

**PONTIFICIA UNIVERSIDAD  
CATÓLICA DEL PERÚ**

**Escuela de Posgrado**



El anonimato como mecanismo de denuncia del *whistleblower* en el  
modelo de prevención de las personas jurídicas

Trabajo de Investigación para obtener el grado académico de Maestro en Derecho  
de la Empresa que presenta:

***José Alejandro Arias Bautista***

Asesor:

***Armando Sánchez-Málaga Carrillo***

Lima, 2023


## Informe de Similitud

Yo, SÁNCHEZ-MÁLAGA CARRILLO, ARMANDO, docente de la Escuela de Posgrado de la Pontificia Universidad Católica del Perú, asesor del trabajo de investigación titulado EL ANONIMATO COMO MECANISMO DE DENUNCIA DEL WHISTLEBLOWER EN EL MODELO DE PREVENCIÓN DE LAS PERSONAS JURÍDICAS, del autor ARIAS BAUTISTA, JOSÉ ALEJANDRO, dejo constancia de lo siguiente:

- El mencionado documento tiene un índice de puntuación de similitud de 21%. Así lo consigna el reporte de similitud emitido por el software *Turnitin* el 02/08/2023.
- 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.

Lugar y fecha:

Lima, 02 de agosto de 2023

Apellidos y nombres del asesor / de la asesora: SÁNCHEZ-MÁLAGA CARRILLO, ARMANDO	
DNI: 42508143	Firma 
ORCID: 0000-0003-1651-6549	

## Resumen

El objetivo de este trabajo de investigación es analizar la eficacia del anonimato como mecanismo de denuncia del *whistleblower* en el modelo de prevención de las personas jurídicas, así como explorar las diferencias entre confidencialidad y anonimato en el procedimiento de denuncia interna y cómo esto puede afectar su eficacia. Además, se evaluarán los impactos de la confidencialidad y el anonimato en los derechos fundamentales, como la libertad de expresión, la libertad de información y la protección de datos personales, así como el derecho al debido proceso expresado formalmente por el derecho de defensa. Uno de los principales obstáculos en las denuncias internas es la falta de anonimato, ya que revelar la identidad del *whistleblower* puede ser una barrera para denunciar conductas indebidas o sospechosas, potencialmente ilícitas; para lo cual se considerará también el impacto de la implementación y uso del canal de denuncias anónimo en las organizaciones.

Se examinará la legislación peruana en este ámbito, así como las similitudes y diferencias con la legislación de Estados Unidos de Norte América y España. Para respaldar el análisis, se revisarán estudios e investigaciones sobre el tema, así como reportes sobre los niveles de fraude a nivel mundial y el impacto del *whistleblowing* en otros países.

Debemos acotar que no será materia de estudio en el presente trabajo de investigación el supuesto de exoneración de responsabilidad administrativa atribuible a las personas jurídicas por la comisión de los delitos señalados en la normatividad legal peruana.

*Palabras clave:* anonimato, *whistleblower*, confidencialidad, modelo de prevención, canal de denuncias, gobierno corporativo, *compliance*

# Índice

	Pág.
Resumen	3
Índice	4
Lista de Tablas	6
Lista de Figuras	7
<b>INTRODUCCIÓN</b>	8
Definición del Tema	8
Definición del Problema	9
Hipótesis General	10
Hipótesis específica	11
Objetivo General	12
Objetivo específico	12
Enfoque Metodológico	13
<b>CAPÍTULO I: LA NATURALEZA JURÍDICA DE LOS MODELOS DE PREVENCIÓN</b>	15
1.1 Gobierno corporativo y la naturaleza jurídica del <i>compliance</i>	16
1.2 Modelo de prevención en las personas jurídicas	20
1.2.1 Canal de denuncias interno – <i>whistleblowing</i>	24
1.2.2 El <i>whistleblower</i>	25
1.2.3 Mecanismos de denuncia, sus beneficios y limitaciones	26
1.2.3.1 La confidencialidad y el anonimato	27
1.2.3.2 La libertad de expresión, libertad de información, el debido proceso y la protección de datos	31
1.2.4 Órganos y responsables de cumplimiento	33
1.2.5 Norma Internacional ISO 37301:2021 – Sistemas de Gestión del <i>Compliance</i>	36
1.2.6 Mecanismos de denuncia del <i>whistleblower</i> en el modelo de prevención del Perú	37
1.2.7 Mecanismos de denuncia en el modelo de prevención de Estados Unidos de	

Norte América	44
1.2.8 Mecanismos de denuncia en el modelo de prevención de España	48
<b>CAPÍTULO 2: ESTUDIO DE CASOS ACERCA DE LA EFECTIVIDAD DE CANAL DE DENUNCIAS ANÓNIMO</b>	57
2.1 Caso 1: Análisis de encuesta KPMG en Australia sobre uso de canales de denuncia anónimos	57
2.2 Caso 2: Reportes de investigación de la <i>Association of Certified Fraud Examiners</i> – ACFE	60
2.3 Caso 3: Estudio del impacto del trasplante de la regulación del <i>whistleblowing</i> de Estados Unidos de Norte América (EUA) en otros países	65
2.4 Caso 4: Estudio sobre las intenciones de denunciar actos cuestionables: un examen de la influencia del canal de denuncia anónimo	68
2.5 Caso 5: Estudio del impacto de un canal de denuncia anónimo en la intención de denunciar en Brasil	71
<b>CAPÍTULO 3: DISCUSIÓN Y PROPUESTA</b>	78
3.1 Discusión	79
3.2 Propuesta	96
Conclusiones	104
Referencias	108

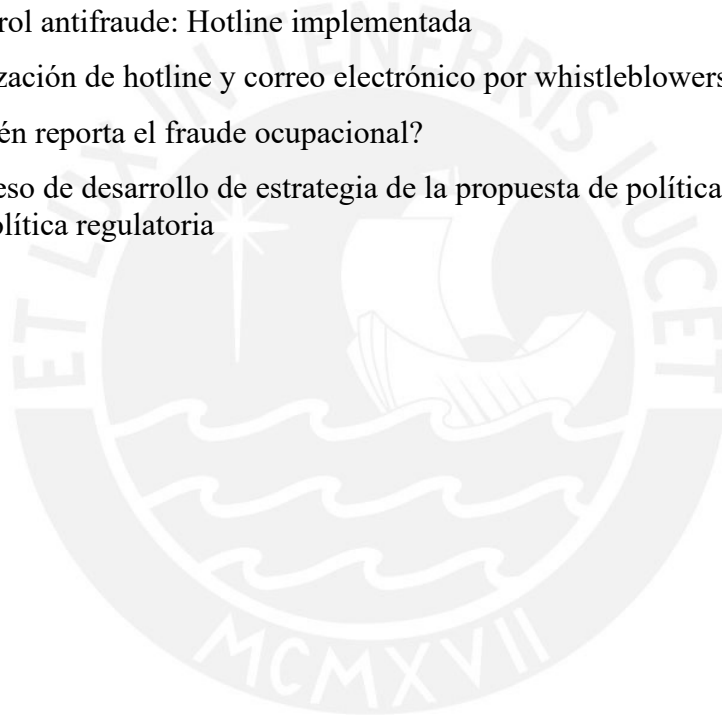
## Lista de Tablas

		<b>Pág.</b>
Tabla 1.	<i>Ficha Técnica Caso 1</i>	59
Tabla 2	<i>Ficha Técnica Caso 2</i>	61
Tabla 3	<i>Participación porcentual de casos en áreas seleccionadas</i>	62
Tabla 4	<i>Ficha Técnica Caso 3</i>	67
Tabla 5	<i>Ficha Técnica Caso 4</i>	70
Tabla 6	<i>Canal de denuncia anónimo en empresas participantes</i>	70
Tabla 7	<i>Ficha Técnica Caso 5</i>	72



## Lista de figuras

		<b>Pág.</b>
<i>Figura 1</i>	Diagrama del modelo de prevención	27
<i>Figura 2</i>	Número de denuncias por datos recibidas por SEC	46
<i>Figura 3</i>	Número de denuncias recibidas por ubicación geográfica en Estados Unidos de Norte América y sus territorios – Año fiscal 2021	47
<i>Figura 4</i>	Cobertura anual del estudio y principales hallazgos	61
<i>Figura 5</i>	Fraudes detectados por datos (Tips) de empleados o terceros	63
<i>Figura 6</i>	Control antifraude: Hotline implementada	63
<i>Figura 7</i>	Utilización de hotline y correo electrónico por whistleblowers	64
<i>Figura 8</i>	¿Quién reporta el fraude ocupacional?	64
<i>Figura 9</i>	Proceso de desarrollo de estrategia de la propuesta de política legislativa y de política regulatoria	96



## Introducción

### Definición del Tema

Para la delimitación del tema de investigación se empleó el modelo “universo-tema” propuesto por Ezcurra, Bariola, Naters & Romero (2007), obteniendo el siguiente resultado: Derecho – Derecho Empresarial – Gobierno Corporativo – *Compliance* – Modelo de Prevención – “El anonimato como mecanismo de denuncia del *whistleblower* en el modelo de prevención de las personas jurídicas” (pp. 22-35).

El objeto de estudio del presente texto se circunscribe al análisis de la eficacia de la institución jurídica del anonimato como mecanismo de denuncia del *whistleblower* o denunciante al utilizar el canal de denuncia interno en el modelo de prevención, también llamado *Compliance* o programa de cumplimiento desarrollado en el marco de las personas jurídicas. Dicho estudio de eficacia se realizará desde el punto de vista del anonimato como herramienta de detección y divulgación de conductas ilícitas del canal de denuncia interno, comprendido dentro del entorno del *Compliance* y el gobierno corporativo, así como su correspondencia con la Responsabilidad Social Corporativa y la Ética Empresarial, por esta razón comenzaremos por revisar los canales de denuncia internos regulados por nuestro ordenamiento jurídico así como las características, requisitos, convergencias y divergencias de las figuras jurídicas de los mecanismos de protección como son la confidencialidad y el anonimato, instituciones que generan un intenso debate doctrinario; de igual manera, se revisarán los impactos de la confidencialidad y el anonimato sobre los principales derechos fundamentales consagrados en la Constitución Política del Perú, tales como el derecho fundamental a la libertad de expresión, a la libertad de información así como también el derecho a la protección de datos personales.

Dichas instituciones jurídicas están reguladas en nuestro marco normativo por la Constitución Política del Perú, la Ley N° 30424 (2016), Ley que regula la Responsabilidad Administrativa de las Personas Jurídicas reglamentada por el D.S. N° 002-2019-JUS (2019), Ley N° 29733 (2011) Ley de Protección de Datos Personales reglamentada por el D.S. N° 003-2013-JUS (2013); y desde el marco legal comparado, en la Unión Europea por la Directiva (UE) 2019/1937 del Parlamento Europeo y del Consejo, de igual manera desde el marco legal de los Estados Unidos de Norte América por la Evaluación de los Programas de *Compliance* Corporativos de la División Criminal del Departamento de Justicia, la que en el numeral I, literal D: Estructura de informes Confidenciales y Proceso de Investigación, cita el Capítulo 8 – 2018



Sentencias de Organizaciones emitido por la Comisión de Sentencias de los Estados Unidos de Norte América, cita el apartado § 8B2.1(b)(5)(C): Programa de *Compliance* Efectivo, sobre la inclusión de mecanismos de anonimato y confidencialidad. En lo que concierne al marco jurisprudencial se revisará la sentencia STS 272/2020 del Tribunal Supremo de la Sala Penal de Madrid.

La investigación del presente trabajo se llevará a cabo dentro del contexto económico mundial del fenómeno de la corrupción, cuyos escándalos financieros de la época, como Enron, WorldCom, entre otros, crecieron a partir de la globalización durante los años 90 generando cuantiosas pérdidas. Como respuesta de la actividad empresarial ante la ineficacia de las políticas nacionales nació el *compliance* para establecerse como medida de prevención, detección y corrección de estos comportamientos.

### **Definición del Problema**

Un primer aspecto del problema es el tratamiento jurídico del mecanismo de denuncia del *whistleblower* en el modelo de prevención en el Perú, el cual no regula la institución jurídica del anonimato como mecanismo de denuncia interno en el ámbito empresarial privado, lo que impide que el *whistleblower* pueda contar con un canal de denuncia adicional en la detección de posibles conductas ilícitas o incumplimientos en las personas jurídicas, y pueda a su vez añadir un mecanismo de denuncia que garantice que no se tomarán represalias en su contra al comunicar un incumplimiento, herramienta que al mismo tiempo pudiera incrementar el nivel de eficacia del mecanismo de denuncias en la organización; imprevisión cuya causa pudiera ser debido a que no se haya evaluado la eficacia de su implementación a nivel de canal de denuncia interno en las personas jurídicas, lo que será objeto de estudio en el presente trabajo de investigación.

En el entorno empresarial privado el tratamiento jurídico del mecanismo de denuncia del *whistleblower* en el modelo de prevención en el Perú está regulado por la Ley N° 30424 (2016) y reglamentada por el D.S. N° 002-2019-JUS (2019), el cual no prescribe la institución jurídica del anonimato como mecanismo de denuncia para el *whistleblower*, por lo que en vista de ello se podrá identificar los principales riesgos legales y los impactos empresariales positivos y/o negativos asociados a estos, debido a la inclusión de la institución jurídica del anonimato, principalmente en el ámbito laboral teniendo como eje a la persona denunciante quien puede contar con un mecanismo de denuncia adicional; así como aquellos impactos de índole financiero, operacional, reputacional o de cultura organizacional de las organizaciones y cómo la empresa se adecuará para

gestionar estos riesgos en la interacción con el *compliance*, a modo de prevenir o mitigar consecuencias no deseadas además de posibles costos de transacción adicionales.

Un segundo aspecto es la relevancia jurídica del impacto de la implementación de la institución del anonimato con relación al ejercicio de los derechos fundamentales consagrados en la Constitución Política del Perú, los que serán para el caso del *whistleblower* anónimo, los derechos fundamentales a la libertad de expresión, a la libertad de información y a la protección de datos personales, lo cual de manera similar que en el aspecto anterior pudiera haber sido analizado por los autores en base a una estructura lineal e integral desde la denuncia interna hasta la denuncia externa o judicializada, momento en el que el enfoque del anonimato podría tener una eficacia distinta a la del mecanismo interno. Para el caso del denunciado, primará el derecho al debido proceso, el cual principalmente estará expresado formalmente por el derecho de defensa y el procedimiento preestablecido.

El análisis del ejercicio de estos derechos puede contribuir en el planteamiento de la propuesta sobre el funcionamiento del problema jurídico y poder determinar la efectividad o eficacia de la institución jurídica del anonimato.

La relevancia jurídica de la diferencia entre la confidencialidad y el anonimato en el procedimiento de denuncia interna dentro del cumplimiento normativo será revisada igualmente en base a los riesgos e impactos mencionados líneas arriba, de manera que esta diferencia conceptual y práctica contribuya a la eficacia de los mecanismos de protección del programa de cumplimiento y agregue valor a las empresas.

En la línea de ideas de lo anteriormente expuesto, podremos formular la pregunta principal de la investigación: ¿Es eficaz para la detección de posibles conductas ilícitas e incumplimientos, la implementación del mecanismo de denuncia del anonimato del *whistleblower* en el modelo de prevención de delitos de las personas jurídicas?

