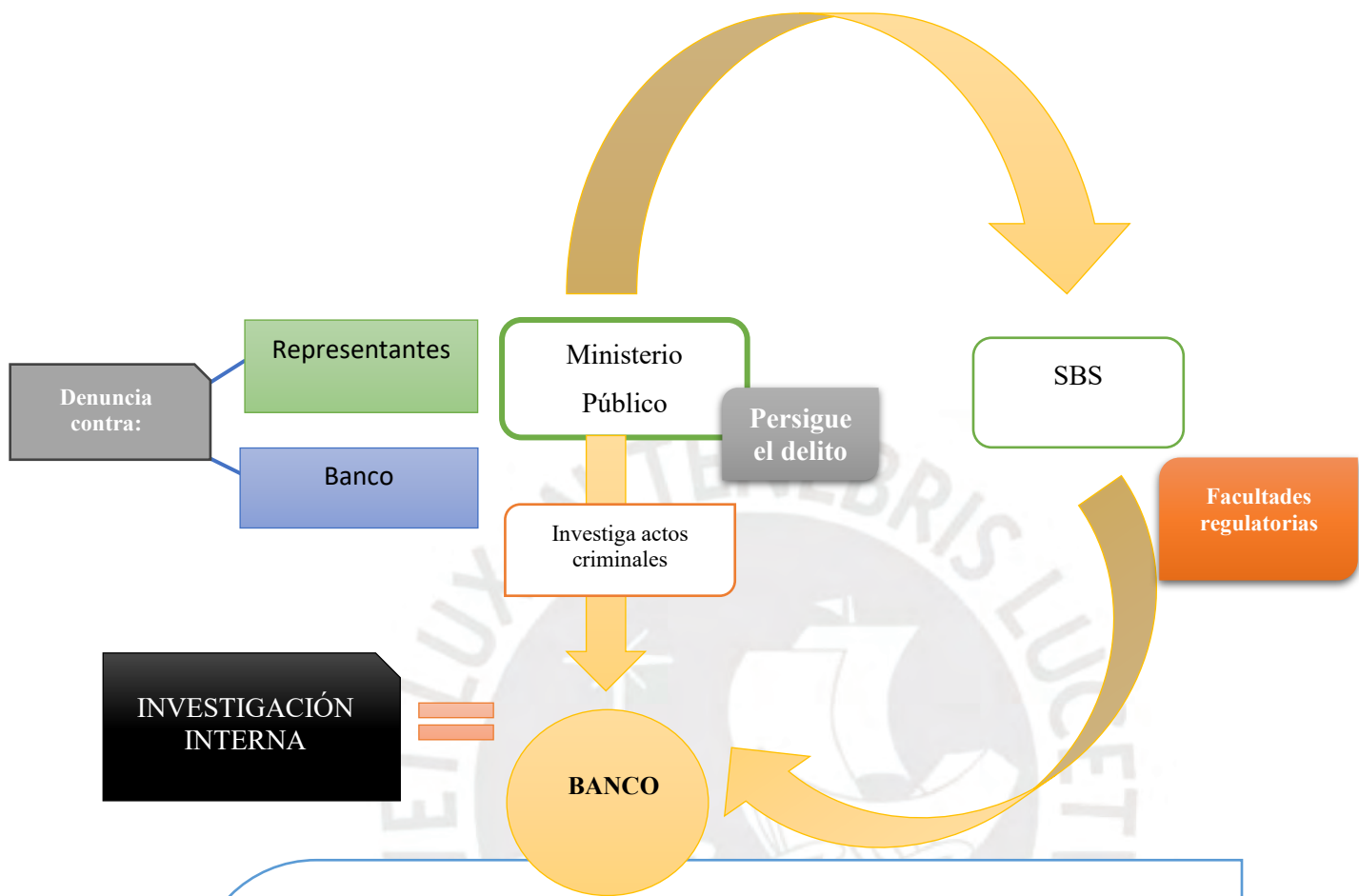
“Toda denuncia de carácter penal que se interponga a una empresa del sistema financiero o sus representantes; la autoridad que conozca dicha denuncia deberá solicitar un informe técnico a la SBS”.

Con lo antecedido se puede señalar que la SBS, al tomar conocimiento en base a la información proporcionada por una autoridad [Ministerio Público] en la que le advierte que está investigando un hecho criminal que involucra a trabajadores/directivos, de acuerdo a sus *facultades de regulador* la SBS, podrá pedir información a la entidad bancaria involucrada.

Con las acciones que podría efectuar la SBS, reforzaría la iniciación de la investigación interna reactiva defensiva, que el Ministerio Público ya habría requerido a la entidad bancaria sobre el hecho criminal:



**Figura 14.** Proceso de activación de una investigación interna



En base a la advertencia de que determinados trabajadores/Directivos de una entidad bancaria están envueltos en actos criminales que el Ministerio Público investiga, al mínimo requerimiento por parte del órgano persecutor a la entidad bancaria debería activar la investigación interna, con la finalidad delimitar las responsabilidades penales.

El banco al tener conocimiento que la SBS también podría tomar conocimiento porque el MP podría informar de dicha situación a la SBS, y este obligatoriamente emitir un Informe Técnico por el requerimiento de la autoridad fiscal, **en consecuencia, a ello**, la investigación interna reactiva defensiva se tornaría en obligatoria para el banco, puesto que ya no es sola una institución que le requiere información, sino son 02 entes autónomos [MP y SBS]

Estas investigaciones internas de corte reactivo defensivo nacen en razón a la acción persecutoria que efectúa el Ministerio Público, en la que advierte hechos criminales en la que involucra a trabajadores/directivos de una entidad bancaria; y con la colaboración de la SBS, fortalecería estos tipos de investigaciones internas.

Estas investigaciones internas son producto del conocimiento que posee el Ministerio Público, ya se a razón de actos de investigación (muchas veces se da por colaboración eficaz, los investigados revelan la participación de banqueros en hechos criminales), denuncias de terceros o por *noticia criminis*.

La adopción de la investigación interna [*Programs Compliance*] aplicable de forma obligatoria, por parte del Banco, a la larga será beneficioso, toda vez que ante un hecho que pueda estar involucrada la propia empresa bancaria, podrá invocar la Ley 30424 y su modificatoria la Ley 31740, que indican que “la debida y correcta aplicación de adopción de elementos mínimos del *Programs Compliance (investigación interna)*, eximen de responsabilidad penal a los entes corporativos”.

Finalmente, el objetivo final de una investigación interna es que el producto final, sirva para el esclarecimiento del hecho criminal y la delimitación penal de los responsables, para así tener una entidad bancaria más íntegra, con personal idóneo técnica y moralmente.

#### **4.3 Derechos que le asistente al trabajador/directivo en una Investigación Interna**

En este apartado traeré a colación el aspecto normativo y casuístico de acuerdo a lo regulado en el sistema Alemán y Español, referente al tema de la ilicitud/licitud de los derechos fundamentales obtenidas por un particular, para luego señalar en base a ello, que Derechos Fundamentales podría tener el investigado mínimamente para que no se vulneren ante una investigación interna.

#### **4.3.1 Fundamento en base al derecho comparado justifica los DD. FF de la investigación interna que le asisten al colaborador/directivo**

##### **4.3.1.1 Punto de vista desde el ámbito Alemán**

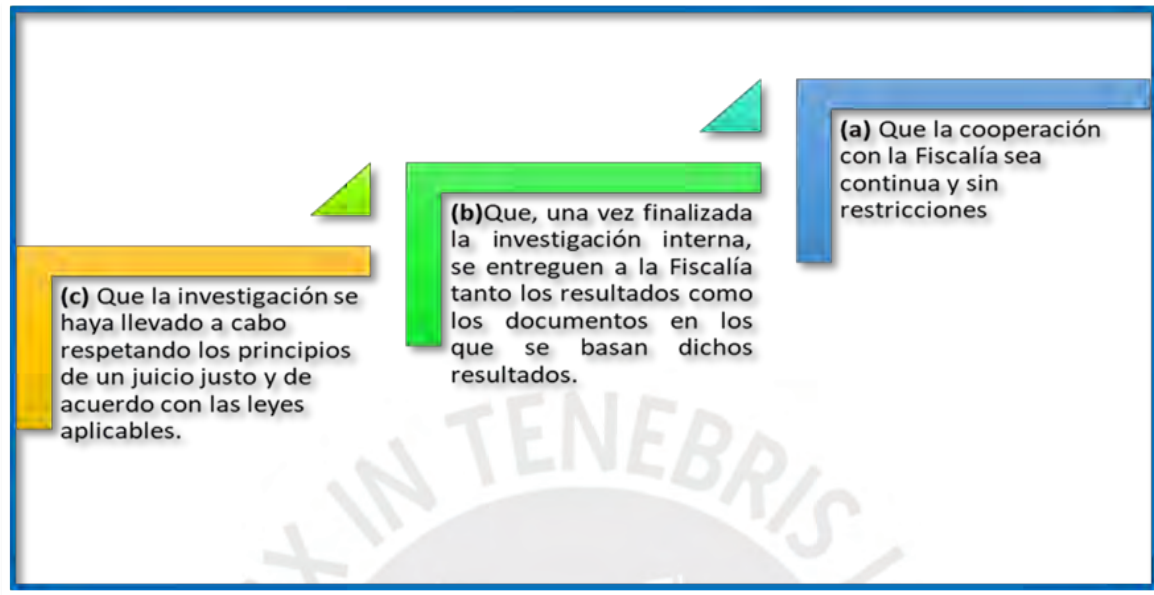
En Alemania, ya se ha puesto de manifiesto que las relaciones tripartitas que se generan en las investigaciones internas (abogado-empresa-empleado) pueden provocar tensiones entre los intereses corporativos y los de los empleados. Así, se puede destacar el informe emitido a finales del año 2010 por la *Bundesrechtsanwaltskammer* (Colegio de Abogados Federal de Alemania –BRAK) sobre el abogado de empresa en el Derecho Penal, en el que se reconocía la existencia de un acalorado y controvertido debate sobre las cuestiones jurídicas que planteaba la actuación de estos abogados en las investigaciones internas y la cooperación con las autoridades, actuación que no debería conllevar una vulneración de derechos procesales y sustantivos (Berlín, Wiesbaden, Mainz et al, 2010).

El informe consta de tres partes o tesis, la tercera de ellas, se centraba específicamente en la actuación del abogado de la empresa en las investigaciones internas.

De acuerdo a Tejada (2021), señala que, en ella, el Colegio de Abogados Federal toma como premisa el respeto a las normas y principios del Estado de Derecho en la realización de este tipo de investigaciones, aun reconociéndose que no se ven directamente limitadas por la legislación procesal (en particular, por las secciones décima y undécima de la *StPO* –§133 y ss.). Sin embargo, reconoce que cuanto más se *procedimentalice* las investigaciones internas (respetando, entre otros, el *nemo tenetur*), más fiables y válidos serán sus resultados.

Por ello, se aboga por que se lleven a cabo de tal manera que se no perjudique la admisibilidad de las pruebas en un ulterior proceso penal y establece una serie de parámetros entre los que podemos destacar los siguientes:

**Figura 15.** Parámetros.



Posteriormente, en el mes de **agosto de 2019**, el Ministerio Federal de Justicia y Protección del Consumidor alemán (*Bundesministeriums der Justiz und für Verbraucherschutz*) publicó un **Proyecto de Ley de Lucha Contra la Delincuencia Empresarial** (*Entwurf eines Gesetzes zur Bekämpfung der Unternehmenskriminalität*), en el que, además de endurecer significativamente el régimen de sanciones e introducir el principio de legalidad en la persecución de los delitos cometidos por los entes colectivos, trata de **aumentar la seguridad jurídica en torno a las investigaciones internas llevadas a cabo por las empresas**.

Después, el mes de abril de 2020, una nueva versión con una nueva denominación (*Entwurf eines Gesetzes zur Stärkung der Integrität in der Wirtschaft*) vio la luz

El Ministerio de Justicia Alemán, con el proyecto de ley citado, pretende que una empresa sea responsable penalmente, y que, al tratar esta figura jurídica de responsabilidad en los entes corporativos, regula también las investigaciones internas.



Este proyecto de Ley señala que, para reducir significativamente la sanción penal al ente jurídico, debe la empresa llevar a cabo una investigación interna.

El Proyecto de Ley reconoce expresamente que el explicar cómo se va a tomar en consideración la implementación de un sistema de *Compliance* aumenta la seguridad jurídica de todos los operadores involucrados y los incentivos de las empresas para invertir en cumplimiento normativo.

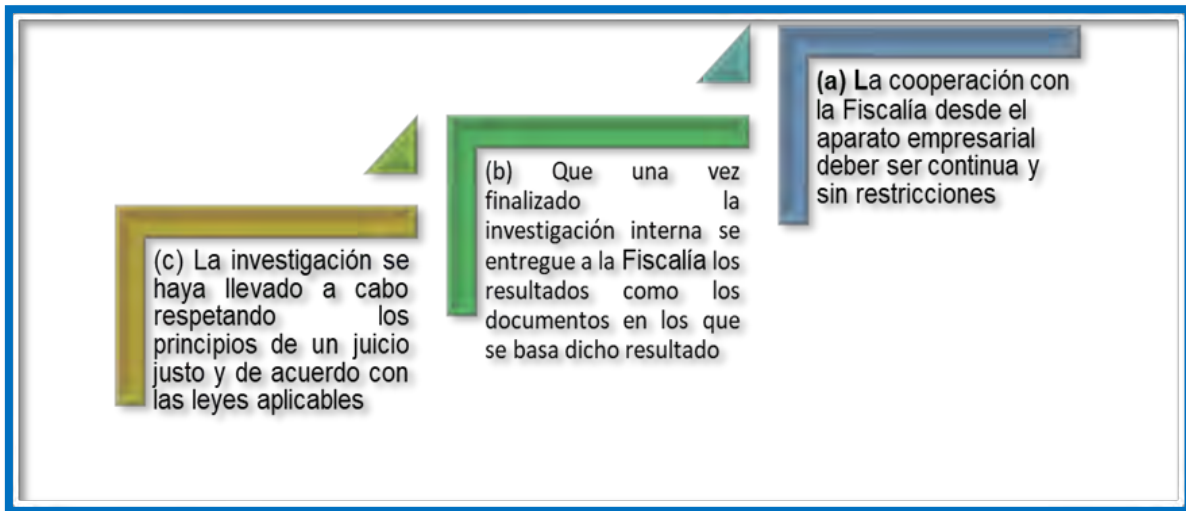
El proyecto hace una revisión total, de la situación actual de las investigaciones interna e indica que la legislación alemana no contempla ninguna guía acerca de cómo llevarse a cabo una investigación interna.

El **Proyecto** señala la necesidad de establecer reglas que determinen la relación entre las autoridades estatales y la empresa y **recoge expresamente** la posibilidad de considerar las **investigaciones internas** como **atenuante** de las sanciones a imponer logrando con ello un doble objetivo: el ya señalado de dotar de un marco que ofrezca seguridad jurídica a las empresas y, no menos importante, proteger a los empleados que se ven inmersos en este tipo de investigaciones.

En este sentido el Anteproyecto no solo reconoce la necesidad de respetar los derechos de los empleados entrevistados, sino el hecho de que las presiones por parte del empleador pueden aumentar el riesgo de declaraciones falsas y, por consiguiente, hacer más difícil la actuación posterior de la Fiscalía.

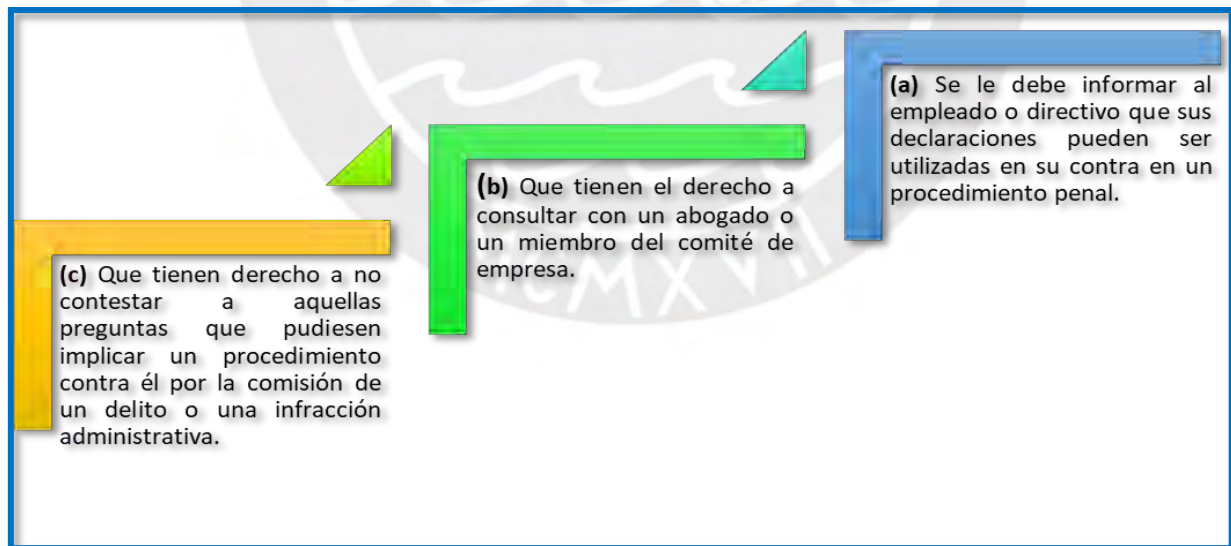
El proyecto alemán, consigna requisitos obligatorios y cumulativos que han de cumplir las empresas para ser merecedoras de alguna mitigación siendo más resaltantes que deben seguir:

**Figura 16.** Parámetros referentes al Proyecto alemán.



El pre legislador alemán ve el panorama completo que es lo que conlleva una investigación interna, por lo que a efectos de no generar vulneraciones de DDFF, señala que el empleado o directivo inmerso en una investigación se le debe de **informar lo siguiente derechos:**

**Figura 16.** Derechos de los investigados en una investigación interna.



Es indudable que el proyecto de Ley Alemán busca la procedimentalización de la investigación interna y que reconoce los DDDFF que están en juego.

#### **4.3.1.2 Punto de vista normativo de la investigación interna en España**

En España las investigaciones internas, al menos en el tema que nos ocupa –el Derecho penal–, no gozan de tanto recorrido como es el caso de otras jurisdicciones, notablemente como la Estadunidense, objeto de estudio.

Es por ello que la jurisprudencia de dicho país no ha tenido muchas oportunidades para ir perfilando las múltiples aristas de los contornos de la actuación de las empresas cuando llevan a cabo este tipo de actuación. No obstante, han sido varios los autores que han dedicado sus pensamientos al tema en cuestión. En este apartado, trataremos, usando la doctrina existente hasta la fecha, de enmarcar la figura de las investigaciones internas en nuestro Derecho penal.

Las investigaciones internas nacieron como herramienta defensiva en el marco de los procedimientos penales con la introducción en el Código Penal de la responsabilidad penal de la persona jurídica.

Como es de sobra conocido en España, la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, introdujo un nuevo artículo 31 bis en el texto punitivo que suponía un cambio de paradigma en nuestro derecho penal, abriendo la puerta a que, en el banquillo de los acusados, junto a las personas físicas, se *sentasen* las personas jurídicas.

El apartado 4 de este artículo de nuevo cuño preveía como circunstancias atenuantes de la responsabilidad penal de las personas jurídicas el haber realizado, con posterioridad a la comisión del delito y a través de sus representantes legales, una serie de actividades. Entre ellas se encontraba, recogida en la letra b), el “*haber colaborado en la investigación del hecho aportando pruebas, en cualquier momento del proceso, que fueran nuevas y decisivas para esclarecer las responsabilidades penales dimanantes de los hechos*”. Con la reforma

operada en 2015 por la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, las circunstancias atenuantes previstas en el artículo 31 bis. 4 pasaron a ubicarse en el artículo 31 quater (la reforma en este sentido fue puramente de reubicación, permaneciendo las cuatro circunstancias atenuantes inalteradas).

Pero la reforma de 2015 fue más allá de una reubicación sistemática de determinados preceptos relativos a la responsabilidad penal de la persona jurídica.

En la primavera de 2015, el legislador español en lo penal incluyó, junto con la ya existente posibilidad de atenuar la responsabilidad penal de la persona jurídica, la posibilidad de exención de responsabilidad penal para estos entes, siempre y cuando se diesen una serie de requisitos explicitados en los apartados 2 (para el caso de que el delito hubiese sido cometido por un “directivo” de la letra a) del 31. bis 1) y 4 (para el caso de que el delito hubiese sido cometido por un “subordinado” de la letra b) del 31. bis 1).

Para el **primer caso** (delito cometido por un “directivo”), se imponía la necesidad de que el órgano de administración “*adopta y ejecuta con eficacia, antes de la comisión del delito, modelos de organización y gestión que incluyen las medidas de vigilancia y control idóneas para prevenir delitos de la misma naturaleza o para reducir de forma significativa el riesgo de su comisión*” (art. 31 bis 2. 1.ª CP).

Asimismo, era necesario que “*la supervisión del funcionamiento y del cumplimiento del modelo de prevención implantado ha[ya] sido confiada a un órgano de la persona jurídica con poderes autónomos de iniciativa y de control o que tenga encomendada legalmente la función de supervisar la eficacia de los controles internos de la persona jurídica*”.

Para el **segundo caso** (delito cometido por un “subordinado”, era necesario que la persona jurídica, antes de cometerse el delito, hubiese “*adoptado y ejecutado eficazmente un modelo de organización y gestión que resulte adecuado para prevenir delitos de la naturaleza del que fue cometido o para reducir de forma significativa el riesgo de su comisión*” (art. 31 bis 2. 2.ª CP).

Asimismo, el legislador aprovechó la reforma de 2015 para introducir aquellos elementos que los programas de *Compliance* penal (*modelos de organización y gestión* en terminología del Código Penal) debían cumplir para poder considerar su existencia como una eximente de la responsabilidad penal de la persona jurídica (art. 31 bis 5 CP).

El cuarto de los requisitos introducido por el legislador hacía referencia a la necesidad de que las personas jurídicas impusieran “*la obligación de informar de posibles riesgos e incumplimientos al organismo encargado de vigilar el funcionamiento y observancia del modelo de prevención*”.

De este modo, tras la reforma de 2015, las investigaciones internas parece que encontraron cobijo en el marco de la responsabilidad penal de la persona jurídica como herramienta al servicio de los entes colectivos para poder coadyuvar a la exención de la responsabilidad penal, así como para atenuarla.

Lo primero que se observará el lector al leer los preceptos del **Código Penal** Español que se acaban de citar es que las **investigaciones internas no aparecen mencionadas**.

Esto parecería verse apoyado por el hecho de que la Norma UNE 19.601 (Sistemas de gestión de *Compliance* penal. Requisitos con orientación para su uso)<sup>19</sup>, en su anexo A, que hace una correlación entre los distintos apartados de la Norma que se encuentran directamente relacionados con los requisitos del art. 31 bis 5. CP, no recoge en ningún momento el apartado 8.8 que lleva por rúbrica “Investigación de incumplimientos e irregularidades”.

Sin embargo, esta lectura rápida es peligrosa, ya que nos lleva a conclusiones erróneas. Es cierto que el art. 31 bis CP no menciona explícitamente la necesidad de contar con un protocolo de investigaciones internas dentro del programa de *Compliance* a los efectos de determinar su efectividad, pero también es igual de cierto que la propia configuración de los

---

<sup>19</sup> Sobre la Norma UNE 19.601 vid Alain Casanovas Ysla: “La norma UNE 19601 y los requisitos del Código Penal”, en *Persuadir y Razonar: Estudios Jurídicos en Homenaje a José Manuel Maza Martín*, (coord. Carlos Gómez-Jara Díez), Tomo II, Aranzadi, 2018, pp. 887-916; Alain Casanovas Ysla: *Compliance penal normalizado. El estándar UNE 19601*, Aranzadi, 2017.

modelos de organización y gestión que establece el Código Penal impone su existencia como parte fundamental de los mismos).

Resulta inconcuso que las investigaciones internas son una herramienta muy valiosa) a la hora de dotar de contenido efectivo los canales de denuncias), pero también resulta innegable que desempeñan un rol vital en otras áreas de los modelos de organización y gestión, pues pueden servir para identificar “las actividades en cuyo ámbito puedan ser cometidos los delitos que deben ser prevenidos” (art. 31 bis. 5. 1. ° CP) al usarse como elemento de las verificaciones periódicas del modelo (art. 31 bis. 5. 6. ° CP).

Se podría decir, pues, que el papel de las investigaciones internas en los programas de compliance tal y como se establecen en nuestro Código penal es transversal.

De este modo, las investigaciones internas se convierten en un mecanismo que coadyuva a dotar de contenido efectivo a gran parte de los elementos de los modelos de *Compliance* del art. 31 bis. 2 CP, convirtiéndose así en una “consecuencia necesaria” del modelo de responsabilidad penal de las personas jurídicas implantado por el legislador (especialmente, a partir de 2015) necesario para lograr la exención de responsabilidad penal de la persona jurídica.

Junto a lo anterior, se indica en la Circular de la Fiscalía General del Estado 1/2016, sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas conforme a la reforma del Código Penal efectuada por Ley Orgánica 1/2015, al indicar los criterios que los Fiscales han de tener en cuenta para valorar la eficacia de los modelos de organización y gestión que señala:

“La colaboración activa con la investigación o la aportación al procedimiento de una investigación interna, sin perjuicio de su consideración como atenuantes, revelan indiciariamente el nivel de compromiso ético de la sociedad y pueden permitir llegar a la exención de la pena. Operarán en sentido contrario el retraso en la denuncia de la conducta delictiva o su ocultación y la actitud obstructiva o no colaboradora con la justicia” (p. 55).

Ahora bien, las investigaciones internas no solo están presentes de manera implícita en el artículo 31 bis.5 CP, sino que también se las puede relacionar con la atenuante de

colaboración prevista en la letra b) del artículo 31 quater CP13), que premia la colaboración en la investigación del hecho punible por parte de la organización.

Es posible que la investigación judicial se inicie por la autodenuncia de la sociedad, que cuenta con un programa de *Compliance* robusto que le ha permitido “adelantarse” a la acusación, también es probable que la persona jurídica se vea inmersa en el proceso penal (pese a tener un programa de compliance<sup>14</sup>) o precisamente debido a su ausencia) y tenga que desplegar una tarea de investigación y recopilación probatoria) para poder abrir la puerta del sobreseimiento (en el mejor de los casos) o de la atenuación (en el peor de ellos).

Un aspecto que puede resultar paradójico en este doble uso de las investigaciones internas como elemento del programa de compliance es que nuestro texto punitivo establezca con mayor precisión cuál ha de ser la actividad que ha de desplegar la persona jurídica para poder acceder a la mera atenuante de colaboración que aquellos medios que han de ser empleados por la misma persona jurídica para poder ser candidata a la completa exención de pena vía 31 bis CP.

Así, mientras que para ameritar la exención de pena podemos intuir que el papel de las investigaciones internas habría de estar o podría estar al servicio de la identificación de aquellas “actividades en cuyo ámbito puedan ser cometidos los delitos que deben ser prevenidos”, servir para informar a la función de *Compliance* de los “posibles riesgos e incumplimientos”, dar soporte al sistema disciplinario como *prius lógico* de la sanción final que se imponga o asistir a la tarea de verificación periódica del modelo, para lograr la atenuación, el Código Penal nos indica taxativamente que la investigación que se desarrolle por la persona jurídica tendría que culminar con la aportación de pruebas “que fueran nuevas y decisivas para esclarecer las responsabilidades penales dimanantes de los hechos”.

Los dos calificativos que dedica el legislador para indicar cómo han de ser estas pruebas para permitir atenuar la responsabilidad penal de la persona jurídica y los problemas que ello puede plantear ameritarían un estudio más profundo que el que se puede dedicar en este trabajo sin hacer una digresión extremadamente ajena a su objeto principal.

No obstante, sí que nos parece oportuno poner de manifiesto que esta taxativa exigencia podría tener efectos negativos a la hora de fomentar a las personas jurídicas para hacer uso de esta atenuante.

#### **4.3.1.3 Casuístico: Caso Falciani**

El presente caso trae su nombre por Hervé Falciani, un ingeniero informático que sustrajo información del Suiza HSBC.

Al intentar vender la información a un Banco Libanés, fue detectado por las autoridades Suizas por robo de data, y por ende de vulneración del secreto bancario.

El citado ingeniero, al verse perseguido por la autoridad fiscal de Suiza, decidió ofrecer el listado del Secreto Bancario a Francia, y dicho país entregó la lista a todos aquellos países en que había suscrito tratado de cooperación en temas tributarios.

Es en mérito a ello que llega a España, específicamente a manos de la Agencia Tributaria, comenzó a abrir inspecciones a los titulares de las cuentas y consiguió regularizar alrededor de 260 millones de euros.

Asimismo, se tiene que, en España, gracias a la información proporcionada se llegó a la condena penal de un ciudadano español, quien estaba en la lista de evasores tributarios.

Esta situación conllevó que el máximo Tribunal Supremo español, en la reconocida Sentencia 116/2017, conociera este caso, en el sentido que alegaba el acusado que la información proporcionada por el ingeniero informático fue obtenida ilícitamente.

Ello generó que el centro de gravedad era si la lista falciani era prueba lícita o ilícita.

El Tribunal Supremo español, delimitó que:

“La prohibición de valorar pruebas obtenidas con vulneración de derechos fundamentales cobra su genuino sentido como mecanismo de contención de los excesos policiales en la búsqueda de la verdad oculta en la comisión de cualquier delito, mientras que en el presente



supuesto, el acervo probatorio, esto es, la “lista Falciani” era “una fuente de prueba obtenida por un particular con absoluta desconexión de toda actividad estatal y ajena en su origen a la voluntad de prefabricar pruebas” (STS, 116/2017)

Como bien apunta Gimeno (2018), al señalar que: “El Supremo basó su toma de posición en que la información, de un lado, fue obtenida no por la autoridad sino por un particular y, de otro, el objetivo del informante no era iniciar un proceso penal sino realizar una denuncia a los medios sobre las irregularidades de la entidad bancaria en la que trabajaba”.

Por consiguiente, como señala el Tribunal Supremo “lo determinante es que nunca, de forma directa o indirecta, haya actuado como una pieza camuflada del Estado al servicio de la investigación penal”. (Gimeno, 2018)

Aquí el problema estriba en que si las corporaciones podrían respaldar sus investigaciones internas sin respetar derechos mínimos de los colaboradores/directores, con la idea de que mientras se obtenga por un particular podría ser legítimo sin importar los medios como se obtuvo, motivo por el cual, Asencio Mellado quien rechaza que los Tribunales se aparten del art. 11 LOPJ en tanto afirma que:

“Si la prueba se obtenía con violación de derechos fundamentales, no había margen para ponderar otros valores, pues la consecuencia automática era la ineficacia absoluta”.

Por tanto, parece, tras la sentencia del Tribunal Constitucional español que esta institución puede verse amenazada y pueda utilizarse por las corporaciones en desmedro de sus trabajadores/directivos, siendo el objetivo evitar a toda costa una investigación interna que se procedimentalice con vicios vulneratorio de DD.FF.

#### **4.3.1.4 Derechos Fundamentales en riesgo ante una investigación interna**

Fortuny (2021) indica que “los derechos fundamentales no pueden ser vilipendiados o pisados en el seno de las empresas (los trabajadores no dejan ni su intimidad ni el resto de sus derechos en las puertas de la oficina o empresa)”.

Su tratamiento será determinante para el resultado final de las investigaciones internas y, por supuesto, tendrá consecuencias directas en la resolución de ulteriores procesos judiciales relacionados con aquéllas.

La necesidad de saber con prontitud la verdad de lo ocurrido, unido al hecho de no estar sujeta la investigación interna a un control jurisdiccional –exceptuando determinados casos judicializados– deja un terreno abonado al eventual “salto” de derechos fundamentales, en aras a buscar la agilidad y eficacia de la investigación.