### **Hipótesis general**

La implementación del mecanismo de denuncia del anonimato del *whistleblower* en los modelos de prevención de delitos es una herramienta eficaz en la detección y comunicación oportuna de conductas ilícitas en las personas jurídicas.

La hipótesis principal nos permitirá demostrar que los modelos de prevención deben disponer de un canal de denuncias interno o *whistleblowing* que permita incluir mecanismos que garanticen además de la confidencialidad, el anonimato del *whistleblower*, de modo que los

miembros o representantes de la organización que detecten potenciales conductas criminales o incumplimientos al programa normativo puedan canalizar sus denuncias sin temor a represalias; y a su vez, en lo que concierne a la eficacia, que dicha vía de comunicación tenga una relación positiva con la cantidad de posibles comisiones de delitos informados así como será necesario explicar el comportamiento del canal de denuncias no anónimo cuando el sistema de denuncias también cuente con un canal de denuncias anónimo.

El mecanismo de denuncia del *whistleblower* en el modelo de prevención en el Perú está regulado por la Ley N° 30424 (2016), reglamentada por el D.S. N° 002-2019-JUS (2019), procedimiento regulado actualmente para el modelo de prevención el que no establece el mecanismo de denuncia del anonimato como herramienta adicional del canal de denuncias para el *whistleblower* que asegure la confianza en que no se tomarán represalias contra él, prescribiendo de manera general como política, la participación de la alta dirección y del órgano de gobierno sobre las directrices y/o mecanismos que impulsen la comunicación oportuna de potenciales conductas ilícitas, únicamente asegurando condiciones de confidencialidad a los denunciantes. Por otro lado, el mecanismo de denuncia del *whistleblower* en España está regulado por la Directiva (UE) 2019/1937 del Parlamento Europeo y del Consejo, norma que establece la relevancia de brindar una protección equitativa y efectiva a los *whistleblowers* y permite normar la institución jurídica de la confidencialidad en los países miembros, dejando a libertad de cada estado de tomar la decisión si se requerirá a las organizaciones y/o autoridades competentes admitir y procesar denuncias anónimas de actos ilícitos comprendidos en el contexto de aplicar la directiva en mención. Asimismo, en los Estados Unidos de Norte América se cuenta con la Guía de Evaluación de Programas de *Compliance* Corporativo 2020 del Departamento de Justicia de los Estados Unidos de Norte América.

### **Hipótesis específica**

La diferencia entre la confidencialidad y el anonimato en el procedimiento de denuncia interna es relevante.

La diferencia entre las instituciones de la confidencialidad y el anonimato en el procedimiento de denuncia interna resulta relevante porque, como revisaremos en la presente investigación presentan una naturaleza mutuamente excluyente, principalmente porque el anonimato protege al *whistleblower* al no recolectar información personal o identificatoria; sin embargo, ante la denuncia externa se puede iniciar un proceso penal donde en el ejercicio del

derecho de defensa del denunciado se pueda generar una posible disminución de la relevancia. Se puede poner de manifiesto la denuncia de manera clara y precisa, manteniendo la anonimidad del *whistleblower* sin restringir, por un lado, el ejercicio del derecho de defensa del denunciado y, por otro lado, el pleno ejercicio de los derechos a la libertad de expresión y libertad de información del *whistleblower*.

### **Objetivo general**

Determinar si la implementación del mecanismo de denuncia del anonimato del *whistleblower* en el modelo de prevención de delitos en las personas jurídicas es efectiva.

En primer lugar, la tarea será despejar la incertidumbre sobre la eficacia o efectividad de la implementación de la institución jurídica del anonimato analizando el grado o nivel en el que se implementan las actividades planificadas y se logra alcanzar los resultados planificados. Uno de los principales inconvenientes a las denuncias internas es la falta del anonimato como mecanismo de protección, la ocasión de que pueda conocerse la identidad del *whistleblower* actuará como barrera.

En segundo lugar, se complementará con la revisión del tratamiento normativo del mecanismo de denuncia del *whistleblower* en el modelo de prevención en la normatividad peruana, cuáles son los elementos con los que necesariamente debe contar el modelo de prevención de las personas jurídicas; igualmente, señalar su contenido en base a las características de la persona jurídica. No será materia de estudio en el presente trabajo de investigación el supuesto de exoneración de responsabilidad administrativa atribuible a las personas jurídicas por la comisión de los delitos señalados en la normatividad legal peruana, en caso de haber implementado en sus organizaciones un modelo de prevención con anterioridad a la comisión de la conducta ilícita.

En tercer lugar, se va a señalar y comparar el tratamiento normativo de la confidencialidad y el anonimato en España y en los Estados Unidos de Norte América. El desarrollo de este objetivo nos permitirá también identificar las similitudes y diferencias del trato legal a los mecanismos de protección entre las diferentes normativas legales a comparar, así como analizar su influencia en la legislación peruana.

### **Objetivo específico**

Establecer si es jurídicamente relevante la diferencia entre la confidencialidad y el anonimato en el procedimiento de denuncia interna.

El análisis para desarrollar el presente objetivo se circunscribirá al canal de denuncias interno de la persona jurídica, más allá de la legítima opción de poder judicializar la comisión de delito si es que la reglamentación interna implementada en el modelo de prevención fuera insuficiente.

### **Enfoque metodológico**

El primer enfoque será el de argumentación jurídica donde revisaremos los conceptos que son reconocidos y la tendencia doctrinaria mayoritaria, lo cual significa que determinaremos la existencia de líneas teóricas divergentes o una sola línea teórica prevalente y también si existe una idea generalizada sobre la interpretación de las instituciones legales o económicas a revisar. De igual manera si este enfoque tiene matices o si hay un enfoque compartido en sede doctrinal, y si existe un autor paradigmático que pueda darnos una definición influyente en la doctrina.

Desde otra perspectiva, desde el punto de vista de la argumentación jurídica constitucional, se describirá cómo ha sido tratada la problemática por los diferentes autores sobre los derechos fundamentales a la libertad de expresión e información por parte del *whistleblower* y, el derecho de defensa por parte del denunciado.

El segundo enfoque del trabajo de investigación será el del método comparado, debido a que revisaremos y compararemos los mecanismos de protección, principalmente la institución jurídica del anonimato que prescribe el marco regulatorio peruano, comparándola con lo establecido en la normatividad jurídica de España y la de Estados Unidos de Norte América con el propósito de poder establecer semejanzas y divergencias que puedan permitirnos determinar el modelo más influyente en nuestra legislación, si este ha sido el anglosajón o el europeo continental. Dichos países han sido elegidos por el motivo de que el punto de partida del *compliance* ha sido el modelo anglosajón, como desarrollaremos en el capítulo 1.

En adición al segundo enfoque se revisará la tendencia de la jurisprudencia donde se examinará el caso de la sentencia del Tribunal Supremo de Justicia de España, Sala de lo Penal, STS 272/2020, la misma que aborda la denuncia anónima y busca fortalecer el mecanismo de protección del *whistleblower* y su derecho a la libertad de expresión y a la libertad de información y con ello incrementar el descubrimiento de comisión de delitos o prácticas ilícitas.

El tercer enfoque es el estudio de casos que nos permitirá comprender la relevancia económica y empresarial del problema, donde revisaremos análisis basados en investigaciones y/o encuestas realizadas a empresas o grupos de personas, así como la influencia o impacto de la

implementación y uso del canal de denuncias anónimo. Por otra parte, también revisaremos reportes de investigación sobre niveles de fraude a nivel mundial, y además el impacto del trasplante de la regulación del *whistleblowing* en otros países.



## CAPÍTULO I: LA NATURALEZA JURÍDICA DE LOS MODELOS DE PREVENCIÓN

A lo largo del presente trabajo de investigación se utilizará indistintamente la expresión cumplimiento normativo y la palabra *compliance*, de igual manera el término *whistleblowing* y la expresión canal de denuncia interno y finalmente, las palabras denunciante y *whistleblower*.

El propósito central de la presente investigación es analizar la eficacia del mecanismo de denuncia del anonimato en el canal de denuncias interno de las personas jurídicas. La implantación del mencionado canal es de constante y abierto debate entre la doctrina que se inclina por la confidencialidad frente a la que se inclina por el anonimato.

En el capítulo I comenzaremos por la definición y análisis del *compliance* y su correspondencia con el Buen Gobierno Corporativo, se analiza el punto de partida del *compliance* con el modelo anglosajón y el europeo continental y la influencia de su trasplante en el Perú. A continuación, en el estilo de la argumentación jurídica; por un lado, se revisan los conceptos y se describe la naturaleza jurídica del programa de cumplimiento, los canales de denuncia y sus mecanismos de protección como son la institución jurídica de la confidencialidad y la del anonimato, así como la tendencia doctrinaria en cuanto a las posiciones divergentes o dominantes sobre estos y, por otro lado, se revisa la figura jurídica del *whistleblower*. Cabe notar que en el ámbito de la presente investigación se excluye del análisis la exención de la persona jurídica ante una potencial responsabilidad penal, dado que el ámbito del estudio será a nivel de canal de denuncia interno.

En los siguientes subcapítulos se desarrollarán los conceptos de los derechos fundamentales de la libertad de expresión y la libertad de información desde el punto de vista del *whistleblower* a comunicar la información relacionada con un potencial incumplimiento; así como también la protección de datos, analizando la confidencialidad y el anonimato. Por el lado del denunciado se desarrollará el derecho al debido proceso expresado desde su concepción formal principalmente con el procedimiento preestablecido y el derecho de defensa.

Luego se hará un breve repaso de la Norma Internacional ISO 37301:2021 revisando los requisitos relacionados a la confidencialidad y anonimato previo al inicio del análisis de los mecanismos de protección del *whistleblower* en el modelo de prevención en la legislación peruana,

incluyendo los lineamientos de la Superintendencia del Mercado de Valores (2021), en adelante SMV.

La relevancia jurídica desde la perspectiva comparada se desarrollará en los dos últimos subcapítulos del capítulo I, donde se explicará la influencia que otros ordenamientos jurídicos han tenido en los legisladores peruanos al tratar los mecanismos de protección, principalmente el español, a su vez influenciado por la ley italiana, ordenamiento que contempla la responsabilidad penal de la persona jurídica únicamente de naturaleza administrativa tal como lo prescribe la normativa nacional peruana. Asimismo, se revisará el tratamiento normativo de los mecanismos de protección del *whistleblower* en el ordenamiento jurídico norteamericano y sus mecanismos de protección, los cuales incluyen el anonimato; así como el europeo continental, principalmente de España, bajo la dación de la Directiva de la Unión Europea del Parlamento Europeo y el Consejo N° 2019/1937 (2019), referente a la protección de las personas que denuncien infracciones del Derecho de la Unión, que regula la protección de las personas que informan sobre infracciones, así como también la revisión de la sentencia del Tribunal Supremo de España N° STS-272-2020, en la cual se admitió una denuncia anónima, donde se examinará la práctica de los derechos a la libertad de expresión y a la libertad de información, así como el derecho de defensa expuestos en la sentencia en la que aborda la denuncia anónima elevándola a “*notitia criminis*”, denuncia en la que se hace referencia al canal de denuncias interno o denominado también *Whistleblowing*, señalado en la Directiva (UE) del Parlamento Europeo y del Consejo N° 2019/1937 (2019). De la misma manera en el modelo de prevención regulado en los Estados Unidos de Norte América, se revisará principalmente los *Guidelines for Sentencing Organizations*, capítulo 8 (2021) publicado por la *United States Sentencing Commission*, revisando la correspondencia con los derechos fundamentales a la libertad de expresión, el derecho fundamental a la libertad de información y el derecho fundamental a la protección de datos personales.

### **1.1 Gobierno corporativo y la naturaleza jurídica del *compliance***

La presente investigación se desarrolla desde la perspectiva del cumplimiento normativo, término que a simple vista evidencia que debemos actuar conforme a las obligaciones legales, es decir, de acuerdo con la legalidad, así como también con los lineamientos y directrices de la organización, principalmente señaladas en su código de ética.

La literatura jurídica sitúa el origen del *compliance* en los años setenta en los Estados Unidos de Norte América con el inicio del derecho del Mercado de Valores mediante la Comisión



de Valores – *United States Security and Exchange Commission* (SEC), apareciendo como autorregulación para las organizaciones, debido a que se descubren escándalos de corrupción en alrededor de 400 empresas norteamericanas, las cuales participaron en pagos ilícitos a autoridades o grupos políticos del exterior, aprobándose en 1977 la *Foreign Corrupt Practices Act* - FCPA, la cual obliga a la adopción de controles internos. Luego, como consecuencia de los escándalos financieros de Enron, World Com, etc., se promulgó durante el año 2,002 la *Sarbanes Oxley Act* (SOX), norma que autorreguló la organización interna de las empresas cotizadas pasando de un cumplimiento inicialmente voluntario a obligándolas a establecer controles internos, así como adoptar canales de denuncia anónimos. Este origen en los Estados Unidos de Norte América, como Nieto, Lascuraín, Blanco, Pérez y García (2015) plantea, constituye el fenómeno de americanización y que con el cambio de siglo está desarrollándose en los ordenamientos jurídicos europeos, los que en los últimos años han adoptado programas de buen gobierno corporativo orientados a las empresas cotizadas e influidas por la normatividad de la SEC (p. 27).

Posteriormente surgió por iniciativa empresarial la *Defense Industry Initiative on Business Ethics and Conduct* originada por los fraudes en los contratos de la industria de armamento de EUA con el Departamento de Defensa. Luego, la *United States Sentencing Commission* publicó en 1991 las *Guidelines for Sentencing Organizations* con la finalidad de reunir criterios al graduar y aplicar las penas en los delitos corporativos, tomando los elementos de dicha iniciativa, tales como los canales de denuncia, auditorías, sanciones, incentivos, etc., al definir el concepto del fenómeno del programa de cumplimiento. De acuerdo con Nieto et al. (2015) los programas de cumplimiento se originaron de la autorregulación empresarial pasando después al derecho positivo. Podemos ver que tanto la ley como la normatividad administrativa de manera independiente pueden resultar poco efectivas en el aseguramiento de su cumplimiento si no se acompañan de herramientas de gestión dentro de las empresas (p. 29).

En otra parte del derecho de Estados Unidos de Norte América la literatura jurídica identifica el origen del *Compliance* en el campo del derecho de la competencia, donde Nieto et al. (2015) indica que a mediados de los años 40 algunas empresas fabricantes del sector eléctrico desarrollaron programas de cumplimiento a fin de prevenir conductas en contra de la competencia del mercado debido a que el Departamento de Justicia descubrió un cartel en el sector y exigió la adopción de programas de cumplimiento (p. 27).

Dentro del ámbito empresarial los programas de cumplimiento normativo guardan relación directa con fenómenos conexos de difícil distinción, inherentes a la actividad empresarial y que coadyuvarán a la eficacia de los programas, tales como el gobierno corporativo, la ética empresarial, el código de conducta, la gestión de riesgos, la autorregulación y la responsabilidad social corporativa, las normas ISO, COSO, las auditorías, entre otros; tal como Nieto et al. (2015) señala, estos conceptos tienen una alta interrelación que impactará en la definición de tareas y responsabilidades al interior de la empresa para lograrlos (p. 35).