El terreno abonado al fecundo debate doctrinal es producto de la necesidad de encontrar un equilibrio entre la operatividad y los derechos fundamentales en el contexto de las investigaciones corporativas.

Julia-Pijon (2021), crítica las investigaciones internas y su incidencia en materia de derechos fundamentales, puesto que afirma que:

“La aplicación de los DD. FF en las investigaciones internas se anuda a la idea de costes, de problemas. Se asume que el ejercicio de tales derechos por el trabajador es un riesgo para su éxito. Con ello, se consolida una semántica de la investigación interna que repele los derechos fundamentales”. (pg. 320)

Por tanto, como bien expone Fortuny (2021) en una investigación interna cabe preguntarnos: “¿todo vale? ¿No rigen en el ámbito corporativo los derechos fundamentales? ¿Rigen siempre por igual, o dependerá de la relevancia que tengan los hechos investigados?”.

El autor citado, frente a estas preguntas, responde que para evaluar en qué medida los DDF de las personas investigadas pueden estar en jaque, es básico entender el sustrato jurídico-laboral sobre el cual se lleva a cabo cualquier tipo de investigación interna. La causa principal que pone en riesgo los derechos fundamentales del empleado es la asimetría existente entre empresario y trabajador, propia de la regulación jurídico-laboral y del marco del contrato de trabajo.

Ciertamente, el trabajador investigado se encuentra sometido al poder de dirección y control del empresario, lo que lleva aparejado el deber general de colaborar y someterse a sus instrucciones, bajo la amenaza de despido disciplinario. Estas exorbitantes facultades pueden llegar a provocar situaciones de abuso por parte del empresario, a consecuencia de la posición de inferioridad en la que se encuentra el trabajador ante el inicio de una investigación interna.

Asimismo, Colomer Hernández, arguye que: “no pueden reconocérsele potestades exorbitantes de limitación de derechos fundamentales que no se reconocen a las demás partes del proceso penal, y en particular, por ser unas potestades de las que carecen las defensas de las personas físicas empleadas o dependientes de la empresa que estén siendo investigadas por la comisión de un delito en el seno de la persona jurídica”. (2019: p. 621)

En definitiva, el “campo” en el cual se juega el “partido” de las investigaciones internas es propiedad de la persona jurídica, los recursos y el poder de dirección, control y decisión también lo son y, por ello, existe a priori una palpable desigualdad de armas entre persona física investigada y persona jurídica investigadora.

Dicho contexto se complica cuando alguno de los hechos investigados reviste los caracteres de ilícito penal del cual deba responder el trabajador. En estos supuestos puede estar en riesgo el derecho de defensa de las personas físicas investigadas, concretamente el derecho a no auto incriminarse –derecho a no declarar y a no confesarse culpable–. Ello es así por la tensión que se produce a priori entre, por un lado, el deber de obediencia y colaboración con el empresario que rige en el entorno laboral y, por el otro, el derecho a no declarar y a no confesarse culpable que ampara a cualquier sujeto que pueda verse sometido a una sanción penal o administrativa.

Prieto González (2018) respecto del requerimiento de aportación documental al trabajador investigado y su deber de colaboración laboral vs derecho a la no autoincriminación señala que:

“Mayores problemas se plantean con respecto al material probatorio que el trabajador pueda haber entregado a la empresa en el seno de la investigación y que pueda resultar

incriminatorio para él. Si bajo las obligaciones derivadas de su relación laboral aporta a la empresa documentos que le incriminan y los mismos son incorporados al procedimiento penal, parece que nada podrá impedir que el Juez valore dichos documentos, aunque los mismos hayan sido obtenidos bajo amenaza de despido” (pg. 1115)

Si además de tener relevancia penal, los hechos pueden comportar responsabilidad penal para la persona jurídica, la situación se agrava exponencialmente, por cuanto persona física y jurídica pueden llegar a ser coinvestigados judicialmente y, en consecuencia, parte de su futuro procesal puede ir ligado al resultado de la investigación interna.

La persona jurídica, a través de la investigación interna, podrá definir cuál será su estrategia de defensa. Sin embargo, a nadie se le escapa que la persona jurídica se convertirá en Juez y parte de su propia investigación interna, pudiendo verse severamente afectada su objetividad e independencia.

Se tiene a Nieva Fenoll (2016), quien expone de la virtualidad de las investigaciones internas sindicado que: “aquello que se descubra va a ser casi siempre ciertamente comprometido para la empresa”. (p. 90)

A la práctica, dicha situación puede traducirse en la existencia de sesgos cognitivos (voluntarios o involuntarios), posicionamientos preestablecidos para confirmar acríticamente un determinado relato (beneficioso para la persona jurídica), manipulación u ocultación de hechos/pruebas que perjudicarían la defensa posterior de la organización, o el intento de atribución de responsabilidades individuales para exonerar a la persona jurídica. (Fortuny, 2021).

Juli-Pijoan, opina respecto a lo antecedido que:

“La experiencia norteamericana patentiza precisamente que la ausencia de derechos fundamentales en las investigaciones internas desemboca en la instrumentalización de los empleados para favorecer los intereses empresariales. Las corporaciones están

dispuestas a sacrificar a los intereses particulares de sus trabajadores si, con ello, impermeabilizan la persona jurídica de cualquier investigación penal. Esta es la principal misión de las investigaciones internas”. (2021: p. 349).

Reafirmando dicha idea, continúa en la misma página “Así las cosas, emerge una conclusión paradójica: las corporaciones para evidenciar su compromiso con el Derecho se sirven del engaño, de la coacción, de la creación artificiosa de relatos fácticos que desemboquen en su exención de responsabilidad penal, atribuyéndosela a sus empleados. La denominación de investigación interna es sumamente generosa para conceptualizar este proceder; no estamos ante ninguna suerte de investigación”.

Por el contrario, cuando los hechos no tienen relevancia penal, sino que, por ejemplo, constituyen infracciones del Código Ético o del resto de normativa interna de la organización, constituirán infracciones que, a lo sumo, serán resueltas disciplinariamente en el ámbito laboral, sin estar en juego la imposición al trabajador de una sanción vinculada al poder punitivo del Estado (administrativa o penal).

Establecidas las anteriores consideraciones contextuales, el riesgo de vulneración de derechos fundamentales en el marco de una investigación corporativa puede relacionarse con dos cuestiones principales:

- (i) derecho a no auto incriminarse.
- (ii) ilicitud en la obtención de fuentes de prueba.

Estos riesgos de vulneración de DDFF, en el transcurso de las investigaciones internas, podrán ser paliados si se implementa mínimamente los siguientes derechos:

**i. A la hora de las entrevistas a los colaboradores/directivo tendrán el derecho a no declarar**

La investigación interna, de manera similar al proceso penal intenta reconstruir un hecho pasado, motivo por el cual el trabajador o directivo involucrado debe tener garantías mínimas que le permitirían poder ejercer su derecho de defensa.

De acuerdo al autor español Gimeno (2021), afirma de manera categórica que las declaraciones que se pretendan obtener de los trabajadores deberán realizarse libre y voluntariamente, sin ningún tipo de coacción, ni amenaza, ni presión física, ni psíquica, ni cualquier forma de chantaje, etc.

Asimismo, Gimeno (2021), de forma clara y puntal hace una distinción entre una investigación de relevancia penal y las que no tienen dicha cualidad, al indicar que el colaborador/directivo, no tiene reconocido de forma absoluta el derecho a no declarar en situaciones en que la investigación interna no versa sobre ilícitos penal, sino que ello corresponde al fuero laboral (subordinación del empleado al empleador) y que una negación a ello puede ser causal de despido.

Resulta interesante plantearse, en este supuesto, qué sucede cuando el empleado decide no declarar. A este respecto, huelga decir que en este estadio pre-procesal este derecho fundamental no opera, pues el empleado tiene obligación de informar acerca del desarrollo de su relación laboral, siendo incluso posible en determinados supuestos una sanción disciplinaria que pudiera alcanzar el despido, en línea con la política del talk or walk.

Cuestión distinta sería que de su declaración pudiera derivarse su propia autoincriminación. Ante esta situación, NIETO MARTÍN plantea de un lado, una suerte de “miranda empresarial” sustentada en la doctrina norteamericana emanada de Upjohn, con la finalidad de legitimar a la empresa a la hora de aportar la información obtenida de los trabajadores al proceso penal y, de otro –y, si cabe, como solución menos controvertida–, que la personas jurídica se comprometa, ex ante, a no aplicar medida disciplinaria alguna, o si se aplica, que ésta no sea el despido, para que los empleados colaboren en la investigación interna (2013, 8120).

Asimismo, para otorgar mayores garantías en las investigaciones internas, el Ministerio Público no debe vincular ni condicionar la cooperación de los empleados a la de la persona jurídica, realizar de dicha manera sería obtener pruebas a cualquier precio, lo que se

materializaría, en la vulneración de los derechos fundamentales. Por lo tanto, los beneficios deben ser entendidos única y exclusivamente con la persona jurídica, no con sus empleados que están siendo investigados. (Gimeno, 2021)

Este derecho a no declarar parte en reconocer que en el fuero de una investigación interna deben ser respetados, máxime cuando la investigación interna haya sido acordada conjuntamente por la Fiscalía y la persona jurídica, esto es, cuando la sociedad decida colaborar para obtener beneficios. (Gimeno, 2021)

Finalmente, como bien expone González – Cuellar y Peces (2010) el derecho fundamental a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable rige sin matices en la justicia criminal, como manifestación del derecho a la no autoincriminación, que alcanza el poder de negarse a aportar datos o fuentes de prueba perjudiciales para uno mismo, por lo que estos derechos tienen que ser recogido mínimamente en la implementación de los procedimientos de cómo llevarse a cabo una investigación interna.

## **ii. La activación de la investigación interna por parte de la entidad bancaria debe realizarse otorgándose privilegios legales de la información**

Cuando una entidad inicia una investigación interna se suele encontrar con la incertidumbre acerca de cómo controlar el acceso a la información que surja como resultado de esta. Es usual que sean reacias a detectar e investigar a fondo las malas conductas cuando no tienen cierta seguridad de poder dominar la difusión de esa información.

Tal difusión es beneficiosa cuando se comparte con las AUTORIDADES FISCALES en el sentido que ya hemos indicado anteriormente, pero puede ser perjudicial cuando se conoce por terceros, especialmente competidores.

En el curso de la investigación, se obtienen elementos relacionados con su actividad cuyo conocimiento puede dejar expuestos datos más o menos confidenciales. Por ejemplo, ante este escenario la normativa de los EE. UU, sobre los denominados “privilegios legales”

otorga a las entidades un control esencial y temprano sobre la información recopilada en las investigaciones corporativas (ARLEN y BUELL W., 2020, p. 22.), y les permite orientar el desarrollo de estas desde su inicio, con miras a discriminar en el futuro cuál es el contenido que están dispuestas a revelar y compartir, en razón a aquellos extremos que estén protegidos por los privilegios legales: attorney-client privilege y work product doctrine.

Ahora bien, una y otra garantía son renunciables y, de hecho, las entidades bancarias así lo harán normalmente porque cuanto más información aporten en mejor posición estarán para negociar con las autoridades (Ministerio Público) y evitar que se formule contra ella acusación penal (Fortuny, 2021)





## CONCLUSIONES

1. De acuerdo a la *Resolución Nro. 272-2017*, se advierte que el *Compliance Programs* en las entidades bancarias está subordinado a la Unidad de Auditoría Interna, evidenciándose la pérdida de autonomía plena del órgano de *Cumplimiento*. Todo *Compliance* debe tener capacidad de iniciativa y control, por tanto, los programas de cumplimiento normativo deben tener eficacia, así como también deben favorecer la detección de los ilícitos. [Lo indicado no es una opción es una necesidad de regularlo en ese sentido expuesto]
2. La autorregulación regulada delegada a entidades bancarias en temas de investigación interna permite afirmar que en base a la regulación laxa [*Resolución Nro. 272-2017*] no se habría homogenizado la regulación de dicho elemento indispensable del *Compliance*, a la hora de activar la investigación interna, y la responsabilidad de su omisión.
3. De acuerdo al caso *in comento* en el presente trabajo de investigación, se tiene que en el Banco de la Nación entre los años 2014 al 2019, se habrían visto vulnerada las investigaciones internas de naturaleza reactiva defensiva, porque no fueron iniciados por la oficina de Gestión de riesgo (Prevención y fraude) de forma oportuna y efectiva, ni fueron comunicados al Ministerio Público para su inmediata investigación fiscal, el cual permite afirmar que existe una deficiente implementación de una investigación interna en las empresas financieras [autorregulación] y esto conlleva que el *Compliance* no sea efectivo, puesto que el objetivo de todo Programa de Cumplimiento es por un lado prevenir el ilícito penal y por el otro que la organización interna asegure que no vuelva a ocurrir la conducta ilícita.
4. Es innegable señalar que las investigaciones internas es el corazón de los Programas de Cumplimiento, por lo tanto, es deber de las instituciones bancarias el implementarlo debidamente los procedimientos a fin de prevenir todo tipo de riesgos, principalmente los penales. Dado que los *Compliance Programs* no solo previenen irregularidades sino también las detectan y sancionan.
5. Es fundamental que las regulaciones bancarias [*prudencial, proteccionista y conducta en los negocios*] en Perú sean fortalecidas con el propósito de no seguir contaminando al sistema

bancario; una manera de lograrlo es mediante las investigaciones internas, pues podrían coadyuvar a regular la conducta de los negocios, aportando a construir un sistema más íntegro con personal idóneo técnica y moralmente, y expectorando malos elementos [*trabajadores/directivos*] que podrían poner en peligro la reputación de una entidad bancaria y por ende el ahorro del público [la confianza es el activo que más cuesta ganar y el que más rápido se pierde, dado que ante rumores de inestabilidades bancarias los usuarios procurarán retirar sus ahorros tan rápido como sea posible].

6. El *Compliance Programs*, no solo debe prevenir conductas irregulares o delictivas sino reaccionar frente a ellas, el cual contribuirá a mitigar el riesgo de reiteración en el seno de una entidad bancaria.

7. Se ha expuesto **07 fundamentos** (razones) que legitimarían la adopción e implementación de una investigación Interna reactiva defensiva obligatoria en una entidad bancaria, siendo el objetivo principal proteger el ahorro del público. Por lo que toda investigación interna deberá tener en cuentas las pautas que se recomiendan [*propuesta de solución*], para así delimitar las responsabilidades penales dentro de la organización

8. Las *investigaciones internas reactivas defensivas*, están vinculadas a la atenuante de colaboración, puesto que están destinadas a producir sus efectos en un proceso penal ya abierto, o de presumible apertura, son investigaciones que se convierte en una potente herramienta para determinar cuál debe ser la posición jurídica de la persona jurídica frente al proceso penal y, en definitiva, establecer su estrategia de defensa.

9. En razón a la óptica aplicativa del derecho comparado (EEUU) que se expuso referente al tema de investigación interna permite afirmar que situaciones podría fortalecer a la investigación interna en nuestra realidad jurídica peruana y que situaciones no debería replicarse, para ello es bueno entender que en Estados Unidos de América de acuerdo al aspecto normativo y casuístico [EEUU v. Mathew Conolly & Gavin Campbell Black], se evidencia:

✚ La existencia de INVESTIGACIÓN INTERNA efectuada por una entidad bancaria, paralela a la investigación realizada por la Fiscalía (Departamento de Justicia).

✚ Se evidencia que la Fiscalía (Departamento de Justicia) recompensa a las corporaciones ante una irregularidad detectada, reaccionan iniciando y desarrollando una investigación interna y poniendo el resultado de la misma a la Fiscalía. Bajo el principio de investigadores adjuntos en la que se parte bajo la premisa que las empresas pueden detectar el delito e investigarlo mejor que las autoridades como una respuesta del Compliance Criminal.

✚ Asimismo, se advierte en una investigación Interna en EEUU, se realiza vulnerando DDFF de los investigados (colaboradores y directivos) toda vez que parte por el principio que el Derecho a la *Quinta Enmienda* solo es reconocido por la persona natural implicado de un hecho criminal y no un representante de una empresa.