Tabra (2019) aborda el reto de conceptualizar el gobierno corporativo desde una perspectiva jurídica. Sostiene que, mientras la economía y la ética tienen sus propios aspectos diferenciados, la perspectiva jurídica prioriza el estudio de las normas imperativas establecidas por el Estado. Sin embargo, muchas normas de gobierno corporativo no son imperativas y, por lo tanto, una definición jurídica basada en la creencia de que constituye un conjunto de normas imperativas es incompleta. Más bien, el enfoque jurídico debería centrarse en el grado de eficacia y cumplimiento de las normas y disposiciones creadas y aplicadas por una empresa para mejorar la eficiencia de su actividad económica. Adicionalmente, explica que la perspectiva jurídica debe priorizar el estudio y análisis de las normas creadas y aplicadas para el fortalecimiento del trabajo y las relaciones de los órganos de gobierno de una sociedad comercial y sus demás grupos de interés, promoviendo el cumplimiento de sus objetivos y los medios para alcanzarlos (p.67).

El Gobierno Corporativo comprende una serie de medidas que conforman un sistema de control donde no solo se regulan los aspectos que deben tener las relaciones con los socios (*shareholders*) sino todas las demás personas que pueden verse afectadas (*stakeholders*) al interior de la organización tales como los gerentes, representantes, administradores, reguladores, trabajadores, proveedores, comunidad, entre otros (Nieto et al., 2015, p. 38). Es un conjunto de prácticas y principios que fomentan la transparencia, la integridad y la ética en las empresas. La prevención y la reacción frente a los delitos corporativos exigen una gestión eficaz de aquellos riesgos empresariales identificados, evaluados y mitigados mediante la determinación de los controles para su tratamiento. Por otro lado, el *compliance* se refiere a la gestión de riesgos y la implementación de políticas y procedimientos para cumplir con las leyes y regulaciones pertinentes. Ambos conceptos están estrechamente relacionados, ya que el gobierno corporativo puede facilitar el cumplimiento normativo y viceversa.

El concepto de gobierno corporativo se refiere al sistema de normas, prácticas y procesos que sigue una empresa para gestionar y controlar sus operaciones, procesos de toma de decisiones y responsabilidades para con sus partes interesadas. El *compliance*, por su parte, se refiere a la adhesión de una empresa a los requisitos legales y reglamentarios. En el actual entorno empresarial global, la gobernanza y el *compliance* se han vuelto inseparables, ya que las empresas se ven presionadas para cumplir sus obligaciones éticas y legales al tiempo que proporcionan valor a sus accionistas. La relación entre el gobierno corporativo y el *compliance* es crucial, ya que ayuda a las empresas a establecer controles internos sólidos y eficaces que promueven el comportamiento ético y evitan las infracciones legales y reglamentarias. El gobierno corporativo es esencial para identificar y minimizar los riesgos asociados con el *compliance*, y el *compliance* ayuda a aumentar la transparencia y la responsabilidad dentro de la empresa. Los reguladores de todo el mundo han establecido directrices y reglamentos destinados a mejorar el gobierno corporativo y el *compliance*. Por lo tanto, las empresas deben dar prioridad al establecimiento de marcos sólidos de gobernanza y *compliance* para generar la confianza de las partes interesadas y promover la sostenibilidad empresarial a largo plazo; por lo que, revisaremos algunas prácticas de buen gobierno corporativo que tienen relación con el *compliance* o que coinciden en sus objetivos.

Nieto et al. (2015) señala en primer lugar la creación de códigos de buen gobierno corporativo, plasmados también como códigos de conducta y ética empresarial, es una práctica fundamental de buen gobierno corporativo y está directamente relacionada con el *compliance*. Un código ético y de conducta establece los valores y principios que rigen el comportamiento de los empleados y la conducta de la empresa en general. Este código debe contener políticas y procedimientos para evitar la corrupción, el soborno, el fraude y otras prácticas ilegales que integren los deberes del representante leal. Además, el código debe estar disponible para todos los empleados y ser parte integral de su formación y entrenamiento.

En segundo lugar, analiza la convergencia del cumplimiento de la normativa y el buen gobierno en las políticas de gestión de riesgos. Subraya que cualquier violación de la normativa puede acarrear riesgos económicos o de reputación. Los códigos de buen gobierno corporativo consideran que la aprobación de las políticas de gestión de riesgos y la supervisión periódica de los sistemas internos de información y control son responsabilidades indelegables del consejo de administración. Por lo tanto, los sistemas de cumplimiento son parte integrante de una gestión prudente en las empresas cotizadas.

La tercera relación que analiza la conexión entre el gobierno corporativo y el cumplimiento de la normativa es en particular cómo los aspectos del gobierno corporativo ayudan a prevenir delitos corporativos específicos. Algunas partes clave de los códigos de buen gobierno, como las que se centran en evitar conflictos de intereses o en la remuneración adecuada de los miembros de los consejos de administración, ayudan a prevenir delitos como la malversación. Además, existen numerosas normas destinadas a aumentar la transparencia en la gestión y mejorar la exactitud y fiabilidad de la información empresarial (pp. 38-39).

Otra práctica de buen gobierno corporativo que tiene relación con el *compliance* es la creación de un comité de ética y de cumplimiento. Este comité tiene como objetivo garantizar que la empresa cumpla con todas las leyes y regulaciones aplicables y se adhiera a los estándares éticos y de conducta establecidos en el código de ética y de conducta. El comité también puede revisar y sugerir mejoras a las políticas y procedimientos relacionados con el *compliance*.

Adicionalmente, la implementación de controles internos es una práctica de buen gobierno corporativo que tiene relación con el *compliance*. Los controles internos son sistemas y procedimientos diseñados para garantizar la eficacia y la eficiencia en la operación de la empresa y para garantizar el cumplimiento de las leyes y regulaciones aplicables. Los controles internos también pueden ayudar a prevenir y detectar fraudes y otras actividades ilegales. La auditoría interna es una práctica adicional de buen gobierno corporativo que está directamente relacionada con el *compliance*.

Fernández y Chanjan (2016) sostienen que toda persona jurídica que adopte un sistema de denuncias estará ante un modelo de transferencia de responsabilidad penal por la comisión de delito de la persona física hacia la persona jurídica, y que, al no contar con un programa de cumplimiento implementado, dicha responsabilidad penal le será exigible aun cuando no se prevea expresamente como delito de omisión su adopción (p. 374).

El sistema en el caso español como en el peruano, parece configurarse para que las personas jurídicas eviten responder penalmente, lo que plantea según Quintero Olivares (2015) si el objetivo de ambos sistemas sea únicamente simular que ésta se exige, configurándose un modelo de responsabilidad penal infructuoso al eximir de esta a las empresas finalmente (pp. 78-80).

## **1.2 Modelo de prevención en las personas jurídicas**

En la actualidad, una empresa que quiera garantizar su sostenibilidad y éxito debe contar con un modelo de prevención o programa de *compliance* o cumplimiento ético y normativo. Estos

programas tienen como objetivo prevenir y detectar comportamientos irregulares como el fraude, los conflictos de intereses o la corrupción, y promover la transparencia y el cumplimiento de las normas y valores éticos en la organización. Para que sean eficaces, la empresa y el directorio deben cumplir ciertas recomendaciones, como definir una política de cumplimiento clara y comunicarla a todos los miembros de la organización, establecer un órgano de supervisión independiente encargado de supervisar la aplicación del programa de cumplimiento e informar al directorio, e impartir formación al personal sobre cumplimiento y ética empresarial. Además, el directorio debe apoyar plenamente el programa de cumplimiento y asegurarse de que se mantiene en toda la organización.

Entre las prácticas que resultan adecuadas para que el directorio promueva el compliance podemos inicialmente revisar la estructura del Código de Buen Gobierno Corporativo para las Sociedades Peruanas emitido por la SMV (2013) el que postula la división en cinco pilares: I. Derechos de los accionistas; II. Junta General de Accionistas; III. El Directorio y la Alta Gerencia; IV. Riesgo y cumplimiento; y V. Transparencia de la información. El código tiene como objetivo crear una cultura de gobierno corporativo en Perú que mejore la percepción de los accionistas, promueva el desarrollo empresarial y agregue valor a la economía del país. Para adherirse al código, una empresa debe tener pruebas documentadas, como estatutos, reglamentos, políticas o normas internas que sean válidas y se apliquen de manera efectiva, siguiendo el principio internacionalmente reconocido de “cumplir o explicar”.

En el pilar III: El Directorio y la Alta Gerencia, el principio 21: Comité especiales, establece que el Directorio de una empresa forma comités especiales, que se centran en analizar los aspectos más relevantes de la actuación de la empresa, como auditoría, nombramientos y retribuciones, riesgos, gobierno corporativo, entre otros. El número de comités depende del tamaño de la empresa y de la naturaleza de sus negocios, con un mínimo de un Comité de Nombramientos y Retribuciones y un Comité de Auditoría. Los directores independientes dirigen estos comités, y la empresa asigna un presupuesto para permitir la contratación de asesores externos cuando sea necesario. El Directorio aprueba los reglamentos que rigen cada uno de los comités especiales (p.13). De otro lado, los Lineamientos para la implementación y funcionamiento del Modelo de Prevención establecidos por la SMV (2021) proporcionan una lista de acciones que pueden adoptar las personas jurídicas a fin de que los órganos de gobierno puedan evidenciar su compromiso con el compliance, en la que, relacionando las propuestas con el principio mencionado, se propone

establecer una política documentada de rechazo o tolerancia cero a los delitos establecidos por la ley, así como otros documentos de cumplimiento interno, y se sugiere asignar una partida presupuestaria diferenciada para asegurar la implementación del modelo de prevención. También se sugiere difundir el cumplimiento de objetivos del modelo de prevención y reconocer a los colaboradores o directivos que pongan en práctica la cultura de integridad o ética (pp. 6-7).

Asimismo, según el principio 22: Código de Ética y conflictos de interés, la sociedad mantiene un Código Ético de obligado cumplimiento para sus directores, gestores, funcionarios y otros colaboradores, que incluye criterios éticos y de responsabilidad profesional, entre ellos la gestión de posibles conflictos de intereses. La sociedad adopta medidas para prevenir, detectar, gestionar y revelar los conflictos de intereses que puedan surgir. Para vigilar el cumplimiento del Código Ético se designa a una persona responsable, que lleva un registro ordenado de los incumplimientos de las disposiciones establecidas en el código e informa directamente al gerente general. El Directorio o la Gerencia General fomentan y aprueban programas de capacitación para el cumplimiento del Código de Ética. La sociedad dispone de mecanismos que permiten denunciar cualquier comportamiento ilegal o contrario a la ética, garantizando la confidencialidad del denunciante. Cuando las denuncias están relacionadas con aspectos contables o cuando está implicada la Dirección General o Financiera, se presentan directamente al Comité de Auditoría (pp.13-14).

Por otro lado, mediante el pilar IV: Riesgo y Cumplimiento, principio 25: Entorno del sistema de gestión de riesgos, el Directorio aprueba una política global de gestión de riesgos para la empresa en función de su tamaño y complejidad. Define funciones, responsabilidades y líneas jerárquicas, y fomenta una cultura del riesgo dentro de la organización, desde el Directorio y la alta dirección hasta todos los empleados. Para los grupos económicos, la política se aplica a todas las empresas del grupo, proporcionando una visión global de los riesgos críticos. La gerencia general supervisa de forma periódica los riesgos críticos e informa al Directorio. El sistema integrado de gestión de riesgos permite identificar, medir, administrar, controlar y supervisar los riesgos. El Directorio es responsable de implantar un sistema de control interno y externo y de supervisar su idoneidad y eficacia, con la creación de un Comité de Auditoría (p. 15). En este caso, las acciones propuestas por los Lineamientos para la implementación y funcionamiento del Modelo de Prevención establecidos por la SMV (2021) se basan en buscar un colaborador interno o asesor externo con experiencia en gestión de riesgos para asignar la responsabilidad de

implementar un modelo de prevención, el cual debe tener acceso directo y oportuno al órgano de gobierno correspondiente, así como también propone identificar los procesos y áreas de la empresa que necesitan ser gestionados a través del modelo y aprobar una política, directiva o manual que describa el proceso operativo de identificación, evaluación y mitigación de riesgos (pp. 7-8).

En el mismo pilar, principio 26: Auditoría interna, el auditor interno realiza tareas exclusivas de auditoría con autonomía, experiencia y especialización en los temas evaluados. También son independientes en el seguimiento y evaluación del sistema de gestión de riesgos, observando los principios de diligencia, lealtad y confidencialidad exigidos por el Directorio y la alta gerencia. Sus responsabilidades incluyen garantizar la validez y fiabilidad de la información financiera generada o registrada por la empresa, y verificar si el cumplimiento normativo se ejerza eficazmente (pp. 15-16). En cuanto a los Lineamientos para la implementación y funcionamiento del Modelo de Prevención establecidos por la SMV (2021) propone como acción realizar la evaluación y seguimiento de la eficacia del modelo de prevención mediante la realización de auditorías internas o externas de cumplimiento (pp. 21-22).

Cabe precisar que mediante la Resolución SMV N° 014-2022-SMV-01 (2022) se modificó el anexo de la memoria, numeral (10150) “Reporte sobre el cumplimiento del código de buen gobierno corporativo para las sociedades peruanas”, el mismo que forma parte de las normas comunes para la determinación del contenido de los documentos informativos, aprobadas por resolución de gerencia general N° 211-98-EF/94.11, reporte en el cual se detalla la lista de verificación de cumplimiento de las buenas prácticas de los 31 principios correspondientes a los cinco pilares del Código del Buen Gobierno Corporativo.

La implementación de un programa de cumplimiento en las personas jurídicas es crucial para garantizar que la organización cumpla con las leyes y regulaciones aplicables, y también para protegerse contra el potencial riesgo de sanciones financieras y reputacionales. Sin embargo, si el programa de cumplimiento no se implementa de manera efectiva o no existe en absoluto, el directorio de la empresa podría enfrentar serias consecuencias.

En primer lugar, el directorio debe asegurarse de que el programa de cumplimiento se implemente de manera efectiva. Esto significa que debe asegurarse de que el programa se adapte a las necesidades específicas de la empresa y que se aplique en todos los niveles de la organización. Si el programa no está diseñado para abordar los riesgos específicos que enfrenta la empresa, no será efectivo en la prevención de la conducta ilegal.

Por otra parte, el directorio debe asegurarse de que se proporcione suficiente capacitación y recursos para implementar el programa de cumplimiento. Si la empresa no proporciona capacitación adecuada o no asigna suficientes recursos para el programa, esto puede dificultar la implementación efectiva del programa y aumentar el riesgo de violaciones regulatorias.

Si el programa de cumplimiento no se implementa de manera efectiva o no existe en absoluto, el directorio de la empresa podría enfrentar sanciones financieras y legales, así como daños a la reputación de la empresa. Por ejemplo, las multas y sanciones regulatorias pueden ser costosas y afectar la rentabilidad de la empresa. Asimismo, las violaciones regulatorias pueden dañar la reputación de la empresa y disminuir la confianza de los clientes, inversores y otros stakeholders.