**10.** En cuanto a la óptica aplicativa del derecho comparado (España), a través del caso *Falciani* se devela la americanización en cuanto a la obtención de pruebas por particulares por vulneración de derechos fundamentales. Por su puesto, este accionar no es el adecuado en vista de que debe siempre asegurarse por parte de la entidad bancaria, que los derechos sean respetados desde el instante en que inicia la investigación hasta su culminación, caso contrario se da paso a una suerte de Gestapo empresarial (investigar sin garantizar DDFF).

**11.** Los programas de cumplimiento en su modalidad de prevención de riesgos penales, solo se hará efectiva si se activa una investigación interna reactiva defensiva obligatoria, su falta de aplicación puede provocar que el Compliance pierda su efectividad.

**12.** La causa principal que pone en riesgo los derechos fundamentales del empleado es la asimetría existente entre empresario y trabajador, propia de la regulación jurídico-laboral y del marco del contrato de trabajo, por lo que en una investigación interna de contenido penal, la persona jurídica se convertirá en Juez y parte de su propia investigación interna, pudiendo verse severamente afectada su objetividad e independencia motivo por el cual existe el riesgo de vulneración de derechos fundamentales en el marco de una investigación corporativa, por

lo que se propone la inclusión garantías mínimas para el empleado/directivo como el derecho a la no autoincriminación ( el derecho a no confesarse culpable) el cual traerá a colación la no ilicitud en la obtención de fuentes de prueba, como lo planteada el pre-legislador alemán.

**13.** Este derecho a la no autoincriminación como derecho fundamental que debe tener el trabajador/directivo/socio en una investigación interna debe este de reconocerse únicamente en una investigación interna de relevancia penal.

**14.** La necesidad de establecer taxativamente los derechos fundamentales que le asiste al empleado en una investigación interna permite a largo plazo que el producto final de la Investigación Interna no se declare nula por contravenir DDDF.

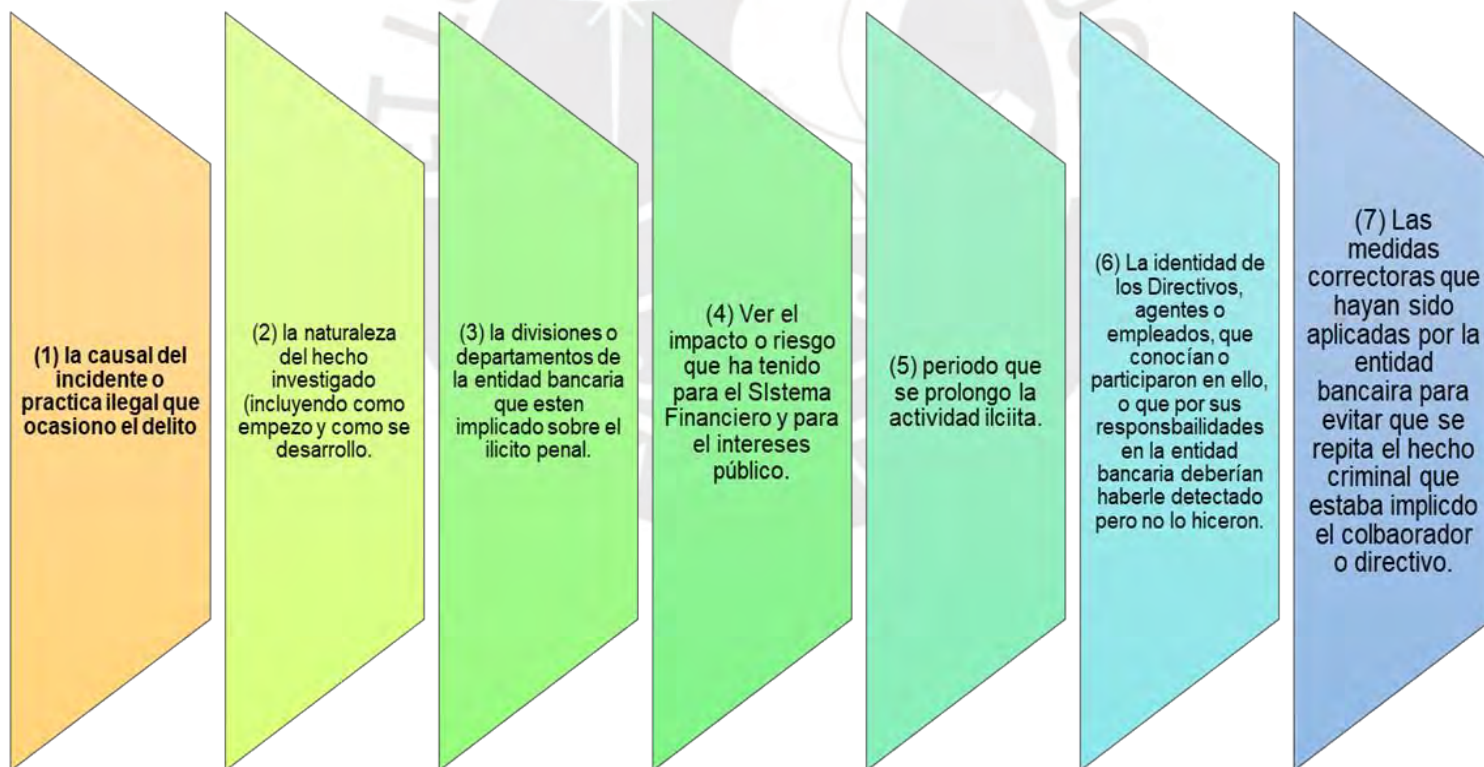
**15.** La implementación de garantías mínimos de defensa en la investigación interna dentro del Sistema de *Compliance* aumenta la seguridad jurídica de todos los operadores involucrados y los incentivos de las empresas para invertir en cumplimiento normativo.

**16.** Si la *Resolución Nro. 272-2017*, persiste darle cuota de decisión autorregulatoria a la entidad bancaria en la implementación de investigaciones internas de acuerdo a su riesgo y necesidad se estaría generando impunidad, y evitando las delimitaciones de responsabilidades de los trabajadores/directivos inmersos en hechos criminales.

## RECOMENDACIONES

(i) Ante un presunto hecho ilícito penal comunicada por Ministerio Público, se **DEBE DE INICIAR en la entidad bancaria la investigación interna reactiva defensiva** del hecho criminal que estaría envuelto el trabajador/directivo del banco ( de acuerdo a sus funciones desempeñadas), siendo el objetivo investigaciones paralelas y autónomas, **y no basta con solo denunciar**, sino también es necesario que acciones debe tomar la entidad bancaria, y la única manera de que ello se CONCRETICE es a través de una INVESTIGACIÓN INTERNA, por ello se propone en la presente trabajo de investigación la obligatoriedad de activar la investigación interna reactiva defensiva, **por lo que deberían tratar de averiguar, como mínimo las siguientes pautas:**

*Figura 17.* Pautas de una investigación interna.



(ii) Se debe de modificar la *Resolución Nro. 272-2017* aplicables a entidades financieras (Bancos), en el extremo que limita la autonomía de los *Compliance Programs*, así como deberá efectuarse de forma taxativa los procedimientos de cómo llevarse a cabo la

investigación interna en sus reguladas, respetando las pautas propuestas para el Sistema bancario y no bancario<sup>20</sup>.

**(iii)** Ante una investigación interna sobre un ilícito penal se tiene que señalar de manera taxativa los Derechos Fundamentales que le debe asistir al colaborador/directivo como mínimamente el Derecho a la no autoincriminación, el derecho de no aportar pruebas que lo incriminen, ni estar obligado a declarar contra sí mismo, y sobre todo el derecho a ser informado del aviso que el abogado de la empresa solo representa a la empresa y no al subordinados (*Upjohn warnig*); lo que se busca con estos DDDF, que no se convierta una investigación interna en una puerta falsa que permita vulneración de derechos fundamentales y que las mismas no sean cuestionadas como prueba en un proceso penal.

**(iv)** El Informe Final de la investigación interna efectuada por la entidad bancaria, deberá ser puesta en conocimiento de la Fiscalía para que pueda ser usado como medio de prueba en el proceso penal que lleva a cabo.

**(v)** La omisión de las no comunicaciones de la activación de la Investigación Interna o su omisión a su realización de acuerdo a los 7 puntos señaladas en el acápite (i), será responsable del encargado del *Compliance Officer*, o el que haga funciones de este.

---

<sup>20</sup> Ver figura 17

## PROPUESTA DE SOLUCIÓN

La Superintendencia de Banca, Seguros y AFPs, debe implementar PROCEDIMIENTOS TAXATIVOS [aplicación de forma horizontal] para la realización de una oportuna y efectiva INVESTIGACIÓN INTERNA en las entidades bancarias, el mismo que debe que contener mínimamente lo siguientes presupuestos:

- ✓ Ante un hecho ilícito penal comunicada por la Fiscalía, debe activarse la investigación interna de manera obligatoria (por su riesgo alto de incidencia), el mismo que deberá implementarse de modo claro, en su protocolo de investigaciones internas –de modo específico– y en sus políticas y procedimientos de *compliance* –de modo general (Circunstancias de su activación)
- ✓ Los DDDF mínimos que le debe asistir al empleado/directivo/en una investigación interna (Derecho a la no autoincriminación)
- ✓ La omisión dolosa de la no activación de una investigación interna oportuna y efectiva cuando exista el riesgo alto de su incidencia (por la comunicación de un hecho criminal del Ministerio Público) deberá responder el Oficial de Cumplimiento Normativo o quien haga encargado de este. Esta propuesta deberá efectuarse a través de aprobación del Congreso, puesto que involucra responsabilidad penal.

## REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Admati A. y Hellwig M. (2013). *El traje nuevo de los banqueros: lo que está mal en la banca y qué hacer al respecto*. Princeton University Press.

Alarcón, A. (2018). Economía Social de Mercado como Sistema Constitucional económico colombiano. Un análisis a partir de la jurisprudencia de la Corte Constitucional. *Estudios Constitucionales*. 16(2), 141-182. <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-52002018000200141>

Alcacer, R. (2016). Investigaciones internas. En I. Ortiz (ed.), *Memento práctico. Penal Económico y de la Empresa* (pp. 203-229). Editorial Francis Lefebvre.

Ambrosini, D. y López, R. (2019). *Sistema Financiero Peruano*. Editorial Calixtro Mesia.

Anónimo. (27 de mayo del 2022). La diferencia entre eficiencia y eficacia. *Gestión*. <https://gestion.pe>

Arlen, J. y Buell, S., (2020). The Law of Corporate Investigations and The Global Expansion of Corporate Criminal Enforcement. *Southern California Law Review*, 93, 697-761. [https://southerncalifornialawreview.com/wp-content/uploads/2020/09/Arlen\\_website.pdf](https://southerncalifornialawreview.com/wp-content/uploads/2020/09/Arlen_website.pdf)

Ascencio, J. (25 de enero de 2013). La exclusión de la prueba ilícita en la fase de instrucción como expresión de garantía de los derechos fundamentales. *Diario La Ley*.

Barja, J., Villegas, A. y Encinar, M. (2020). *Lucha contra la corrupción compliance e investigaciones internas*. (1<sup>ra</sup> ed.). Editorial Arazandi.

Beraza, A. (2015). Introducción al Sistema Financiero: el papel de los intermediarios financieros. En A. Blanco (ed.), *Gestión de entidades Financieras: Un enfoque práctico de la gestión bancaria* (pp. 21-45). Editorial ESIC.

Blossiers, J. (2013). *Manual de Derecho Bancario*. Ediciones Legales.



Borda, W. (2020). *Intervención del estado en la economía: concepto y alcances jurídicos* [Trabajo de pregrado, Pontificia Universidad Católica del Perú]. <https://tesis.pucp.edu.pe/repositorio/handle/20.500.12404/16751>

BRAK Stellungnahme Nr. 5/2010. Thesen der Bundesrechtsanwaltskammer zum Unternehmensanwalt im Strafrecht, disponible online en <https://www.brak.de/zur-rechtspolitik/stellungnahmen-pdf/stellungnahmen-deutschland/2010/november/stellungnahme-der-brak-2010-35.pdf>

Calvo, A, Parejo, J., Cuervo, A. y Alcalde, E. (2016). *Manual del Sistema Financiero Español*. Editorial Ariel.

Carmichael, J. (2006). *Final Report, El Salvador: Strengthening the Framework for Consolidated Supervision of Financial Conglomerates*. The First Initiative.

Castex, F., Dubinski A. y Martínez S. (2018) Responsabilidad Penal de la persona jurídica y Compliance. En M. Castany, D. Rodríguez y N. Vinuesa (ed.). *Compliance y proceso penal. Investigaciones internas y denuncias*. (pp. 198-235). Editorial Ad-Hoc.

Chaname, R. (1992). *Enciclopedia de la Ciencia Jurídica Diccionario Jurídico*. (1<sup>ra</sup> ed.). Editores Importadores S.A.

Colomer, I (2019). Derechos fundamentales y valor probatorio en el proceso penal de las evidencias obtenidas en investigaciones internas en un sistema Compliance. En C. Gómez y C. Madrid (eds.), *Tratado sobre Compliance Penal. Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas y Modelos de Organización y Gestión* (pp. 609-652). Editorial Tirant lo Blanch.

Committee of Sponsoring Organization of the Treadway Commission [COSO] (2004). *Gestión de Riesgos Corporativos. Marco Integrado*. Jersey City. <https://www.coso.org/>

Constitución Política del Perú [CPP]. 29 de diciembre de 1993. (Perú).

Congreso de la República del Perú. (2016). *Ley 30424 de 2016. Por lo cual se expide la Ley que regula la responsabilidad administrativa de las personas jurídicas por delito de cohecho activo transnacional.*

Congreso de la República del Perú. (2018). *Ley 30835 de 2018. Por lo cual se expide Ley que modifica la denominación y los artículos 1, 9, y 10 de la Ley 30424, ley que regula la responsabilidad de las personas jurídicas por el delito de cohecho activo transnacional.*

Congreso de la República de España (2010). *Ley Orgánica 5/2010 de 2010. Por lo cual se expide la Ley que modifica la Ley Orgánica 10/1995 del Código Penal en el extremo de la responsabilidad penal de las personas jurídicas.*

Derecho y Empresa PUCP. (27 de octubre de 2021). Armando Sánchez Málaga Carrillo, *Clase modelo Compliance: Empresa y prevención de riesgos graves* [Archivo de video]. YouTube. <https://www.youtube.com/watch?v=H-rMUp13qQ4>

Duggin, S (2008). The McNulty Memorandum, the KPMG Decision and Corporate Cooperation: Individual Rights and Legal Ethics. *The Georgetown Journal of Legal Ethics.* (21), 341-409. <https://scholarship.law.edu/scholar/130/>

Erman, M. (13 de septiembre de 2013). Five years after Lehman, Americans still angry at Wall Street: Reuters/Ipsos poll. *Reuters.* <https://www.reuters.com/article/us-wallstreet-crisis/five-years-after-lehman-americans-still-angry-at-wall-street-reuters-ipsos-poll-idUSBRE98E06Q20130915>

Estrada, A. y Llobet, M. (2013). Derecho de los trabajadores y deberes del empresario: Conflicto en las investigaciones empresariales internas. En J. Silva y R. Montaner (eds.), *Criminalidad de empresa y Compliance* (pp. 197-227). Editorial Atelier.

Estrada, C. (2021) La entrevista con el investigado. Derecho a no incriminarse y aun proceso justo. En M. Fortuny (ed.), *Investigaciones Internas en Compliance Penal. Factores claves para su eficacia.* (S/n). Editorial Arazandi.

Federal Deposit Insurance Corporation [FDIC]. (1984). *FDIC: The First Fifty Years – A History of the FDIC 1933-1983*. <http://www.fdic.gov/bank/analytical/firstfifty/>.

Finder, L. (2003). Internal Investigations: Consequences of the Federal Deputation of Corporate America. *South Texas Law Review*, 45 (1), 111-128.

Fortuny, M. (2021a). Investigaciones internas en el marco de un modelo de prevención de delitos En M. Fortuny (ed.), *Investigaciones Internas en Compliance Penal. Factores claves para su eficacia*. (s/n). Editorial Arazandi.

Fortuny, M. (2021b). *¿Quién le pone el cascabel al gato? ¿Incógnitas de la transposición de la Directiva Whistleblowing?* <https://fortunylegal.com/incognitas-de-la-transposicion-de-la-directiva-whistleblowing/>

García, A. (2008). *Criminología. Fundamentos y principios para el estudio científico del delito, la prevención de la criminalidad y el tratamiento del delincuente*. Editorial Inpeccp.

García, P. (2014) *Criminal Compliance*. Editorial Palestra

García, P. (2017). *Criminal Compliance. En especial Compliance anticorrupción y antilavado de activos*. Editorial Instituto del Pacífico.

Gimeno, J. (2016). *Compliance y proceso penal*. Editorial Civitas.

Gimeno, J. (2021) Valor procesal de las fuentes de prueba obtenidas en el marco de las investigaciones internas. En M. Fortuny (ed.), *Investigaciones Internas en Compliance Penal. Factores claves para su eficacia*. (s/n). Editorial Arazandi.

GONZÁLEZ-CUELLAR, S. y JUANES, A. La responsabilidad penal de las personas jurídicas y su enjuiciamiento en la reforma de 2010. Medidas a adoptar antes de su entrada en vigor. Diario La Ley n.º7501.

Gómez, V. (2013). Compliance y derechos del trabajador, especialmente derecho a la protección de datos y Whistleblowing. En L. Kuhlen, J. Montiel e I. Ortiz (eds.), *Compliance y teoría del derecho penal* (pp. 125-146). Fondo Editorial Marcial Pons

Guerrero, L. (2007). Seguridad pública y prevención del delito en el Estado social de Derecho. Especial comentario a la trascendencia de la educación. *Dikaion*, 16 (11),251-272. <https://dikaion.unisabana.edu.co/index.php/dikaion/article/view/1385>

Institute of Risk Management. (2002). *The Risk Management Standard*. <https://www.theirm.org/>

Kindelán, A., Mesa, L. y Vera, M. (2009). *La Supervisión financiera: funciones, modelos existentes y retos planteados por la crisis. La reforma europea*. Observatorio sobre la reforma de los mercados financieros europeos. [https://www.ieaf.es/p/item/download/447\\_c831abf8d513e9fed356353dc8305bc](https://www.ieaf.es/p/item/download/447_c831abf8d513e9fed356353dc8305bc)

Kuhlen, L. (2013). Cuestiones fundamentales de Compliance y derecho penal. En L. Kuhlen, J. Montiel e I. Ortiz (eds.), *Compliance y teoría del derecho penal* (pp. 51-76). Fondo Editorial Marcial Pons

Lavia, L. (2018). Desafíos en materia de Compliance: diseño e implementación de un programa de Compliance eficaz. En F. Castex, A. Dubinski Y S. Martínez. (eds.), *Responsabilidad Penal de la persona jurídica y Compliance* (pp. 167-180). Editorial Ad-Hoc.

Levine. (2010). Developments in White Collar Criminal Law and the Culture of Waiver. *Berkely Journal of Criminal Law*, 14, 199-228. [https://www.bjcl.org/assets/files/14\\_1\\_Levin-199-228.pdf](https://www.bjcl.org/assets/files/14_1_Levin-199-228.pdf)

Legislación Alemana. Recuperado de [https://www.steuerberater-center.de/media/VerSanG\\_RefE.pdf](https://www.steuerberater-center.de/media/VerSanG_RefE.pdf) y [https://www.bmjv.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/Dokumente/RefE\\_Staerkung\\_Integritaet\\_Wirtschaft.pdf?\\_\\_blob=publicationFile&v=1](https://www.bmjv.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/Dokumente/RefE_Staerkung_Integritaet_Wirtschaft.pdf?__blob=publicationFile&v=1).

Ley 26702. Ley General del Sistema Financiero y del Sistema de Seguros y Orgánica de la Superintendencia de Banca y Seguros. 6 de diciembre de 1996.

Ley Orgánica del Ministerio Público. 16 de enero de 1981. Decreto Legislativo 052.

Llewellyn, D. y Gutiérrez, J. (2009). Supervisión y regulación del sistema financiero: modelos, implicaciones y alcance. *Perfil de Coyuntura Económica* (13), 53-75.  
<https://www.redalyc.org/pdf/861/86112206003.pdf>

López, M. (s.f.). *Economía real y financiera: principales diferencias*. IMF Blog  
<https://blogs.imf-formacion.com/blog/mba/economia-real-financiera-diferencias/>

López, W. (1994). La intervención del Estado en la economía colombiana. *Convergencia Revista de Ciencias Sociales*, (7), 83-110.  
<https://convergencia.uaemex.mx/article/download/9893/8134/>

Matthew Connolly y Gavin Campbell Black, vs Estados Unidos, Expediente Judicial Nro. 1:16-cr-00370-CM. En <https://www.justice.gov/criminal-vns/case/united-states-v-matthew-connolly-and-gavin-campbell-black-updates> y <https://www.justice.gov/sites/default/files/criminal-fraud/legacy/2015/05/22/2014-04-23-deutsche-bank-deferred-prosecution-agreement.pdf>

Marshall, E. (2004). *Tendencias en Regulación y Supervisión Bancaria*.  
[https://kipdf.com/tendencias-en-regulacion-y-supervision-bancaria\\_5ac6e56a1723dd9ce709e284.html](https://kipdf.com/tendencias-en-regulacion-y-supervision-bancaria_5ac6e56a1723dd9ce709e284.html)

Maschmann, F. (2013). *Compliance y derecho del trabajador*. En L. Kuhlen, J. Montiel e I. Ortiz (eds.), *Compliance y teoría del derecho penal* (pp. 147-167). Fondo Editorial Marcial Pons

McMillan, J. y Müller, J. (2018). *El Fin de la Banca: El dinero, El crédito y la Revolución Digital*. Fondo editorial Taurus

Merino, F. (1997). La protección al ahorro. *THEMIS Revista De Derecho*, (35), 9-20.  
<https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/themis/article/view/11753>

Ministerio de Economía y Finanzas. (26/01/1994). Estatuto del Banco de la Nación [Decreto Supremo 07-1994-EF]. DO: El Peruano. <https://busquedas.elperuano.pe/>

Mishkin, F. (1996). *Understanding Financial Crisis: A Developing Country Perspective*.  
<https://www.nber.org/papers/w5600>

Montiel, J. (2013). Autolimpieza empresarial: compliance Programs, investigaciones internas y neutralización de riesgos penales. En L. Kuhlen, J. Montiel e I. Ortiz (eds.), *Compliance y teoría del derecho penal* (pp. 221-242). Fondo Editorial Marcial Pons

Montiel, J. (2017). Cuestiones teóricas fundamentales del criminal Compliance. *En Letra*, 4(7), 21-47. <https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/index.php/en-letra/article/view/31595>

Moosmayer, K. (2013) Investigaciones Internas: una introducción a sus problemas esenciales L. Arroyo y A. Nieto (eds.), *El derecho penal económico en la era Compliance* (pp. 137-144). Editorial Tirant Lo Blanch

Navarro, E. (2008). Como entender la crisis financiera actual en los Estados Unidos de América. *Revista Moneda del BCRP*, (138), 9-17.  
<https://www.bcrp.gob.pe/docs/Publicaciones/Revista-Moneda/Moneda-138/Moneda-138-02.pdf>

Neira, A. (2019), La efectividad de los criminal Compliance programs como objeto de prueba en el proceso penal. En F. Rojas y J. Prado (eds.), *Compliance aplicado al Derecho Penal* (pp. 387-457). Editorial Ideas.

Nieto, A. (2013). Problemas fundamentales del Cumplimiento Normativo en el Derecho Penal. En L. Kuhlen, J. Montiel e I. Ortiz (eds.), *Compliance y teoría del derecho penal* (pp. 21-46). Fondo Editorial Marcial Pons

O'Sullivan, J. (2006), *Federal White Collar Crime. Cases and Materials*. West Academic Publishing.

Presidencia de la República (1991). Decreto Legislativo 957 del 1991. Por lo cual expide el Código Penal.

Panico, C., Pinto, A., Puchet, M. u Vazquez, S. (2013) The evolution of financial regulation before and after the crisis. *Revista Económica - Niterói*, 15 (1), 9-40. <https://periodicos.uff.br/revistaeconomica/article/download/34853/20109/117241>

Prieto, H. (2021) Las investigaciones internas: El attorney privilege y el work product privilege. En M. Fortuny (ed.), *Investigaciones Internas en Compliance Penal. Factores claves para su eficacia*. (s/n). Editorial Arazandi.

Ragués, R. (2013). Los procedimientos internos de denuncia como medida de prevención de delitos en la empresa. En J. Silva y R. Montaner (eds). *Criminalidad de empresa y Compliance: prevención y reacciones corporativas* (pp. 161-194). Editorial Atelier.

Real Academia Española. (s.f.-a). Eficiencia. En *Diccionario de la lengua española*. Recuperado el 1 de mayo del 2022 de <https://dle.rae.es/eficiencia>

Real Academia Española. (s.f.-b). Eficaz. En *Diccionario de la lengua española*. Recuperado el 1 de mayo del 2022 de <https://www.rae.es/dpd/eficaz>

Reglamento de la Ley 30424 [Ministerio de Justicia]. Ley que regula la Responsabilidad Administrativa de las Personas Jurídicas. 9 de enero de 2014.

Resolución S.B.S. 272-2017 [Superintendencia de Banca y Seguros y AFP]. Reglamento de Gobierno Corporativo y de la Gestión Integral de Riesgos y establecen otras disposiciones. 23 de enero de 2017.

Reyna, L. (2015). Implementación de los compliance programs y sus efectos de exclusión o atenuación de responsabilidad penal de los sujetos obligados. En A. Kai, D. Caro y E. Malarino (eds), *Lavado de activos y compliance* (pp. 453-489). Editorial Jurista Editores.

Rizo, M. (5 de noviembre del 2019). Eficiencia, eficacia, efectividad: ¿son lo mismo? *Forbes*. <https://www.forbes.com.mx/eficiencia-eficacia-efectividad-son-lo-mismo/>

Rocca, L. (2017). *El mercado de valores en fácil*. Fondo Editorial PUCP.

Rodríguez, S. (2002). *Contratos bancarios: su significación en América Latina*. Editorial Legis.

Ros, I. (2021) Derecho laboral e investigaciones internas. En M. Fortuny (ed.), *Investigaciones Internas en Compliance Penal. Factores claves para su eficacia*. (s/n). Editorial Arazandi.

Ruiloba, A. (2007). ¿Por qué regula la actividad bancaria? *IUS ET VERITAS*, 17(35), 266-285. <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/view/12295>

STS 116/2017 de 23 de febrero que declara la validez de la «lista falciani» para fundar una condena por delito fiscal”, en Diario La Ley, N. ° 8946, Sección Doctrina, 22 de Marzo de 2017.

Saban, O. (2013). Investigaciones empresariales internas desde la perspectiva del abogado. En L. Kuhlen, J. Montiel e I. Ortiz (eds.), *Compliance y teoría del derecho penal* (pp. 245-258). Fondo Editorial Marcial Pons

Saccani, R. (2018). Tratado de Compliance. Fondo Editorial de Derecho y Economía

Shin, H. (2009). Reflections on Northern Rock: The Bank Run That Heralded the Global Financial Crisis. *Journal of Economic Perspectives*, 23 (1), 101-119. <https://www.aeaweb.org/articles?id=10.1257/jep.23.1.101>

Standards Australia (1999). *Estándar de Administración de Riesgos AS/NZS 4360*. <http://www.scielo.org.co/>

Stiglitz, J. (2010). Regulación y Fallas. *Revista Económica Institucional*. 12(23), 13-28. <https://www.redalyc.org/pdf/419/41915521002.pdf>



Superintendencia de Banca, Seguros y AFPs y Ministerio de Educación. (2009). *Programa de asesoría a docentes sobre el Rol y Funcionamiento del Sistema Financiero, De Seguros, AFP, y Unidades de Inteligencia Financiera*. Depósito Legal Biblioteca Nacional del Perú. <https://bit.ly/3FqXazk>

Tejada, D. (2020). *Investigaciones Internas, cooperación y nemo tenetur: consideraciones practicas nacionales e internacionales*. (1<sup>ra</sup> ed.). Editorial Arazandi S.A.U.

Vargas, M. y Agustina, J. (2021) Investigaciones Internas en Compliance Penal. Diez Factores claves para su eficacia En M. Fortuny (ed.), *Investigaciones Internas en Compliance Penal. Factores claves para su eficacia*. (s/n). Editorial Arazandi.

Villegas, A. (2020). *Lucha contra la corrupción, compliance e investigaciones internas. La influencia del derecho estadounidense* (1<sup>ra</sup> ed.). Arazandi S.A.U.

Villegas, C. (1987). *Compendio Jurídico, Técnico y Práctico de la Actividad Bancaria*. Editorial Depalma.

Villegas, M. y Encinar, M. (2017). El Yates Memo: o todo o nada (a propósito del papel del Ministerio Fiscal en la exigencia de responsabilidad penal a las grandes corporaciones). *Diario La Ley*.

Vodanovic, L. (2012). Una visión global de la regulación financiera y una propuesta interesante: el caso de Inglaterra. *IUS ET VERITAS*, 22(44), 146-157. <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/view/12027>

Zabala, C. y Trendafilova S. (2020). *Manual de investigaciones internas*. (1<sup>ra</sup> ed.). Editorial Arazandi.

Zornow, D. y Krakaur, K. (2000). On the Brink of a Brave New World: The Death of Privilege in Corporate Criminal Investigations. *American Criminal Law Review*, 37 (2), 147-160.

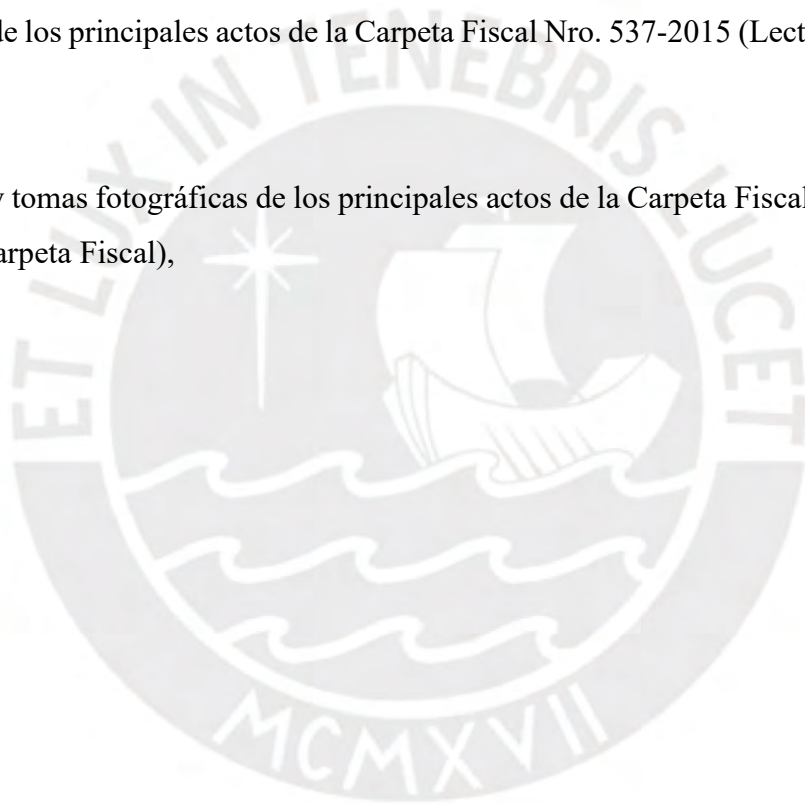
<https://heinonline.org/HOL/LandingPage?handle=hein.journals/amcrimlr37&div=4&id=&page=>

## ANEXOS

La información que permitió realizar la problemática en el presente caso partido de la siguiente fuente:

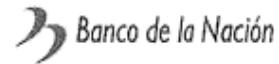
- **Redacción Perú 21** (15 de mayo de 2019). Denuncian a ex funcionario del Banco de la Nación por robo sistemático de más de 29 millones de soles. Recuperado con fecha 10 de marzo del 2022 de <https://peru21.pe/lima/banco-nacion-denuncian-ex-funcionario-robo-sistematico-29-millones-nndc-478279-noticia/>
  
- **Redacción de El Comercio** (15 de mayo 2019). Banco de la Nación: Acusan a ex funcionario de robar 4 millones de soles de la entidad bancaria [VIDEO] - | Recuperado de fecha 10 de marzo del 2022, de <https://elcomercio.pe/lima/banco-nacion-denuncian-ex-funcionario-robo-sistematico-29-millones-nndc-noticia-635453-noticia/?ref=ecr>
  
- **Radio la Karibeña** (16 de mayo del 2019). Banco de la Nación ex funcionario roba 29 millones de soles destinados a jubilados. Recuperado con fecha 10 de marzo del 2022, de <https://radiokaribena.pe/banco-de-la-nacion-exfuncionario-roba-29-millones-de-soles-destinado-a-jubilados/>.
  