En última instancia, el directorio de la empresa es responsable de garantizar que se implemente un programa de cumplimiento efectivo y que se promueva una cultura de cumplimiento en toda la organización. Si el programa es inefectivo o inexistente, el directorio podría enfrentar inesperadas consecuencias. Por lo tanto, es importante que el directorio se asegure de que la implementación del programa de cumplimiento sea una prioridad para la empresa y que se aborde adecuadamente.

### **1.2.1 Canal de denuncias interno – whistleblowing**

Al canal de denuncias interno también se le conoce con el nombre anglosajón de “*Whistleblowing*”, que consiste en un elemento de ayuda a la eficacia del programa de cumplimiento mediante el establecimiento de un canal de comunicación directo para que los miembros activos o inactivos de la empresa puedan denunciar de manera oportuna presuntos actos de incumplimiento a la normatividad legal, normas internas o al código de ética de la empresa; y permitir al órgano o persona responsable investigar, sancionar y tomar las acciones correctivas pertinentes. El canal del compliance, como lo llama Puyol (2017) se crea y diseña, alineado con el código de ética, como una herramienta de prevención, detección, investigación, y remediación de situaciones de fraude o corrupción (p. 18).

Establecer un canal de denuncias no excluye que una empresa pueda implementar otra herramienta, mecanismo o canal a fin de poder aplicar controles para prevenir o mitigar los riesgos asociados a los aspectos legales, organizacionales, financieros, operativos, reputacionales o de otra índole de su organización. Puyol (2017) explica que el canal de denuncias debe ser visto como una herramienta empresarial que contribuya en la evolución del programa de cumplimiento en el



sentido que puede convertirse también en un canal de consultas mediante el cual los trabajadores puedan realizar consultas relacionadas con sus actividades, y que pudieran generar alguna duda o dilema al aplicar o interpretar el código de ética establecido por la empresa (pp. 6-8). Para Nieto et al. (2015) la delegación en una persona u órgano independiente de la dirección de la organización, cuya finalidad será establecer, implementar y mantener el programa de cumplimiento no es una opción, sino un deber (p. 193); y al mismo tiempo señala que la implementación de los canales de denuncias ha dado como resultado los canales de diálogo con los miembros de la empresa, ya sea para realizar consultas o para denunciar presuntos incumplimientos (p. 202).

Ragués I Vallés (2013) por su parte, explica el fenómeno del *whistleblowing* asociado a los actos de delación de los sujetos vinculados con una organización en la cual se haya cometido una presunta conducta delictiva (p. 90).

### **1.2.2 El *whistleblower***

El *whistleblower* puede ser una persona o entidad cualquiera, propios o terceros relacionadas con la empresa y que tienen conocimiento de alguna inconducta que puede ser denunciada. Cuando hablamos del fenómeno del *whistleblowing* debemos distinguir entre *whistleblower* interno y externo, de acuerdo si quien hace la denuncia la dirige al órgano responsable de la organización o la dirige ante terceros. Los *whistleblowers* cumplen un papel importante dentro del programa o sistema de cumplimiento, para lo cual la organización debe disponer de un canal de denuncias que funcione de manera eficaz. García define el *whistleblower* como la persona que estando vinculada a la empresa divulga información negativa de preferencia a los medios de comunicación o ante las autoridades; sin embargo, el desarrollo de los canales de denuncia internos en las organizaciones le ha dado un nuevo punto de vista al fenómeno, el cual evidenciará el nivel de eficacia del programa de cumplimiento (Nieto et al., 2015, pp. 206-207).

Podemos diferenciar los términos *whistleblower* e informante, cuyos conceptos son distintos, siendo el primero el que ha tomado conocimiento de una conducta ilícita y procede a su divulgación y el segundo es la persona que ha participado directa o indirectamente en las conductas ilícitas y revela la actuación de terceras personas motivado en atenuar su responsabilidad.

A su vez, según Espín (2017) al *whistleblower* se le presentará un dilema previo a la revelación de la conducta ilícita; por un lado, un conflicto entre el temor a represalias por parte de

la empresa y el deber de proceder de forma correcta, y por otro lado un conflicto entre su compromiso con la empresa y las partes involucradas (p. 212).

Sin embargo, existen diferencias significativas en cómo se trata un *whistleblower* que emite una denuncia en el ámbito administrativo en comparación con el ámbito penal. En el primero, la denuncia puede ser presentada ante los órganos supervisores pertinentes, como el departamento de recursos humanos, en el que se investiga la denuncia y se toman medidas correctivas. En este caso, el *whistleblower* puede mantenerse en el anonimato, aunque en algunas situaciones, se puede pedir que se pruebe la denuncia.

En cambio, en el ámbito penal el *whistleblower* que emite una denuncia enfrenta un proceso legal más complejo en el que el *whistleblower* debería revelar su identidad y presentar pruebas contundentes suficientes para justificar la denuncia. Si la denuncia resulta en investigaciones y condenas, el *whistleblower* puede poner en riesgo su empleo, su reputación y su seguridad personal.

Es importante mencionar que las leyes y regulaciones varían de un país a otro, y que los procesos administrativos y penales pueden diferir. En algunos países, existen leyes que protegen a los *whistleblowers* y les otorgan derechos especiales. Más adelante en el subcapítulo 1.5 revisaremos las normas peruanas sobre los mecanismos de protección del *whistleblower* en el modelo de prevención en el Perú.

### **1.2.3 Mecanismos de denuncia, sus beneficios y limitaciones**

Las organizaciones pueden establecer estos mecanismos de denuncia para que cualquier miembro o representante de la organización que identifique una conducta potencialmente ilícita o un incumplimiento al programa de cumplimiento de la organización, pueda denunciar ante el órgano encargado del modelo de prevención, garantizando la confidencialidad y pudiendo también garantizar la anonimidad del *whistleblower*.

Un programa de cumplimiento puede considerarse eficaz si cuenta con un canal de denuncias interno que cuente con medidas de protección que garanticen la confidencialidad y el anonimato de los *whistleblowers* vinculados a la empresa con la finalidad de que aquellos que tengan conocimiento de conductas ilícitas potenciales o realizadas puedan presentar sus denuncias ante el órgano encargado sin temor a represalias.

La protección obligatoria de los denunciantes en línea con Sanclemente-Arciniegas (2020) es una institución jurídica particular del *compliance* que explica la complejidad de esta nueva

disciplina jurídica. Se obliga a las empresas a apoyar la revelación de conductas ilícitas internas que pudieran ser perniciosas para el interés público (p. 31).

### 1.2.3.1 La confidencialidad y el anonimato

A fin de utilizar una fuente especializada en derecho para conocer las definiciones de confidencialidad y anonimato, elegimos el *Black's Law Dictionary* (2004), el cual es un diccionario de derecho que ha sido citado como autoridad en derecho en varios casos de la Corte Suprema de los Estados Unidos proporcionando referencias a casos jurisprudenciales relacionados al término citado y cuya primera edición fue publicada en el año 1891. En su 8ª edición define la palabra confidencialidad como: 1. Secreto; el estado de tener restringida la difusión de cierta información; y 2. La relación entre abogado y cliente o tutor y pupilo, o entre cónyuges, con respecto a la confianza que el otro deposita en el uno. Asimismo, define la expresión fuente confidencial como: la persona que proporciona información a un organismo encargado de la aplicación de la ley o a un periodista con la garantía expresa o implícita del anonimato. (p. 318). Referente al vocablo anónimo, lo define como: Sin nombre ni identificación; y caso anónimo: caso notificado en el que la palabra anónimo sustituye al nombre de al menos una de las partes para ocultar su identidad (p. 100).

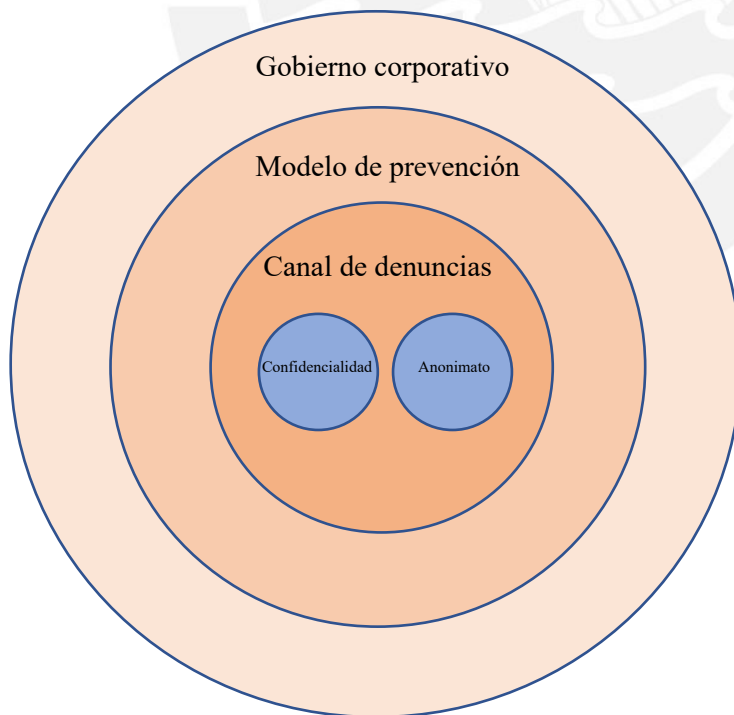


Figura 1. Diagrama del modelo de prevención.

En la Figura 1 podemos apreciar que tanto la confidencialidad como el anonimato forman parte del canal de denuncias que pueden implementar las organizaciones, y este a su vez es parte integrante del modelo de prevención de las personas jurídicas, el cual puede desplegarse desde el gobierno corporativo. Nótese que ambas instituciones jurídicas, la confidencialidad y el anonimato se presentan como mutuamente excluyentes, quiere decir que al presentar el ilícito o incumplimiento normativo, si el denunciante opta por el mecanismo confidencial, automáticamente excluye el anonimato; mientras que, si opta por el mecanismo de denuncia del anonimato, no procede la aplicación de la confidencialidad en cuanto a la identidad del denunciante. Algunos autores diferencian la naturaleza del gobierno corporativo del *compliance*, ya que si bien el gobierno corporativo, así como el *compliance* tienen como base el cumplimiento de normas y la adopción de controles que funcionen de manera eficaz, a su vez señalan que las normas que incumben al cumplimiento son de origen externo para el *compliance*, en tanto que las normas en las que está basado el gobierno corporativo se producen al interior de la organización. Para Nieto et al. (2015, p. 38) el gobierno corporativo y el cumplimiento normativo convergen en la política de gestión de riesgos, ya que de toda infracción normativa puede generarse un riesgo importante para la organización.

Aunque un canal de denuncia interno es una herramienta importante para cualquier organización, su eficacia dependerá en gran medida de si la empresa ha implementado un modelo de prevención o programa de cumplimiento (*compliance*). Un programa completo de cumplimiento incluye políticas y procedimientos establecidos, capacitación de empleados, monitoreo y auditoría continua, y sanciones efectivas para aquellos que incumplen la ley o las políticas de la empresa. Si una persona jurídica no ha implementado un programa de cumplimiento, es probable que haya deficiencias en los sistemas de supervisión y monitoreo, lo que hace que cualquier canal de denuncia interno sea menos efectivo. Los empleados pueden ser menos propensos a utilizar el canal de denuncia interno si no confían en la capacidad de la compañía para tomar medidas contra la conducta ilegal o poco ética.

Además, una empresa sin un programa de cumplimiento puede tener dificultades para identificar y abordar problemas de manera oportuna y efectiva. Si bien un canal de denuncia interno puede proporcionar información valiosa, es solo una parte del modelo de prevención como se muestra en la Figura 1 y de un proceso más amplio que se necesita para garantizar el cumplimiento legal y la ética empresarial.

Por lo tanto, es importante que las empresas implementen programas de cumplimiento sólidos y brinden capacitación y recursos adecuados para los empleados en relación con su uso. Al hacerlo, se puede mejorar la capacidad de una empresa para detectar y abordar problemas de manera más efectiva y para crear una cultura empresarial ética y responsable que beneficie a todos los interesados.

Desde la perspectiva de la eficacia en la prevención del delito, un canal de denuncias que incluya un mecanismo de denuncia que acepta denuncias anónimas puede tener mayores probabilidades de detectar presuntos delitos frente a otro que no las admita. Es posible que los trabajadores que hayan tomado conocimiento de un acto ilícito o incumplimiento normativo no lo revelen por temor a represalias si la condición indispensable es su identificación, o por evitar ser vistos como delatores frente a sus compañeros. Permitir el anonimato en un modelo de prevención puede contribuir a reducir esta barrera, pero puede aumentar el riesgo de que el canal o línea de denuncias, buzón o *hotline* sea utilizado para comunicar imputaciones falsas, riesgo que puede controlarse exigiendo al denunciante anónimo el aporte de evidencias de su hallazgo o afirmación como medios probatorios admisibles cuya verosimilitud permita que se utilicen en un proceso de investigación interno. En esta situación, la cual puede presentarse tanto en las denuncias anónimas y las no anónimas o sujetas a la confidencialidad del denunciante, las primeras deberán procesarse con mayor celeridad con la finalidad de evitar riesgos por un uso incorrecto o incompleto.

A fin de asegurar la verosimilitud de las denuncias y prevenir el uso incorrecto de los canales de información, es recomendable informar y capacitar a los trabajadores acerca de las consecuencias de índole laboral o penal en que pudieran incurrir ante una denuncia falsa; así como también, cuando se comuniquen dichos procedimientos se les informe de que no se tomará ninguna represalia por motivo de haber denunciado de buena fe sobre potenciales prácticas ilícitas.

Los requisitos de confidencialidad y anonimato para Artaza (2013) deben estar en concordancia con las acciones que la empresa adopte luego del reporte, teniendo en cuenta dos aspectos fundamentales relacionados a su uso: i) el anonimato del reporte de una investigación interna debe permitir la prevención de la conducta ilícita, su mitigación o remediación, y ii) se debe considerar la obligación legal de brindar información ante una eventual entrega externa de este reporte (p. 564).

Una primera diferencia entre el anonimato y la confidencialidad del *whistleblower* es que el primero no permite al órgano responsable del canal de denuncias interno la posibilidad de

conocer quién es el denunciante, lo que puede comprometer el derecho de defensa de la persona investigada, así como conocer cuál es el origen de la denuncia, lo cual constituye un elemento fiable, principalmente cuando no viene acompañada de pruebas que aseguren la presunta comisión del delito o incumplimiento normativo. La diferencia entre confidencialidad y anonimato desde el enfoque del proceso penal de acuerdo con Torrent (2020) resulta irrelevante en la etapa de investigación interna, pero no frente al requerimiento de un proceso penal, donde el derecho de defensa del investigado es un derecho fundamental consagrado en el artículo 139, inciso 14 de la Constitución Política del Perú y le garantiza que no quede en estado de indefensión. Es la práctica de equilibrio entre los incentivos al denunciante a fin de motivarlo y el legítimo derecho que posee el denunciado a contar con el conocimiento total de los hechos. La diferencia entre uno y otro es crucial (pp. 98-100).