- Jocelyn Herrera, **La República** (21 de mayo del 2019). Banco de la Nación: Acusan a ex funcionario de robar 4 millones de soles de la entidad bancaria [VIDEO]. Recuperado con fecha 10 de marzo del 2022, de <https://larepublica.pe/sociedad/1450221-banco-nacion-acusan-exfuncionario-robar-4-millones-soles-entidad-bancaria-video/>
  
- **Panorama.** (14 de abril del 2019). La gran estafa en el Banco de la Nación: funcionario se habría apropiado de S/. 29 millones (2/3) [Archivo de Video] <https://www.youtube.com/watch?v=yVVpvtZLhq8>
  
- Apuntes de los principales actos de la Carpeta Fiscal Nro. 136-2019 (Lectura de Carpeta Fiscal).

- Apuntes de los principales actos de la Carpeta Fiscal Nro. 08-2018 (Lectura de Carpeta Fiscal).
- Apuntes de los principales actos de la Carpeta Fiscal Nro. 583-2016 (Lectura de Carpeta Fiscal).
- Apuntes de los principales actos de la Carpeta Fiscal Nro. 07-2015 (Lectura de Carpeta Fiscal).
- Apuntes de los principales actos de la Carpeta Fiscal Nro. 537-2015 (Lectura de Carpeta Fiscal),
- Apuntes y tomas fotográficas de los principales actos de la Carpeta Fiscal Nro. 50-2019 (Lectura de Carpeta Fiscal),



**HECHOS QUE INVESTIGÓ DE FORMA INTERNA EL BANCO DE LA NACIÓN EN EL**

**AÑO 2018 (CONTROL INTERNO)**



*Prosecur  
OCU*

MEMORANDO

EF/92.7200 n° 1138 - 2018

Señor : Pedro Eduardo Zavaleta Montoya  
Gerente Encargado de Recursos Humanos

Asunto : Informe inconducta funcional del trabajador Iván Andrés Castillo Rosales

Referencia : a) Memorando EF/92.2336 n° 2153-2018  
b) Memorando EF/92.7200 n° 0601-2018  
c) Memorando EF/92.6110 n° 0487-2018  
d) Memorando EF/92.6110 n° 0404-2018  
e) Descargo del trabajador Iván Castillo Rosales

Fecha : San Borja, 21 de setiembre de 2018

Me dirijo a usted en atención al documento de la referencia a), mediante el cual su despacho solicitó el deslinde de responsabilidad administrativa del trabajador señor Iván Andrés Castillo Rosales, ex jefe de operaciones de la Agencia Prosegur, toda vez que el Órgano de Control Institucional (OCI) en su Informe n° 009-2016-2-0010 sobre "Cobro de Cheques de Cuentas Corrientes y Sub Cuentas del Tesoro Público", formuló la siguiente observación:

*En la Agencia 2 Prosegur se pagaron 14 cheques de personas jurídicas por el importe de S/. 331,997.39 los cuales consignaban en el reserbo sello y/o visto que no corresponden al abogado designado para la revisión de los estudios de poderes en las fechas que se realizaron los pagos según informe pericial; situación que afecta la veracidad y responsabilidad en el ejercicio de las funciones que corresponden a las operaciones realizadas en dicha agencia, así como va en desmedro de la imagen institucional del Banco de la Nación.*

Como es de su conocimiento, dicho informe reveló las irregularidades en el pago de cheques - personas jurídicas efectuadas en la Agencia Prosegur, por lo que detallaremos los siguientes hechos más resaltantes que evidencian la inconducta funcional del trabajador señor Iván Andrés Castillo Rosales, ex jefe de operaciones de la Agencia Prosegur:

- a) Que la comisión auditora procedió a la revisión y evaluación de los cheques girados a la orden de Personas Jurídicas, dada la existencia de la denuncia presentada por la Gerencia de Asesoría Jurídica -actualmente Gerencia Legal-, antecedente que se describe a continuación: ( Anexo 1)
- Por carta EF/92.2700 N° 15-2015 de 26 de marzo 2015, el Jefe (e) de la Gerencia de Asesoría Jurídica puso en conocimiento del jefe del Órgano de Control Institucional, el reclamo presentado por el gerente general de la empresa Universal Security Solutions, S.A.C, en la que señala un presunto pago indebido de dos (02) cheques girados a la orden de su representada, efectuados en la Agencia 2 Prosegur, reclamo que dejó

sin efecto a través de la carta notarial n° 002640-2015 de 26 de marzo de 2015.

- Asimismo este Órgano de Control Institucional tomó conocimiento de la denuncia presentada el 3 de noviembre de 2015, suscrita por los abogados Héctor Manuel Rodríguez Mundaca en su condición de apoderado y Marco Gavidia Córdova, en representación del Banco de la Nación, en la cual comunica lo siguiente: "cumplimos con comunicar a su Despacho hechos de relevancia penal derivado del cobro de dos cheques, donde han falsificado la firma del Abogado de la Gerencia de Asesoría Jurídica de mi representada, Dr. Ángel Maxera Ypañaque; hechos que constituyen el delito de falsificación de documento público(...)"

- b) De la revisión de los cheques girados a la orden de personas jurídicas, pagados el **21 de octubre del 2014**, se evidenció que en el reverso de dos (02) cheques se consignaron el sello y visto de la abogada Petronila Paucar Limas; a pesar que dicho día el abogado designado para efectuar el estudio de poderes de representantes de personas jurídicas en la Agencia 2 Prosegur era el letrado señor Ángel Maxera Ypañaque.

N° Cheque	Fecha de Pago	Autorización de pago	Importe S/.
68309634	21/10/2014	Olga Cueva Ortega Administrador	900.00
68777648	21/10/2014	Iván Castillo Rosales Jefe de Operaciones	68,400.00

- c) De acuerdo al registro de asistencia, el día 21 de octubre de 2014, la abogada Petronila Paucar Limas no se encontraba laborando en la Agencia 2 Prosegur, sino en la Gerencia de Asesoría Jurídica.
- d) Con fecha 12 de abril de 2016, el abogado Ángel Maxera Ypañaque indicó en su declaración lo siguiente: "En efecto fui designado a cumplir funciones de abogado en la agencia 2 Prosegur los días 21 de octubre de 2014. No revise los cheques que se mencionan pues no presentaron los formatos respectivos a esos cheques. Desconozco los motivos por los cuales aparecen sellos y firmas de otro abogado en los cheques ese día".
- e) Con fecha 19 de abril de 2016, el señor Iván Andrés Castillo Rosales en su declaración ante la comisión auditora manifestó lo siguiente:

*Que todos los cheques los cuales se pagaron en la referida agencia fueron autorizados por el departamento legal, no obstante declaro que se le pago al Gerente General de esa empresa, el cual es sus poderes figura como gerente y como socio de la referida empresa.*

*(...) en el caso del cheque de S/. 68400.00 si reconozco mi autorización al pago a los rpte legal con los documentos sustentatorios no puedo precisar si estuvo o no la señora Paucar de Legal en esa época*

- f) Adicionalmente, a los dos (02) cheques descritos en el literal b), el abogado Ángel Maxera Ypañaque no reconoció su visto bueno ni el estudio de poderes de otros doce (12) operaciones de pago de cheques girados a la orden de personas jurídicas, de fecha 21 de octubre y 28 de noviembre de 2014.

N° Cheque	Fecha de Pago	Autorización de Pago	Importe S/.	
62137196	21/10/2014	Iván Andrés Castillo Rosales	25,962.36	
84843008	21/10/2014		4,847.20	
84843005	21/10/2014		7,888.92	
84843007	21/10/2014		9,806.18	
84843006	21/10/2014		10,045.62	
84843002	21/10/2014		8,349.88	
84843004	21/10/2014		7,723.64	
84843003	21/10/2014		11,098.71	
84843001	21/10/2014		4,954.69	
86051838	28/11/2014		25,962.38	
66657474	28/11/2014		45,691.00	
66657472	28/11/2014		100,366.81	
Totales			262,697.39	

g) El Órgano de Control Institucional, señaló que se realizó la pericia grafotécnica a los catorce cheques (14) cheques persona jurídica, materia de investigación, por lo que con fecha 09 de mayo de 2016 los resultados son los siguientes:

- *El visto Bueno atribuido a Petronila Paucar Limas, trazado en el reverso del Cheque N° 68309634 y cheque N° 68777684 del Banco de la Nación (...); no proviene del puño gráfico de su titular*
- *El sello redondo atribuido a "BANCO DE LA NACIÓN Petronila Paucar Lima ABOGADO Div. Asunto Bancario y Adm. ASESORIA JURÍDICA", estampado en el reverso del Cheque N° 68309634 y Cheque N° 68777684 del Banco de la Nación (...); no provienen de su matriz original, son de diferente origen*
- *Los vistos buenos atribuidos a Ángel Maxera Ypanaque, trazados en los Cheques N° 62137196, N° 66657472, N° 66657474, N° 84843001, N° 84843002, N° 84843003, N° 84843004, N° 84843005, N° 84843006, N° 84843007, N° 84843008, N° 86051838, del Banco de la Nación (...); no provienen del puño gráfico de su titular.*
- *Los sellos redondos atribuidos a Banco de la Nación Ángel Maxera Ypanaque Abogado Asesoría Jurídica estampados en los cheques N° 62137196, N° 66657472, N° 66657474, N° 84843001, N° 84843002, N° 84843003, N° 84843004, N° 84843005, N° 84843006, N° 84843007, N° 84843008, N° 86051838 (...); provienen de su matriz original, son de origen común*

h) Asimismo, el OCI, señaló en su informe que los formularios "Pagos de Cheques Girados a la Orden de Personas Jurídicas", los mismos que sustentan la conformidad de los documentos presentados por el cliente a fin de proceder con el pago respectivo, no se encontró en los archivos de la Agencia Prosegur.

i) De igual modo, la comisión auditora menciona que en los endosos de los cheques no figuran las direcciones domiciliarias de los representantes legales que efectuaron el cobro de los mismos, no encontrándose acorde con la Circular BN-CIR-3100-114-02 "Pago de Cheques a los representantes Personas naturales o Jurídicas, de fecha 01 de febrero de 2010.

j) La comisión auditora concluyó su informe con lo siguiente:

- *De las conclusiones que emite el Informe de Auditoría señala que " La administradora y el Jefe de Operaciones de la Agencia 2 Prosegur autorizaron los días 21 de octubre y 28 de noviembre de 2014, el pago de S/. 331 997, 39, en los cuales se insertó en el reverso de cada uno de los cheques el sello y/o visto bueno que no correspondían al abogado designado en esos días para realizar el estudio de poderes, tal como se corrobora en informe pericial grafotécnico de 9 de mayo de 2016, afectándose de esta manera la veracidad y responsabilidad en el ejercicio de las funciones que correspondan a las operaciones realizadas en dicha agencia (...)"*

En atención a ello, mediante el documento de la referencia b), se solicitó a la Subgerencia Macro Región Lima efectuar un informe sobre el presente caso y el inicio de deslinde de responsabilidades administrativas funcionales de los trabajadores involucrados de la Agencia 2 Prosegur.

En ese sentido, mediante el documento de la referencia c), la Subgerencia Macro Región Lima señaló que con Memorando EF/92.6110 n° 0404-2018, solicitó el descargo al trabajador señor Iván Castillo Rosales a efectos de que ejerza su derecho de defensa sobre los hechos denunciados, por lo que mediante el documento de la referencia e) indicó:

*"En cada uno de los cheques que se menciona he cumplido con mi labor de verificando la conformidad de los cheques presentados, la identidad del representante, y la documentación presentada por el representante legal para el cobro..."*

*"(...) que mi función era de verificar, es decir ver con atención que se cumplan los requisitos solicitados por el banco, yo como jefe de Operaciones no tengo la expertis profesional para revisar legalmente la trascendencia de los documentos presentados (...)"*

*"Debe tenerse en cuenta que la Circular BN-CIR-3100-114-02 sobre Pago de Cheques a los representantes de Personas Naturales o Jurídicas fue aprobada el día 01 de Febrero del año 2010, siendo actualizada por primera vez recién en el día 17 de setiembre del año 2015, por lo cual les pido tomar en cuenta que la Circular BN-CIR-3100-114-02 en su versión original no consideraba el anexo 02 (...)"*

*"(...) no se consignan las direcciones de los representantes legales autorizados..... que de la revisión de ciento veintinueve (129) cheques de la Agencia 2 Prosegur, se evidenciaron que en cincuenta y cinco (55) cheques no se consignó en el endoso la dirección de los representantes legales, al respecto debo manifestar que la normativa que señalan (Circular BN-CIR-3100-114-02) recién fue actualizada el día 17 de Setiembre del año 2015, esta normativa en su versión original no indicaba que se consignara en el reverso de los cheques pagados las direcciones de los representantes legales autorizados....."*

*"(...) Que cada una de los cheques cobrados en la Agencia 2 Prosegur durante el ejercicio de mi labor consigna en el reverso el sello y/o visto del abogado designado para la revisión de los estudios de poderes".*

*"Que debe considerarse que la Agencia 2 Prosegur era una agencia donde se cobraban gran cantidad de cheques al día, siendo que en algunas ocasiones el abogado designado para la revisión de los estudios de poderes terminaba de realizar su revisión mucho después de que el cliente dejara sus documentos por lo cual el cliente debía regresar al día siguiente para ver si ya habían calificado sus documentos y ver si era posible que le pagasen el cheque (...)"*

*"(...) lo que se me imputa son actos administrativos internos que no han sido de conocimiento del público, por lo cual la solidez de la imagen corporativa del banco se ha mantenido incólume".*

*"Que es cierto que la empresa Universal Security Solutions, S.A.C envió una carta notarial indicando un pago indebido y que luego dejo sin efecto, sin embargo debo señalar que dicha empresa dejó sin efecto el reclamo debido a que yo tuve que asumir el pago de a dicha empresa, el cual asumí no porque haya hecho algo indebido, sino porque quería conservar mi trabajo (...)", "(...) después de insistirle mucho a dicha persona me dio la dirección del señor Wilberto Rodríguez Núñez, quien al ubicarlo me menciona que él en calidad de Gerente General y socio de la Empresa estaba facultado a cobrar cualquier importe por parte de la empresa y que iba a conversar con este Sr. Elson Leal Peña para que se deje sin efecto esta carta de reclamo".*

*"Sin embargo después de haber pasado varios días sin respuesta alguna y al sentir tanta presión por parte de los abogados del banco negándose a reconocer sus autorizaciones, y ante la negativa de la empresa decido asumir dichos cheques, con el fin que de la imagen de mi institución no se vea perjudicada, y yo no perder mi trabajo, es así que yo consigo ese dinero y se lo deposito a la cta de esta empresa universal security S.A.C., por lo cual Sr. Elson Leal Peña envía otra carta al banco dejando sin efecto su carta de reclamo por los cheques materia de investigación".*

*"(...) al respecto debo indicar que la denuncia antes señalada se encuentra en trámite ante la Fiscalía Provincial de Lima".*

*"(...) al respecto debo indicar que todos los cheques de esa fecha y todos en los cuales he participado cuentan con toda la formalidad solicitada por el banco siendo que en el caso antes señalado el abogado Ángel Maxera Ypañaque desconoce la revisión que ha realizado aun cuando en el peritaje que señala el informe de auditoría se ha indicado que el sello le corresponde a dicho abogado".*

*"(...) desconozco los motivos por los cuales aparecen sellos y firmas de otro abogado en los cheques ese día, evidenciándose que quien se encontraba laborando era el señor Maxera Ypañaque, y no la abogada Petronila Paucar Limas, autorizando así en forma indebida el pago del Cheque N° 68777648 de fecha 21.10.2014 por el importe de S/. 68400.00 soles (...)"*

*"(...) como indique anteriormente cada una de los cheques cobrados en la Agencia 2 Prosegur durante el ejercicio de mi labor consigna en el reverso sello y/o visto del abogado designado para la revisión de los estudios de poderes, pero en algunas oportunidades la calificación realizada y el día de pago no eran los mismos debido a la demora en la calificación de los documentos por parte de los abogados (...)" "(...) que lo antes señalado pudo haber ocasionado que el pago realizado a un cheque calificado por un abogado sea realizado un día diferente en el cual el abogado calificador ya no haya estado presente en la agencia 2 Prosegur, más aun cuando los clientes conocedores de la demora en la calificación muchas veces regresaban después de dos o tres días (...)"*

*"(...) sin embargo dicha falacia ha quedado al descubierto cuando en el peritaje realizado por la comisión auditora se indica que el sello consignado en los cheques corresponde al abogado Maxera Ypañaque (...)"*



*"(...) Al respecto debo señalar que no existe un solo cheque en el que haya participado donde los sellos y visto no sean de las personas que se indican, si bien yo no veía cuando los abogados estampaban su sello y visto, yo confiaba en los cheques ya calificados que me enviaban los abogados, no tenía motivo alguno para desconfiar de ello".*

*"(...) debo indicar que mientras yo labore en dicha agencia verifiqué que cada operación de pago se archive como corresponde, sin embargo desconozco lo sucedido después de ello, debe tenerse en cuenta que los archivos son responsabilidad de la agencia y del personal a cargo, quien es responsable de la información que custodia quien debe informar si algo falta".*

*"(...) al respecto debo señalar que en efecto la Circular BN-CIR-3100-114-02 Pago de Cheques a los representantes de Personas Naturales o Jurídicas tenía muchas falencias las cuales recién empezaron a subsanarse el día 17 de setiembre del año 2015 con la primera actualización de dicha norma, actualización por la que se ingresó el anexo 02 de dicha circular (...)"*

*"Que la imagen del banco no se ha visto menoscabada en ningún momento por ser actos administrativos internos". "Que el abogado designado para el día en que se pagó un cheque puede ser un abogado diferente al abogado que calificó los documentos debido a que el abogado calificador termino de calificar los documentos fuera del horario de atención o debido a que el cliente conocedor de la demora en la calificación regreso a cobrar uno o dos días después de haber dejado sus documentos".*

*"Que en el peritaje se indica que el sello si es del abogado Ángel Maxera Ypanaque, a pesar de que dicha persona ha indicado que nunca se ha separado de su sello y respeto del visto bueno indica que el mismo tiene trazo diferente, el cual fácilmente pudo haber sido realizado por el mismo abogado que niega su sello a pesar que hay dos peritajes que desmienten su afirmación al respecto".*

*"Respecto que en los endosos de los cheques no figuran las direcciones domiciliarias de los representantes legales reitero que esta indicación no figuraba en la versión original de la Circular BN-CIR-3100-114-02, no siendo ello un requisito exigido por la Ley general de títulos valores".*

En consecuencia la Macro Región Lima determinó lo siguiente:

*"(...) esta Subgerencia es de la opinión que el trabajador señor Iván Andrés Castillo Rosales ha incurrido en falta disciplinaria intermedia, dado la pericia grafotécnica que arroja un resultado a favor de lo señalado por los abogados Paucar Limas y Maxera Ypanaque, por el importe total pagado sobre los títulos valores, autorizado por dicho trabajador y que a su vez estos no consignaban en el reverso la dirección domiciliaria de los representantes legales que efectuaron el cobro de los mismos, sin embargo, también atenúa el referido caso el hecho que no existen reclamos a la fecha de ningún girador de los cheques autorizados por el importe antes mencionado, como de los beneficiarios del mismo (...)"*

Sin perjuicio de lo expuesto, este despacho considera que los atenuantes presentados por la jefatura de la Macro Región Lima son insuficientes para calificar la falta cometida por el

trabajador como intermedia, toda vez que el OCI investigó y presentó los medios probatorios suficientes que argumentan la inconducta funcional del señor Iván Andrés Castillo Rosales, por lo que esta gerencia concluye lo siguiente:

- a) Que la inconducta funcional del trabajador Iván Andrés Castillo Rosales, se evidenció cuando la Empresa Universal Security Solutions S.A.C, presentó un reclamo por pago indebido de dos cheques - persona jurídica (n° 62137196 y n° 86051838) que suman S/. 51,924.74 Soles, procesados en la Agencia Prosegur.

Sobre ello, en su descargo el trabajador trató de justificar su inconducta funcional al indicar que resolvió el reclamo de manera personal, devolviendo al cliente la suma de S/. 51,924.74 Soles, a fin de que la empresa deje sin efecto el reclamo y de esa manera conservar su puesto de trabajo.

Al respecto, con su comportamiento el citado trabajador obstaculizó el esclarecimiento de los hechos con la finalidad de evitar un proceso disciplinario contra su persona. De igual modo, su accionar puso en riesgo la imagen del Banco, por el reclamo presentado por la Empresa Universal Security Solutions S.A.C

- b) Del literal precedente se desprende que dicho reclamo y la existencia de la denuncia por (...) *cobro de cheques, donde han falsificado la firma del abogado de la Gerencia de Asesoría Jurídica de mi representada, Dr. Ángel Maxera Ypanaque (...),* presentada por los abogados Héctor Rodríguez Mundaca y Marco Gavidia Córdova, coadyuvaron a que el OCI evidencie las irregularidades en los pagos de cheques girados a personas jurídicas en la Agencia Prosegur.

- c) Que el trabajador señor Iván Castillo Rosales, pretendió excusar su inconducta funcional al indicar que el pago de los trece (13) cheques girados a la orden persona jurídica, por el monto de S/. 331,097.39 Soles -materia de investigación- se efectuó con toda la formalidad requerida por el Banco.

No obstante, nunca se encontró en los archivos de la Agencia Prosegur la documentación que sustenta el estudio de poderes representantes personas jurídicas, incluido los formatos "Pagos de Cheques Personas Jurídicas" de los trece (13) cheques, por lo que carece de veracidad lo argumentado por el referido trabajador.

- d) Adicionalmente, en los endosos de los trece (13) cheques - personas jurídicas no figuran las direcciones domiciliarias de los representantes legales que efectuaron el cobro de los mismos.

En ese contexto, el trabajador Castillo Rosales incumplió lo establecido en la Circular BN-CIR-3100-114-02 Pagos de Cheques a los Representantes Personas Naturales y Jurídicas de fecha 01 de febrero 2010, en la que especifica dichos requisitos para el pago de los cheques

- e) Que el asesor legal Ángel Maxera Ypanaque, no reconoció haber realizado el estudio de poderes de representantes de personas jurídicas de los trece (13) cheques pagados, manifestación que fue confirmada mediante el informe pericial grafotécnico realizado a los cheques materia de investigación.
- f) Que del resultado del peritaje grafotecnico a los trece (13) cheques girados a la orden persona jurídica, se advierte que el visto bueno de los asesores legales del Banco- señora

Petronila Paucar Limas y señor Ángel Maxera Ypanaque consignados en los cheques no corresponden a los mencionados asesores.

Asimismo, el sello de la asesora legal señora Petronila Paucar Limas, no corresponde a su matriz original. No obstante, el sello del abogado Ángel Maxera Ypanaque si proviene de su matriz original.

- g) De igual manera, se confirmó que los vistos buenos consignados en los dos (02) cheques materia del reclamo por parte de la empresa Empresa Universal Security Solutions S.A.C -que forman parte de los trece (13) cheques investigados-, no corresponden al abogado señor Ángel Maxera Ypanaque.

En ese sentido, queda evidenciado que su comportamiento reflejó su falta de honestidad y probidad con nuestra entidad; así como, el quebrantamiento de la confianza y la buena fe laboral, dado que los vistos consignados en el cheques no corresponden a los titulares de los mismos, por lo que la versión brindada por el trabajador Iván Castillo Rosales carece de veracidad.

- h) Asimismo, el hecho de que el sello del abogado Ángel Maxera Ypanaque, consignado en los doce (12) cheques personas jurídicas, provenga de su matriz original, presta a suspicacias, dado que el visto no le corresponde al asesor legal, según la pericia grafotécnica y lo expresado por el mismo abogado.
- i) Que el trabajador intenta eludir su responsabilidad, dado que al ser descubierto como responsable de los hechos irregulares en el pago de los cheques girados a la orden de persona jurídica, manifestó ante la comisión auditora desconocer el sello y visto de la abogada señora Petronila Paucar consignado en el cheque n° 68777648 por la suma de S/. 68,400.00 Soles.
- j) Sobre el particular, se evidencia la falta laboral cometida por el trabajador, aprovechándose de la situación de ventaja en la que se encontraba como jefe de operaciones de la Agencia Prosegur.
- k) Que, en consecuencia la inconducta del trabajador Iván Castillo Rosales, se traduce en la vulneración de la normatividad interna; así como, de las obligaciones y prohibiciones de los trabajadores de nuestra institución expuestas en el Reglamento Interno de Trabajo y las disposiciones establecidas en el Código de Ética del Banco de la Nación, en relación a los valores, principios, deberes y prohibiciones.

En consecuencia, esta gerencia determina que el trabajador infringió la siguiente normatividad:

1. MANUAL DE ORGANIZACIÓN Y FUNCIONES DE LA AGENCIAS 1 Y 2 BN-MOF-7200-021-02, específicamente:

3.3 Funciones Específicas a nivel de Cargo

3.3.1. Del Jefe de Sección / Unidad Operaciones

a) *Dirigir, coordinar, conducir y supervisar las actividades que se realizan en la Agencia, apoyar al administrador en su gestión y remplazarlo en su ausencia.*

c) *Establecer el control interno previo para detectar cualquier desviación en el proceso de las transacciones, y supervisar que se efectúe oportunamente el control de calidad de las operaciones realizadas en su Agencia.*

v) *Autorizar la emisión y el pago de los títulos valores, órdenes de pago y certificados de depósitos judiciales y/o administrativos según nivel de autorización.*

2. CIRCULAR BN-CIR-3100-114-02 Pago de cheques a los representantes personas naturales y jurídicas- 1 de febrero de 2010, específicamente:

*3 INSTRUCCIONES ESPECÍFICAS – 3.2 Del Pago de Cheques a Personas Jurídicas – Funcionario Autorizado de la Agencia Prosegur (Lima) / Agencia (Provincias).*

*3.2.1 Verifica la conformidad del cheque, la identidad del representante, y demás documentación que presente el representante legal para el cobro del cheque.*

*3.2.2 Llena y firma, en la parte correspondiente, el formulario "Pago de Cheques Girados a la Orden de Personas Jurídicas" en original y copia, para luego derivarlo conjuntamente con la documentación sustentadora, al Abogado designado o Asesor Legal Externo; según corresponda.*

*Abogado designado (Lima) / Asesor Legal Externo (Provincias)*

*3.2.3. Revisa la documentación presentada por el representante legal, llenando la parte complementaria del formulario (1 o 2 del Anexo 02), según corresponda. Devuelve al Funcionario Autorizado el original del formulario y la documentación sustentadora, reteniendo copia del formulario.*

*Funcionario Autorizado de la Agencia Prosegur (Lima) / Oficina de Red Agencias (Provincias)*

*3.2.4 De estar conforme el Poder y demás documentos, estampa en el reverso del cheque el sello "Conformidad de Pago", lo llena, firma y sella.*

*Anexo n° 1 Modelo de Sello "Conformidad de Pago"*

*Nota: En el endoso del cheque debe figurar obligatoriamente la dirección de cada Apoderado o Representante Legal debidamente autorizado.*

*3.2.5 Registra y archiva el original del formulario, la constancia de vigencia Poder y la copia del documento de identidad, devolviendo al representante legal el original del poder y su documento de identidad, indicándole que se apersona a cobrar el/los cheque/s en bóveda o en ventanilla, según corresponda.*

3. Reglamento Interno de Trabajo BN-REG-4100-014-04, del 03.06.2013, específicamente el literal a), o) del artículo 22°, u) del artículo 23°, e) del artículo 30°, artículo 31°, literal a), b), c), i), r) del artículo 37°, literal a), c) del artículo 39°.

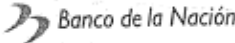
Por lo expuesto, este despacho determina que el trabajador señor **IVAN ANDRES CASTILLO ROSALES**, ha incurrido en **FALTAS GRAVES**, comprendidas en el artículo 25° del T.U.O. del Decreto Legislativo N° 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral, incisos a) y c) correspondiéndoles sanciones administrativas, conforme lo establece la Directiva BN-DIR-2300 N° 071-06 del 09.07.2013 sobre "Régimen Disciplinario", -vigente durante los hechos-, por haber quebrantado la confianza y la buena fe laboral, lo que se informa a su despacho, a efectos de que se realice las acciones administrativas pertinentes de acuerdo a la gravedad de las faltas cometidas por los referidos trabajadores.

Atentamente,

**HECHOS QUE INVESTIGÓ DE FORMA INTERNA EL BANCO DE LA NACIÓN EN EL**

**AÑO 2019 (SUBGERENCIA DE TRATAMIENTO DE FRAUDE)**

4-0  
D. Rodríguez

 Banco de la Nación

San Borja, 21 de marzo del 2019

22 MAR 2019

**INFORME EF/92.2070 N° 0343 -2019**

**A :** Sr HECTOR RODRIGUEZ MUNDACA  
SUBGERENTE DE ASUNTOS PROCESALES

**Asunto :** Liquidaciones indebidas de depósitos judiciales en febrero 2019 en la Agencia 2 La Victoria.

**Referencia :** a) Correo electrónico del 05 de marzo 2019.  
b) Informe EF/92.2070 N° 0305-2019 del 11 de marzo 2019.  
c) Informe EF/92.0019 N° 0003-2019 del 16 de marzo 2019.

---

**I. ANTECEDENTES**

Mediante el documento de la referencia a), la Sección Depósitos Judiciales y Administrativos de la Gerencia de Operaciones informa sobre una cantidad inusual de liquidaciones de Depósito Judicial en soles y dólares realizadas durante el mes de febrero 2019 por el cajero Saraweb 1894, asignado al Jefe de Operaciones Iván Andrés Castillo Rosales en la Agencia 2 La Victoria-Lima. Mediante el documento de la referencia c) el administrador de la Agencia 2 La Victoria informa de las revisiones realizadas a los Depósitos Judiciales MN y ME pagados en fechas 02/10/2018 y 15/02/2019, respectivamente. En ambos casos, los documentos liquidados (19 en MN y 02 en ME) no se encuentran físicamente en los archivos de la Agencia. Asimismo, el Administrador menciona que en el caso de las operaciones en ME, se realizaron compras de dólares a nombre de terceras personas de avanzada edad, iletrada y residente en provincias que nunca se hicieron presente en su oficina, y cuyos nombres era utilizado por el Jefe de Operaciones para burlar los controles del Banco.

Cabe mencionar, que a través del documento de la referencia b), esta Subgerencia encontró responsabilidad en el Sr Iván Andrés Castillo Rosales en el extorno indebido de 14 depósitos en la cuenta corriente del Gobierno Regional de Junín, operaciones realizadas en las fechas de 30 de setiembre y 10 de octubre del 2014, por un importe acumulado de S/ 3'360,193.25. Estos extornos se realizaron sin la autorización del cliente Consorcio del Centro, motivo por el cual a la fecha del presente informe el Banco enfrenta contingencias legales.

Se detalla a continuación el análisis realizado a partir de la documentación remitida.