Una segunda diferencia se presenta en la dificultad al realizar la investigación interna al no poder contactar con el *whistleblower* anónimo para que declare acerca de algún aspecto que pueda demandar alguna clase de ampliación, explicación o aclaración de su parte, salvo que la verosimilitud de la información y las pruebas aportadas sea suficiente. Alapont (2020) considera que ante la recepción de una denuncia anónima será difícil poder requerir al denunciante para que se pronuncie sobre algún aspecto de esta (p. 8).

Como tercera diferencia, la anonimidad puede favorecer que se incrementen las denuncias de mala fe o difamatorias. Treviño (2018) señala que el mecanismo del anonimato presenta ciertas ventajas de cara a la confidencialidad y evitará que se puedan tomar represalias contra el denunciante por parte de la organización, y que aquellos no se vean como “chivatos” ante sus compañeros (p. 66, 2018, citado por Ballesteros, 2020). Ballesteros (2020) por su parte indica que si bien el anonimato promueve la denuncia por la confianza que le otorga al denunciante, también cabe la posibilidad de que motive las denuncias falsas o de mala fe, situación que se atendería estableciendo un sistema efectivo de depuración de denuncias (p. 66).

De acuerdo con Leo-Castella (2020) el canal de denuncias será efectivo si permite obtener información cierta y que sea relevante para la prevención o investigación de los actos ilícitos potenciales o cometidos. Asevera que ningún canal de *compliance* será eficiente si el canal de denuncias implementado no es a su vez eficaz, el que debe garantizar la protección del denunciante asegurando la confidencialidad y ocasionalmente el anonimato, mitigar el temor ante represalias y asegurar la correcta investigación sobre los hechos denunciados. Externalizar el canal de denuncias

permitirá reducir el temor a represalias, sin que esto signifique otorgar el control total al tercero, ya que el control final debe recaer en el órgano designado dentro de la organización (p. 654).

Nieto et al. (2015) señala que uno de los temas más controvertidos y que puede tener gran trascendencia es el trato que se da a la identidad del *whistleblower* mediante los dos canales de *whistleblowing* como son la confidencialidad y el anonimato, mencionando que si se opta por la implementación del canal de denuncias anónimas se le ofrecerá mayor garantía al denunciante favoreciendo la eficacia del canal, ya que los trabajadores tendrán menor reticencia de usar la hotline al no estar obligados a identificarse garantizando una real protección frente a las posibles represalias como consecuencia de su denuncia. Pero no deja de remarcar que la desventaja es que se pueda fomentar denuncias falsas o de mala fe por venganza o con la finalidad de perjudicar a un compañero de trabajo. Por consiguiente, refiere que el modelo que opta la doctrina, así como las autoridades de la regulación de protección de datos y el que prefieren las empresas, es la confidencialidad.

#### **1.2.3.2 La libertad de expresión, libertad de información, el debido proceso y la protección de datos**

La libertad de expresión y la libertad de información son derechos fundamentales reconocidos en nuestra Constitución de 1993 mediante el artículo 2, numeral 4, así como también mediante el artículo 19 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, el artículo 19 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el artículo 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En ese marco, la Constitución de 1993 señala en el artículo 2, numeral 4 que toda persona tiene derecho a las “libertades de información, opinión, expresión y difusión del pensamiento” delimitando principalmente el alcance la precisar específicamente la diferenciación de las libertades de expresión y comunicación.

Según Sorozábal (1991) la libertad de expresión es el derecho a comunicar sin impedimentos nuestro pensamiento, es así como subraya esta dualidad distinguiendo los derechos de expresión y de comunicación en dos momentos, el de la emisión y el de la recepción de la comunicación. En ambos derechos se asegura la libertad del emisor o comunicante de los pensamientos, ideas o informaciones, para expresar y que el mensaje llegue sin interrupciones a su audiencia. Estos dos derechos pueden delimitarse de manera más precisa observando sus diferencias relativas de las actividades dentro de su alcance; esto es, la libertad de expresión *stricto sensu* resguarda de forma exclusiva solo una actividad: la comunicación del pensamiento sin

impedimentos. Por el contrario, en cuanto al derecho de información las actividades que garantiza son diversas: la preparación, elaboración, selección y la difusión de la información o noticias (pp. 73-79). Como puede verse, prevalece un fuerte vínculo entre la libertad de expresión y la libertad de información, por este motivo se sostiene que ambos derechos son expresiones de un derecho general a la libre comunicación. En el presente trabajo trataremos de concretar la investigación bajo el concepto de la libertad de información como derecho fundamental principal del *whistleblower*; por consiguiente, en lo sucesivo nos referiremos esencialmente a este derecho vinculado con la libertad de buscar o no información acerca de hechos de interés del *whistleblower*, al igual que la libertad de divulgar o no la información encontrada y la libertad para recibirla o no. En otras palabras, protege al mismo tiempo al emisor y al receptor de la información.

La relevancia jurídica de la implementación de la institución del anonimato con relación al ejercicio de los derechos fundamentales consagrados en la Constitución Política del Perú, los que serán para el caso del *whistleblower* anónimo, los derechos fundamentales a la libertad de expresión, a la libertad de información y a la protección de datos personales, lo cual pudiera haber sido analizado por los autores en base a una estructura lineal e integral desde la denuncia interna al interior de la organización hasta la denuncia externa o judicializada, momento en el que el enfoque del anonimato podría tener una eficacia distinta a la del mecanismo interno. El anonimato buscará fortalecer el mecanismo de protección del *whistleblower* y su derecho a la libertad de expresión y a la libertad de información y con ello incrementar el descubrimiento de comisión de delitos o prácticas ilícitas.

De otro lado, por la parte del denunciado es requisito cumplir con el derecho fundamental al debido proceso consagrado en el inciso 3) del artículo 139° de la Constitución Política del Estado al constituir un principio y un derecho de la función jurisdiccional por el cual todo proceso debe iniciarse y concluirse con la necesaria observancia y respeto de todos los derechos que de él emanen. Está concebido tanto como expresión formal como sustantiva; en la de carácter formal tiene que ver con el procedimiento preestablecido, el derecho de defensa y la motivación; y en su expresión sustantiva, están relacionados los estándares de razonabilidad y proporcionalidad que toda decisión debe suponer.

En lo que respecta a la protección de datos, la ley N° 29733 Ley de Protección de Datos Personales regula la garantía al derecho fundamental a la protección de datos personales, definidos como la información que identifica a una persona natural o la hace identificable como titular de



los datos personales mediante cualquier medio que pueda ser utilizado por el titular del banco de estos datos. Asimismo, señala en el artículo 14 las limitaciones al consentimiento para el tratamiento de datos personales, en la medida de que no se necesita la aprobación del titular de los datos para los efectos de su tratamiento, en caso de que el tratamiento de los datos personales se lleva a cabo en el ejercicio constitucional del derecho fundamental a la libertad de información o cuando se hubiera aplicado un procedimiento de anonimización o disociación, entendiéndose como procedimiento de anonimización al tratamiento de datos que impida identificar al titular, el cual es irreversible. Por otro lado, en el artículo 17, el titular del banco de datos personales, el encargado o quienes participen en cualquier etapa de su tratamiento están obligados a mantener la confidencialidad sobre estos, así como de sus antecedentes, el mismo que puede ser eximido del deber de confidencialidad cuando medie previo consentimiento del titular de los datos personales, una resolución judicial consentida o ejecutoriada, entre otros.

#### **1.2.4 Órganos y responsables de cumplimiento**

Los estándares en materia de cumplimiento normativo según Nieto et al. (2015) suelen recomendar delegar las responsabilidades de cumplimiento en una persona o entidad independiente, la que se puede determinar en función de una evaluación global de las características de los órganos o responsables de cumplimiento de cada empresa. En las organizaciones grandes y medianas, delegar las responsabilidades de cumplimiento en una persona o entidad ajena al consejo de implementación y desarrollo no es sólo una opción, sino una obligación. Un factor importante en la calidad de los sistemas de cumplimiento es la asignación de recursos suficientes. Resulta difícil imaginar al Consejo, o a sus comisiones ocupándose del día a día de los programas de cumplimiento. Por lo tanto, un buen sistema de delegaciones garantiza la eficacia del programa y forma parte de un control adecuado. La independencia dependerá del juicio de valor acerca de las características que presenten el órgano o el responsable de cumplimiento, lo que obedecerá al tipo de empresa. El primer modelo que propone el autor es el modelo del departamento o sección de cumplimiento, el que está basado en las *Guidelines* norteamericanas la que exigen que el responsable de cumplimiento forme parte del equipo de alta dirección, independientemente de que exista una persona o departamento responsable de las operaciones cotidianas. La independencia de la entidad de cumplimiento se consigue situándola bajo la responsabilidad directa del consejo o de una de sus comisiones y jerárquicamente dentro de la alta dirección de la organización. Las empresas que siguen este modelo suelen tener un *Chief*

*Compliance Officer* que dirige un departamento u oficina dentro de la entidad que gestiona el cumplimiento.

El segundo modelo de independencia es el órgano de cumplimiento el cual se exige que sea independiente incluso del Consejo de Administración. Esto está relacionado con la responsabilidad de la persona jurídica y la necesidad de un sistema de prevención adecuado para evitar delitos por parte de los altos ejecutivos. En este modelo, conocido como el modelo italiano, el órgano de cumplimiento debe ser lo más independiente posible de los altos ejecutivos de la empresa, y adoptar la forma de un órgano colegiado similar a una comisión del consejo. En las empresas familiares o las que tienen una propiedad concentrada es poco probable que los propietarios de empresas con propiedad dispersa acepten establecer un órgano de control Este modelo sólo es viable en las empresas que cotizan en bolsa.

En los inicios del sistema de cumplimiento normativo o compliance en empresas con bajo nivel de riesgos, puede optarse incluso por una tercera forma, que es la del órgano matriz que agrupe a todas o algunas de las personas que ya realizan dentro de la entidad funciones de cumplimiento en determinados sectores, el que se caracteriza porque cada uno de sus integrantes sigue conservando su competencia exclusiva en un ámbito de riesgo, y se ocupan conjuntamente de una serie de aspectos transversales o comunes, como la gestión del canal de denuncias, la formación, la aprobación de la normativa básica del sistema. El problema de este modelo es que, aunque tiene un perfil técnico alto, no siempre cumple con el requisito de la independencia jerárquica.

En los inicios del sistema de cumplimiento normativo o en empresas de bajo riesgo propone una tercera opción que implica un órgano matriz formado por personas responsables del cumplimiento en áreas específicas de la empresa. Este órgano se encarga de gestionar aspectos transversales o comunes como la gestión del canal de denuncias, la capacitación y la aprobación de los requisitos normativos básicos. Aunque esta opción tiene un alto perfil técnico, puede que no siempre cumpla el requisito de independencia jerárquica.

La importancia de otorgar al director de cumplimiento o al órgano de cumplimiento la máxima autoridad dentro de la estructura jerárquica de una organización, haciendo que sólo rindan cuentas al consejo de administración. Es crucial garantizar que cualquier sistema de autorregulación tenga una alta legitimidad para que sea eficaz y que, a fin de garantizar la independencia funcional de los responsables del cumplimiento deben tener el poder necesario y

evitarse los conflictos de intereses con otras áreas que tengan objetivos diferentes que puedan colisionar. El sistema de cumplimiento implica la implementación y evaluación de un sistema de prevención, que va más allá de las tareas tradicionales realizadas por la asesoría jurídica, área con la que debe existir una estrecha colaboración.

La importancia de evitar conflictos de intereses en el cumplimiento normativo distinguiendo tres funciones distintas: diseñar mecanismos de prevención, supervisar su correcta aplicación y coordinar a los distintos responsables. El departamento de cumplimiento es el principal responsable de esta primera función, mientras que de la aplicación de los controles puede encargarse a distintas personas de la organización que no tienen por qué ser necesariamente independientes. Como tercera función se subraya la importancia de supervisar y evaluar el grado de eficacia de estos procedimientos mediante el proceso de auditorías internas (pp. 193-198).

Nieto et al. (2015) señala que en el primer modelo el *compliance officer* es el máximo responsable quien solo depende del Consejo de Administración y como indican las Guidelines forma parte de la alta dirección con poder para ejecutar la política del programa de cumplimiento normativo o *compliance* y supervisar que se lleve a cabo de forma correcta. En caso de adoptar el modelo del órgano colegiado, puede haber dos responsables. El órgano colegiado por si mismo asume una responsabilidad por el cumplimiento del programa y el *compliance officer* está subordinado a este.

Un tercer modelo de responsable de cumplimiento normativo viene dado por lo que la doctrina alemana llama “encargado de cumplimiento”, aunque un nombre más apropiado sería el de representante de intereses colectivos. Será aquella persona que deberá encargarse de proteger un interés emanado de una disposición legal. La característica principal de los *compliance officer* es que al interior de la empresa deben velar por el interés general que se les ha encargado, y deben hacerlo incluso sobre los intereses de la empresa.

La primera función de los órganos de cumplimiento es desarrollar los aspectos esenciales del programa, tal como, crear el canal de denuncias y su reglamento, elaborar el análisis de riesgos y determinar el mapa de riesgos de la empresa, y como consecuencia de ello definir o actualizar el código de ética. Luego corresponde desarrollar el programa y su revisión y seguimiento periódico. También tendrán como responsabilidad la capacitación y la difusión del programa de cumplimiento normativo. Deben asegurar que los empleados han sido formados en el contenido y conceptos del programa, así como de la existencia del material necesario para su divulgación. Una

de las funciones más importantes es la de la coordinación, donde al ser el cumplimiento normativo un proceso transversal a la organización deberá coordinar con los diferentes responsables de los riesgos identificados en la empresa a fin de asegurar el cumplimiento de los mecanismos de prevención especificados en el programa. Cabe resaltar que la coordinación viene acompañada de la supervisión, mediante las visitas a los diferentes sectores de la empresa, las inspecciones in situ, entre otras, así como también ser los responsables de gestionar el deber de reportar y de organizar el flujo de información de todas aquellas personas integrantes del programa de cumplimiento normativo. Finalmente se encargarán de la consolidación de un informe periódico que se entregará al consejo de administración como el documento de supervisión o seguimiento del programa de cumplimiento. Si bien no constituye una función de los *compliance officer* pueden representar a la empresa administrativa o judicialmente, cuando sea posible legalmente (pp. 198-203).

Por su parte Puyol (2017) coincide con Nieto et al. (2015) al describir la principal función del Oficial de Cumplimiento como la responsabilidad del procedimiento de gestión de denuncias, así como su difusión como parte integrante principal del programa de cumplimiento. Asimismo, los registro correspondientes dl programa incluyendo las acciones emprendidas acerca de las denuncias recibidas. El autor señala que el Oficial de Cumplimiento se podrá apoyar en las auditorías internas, según corresponda, para el proceso de investigación y posterior análisis o también podrá contratar los servicios de auditores externos o personas especializadas si el caso lo requiriera (pp. 116-117).

### ***1.2.5 Norma Internacional ISO 37301:2021 – Sistemas de Gestión del Compliance***

Dentro de los importantes estándares internacionales sobre modelos de prevención o *compliance* se encuentra la norma internacional ISO 37301:2021 publicada en el año 2021 por la *International Organization for Standardization*, la cual norma acerca de los sistemas de gestión del compliance, así como especifica los requisitos con orientación para su uso por las organizaciones que de manera voluntaria decidan implementarlo, documento que reemplazó a la norma internacional ISO 19600 publicada el año 2014. Uno de los principales objetivos de esta norma es ayudar a las organizaciones en el desarrollo y difusión de una cultura efectiva de compliance, que considere una gestión consistente y eficaz de los riesgos afines al compliance. Los requisitos y la guía de este documento para su implementación pueden ser adaptables, y puede variar de acuerdo con el tamaño, la complejidad o la naturaleza de los procesos y las actividades u objetivos de la organización. Respecto a la confidencialidad, en el requisito 7.5.3 sobre el control

de la información documentada, señala en el literal b) que la información documentada solicitada por el sistema de gestión de *compliance* debe ser controlada para garantizar que está convenientemente protegida ante su uso indebido, pérdida de confidencialidad o pérdida de integridad, entre otros. Desde otra perspectiva, en el requisito 8.3 sobre planteamiento de inquietudes describe que la organización debe establecer, implementar y mantener un proceso para promover y permitir las sospechas, informes de buena fe o violaciones reales de las obligaciones o política de *compliance*, el que debe, sobre todo, incluir el tratamiento de los Informes de manera confidencial, así como aceptar informes anónimos. El Instituto Nacional de Calidad a propuesta del Comité Técnico de Normalización del Sistema de Gestión de Calidad de la Dirección de Normalización, aprobó esta norma de adopción internacional como Norma Técnica Peruana, mediante la Resolución Directoral N° 010-2021- INACAL/DN Norma Técnica Peruana NTP-ISO 37301: 2021 Sistemas de gestión del *compliance*. Requisitos con orientación para su uso.

#### **1.2.6 Mecanismos de denuncia del whistleblower en el modelo de prevención en el Perú**

Iniciaremos el presente subcapítulo revisando la legislación peruana que regula los modelos de prevención y de qué manera aquellos desarrollan los mecanismos de denuncia de la confidencialidad y el anonimato para el *whistleblower*. En primer lugar, en el año 2016 la normatividad jurídica peruana reguló mediante la ley N° 30424 la responsabilidad administrativa de las personas jurídicas por el delito de cohecho activo transnacional, norma cuyo artículo 6 sobre las medidas administrativas complementarias hace referencia a la confidencialidad ante una eventual orden judicial que determine la participación de la persona jurídica debiéndose mantener estricta confidencialidad respecto a la información reservada de la persona jurídica, donde distingue que la reserva y la confidencialidad referidas a la persona jurídica se manifiestan ante la continuidad de la denuncia por canales externos y sin hacer referencia a la persona física; a continuación, en el año 2017 por medio del Decreto Legislativo N° 1352, se amplió la responsabilidad administrativa de las personas jurídicas y se modificaron diversos artículos del texto de la Ley N° 30424, entre ellos el artículo 6, en cuanto a la eventual orden judicial de intervención en la persona jurídica, esta debe ser a requerimiento del Ministerio Público, permaneciendo invariable el texto restante del artículo; asimismo, otra modificación fue la Octava Disposición Complementaria Final, al asignar a la SMV la responsabilidad de emitir un informe técnico con calidad de pericia institucional acerca de la implantación y puesta en funcionamiento del modelo de prevención, cuando sea requerido por el Ministerio Público en el marco de una

investigación por la comisión por parte de personas jurídicas de alguno de los delitos señalados en el artículo 1 de la ley N° 30424; luego, en el año 2018 se publicó la Ley N° 30835 en la que nuevamente se amplió la responsabilidad administrativa de las personas jurídicas, así como se modificó, entre otros, la denominación de la ley N° 30424, por la de “Ley que regula la responsabilidad administrativa de las personas jurídicas”.

Finalmente, en el año 2019 se emitió el Decreto Supremo N° 002-2019-JUS, mediante el cual se promulgó el reglamento de la ley N° 30424 que tiene por objeto, entre otros, establecer los requisitos mínimos de los modelos de prevención que pueden implementar de manera voluntaria las personas jurídicas en sus organizaciones; y el que en el artículo 32 señala el compromiso de la alta dirección y del órgano de gobierno en la implementación y posterior seguimiento del modelo de prevención, que debe estar reflejado y documentado en la política del modelo de prevención como elemento mínimo, especialmente con la aprobación de mecanismos y/o lineamientos que impulsen oportunamente la información de cualquier señal sobre una potencial conducta ilícita, en condiciones de seguridad, confidencialidad y protección a los denunciantes. De otro lado, en el artículo 39 acerca de la implementación de procedimientos de denuncia, en el numeral 2, literal c), el reglamento prescribe que en la implementación de los procedimientos de denuncia se puede incluir mecanismos de protección que aseguren la no represalia tanto para el denunciante como para el personal que presente algún reporte o denuncia de buena fe; lo que se explica de manera precisa y clara en el numeral 2, literal c) de la exposición de motivos del presente reglamento, al señalar que las personas jurídicas deben incluir en sus modelos de prevención un mecanismo mediante el que los trabajadores puedan reportar conductas indebidas o sospechosas de manera confidencial y sin temor a sufrir represalias.

Asimismo, la tercera disposición complementaria final del reglamento en cuestión faculta a la SMV a emitir las disposiciones necesarias a fin de cumplir las funciones que le señala la ley, sus modificatorias y su reglamento, así como emitir y aprobar los lineamientos o guías para determinar si la persona jurídica adoptó un modelo de prevención y si este está correctamente implementado y funcionando. Para dicho efecto la SMV, señala la norma, además de lo señalado en la ley y su reglamento, tendrá en cuenta los estándares internacionales acerca de los modelos de prevención. Es así que bajo el marco jurídico de las normas mencionadas, la SMV elaboró el proyecto de “Lineamientos para la implementación y funcionamiento del modelo de prevención”, el cual luego de ser publicado en su portal para la consulta ciudadana, se aprobó en el año 2021

mediante resolución SMV N° 006-2021-SMV-01, como una guía de referencia para la implementación y puesta en funcionamiento del modelo de prevención de las personas jurídicas comprendidas dentro del ámbito de la Ley N° 30424, y que decidan de manera voluntaria implementar un modelo de prevención.

En línea con lo dispuesto en la disposición complementaria mencionada, los lineamientos contenidos en el documento fueron elaborados teniendo como referencia las buenas prácticas internacionales en gestión de riesgos de delitos, entre otros, tales como la Guía para la Aplicación de la *Foreign Corrupt Practices Act* - FCPA (2020), elaborada por la División contra el Crimen del Departamento de Justicia de los Estados Unidos de Norte América y la División de Cumplimiento de la *Securities and Exchange Commission* (SEC) de los Estados Unidos de Norte América; el Manual para Empresas sobre Ética, Anticorrupción y Elementos de Cumplimiento (2013), elaborado por el Banco Mundial, la Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito (UNODC) y la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE); la Guía Práctica: Programa anticorrupción de Ética y Cumplimiento para las Empresas de la Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito (2013); así como diversas normas acerca de sistemas de gestión, como la *International Organization for Standardization* (ISO) 37001 (Sistema de Gestión Antisoborno), la ISO 19601 (Sistema de Gestión de *Compliance* Penal), reemplazada el 2021 por la ISO 37301 (Sistemas de Gestión de *Compliance*), COSO ERM 2017 (Gestión de Riesgo Empresarial), entre otras.

Respecto a la confidencialidad, la guía de lineamientos señala en el numeral 5.3, en concordancia con los artículos 39 y 40 del reglamento de la ley N° 30424, que el procedimiento de denuncia contiene, entre otros, al canal de denuncias y los mecanismos de protección para el denunciante, para lo cual proporciona un listado referencial de acciones como la de adoptar medidas que aseguren la confidencialidad, protección y custodia de la información y documentación recibida y; por el lado del anonimato, plantea implementar mecanismos de protección dirigidos al anonimato de la identidad del denunciante, así como a la custodia y tratamiento de sus datos personales, incluso luego de haber concluido la investigación. Asimismo, estos lineamientos de la SMV intentan consolidar en un solo texto, resumido y pedagógico, el marco jurídico a aplicar en la implementación y funcionamiento de un modelo de prevención, acerca del cual existe más de un estándar para implementar, dado que, en el grado en que se cumpla con el objeto de la ley N° 30424, las personas jurídicas que tomen la decisión de implementarlo

pueden elegir hacer uso de cualquier otra herramienta de gestión; así como también, acceder al beneficio de exención o de reducir la responsabilidad administrativa que les podría corresponder en caso de que sean comprendidas en una investigación o proceso penal por la comisión de cualquiera de los delitos señalados en la Ley N° 30424.

En noviembre del 2021 el gobierno peruano presentó al Congreso de la República el Proyecto de Ley 676/2021, el cual propone modificaciones y adiciones a la Ley N° 30324 que regula la "responsabilidad administrativa de las personas jurídicas" en el Perú. El objetivo del proyecto es mejorar el marco legal para prevenir y sancionar la corrupción en las transacciones comerciales internacionales, responsabilizar a las personas jurídicas por la comisión de delitos y promover el buen gobierno corporativo. El proyecto se presenta en respuesta a la próxima revisión del "Grupo de Trabajo sobre Soborno en Transacciones Comerciales Internacionales de la OCDE" y la exigencia de informar sobre la implementación de las recomendaciones por parte de la OCED. Los cambios propuestos incluyen la eliminación del término "administrativo" en la denominación legal, la eliminación de la defensa del modelo de prevención cuando un alto directivo cometa, autorice o dirija un delito de soborno en el extranjero, la ampliación de la lista de elementos obligatorios y opcionales para un modelo de prevención, y la aclaración de qué elementos son necesarios para determinadas empresas. El proyecto también propone ampliar el catálogo de delitos de los que pueden ser responsables de forma autónoma las personas jurídicas. Además, pretende modificar la finalidad de la evaluación del "Informe Técnico SMV" para valorar la implantación y funcionamiento de los modelos de prevención de circunstancias atenuantes. A continuación, revisaremos el artículo 12° así como también tres de los cuatro nuevos artículos que se incorporarán a la ley actual, artículos 19°, 20° y 21°.

#### Artículo 12. Eximente y circunstancias atenuantes

El artículo propone que la persona jurídica queda exenta de responsabilidad por la comisión de los delitos enumerados en el artículo 1° si adopta y aplica un modelo de prevención adecuado a su naturaleza, riesgos, necesidades y características antes de que se cometa el delito. Este modelo debe consistir en medidas de vigilancia y control adecuadas para evitar o reducir significativamente el riesgo de comisión del delito. Sin embargo, cuando el delito es cometido por socios, directores, administradores, representantes legales o agentes autorizados que tienen el control de la persona jurídica, esta exención no es aplicable. En estos casos, el juez sólo puede imponer una multa administrativa, que puede reducirse hasta un 90%.



#### Artículo 19. Valoración del informe técnico

El texto sugiere que el Fiscal, como titular de la acción penal, y el Juez en ejercicio de sus competencias y autonomía, valoran juntamente con los demás elementos probatorios, el informe técnico que emita la Superintendencia del Mercado de Valores sobre la adecuada implementación y funcionamiento del modelo de prevención.

Artículo 20. Confidencialidad de la información y documentación sobre el modelo de prevención.

El artículo dispone que toda la información y documentación que emitan o posean las personas jurídicas comprendidas en la presente Ley que les permita acreditar la implementación y funcionamiento de su modelo de prevención, es considerada de carácter confidencial.

#### Artículo 21. Facultades de la Superintendencia de Mercado de Valores

El artículo describe las facultades otorgadas a la Superintendencia del Mercado de Valores para analizar la implementación y funcionamiento de un modelo de prevención para personas jurídicas, según lo establecido en el artículo 18 de la Ley. La Superintendencia está facultada para solicitar la documentación e información necesaria a las personas jurídicas investigadas y para realizar visitas in situ y entrevistas al personal y a terceros. Adicionalmente, está dirigida a intercambiar información relevante con los supervisores competentes e implementar las acciones necesarias para asegurar el cumplimiento de los estándares internacionales. Las personas jurídicas que aleguen contar con un modelo de prevención deberán cooperar con la Superintendencia en la emisión de un informe técnico al respecto. La omisión de la información necesaria podría dar lugar a la emisión de un informe en el que se indique la imposibilidad de concluir sobre la implementación o funcionamiento del modelo de prevención.

El texto reseña una propuesta legislativa impulsada por el Poder Ejecutivo para reformar la Ley N° 30424 y cumplir con los estándares establecidos por la OCDE. La propuesta incluye una investigación y sanción más estricta para las personas jurídicas, haciendo más relevante el cumplimiento penal para todo tipo de empresas. La ampliación de la gama de delitos incluye diversos objetos sociales como tributación, aduanas, cuidado del medio ambiente, recursos naturales, e incluso puede ser relevante para los partidos políticos en las próximas elecciones en Perú.

El 12 de mayo del 2023 el Congreso de la República denegó las observaciones a la autógrafa de ley realizadas por el Poder Ejecutivo y aprobó la misma por insistencia. En primer

término, la Ley N° 31740 cambia la denominación de la Ley N° 30424 la que se llamará “Ley que regula la responsabilidad administrativa de las personas jurídicas en el proceso penal”. Como detallamos en el análisis del proyecto realizado en los párrafos precedentes, en el artículo 1° se amplió el alcance de los delitos comprendidos en esta norma. Se confirmó también la inaplicabilidad de la circunstancia eximente propuesta en el artículo 12° del proyecto de ley cuando el delito es cometido por la alta dirección. En cuanto a la modificación del artículo 18°, la conclusión si el modelo de prevención es adecuado o no, no la establecerá más le SMV, así como tampoco determinará que el fiscal disponga el archivamiento de lo actuado, añadiendo el artículo 19° mediante el cual establece que el informe técnico de la SMV será valorado por el fiscal y el juez con los demás elementos probatorios del proceso, por lo que el fiscal ya no podrá disponer el archivamiento de la investigación a razón de un informe de la SMV favorable a la empresa. El nuevo artículo 20° mantuvo establecida la confidencialidad de la información brindada tal cual se propuso en el proyecto de ley. Del mismo modo el texto del artículo 21° fue aprobado de acuerdo al proyecto de ley enviado por el Ejecutivo al Congreso.

Acerca de los modelos de compliance, Casanovas (2021) sostiene que inicialmente fueron desarrollados como programas y recientemente evolucionaron hacia los sistemas de gestión. Para el autor, el programa de *compliance* reúne un conjunto de elementos capaces de alcanzar los propósitos establecidos, mientras que un sistema de gestión, además de determinar estos componentes clave, pone énfasis en la secuencia e interacción entre ellos y en el enfoque del conjunto como un sistema integral (pp.33-34).

El modelo de prevención establecido en el Perú por medio de la ley N° 30424 (2016), de acuerdo con Fernández y Chanjan (2016) tiene gran similitud con la regulación española sobre responsabilidad penal de la persona jurídica luego de la reforma ocurrida en España en el 2015 (p. 372); como abordaremos más adelante en el capítulo 3, por lo que las conclusiones que se obtengan para el caso español serían aplicables a casos peruanos. Por otro lado, Nieto et al. (2018) sostiene que la legislación italiana del 2001 ejerció gran influencia en la preparación de las normas española y chilena, las que por su parte han tenido sin duda incidencia en la normatividad aprobada en el Perú. Ahora bien, contrariamente a lo sucedido durante otras situaciones de influencias legislativas, en las que por lo general se reproducen directamente normas de un país hacia otro, en este caso concurrirnos a un auténtico diálogo entre los legisladores.

El Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (INDECOPI) emitió en el 2020 la Guía de Programas de Cumplimiento de las normas de Libre Competencia como acción estratégica a modo de medida adicional voluntaria para acompañar la labor de fiscalización de la Secretaría Técnica desde el sector privado, de manera que ayude a prevenir la comisión de infracciones, con el fin de evitar o mitigar el costo social que pudieran ocasionar. La Guía para Programas de Cumplimiento constituidos como mecanismo de autorregulación, señala en el literal 4.7 Procedimientos para consultas y denuncias, que las empresas deben contar con mecanismos para garantizar la confidencialidad de la información, especialmente, de la identidad de quien efectúe la consulta o denuncia. En cuanto al anonimato, la Guía plantea la disposición de una línea de denuncias con acceso mediante los canales autorizados por la empresa, tales como teléfono, correo electrónico, intranet, página web o WhatsApp, las cuales son anónimas, por lo que la empresa deberá guardar la confidencialidad correspondiente.

Asimismo, cabe mencionar que mediante Decreto Legislativo N° 1034 (2008) se promulgó la norma que aprueba la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas, Ley que prohíbe y sanciona las conductas anticompetitivas con la finalidad de promover la eficiencia económica en los mercados para el bienestar de los consumidores, aplicable a las personas naturales o jurídicas que oferten o demanden bienes o servicios en el mercado, así como también a los gestores o representantes de estas; y cuyas autoridades de defensa de la libre competencia son en primera instancia administrativa la Comisión de Defensa de la Libre Competencia del INDECOPI, y en segunda instancia administrativa el Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual del INDECOPI. El mencionado decreto legislativo fue modificado mediante la Ley N° 31775 (2023) ley que modifica el código penal, decreto legislativo 635, a fin de precisar el tipo penal del delito de abuso del poder económico, y el decreto legislativo 1034, decreto legislativo que aprueba la ley de represión de conductas anticompetitivas, para combatir los cárteles y fomentar la libre competencia; en el sentido de modificar el artículo 232° del Código Penal correspondiente al abuso del poder económico, así como modificar el artículo 36° del Decreto Legislativo N° 1034, incorporando el párrafo 36.4 en el sentido de poner en conocimiento del Ministerio Público en un plazo máximo de cinco días hábiles a partir de resolución firme la existencia de acuerdos o prácticas anticompetitivas establecidas en el Decreto Legislativo N° 1034.

### **1.2.7 Mecanismos de denuncia en el modelo de prevención de Estados Unidos de Norte América**

La relevancia jurídica desde la perspectiva comparada se explicará por la influencia que otros ordenamientos jurídicos han tenido en los legisladores peruanos al tratar los mecanismos de denuncia y protección, principalmente el español, a su vez influenciado por la ley italiana, ordenamiento que contempla la responsabilidad penal de la persona jurídica únicamente de naturaleza administrativa tal como lo prescribe la normativa nacional peruana. Asimismo, se revisará el ordenamiento jurídico norteamericano donde nació el *compliance* y sus mecanismos de denuncia, los cuales incluyen el anonimato.

Desde otra perspectiva, el mecanismo de denuncia del *whistleblower* en el modelo de prevención de Estados Unidos de Norte América se examinará mediante el análisis de los mecanismos de protección señalados por la Comisión de Sentencias de Estados Unidos de Norte América mediante el apartado § 8B2.1(b)(5)(C): Programa de *Compliance* Efectivo, el que establece que los programas de *compliance* deben incluir mecanismos de anonimato y confidencialidad.

En cuanto al tratamiento normativo comparado, los mecanismos de protección señalados por la *United States Sentencing Commission* (2004) mediante las *Sentencing Guidelines*, Capítulo 8 Sentencias de las Organizaciones, el cual es aplicable a la formulación de sentencias para todas las organizaciones por delitos graves y delitos menores de Clase A, aquellos penados con 90 días a 12 meses de pena privativa de la libertad. Este manual de directrices ofrece incentivos a las organizaciones para reducir y, en última instancia, eliminar la conducta delictiva al proporcionar una base estructural a partir de la cual una organización puede autocontrolar su propia conducta mediante la implementación de un programa efectivo de cumplimiento; y en cuyo apartado § 8B2.1(b)(5)(C): Programa de *Compliance* Efectivo, se establece que el programa de *compliance* debe incluir mecanismos de anonimato y confidencialidad, mediante los cuales los miembros y representantes de la organización pueden denunciar o realizar consultas con respecto a conducta delictiva potencial o real sin temor a represalias.

Asimismo, con relación a la norma Sarbanes-Oxley Act del año 2002, el Título III Responsabilidad Corporativa, Sección 301. Compañías listadas y Comités de auditoría, numeral 4 Quejas, literal (B) señala que cada Comité de Auditoría establecerá procedimientos para la

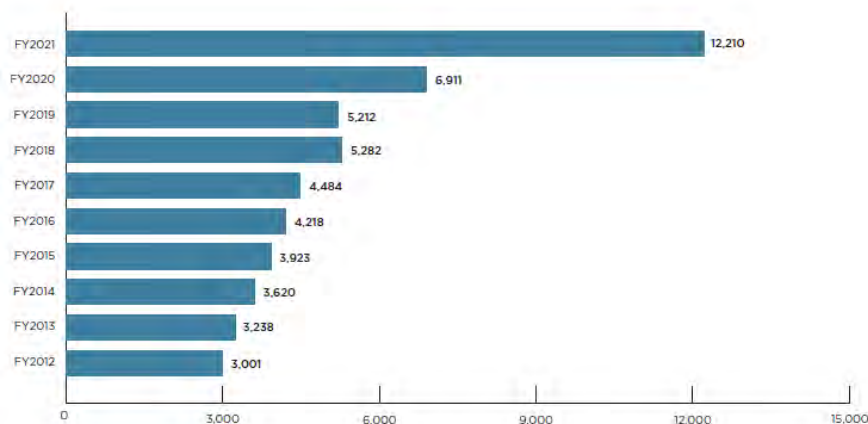
presentación confidencial y anónima de empleados de la organización emisora sobre asuntos cuestionables contables o de auditoría.

A diferencia del organismo regulador peruano SMV, el cual emitió los Lineamientos para la Implementación y Funcionamiento del Modelo de Prevención como herramienta referencial para la implementación y funcionamiento de su modelo de prevención para las personas jurídicas, en julio del año 2010 el congreso estadounidense aprobó la Ley Dodd-Frank mediante la cual estableció la Iniciativa de Denunciantes de la *United States Securities and Exchange Commission* – SEC, por la que un denunciante, además del canal de denuncia interno de la persona jurídica, puede formular externamente su denuncia directamente ante el organismo regulador. El programa tiene como característica principal premiar con recompensas económicas a los *whistleblowers* que entreguen voluntariamente datos, quejas o referencias. La *United States Securities and Exchange Commission* – SEC (2020) en el capítulo *Securities Whistleblower Incentives and Protections, Section 21F*, requiere que la Comisión de la Bolsa de Valores pague premios, sujeto a ciertas limitaciones y condiciones, a los denunciantes que proporcionen a la comisión información original sobre violaciones a las leyes federales de valores. De acuerdo con la sección §240.21F-7: Confidencialidad de las presentaciones, literal b), el denunciante puede enviar información a la comisión de forma anónima. Sin embargo, si lo hiciera, debe cumplir con lo siguiente: contar con un abogado que lo represente en relación con la información a ser enviada y ante el posible reclamo de una adjudicación, así como comunicar a la Comisión el nombre de su abogado y la información de contacto al momento de enviar su información; seguir los procedimientos establecidos en la sección §240.21F-9 sobre envío de información original de forma anónima; y, antes de que la Comisión le pague cualquier premio, debe revelar su identidad a la Comisión y esta debe verificar su identidad como se establece en el literal c) de la sección §240.21F-10 de este capítulo, referido a los procedimientos para presentar un reclamo por un premio como denunciante en acciones de la SEC que resultan en sanciones monetarias superiores a \$1,000,000, en cuanto si proporcionó su información original a la Comisión de forma anónima, debe revelar su identidad en el Formulario WB-APP, y su identidad debe verificarse de una forma y manera que sea aceptable para la Oficina del Denunciante antes del pago de cualquier premio.

De acuerdo con la *United States Securities and Exchange Commission* – SEC (2021) según los resultados mostrados en el 2021 *Annual report to Congress – Whistleblower Program*, la Comisión recibió más de 12,200 denuncias durante el año fiscal 2021, siendo la mayor cantidad

de denuncias recibidas en un año fiscal. Desde el año fiscal 2012, el primero del que la SEC cuenta con datos, hasta el año fiscal 2021, el número de denuncias recibido por la Comisión se ha incrementado aproximadamente en 300 % de acuerdo con el detalle anual presentado en la Figura 2. Estas denuncias son recibidas de personas de los Estados Unidos de Norte América, así como internacionalmente desde 133 países, habiendo recibido denuncias de 99 países durante el año fiscal 2021, siendo la mayor cantidad de datos de denunciante de Canadá, China y del Reino Unido.

Del total de más de 12,200 denuncias recibidas por la Comisión, aproximadamente 6,470 de datos, quejas o referencias de los denunciante se enviaron durante el año fiscal 2021 desde los Estados Unidos de Norte América o un territorio dentro de estos, lo que equivale alrededor del 53 % de lo presentado por los denunciante durante ese período. Asimismo, aproximadamente 4,385 denuncias, que constituyen aproximadamente el 36 % de las presentadas por los denunciante durante el año fiscal 2021, se presentaron con una ubicación geográfica extranjera o nacional desconocida o fueron presentadas de forma anónima mediante un abogado.



*Figura 2.* Número de denuncias por datos recibidas por SEC (United States Securities and Exchange Commission – SEC, 2021).

En la Figura 3 se observa que los estados de California (CA), Maryland (MD) y Florida (FL) concentran la mayor cantidad de denuncias recibidas por personas, con 1,006, 486 y 468 respectivamente.

Según Kahn et al. (2022) en julio del año 2010 el congreso estadounidense aprobó la Ley Dodd-Frank mediante la cual estableció la Iniciativa de Denunciante de la Comisión de Bolsa y Valores de los Estados Unidos de norte América (SEC) en respuesta a la crisis financiera mundial presentada el año 2008. Durante más de una década, el programa ha producido recomendaciones

de alta calidad que han ayudado a la SEC a descubrir y detener esquemas de fraude mientras protege a los inversores.

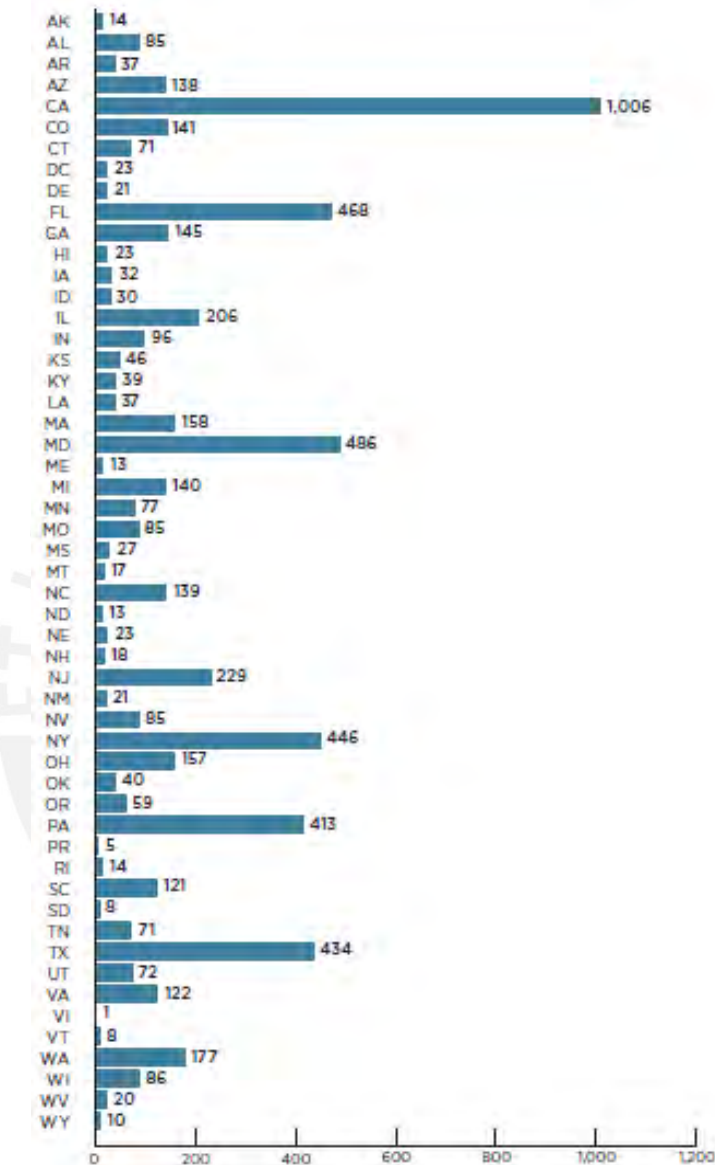


Figura 3. Número de denuncias recibidas por ubicación geográfica en Estados Unidos de Norte América y sus territorios – Año fiscal 2021 (United States Securities and Exchange Commission – SEC, 2021).

Además, las personas deben considerar el Programa de Denunciantes de la SEC como otra arma esencial en su colección de herramientas para exponer el fraude y las irregularidades, el cual es efectivo para descubrir fraudes por cinco razones clave:

1. Fuertes incentivos financieros para los denunciantes
2. Informes anónimos

3. La mayoría de las personas son elegibles para recibir premios
4. La SEC rechaza las “cláusulas mordaza”
5. Protecciones para los denunciantes de la SEC (pp. 1-2)

### **1.2.8 Tratamiento normativo de los mecanismos de denuncia del whistleblower en el modelo de prevención de España.**

El mecanismo de denuncia del denunciante que trabaje, haya trabajado o esté por trabajar en el sector privado o público y que haya obtenido información sobre alguna acción u omisión ilícita en el contexto laboral, está regulado en España por la Directiva (UE) 2019/1937 del Parlamento Europeo y del Consejo (2019), norma en cuyo artículo 8, numeral 3, prescribe que las empresas con 50 o más trabajadores deben estar sujetas a la obligación de establecer canales de denuncia interna, independientemente de la naturaleza de sus actividades; quedando claro, en el numeral 51 de la parte considerativa que, en el caso de entidades jurídicas del sector privado que no prevean canales de denuncia interna, los whistleblowers puedan informar externamente a las autoridades competentes y gocen de protección frente a posibles represalias. El artículo 6, numeral 2, permite que los estados miembros regulen la institución de confidencialidad; sin embargo, otorga la libertad a los países miembros de tomar la decisión de exigir a las entidades jurídicas la aceptación de denuncias anónimas de infracciones.