**II. DATOS DEL INVESTIGADO**

- ✓ Iván Andrés Castillo Rosales
- ██
- ✓ 41 años de edad
- ✓ 15 años de servicio BN
- ✓ Calificación SBS "NORMAL"
- ✓ Destacado en Agencia La Victoria desde 01/2017 hasta la actualidad.
- ✓ Cargo Jefe de Operaciones
- ✓ Cajero asignado 1894
- ✓ Vínculo laboral suspendido por descanso médico hasta 23/03/2019.

**V. CONCLUSIONES**

De acuerdo al análisis realizado a la documentación recibida y a la información relacionada, podemos concluir lo siguiente:

- 5.1 Se identificó que el Jefe de Operaciones de la Agencia 2 La Victoria, Sr Iván Andrés Castillo Rosales, cobró de manera irregular desde el 01/02/2019 hasta el 15/02/2019 un total de 261 Depósitos Judiciales en moneda nacional por un importe acumulado de S/ 444,643.69, importe que incluye intereses y comisiones legales. Asimismo, cobro 50 Depósitos Judiciales en moneda extranjera por un acumulado de \$ 139,548.28, que al cambio alcanza el importe de S/ 457,718.35 aproximadamente. **El importe total liquidado y sustraído posteriormente por el funcionario durante el mes de febrero 2019 fue S/ 902,362.04, aproximadamente.**
- 5.2 Los Depósitos Judiciales liquidados irregularmente fueron emitidos a favor de diferentes personas entre noviembre del 1990 y mayo del 2000, es decir registraban una antigüedad mayor de 18 años sin ser cobrados. El Sr Iván Andrés Castillo Rosales tuvo acceso previamente a los números de Depósito Judicial y los ingresó premeditadamente a los sistemas del Banco para concretar la liquidación. **En ninguno de los casos se presentó el beneficiario real del Depósito Judicial en la Agencia La Victoria, ni se presentó los documentos originales que ordenaban el pago.**
- 5.3 En las imágenes de seguridad de la Agencia 2 La Victoria del 11/02/2019 se observa que realiza las liquidaciones de manera sucesiva y copiando los números de Depósito Judicial requeridos por el sistema, desde unos papeles que mantenía escondidos en su módulo. Asimismo, se observa que el dinero que le es entregado previamente por el Jefe de Caja y/o Gestores de Servicio, los oculta en un bolso negro y esta a su vez lo esconde en un cajón de la parte inferior de un mueble detrás de su sitio. Al final del día se observa que el Sr Iván Andrés Castillo Rosales se retira de la agencia con el bolso negro conteniendo el dinero de las liquidaciones cobradas indebidamente.
- 5.4 Esta Subgerencia continúa con el proceso de investigación a fin de identificar el total de liquidaciones de Depósito Judicial y otras operaciones que cobró el Sr Iván Andrés Castillo Rosales de manera Irregular desde enero 2017, fecha en que empezó a laborar en la Agencia 2 La Victoria.
- 5.5 Cabe mencionar que el Sr Iván Andrés Castillo Rosales está involucrado en otro caso de fraude por operaciones del 2014, cuando se desempeñaba como Jefe de Operaciones de la Oficina Especial Prosegur. Luego de las investigaciones se le encontró responsabilidad por 14 depósitos extornados por el mismo funcionario Iván Andrés Castillo Rosales, pocos minutos después de procesada cada operación, sin contar con la solicitud expresa del cliente. El importe acumulado relacionado a estos extornos indebidos es de S/ 3'360,193.25, dinero que habría sido apropiado por el funcionario al identificar que no fue devuelto al cliente ni fue devuelto al Banco.



7

Atentamente

ROSBERTO YUMBAS SALCEDO  
Subgerente  
Prevención y Tratamiento del Fraude  
Dirección de Riesgo

San Borja, 15 de marzo del 2019

**INFORME EF/92.2070 N° 0315-2019**



**A : Sr HECTOR DRODRIGUEZ MUNDACA  
SUBGERENTE DE ASUNTOS PROCESALES**

**Asunto :** Operaciones extornadas en la Oficina Especial Prosegur por monto acumulado de S/ 3'360,193.25.

**Referencia :** a) Memorando EF/92.7200 N° 0220-2019  
b) Carta S/N "Invitación para Conciliar N° 01" Exp.11983-2019 y anexos.  
c) Reporte Diario de Extornos de los días 30/09/2014 y 10/10/2014.

**I. ANTECEDENTES**

Mediante el documento de la referencia a) de fecha 04 de marzo 2019, la Gerencia de Banca de Servicio informa de irregularidades ocurridas en la Oficina Especial Prosegur, agencia del Banco de la Nación (BN) que se encontraba ubicada dentro del complejo Prosegur (sito Jr. Morro Solar N° 1088, Santiago de Surco), junto a otras agencias de bancos privados. Se detalla que en dicha agencia se registraron un total de 14 extornos de operaciones de depósito en la cuenta corriente del Gobierno Regional de Junín, sin la autorización del depositante Sr. Emerson David Rojas Huancí, representante legal de la empresa "Consortio del Centro", en las fechas de 30 de setiembre y 10 de octubre del 2014, por un importe acumulado de S/ 3'360,193.25. Asimismo, remitieron el documento de la referencia b), donde el cliente afirma que los depósitos que realizó no figuran en la cuenta corriente del Gobierno Regional de Junín; y el documento de la referencia c) conteniendo los originales de las papeletas de convalidación archivadas dentro del reporte diario de extornos de la referida agencia. Finalmente, se solicita a esta Subgerencia el inicio de investigaciones para establecer el grado de responsabilidad en estos hechos del Sr Ivan Andrés Castillo Rosales, funcionario que realizó las operaciones cuestionadas.

Se detalla a continuación el análisis realizado a partir de la documentación remitida.

**II. DATOS DEL INVESTIGADO**

✓ Iván Andrés Castillo Rosales

- ✓ Fecha ingreso BN 03/07/2003
- ✓ 15 años de servicio BN
- ✓ Calificación SBS "NORMAL"
- ✓ Destacado en Agencia Prosegur desde 06/2012 al 01/2017
- ✓ Cargo Jefe de Operaciones
- ✓ Cajero asignado 3074
- ✓ Destacado en Agencia La Victoria desde 01/2017 hasta la actualidad.
- ✓ Cargo Jefe de Operaciones
- ✓ Vínculo laboral suspendido por vacaciones hasta 15/03/2019.



## VI. CONCLUSIONES

De acuerdo al análisis realizado a la documentación recibida y a la información relacionada, podemos concluir lo siguiente:

- 6.1 Se pudo evidenciar que las 14 papeletas cuerpo CLIENTE presentadas por el cliente en el documento de la referencia b) son papeletas originales dado que la información operativa y de seguridad contenidas en ella corresponden a las registradas en nuestro Sistema, emitidas por el abono de efectivo en la cuenta N° 00-381-021866 cuyo titular es el Gobierno Regional de Junín por un importe acumulado de S/ 3'360,193,25, realizados en las fechas 30/09/2014 y 10/10/2014. Según los registros informáticos, las 14 operaciones de depósito fueron registradas y aprobadas por el cajero 3074, el cual estaba asignado al funcionario Jefe de Operaciones de la agencia Prosegur, Iván Andrés Castillo Rosales.
- 6.2 Se identificó que los 14 depósitos fueron extornados por el mismo funcionario Iván Andrés Castillo Rosales, pocos minutos después de procesada cada operación, sin contar con la solicitud expresa del cliente. Dado que las 14 papeletas cuerpo CLIENTE le fueron entregadas al depositante como constancia del depósito realizado, el funcionario Iván Andrés Castillo Rosales reimprimió las 14 operaciones obteniendo papeletas cuerpo CLIENTE y BANCO, manipulando la impresora con la finalidad que no se registre la glosa **\*\*\*ESTA IMPRESIÓN ES UNA COPIA\*\*\*** en la parte superior e inferior de cada papeleta.
- 6.3 En vista que los depósitos se realizaron en efectivo, el extorno "sin autorización del cliente" de las 14 operaciones significaron una disminución del saldo contable de caja, generando excedentes de dinero físico por el importe de S/ 1'907,305 el 30 de setiembre 2014; y S/ 1'452,888,25 el 10 de octubre del 2014. Estos importes de efectivo debieron ser devueltos al cliente depositante, hecho que no se concretó debido a que el cliente presenta el reclamo y mantiene en su poder la papeleta de convalidación. Estos importes de efectivo no fueron devueltos al Jefe de Caja de la agencia, ya que el reporte operativo del Sr Iván Andrés Castillo Rosales no registra salida de efectivo a caja (transacción 0610) por los importes reclamados o por su acumulado. Esto permite afirmar que el importe acumulado de S/ 3'360,193,25, relacionado a los extornos de las 14 operaciones reclamadas por el cliente, al no ser devuelto al cliente ni ser devuelto al Banco, habría sido apropiado por el Sr Iván Andrés Castillo Rosales.
- 6.4 La manipulación descrita en el punto 6.2 fue realizada con la intención de generar una reimpresión de las 14 papeletas cuerpo CLIENTE y BANCO que pudieran archiversarse en el Banco, dentro de su Reporte de Extornos por Cajero de los días 30/09/2014 y 10/10/2014 y engañar los controles posteriores (auditorías, visitas inopinadas, etc). De acuerdo a la directiva vigente, el primer nivel de control de estos Reportes era una revisión manual realizada por el Jefe de Operaciones de la agencia al final del día, es decir por el mismo funcionario Iván Andrés Castillo Rosales. Esto permite afirmar, que ambos reportes de extorno no pasaron por un control de calidad adecuado.
- 6.5 En el caso de las reimpresiones realizadas el 30/09/2014, se registran dos papeletas con firmas que supuestamente pertenecen al depositante, Sr Emerson David Rojas Huanci. Sin embargo, a simple vista, dichas firmas difieren de su firma registrada en RENIEC, es decir se hicieron por otro puño gráfico. El mencionado funcionario habría realizado la falsificación de las firmas con la intención de engañar los controles posteriores (auditorías, visitas inopinadas, etc). Esto permite confirmar que estas reimpresiones se hicieron sin la autorización del cliente. De estimarlo conveniente, esta Subgerencia podrá solicitar el estudio grafotécnico correspondiente, para lo cual el perito requerirá documentación original firmada por el Sr Emerson David Rojas Huanci, como pruebas de cotejo.

Página 24

- 6.6 Debido a que a la fecha de emisión del presente informe, el funcionario Iván Andrés Castillo Rosales se encuentra con el vínculo laboral suspendido por vacaciones, está pendiente la entrevista con dicho trabajador.

Atentamente.

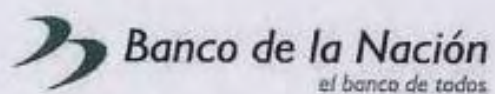
  
\*\*\*\*\*  
JOSE ANTONIO VENEGAS SALCEDO  
Subgerente  
Prevención y Tratamiento del Pzade  
Gerencia de Riesgos



**INVESTIGACION INTERNA EFECTUADA POR EL BANCO DE LA NACIÓN**

**(AUDITORIA INTERNA) A RAIZ DEL REQUERIMIENTO DE INFORMACIÓN**

**EFECTUADA POR LA FISCALIA DE LAVADO DE ACTIVOS**



**INFORME PARA ATENCION DE  
OFICIO N° 1276-2019-MP-FN-1FISLAA-3 DE LA PRIMERA  
FISCALÍA SUPRAPROVINCIAL CORPORATIVA**

LIMA-PERÚ  
2019

**INFORME PARA ATENCION DE OFICIO N° 1276-2019-MP-FN-1FISLAA-3  
DE LA PRIMERA FISCALÍA SUPRAPROVINCIAL CORPORATIVA**

**I. Antecedentes**

Mediante Oficio N° 1276-2019-MP-FN-1FISLAA-3 de la Primera Fiscalía Supraprovincial Corporativa, recepcionado por el Banco el 12.08.2019, solicita a la Gerencia de Auditoría Interna, la siguiente información:

- a) Informe respecto de las presuntas irregularidades del Sr. Iván Castillo en su calidad de Jefe de Operaciones de la Agencia La Victoria.
- b) Informe de presuntas irregularidades cometidas por el Sr. Castillo en las Agencias de Gamarra, La Molina, La Victoria, como Administrador y como Recibidor Pagador.

Sobre el particular se precisa que, por el requerimiento del literal b), la Gerencia de Auditoría Interna no ha emitido ningún informe al respecto; sin embargo, en lo referente a lo requerido en el literal a), se procede a detallar los hechos observados en el siguiente rubro.

**II. Alcance del Examen**

El período de evaluación comprendió la investigación de los hechos suscitados en la Agencia "2" La Victoria (período del 01.03.2017 al 15.02.2019).

**III. Presuntas irregularidades del Sr. Iván Castillo Rosales, en su calidad de ex Jefe de Operaciones de la Agencia 2 La Victoria**

1. El ex - trabajador Iván Andrés Castillo Rosales realizó presuntas operaciones irregulares de giros y liquidaciones de CDJA por un total de S/ 26'912,541.43 y \$ 1'971,594.67, durante el período del 2017 al 2019

Producto de la revisión realizada por el equipo de auditoría de documentos internos tales como Informe N° 0576-2019-BN/2070, "Liquidaciones indebidas de CDJA realizadas en la Agencia 2 La Victoria por el Sr. Iván Castillo Rosales" de la Subgerencia Prevención y Tratamiento del Fraude (08.05.2019), entre otros, alcanzados por diversas unidades orgánicas del Banco, todos ellos relacionados con presuntas operaciones irregulares cometidas por el Sr. Iván Castillo Rosales, y del análisis efectuado por el equipo de auditoría, se ha determinado que el Sr. Castillo estuvo incumpliendo las funciones propias de su cargo como Jefe de Operaciones de la Agencia "2" La Victoria, en los siguientes hechos:

- a) **Anulación y presunta apropiación de 31 giros por un monto total de S/ 54,108.41 realizado en la Agencia "2" La Victoria:** El equipo de auditoría efectuó una revisión de transacciones de anulación y cobro de giros, del Servicio de Telegiros (de los años 2017 y 2018), y que fueron efectuadas por el ex - Jefe de Operaciones de la Agencia "2" La Victoria, Sr. Iván Castillo Rosales. Estas operaciones correspondían a giros que se hallaban en estado "Inmovilizado" o "Bloqueado"; es decir, tenían una antigüedad mayor de 189 días.

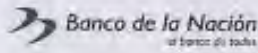
De esta labor, se identificó que -durante el período del 01.03.2017 al 31.06.2017- el Sr. Iván Andrés Castillo Rosales, realizó la anulación de un grupo de 31 giros pendientes de pago para luego, presuntamente, apropiarse de dichas sumas; para ello, en el caso de los giros con estado "Inmovilizado", el citado trabajador solicitaba a la Sección Cobranzas y Giros (SCG) realizar el cambio de estado de "Inmovilizado" a "Bloqueado"; a continuación, los desbloqueaba empleando su usuario "CRIA" del sistema de Emulación. Finalmente, con los Cajeros Saraweb 1893 y 1894 (pertenecientes al citado ex - trabajador), efectuó el cobro de 31 giros por un importe total de S/ 54,108.41





#### IV. Conclusión

Con respecto a los hechos irregulares cometidos por el Sr. Iván Castillo Rosales como Jefe de Operaciones de la Agencia "2" La Victoria, se detectaron liquidaciones de CDJA y Telegiros



GERENCIA DE AUDITORIA INTERNA

Página 18 de 19

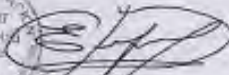
realizadas incumpliendo la normativa interna y generado por la falta de supervisión y control del Administrador y Jefe de Caja de la Agencia "2" La Victoria; más aún, se identificó a 04 Gestores de Servicios que entregaban, a través de balancines de salida de caja, dinero en efectivo al Jefe de Operaciones (sin estar autorizados para ello) y que favorecían así, a la consumación de estas operaciones indebidas.

San Borja, 05 de septiembre de 2019

Elaborado por:

  
Diego Denis Fano Casachagua  
Encargado de la Auditoría

Revisado por:

  
Efraín Cesar Cruzado Pretell  
Subgerente Auditoría Administrativa y Financiera

Aprobado por:

  
José Agustín Mateu Bullón  
Gerente de Auditoría Interna