Con relación al grado de compatibilidad de la Directiva Europea con los derechos procesales penales, Torrent (2020) señala una aparente exoneración de responsabilidad del *whistleblower* en el Código Penal español vigente, debido a la necesidad de asegurar la eficacia de las pruebas durante las investigaciones internas. Lo presenta como un ejercicio de equilibrio entre los incentivos que se pueden ofrecer al *whistleblower* para motivarlo y el legítimo derecho que tiene el denunciado de contar con un total conocimiento de los hechos que se imputan (p. 99). Esta exención de responsabilidad se puede apreciar en la Ley Orgánica 5/2010 de la normatividad española, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995 del Código Penal, y mediante la cual se añadió el artículo 31 bis, cuyo numeral 4, literal c), considera atenuantes de la responsabilidad penal de persona jurídicas si estas, antes del juicio oral establecen medidas eficaces para prevenir y descubrir los delitos que pudiera cometerse en la persona jurídica. Asimismo, la Ley Orgánica 1/2015 modificó el artículo 31 bis, entre otros, de la Ley Orgánica 10/1995, contemplando como causa de exención de responsabilidad la adopción, previamente a la comisión del delito, de un



modelo efectivo de prevención de delitos, el que deberá, como mínimo contener el requisito de imponer obligaciones de informar al órgano de supervisión de posibles riesgos e incumplimientos.

La Comisión Nacional del Mercado de Valores de España aprobó el Código de Buen Gobierno de las Sociedades Cotizadas el año 2015, siendo revisado en junio del año 2020 el que en la recomendación 42 acerca de las funciones que corresponden a la comisión de auditoría señala en el numeral 1, literal c) que los sistemas de información y control interno deben establecer y supervisar un mecanismo que permita a los empleados y a terceros, comunicar las potenciales irregularidades de cualquier naturaleza, vinculadas con la organización que detecten dentro de la empresa o su grupo. Dicho mecanismo deberá asegurar la confidencialidad y, en cualquier caso, prever supuestos en los que las comunicaciones puedan realizarse de forma anónima, respetando los derechos del denunciante y denunciado.

La denuncia anónima es un elemento adicional que contribuye al proceso valorativo de un potencial ilícito penal. La sentencia del Tribunal Supremo de Justicia de España de la Sala Penal N° STS 272/2020 destaca que la implantación del canal de denuncias forma parte integrante de las necesidades del programa de cumplimiento normativo, ya que con el canal de denuncias quien pretenda o planea llevar a cabo irregularidades, conocerá que desde su entorno más directo puede producirse una denuncia anónima que determinará la apertura de una investigación que cercene de inmediato la misma. La sentencia considera la denuncia anónima y la eleva a “*notitia criminis*”, para finalmente buscar reforzar la protección del *whistleblower* en el ejercicio del derecho a la libertad de expresión y derecho a la información reconocidos en el artículo 10° del Convenio Europeo de Derechos Humanos y de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (p.25).

En España, la falta de regulación de la figura del informador ha llevado a encontrar soluciones de parte de la doctrina en la teoría general del delito, así como en otras disciplinas del derecho, ante las dificultades surgidas con el uso de los canales de denuncia dentro de las empresas que eligieron incorporar un programa de cumplimiento (Torrent, 2020, p. 79). No ha habido en España el desarrollo de alguna norma específica acerca de los denunciantes o de aquellos que sean denunciados por este canal. Es así como las empresas tienen un margen amplio de discrecionalidad para desarrollar estos canales. El marco jurídico que ha ido marcando la doctrina acerca de las cuestiones principales de los canales de denuncia permite el análisis a continuación. El ámbito de aplicación de las empresas al adscribirse a los canales de denuncia se basa principalmente en los

códigos éticos y de buen gobierno, los que establecen normas internas para el buen funcionamiento empresarial mediante la no comisión de incumplimientos o ilícitos, previendo sanciones internas para los denunciados, así como a los empleados en caso de no utilizar el canal de denuncia, lo que no hace más que reglamentar internamente el cumplimiento normativo facultando a la empresa a iniciar el procedimiento investigación y sancionador aplicable a la conducta del denunciado en la omisión o comisión del incumplimiento reportado, elementos principales que constituyen la teoría general del delito. Igualmente, la obligación que tiene la empresa mediante el órgano interno establecido, de investigar cuando se presente una denuncia. Por el lado del derecho laboral, la legislación española no admite el despido de un empleado que haya cumplido sus deberes de impedir potenciales delitos o de denunciar los ya consumados. Así como también, la difusión de información de la empresa, en caso de que esta haya cometido algún delito, podría considerarse amparada por el derecho constitucional prescribiendo los derechos fundamentales de la libertad de expresión e información.

En diciembre del 2018, se promulgó la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales, mediante la cual de acuerdo con su artículo 1, literal a) se adaptó el ordenamiento jurídico español al Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y el Consejo, relativo a la protección de las personas físicas con relación al tratamiento de sus datos personales y a la libre circulación de estos datos. El artículo 24, numeral 1 señala que será lícito disponer de sistemas de información mediante los que pueda ponerse en conocimiento de una entidad de derecho privado, incluso anónimamente, la comisión dentro de la misma o en la actuación de terceros que contratasen con ella, de hechos o conductas que pudieran resultar en contra de las normas aplicables a ella. En la línea de análisis de la doctrina encontramos que el artículo 72, considera infracción muy grave si los datos son utilizados para un fin que no esté relacionado con la finalidad para la que fueron recolectados, sin el consentimiento del afectado o con base legal, lo que puede representar sanciones para la empresa en caso divulgue los datos del whistleblower como represalia contra él. En resumen, observamos que la barrera legal de protección de los *whistleblowers* en la normatividad jurídica española ha tenido que encontrarse en el derecho constitucional y laboral, así como también en el ordenamiento jurídico relativo a la protección de datos.

Recientemente, el 21 de febrero de 2023, la legislación española ha emitido la ley 2/2023 Ley reguladora de la protección de las personas que informen sobre infracciones normativas y de

lucha contra la corrupción, norma cuya finalidad es otorgar protección adecuada frente a las represalias que puedan sufrir las personas físicas informantes que trabajen en el sector privado o público. El artículo 7° Canal interno de información, numeral 3, señala que los canales internos de información permitirán incluso la presentación y posterior tramitación de comunicaciones anónimas. Como apreciamos, la nueva norma establece la obligatoriedad de aceptar y tramitar denuncias de forma anónima, así como también las denuncias no anónimas, asegurando la confidencialidad durante todo el proceso de investigación. De igual manera, en el artículo 8°, numeral 1, prescribe que el órgano de administración designará un responsable de la gestión del sistema interno de información o “responsable del sistema”, así como también en caso se trate de un órgano colegiado, como vimos en el acápite 1.2.4 de la presente investigación referente a los órganos de cumplimiento o *compliance officer*.

Asimismo, para los casos de canales de denuncia externos correspondientes a la nueva Autoridad Independiente de Protección al Informante, A.A.I., señalados en los artículos 17° y 21° los derechos y garantías de informante incluyen la decisión si desea formular la comunicación de forma anónima o no anónima. De otro lado, según el artículo 33°, numeral 3, la identidad del informante solo podrá ser comunicada a la autoridad judicial, al Ministerio Fiscal o a la autoridad administrativa competente en el marco de una investigación penal, disciplinaria o sancionadora.

De otro lado, en los considerandos del preámbulo de la norma describe que los canales de denuncia anónima han colaborado a instituir un instrumento esencial para la *compliance* empresarial y ha sido fundamental para recibir denuncias graves que de otra manera los trabajadores no se atreverían a reportar por temor a represalias en caso fueran identificados (p.10).

Finalmente, en la Disposición transitoria segunda, establece como plazo para el establecimiento de los sistemas internos de información y adaptación de los ya existentes en el plazo máximo de tres meses a partir de la entrada en vigor de la ley, con excepción de las entidades jurídicas del sector privado con 249 trabajadores o menos, en cuyo caso el plazo se extenderá hasta el 1 de diciembre de 2023.

Los canales de denuncia anónima son esenciales para la *compliance* empresarial ya que permiten recibir denuncias graves que los trabajadores no se atreverían a reportar por temor a represalias.

A continuación, realizaremos una síntesis de los conceptos presentados en el presente capítulo y estableceremos la relación interna que puede ser determinada entre estos.

Respecto al concepto de gobierno corporativo, Tabra (2019) lo define desde una perspectiva jurídica. Sin embargo, muchas normas de gobierno corporativo no son imperativas y, por lo tanto, una definición jurídica basada en la creencia de que constituye un conjunto de normas imperativas es incompleta. Según Nieto (2015), el gobierno corporativo es un conjunto de prácticas y principios que fomentan la transparencia, la integridad y la ética en las empresas. Por otro lado, el *compliance* se refiere a la gestión de riesgos y la implementación de políticas y procedimientos para cumplir con las leyes y regulaciones pertinentes. Aquí encontramos una relación interna entre ambos conceptos, ya que el gobierno corporativo puede facilitar el cumplimiento normativo y viceversa. Algunos autores diferencian la naturaleza del gobierno corporativo del *compliance*, señalando que las normas que incumben al cumplimiento son de origen externo para el *compliance*, en tanto que las normas en las que está basado el gobierno corporativo se producen al interior de la organización.

Entre las prácticas de buen gobierno corporativo que tienen relación con el *compliance* podemos apreciar el código de ética y de conducta al establecer los valores y principios que rigen el comportamiento de los empleados y la conducta de la empresa; las políticas de gestión de riesgos, subrayando que cualquier violación de la normativa puede acarrear riesgos económicos o de reputación; el comité de ética y de cumplimiento que garantice que la empresa cumpla con todas las leyes y regulaciones aplicables, y que también puede revisar y sugerir mejoras al programa; la implementación de controles internos; así como la auditoría interna como práctica adicional de buen gobierno corporativo que está directamente relacionada con el *compliance*.

El directorio de la empresa tendrá obligaciones que cumplir para la eficacia del programa de cumplimiento tales como: asegurarse de que el programa se adapte a las necesidades y riesgos específicos de la empresa y que se aplique en todos los niveles y procesos de la organización; demostrar compromiso con la política de *compliance* establecida; definir las responsabilidades del programa; asegurarse de que se proporcione suficiente capacitación y recursos para implementar el programa de cumplimiento; y, revisar y realizar seguimiento periódico al programa de cumplimiento. Por otro lado, si no se implementa de manera efectiva o no existe en absoluto, el directorio de la empresa podría enfrentar sanciones financieras que puedan afectar la rentabilidad de la empresa, sanciones legales, así como daños a la reputación de la empresa, que finalmente puedan disminuir la confianza de los clientes, inversores y otros stakeholders.

El concepto del canal de denuncias interno – *whistleblowing* o canal del compliance como lo llama Puyol (2017) se crea y diseña, alineado con el código de ética, como una herramienta del programa de cumplimiento para la prevención, detección, investigación, y remediación de situaciones de fraude o corrupción. Establecer un canal de denuncias no excluye que una empresa pueda implementar otra herramienta, mecanismo o canal a fin de poder aplicar controles para prevenir o mitigar los riesgos asociados a los aspectos legales, organizacionales, financieros, operativos, reputacionales o de otra índole de su organización. Explica que el canal de denuncias contribuye en la evolución del programa de cumplimiento en el sentido que puede convertirse también en un canal de consultas que pudieran generar alguna duda o dilema al aplicar o interpretar el código de ética establecido por la empresa.

En cuanto al concepto del *whistleblower*, puede ser una persona o entidad cualquiera, propios o terceros relacionadas con la empresa y que tienen conocimiento de alguna inconducta que puede ser denunciada mediante el canal de denuncias. Existen diferencias significativas en cómo se trata un *whistleblower* que emite una denuncia en el ámbito interno en comparación con el ámbito penal. En el primero, la denuncia puede ser presentada ante el órgano pertinente, el que investiga y toma medidas correctivas, donde el *whistleblower* puede mantenerse en el anonimato. En el ámbito penal el *whistleblower* debería revelar su identidad y presentar pruebas contundentes suficientes para justificar la denuncia.

Acerca de los conceptos de confidencialidad y el anonimato como mecanismos de protección del *whistleblower*, forman parte del canal de denuncias en el modelo de prevención de las personas jurídicas, que se puede desarrollar desde el gobierno corporativo. Aunque ambos son mutuamente excluyentes, quiere decir que al presentar el ilícito o incumplimiento normativo, si el denunciante opta por el mecanismo confidencial o no anónimo, automáticamente excluye el anonimato; mientras que, si opta por el mecanismo de denuncia del anonimato, no procede la aplicación de la confidencialidad en cuanto a la identidad del denunciante. Un programa de cumplimiento completo, que incluye políticas y procedimientos establecidos, capacitación de empleados, monitoreo y auditoría continua, y sanciones efectivas para aquellos que incumplen la ley o las políticas de la empresa, es esencial para que un canal de denuncia interno sea eficaz y para garantizar el cumplimiento legal y la ética empresarial. Permitir el anonimato en un modelo de prevención puede contribuir a reducir la barrera para denunciar por temor a represalias, pero

puede aumentar el riesgo de que el canal o línea de denuncias sea utilizado para comunicar imputaciones falsas.

De acuerdo con Leo-Castella (2020) el canal de denuncias será efectivo si permite obtener información cierta y que sea relevante para la prevención o investigación de los actos ilícitos potenciales o cometidos, y que debe garantizar la protección del denunciante asegurando la confidencialidad y ocasionalmente el anonimato, mitigar el temor ante represalias y asegurar la correcta investigación sobre los hechos denunciados. Nieto et al. (2015) sugiere que el tratamiento de la identidad del *whistleblower* es un tema importante en los canales de denuncias y que el anonimato puede ser más efectivo para fomentar denuncias, aunque esto aumenta el riesgo de denuncias falsas. Aunque tanto la doctrina y las autoridades de regulación optan por la confidencialidad en lugar del anonimato, y es el modelo que prefieren las empresas.

Acerca de los conceptos de la libertad de expresión y la libertad de información son derechos fundamentales reconocidos en la Constitución y otros tratados internacionales. La libertad de expresión se refiere a comunicar nuestros pensamientos sin obstrucciones, mientras que la libertad de información se refiere a la preparación, selección y difusión de información. Ambos derechos están estrechamente relacionados y son expresiones de un derecho general a la libre comunicación. Podemos relacionar el anonimato de los denunciantes con los derechos fundamentales de la libertad de expresión y la protección de datos personales. Esto fortalece el mecanismo de protección del *whistleblower* y puede aumentar el descubrimiento de prácticas ilícitas. Sin embargo, para el denunciado es necesario respetar su derecho al debido proceso, lo que implica cumplir con un procedimiento preestablecido, motivación y estándares de razonabilidad y proporcionalidad en las decisiones, en base a una estructura lineal e integral desde la denuncia interna al interior de la organización hasta la denuncia externa o judicializada, momento en el que el enfoque del anonimato podría tener una eficacia distinta a la del mecanismo interno.

La ley N° 29733 de Protección de Datos Personales regula la garantía al derecho de protección de datos personales, señalando limitaciones al consentimiento para el tratamiento de estos, y obligando a los encargados a mantener la confidencialidad sobre ellos y sus antecedentes. Además, se permite el tratamiento de datos personales sin el consentimiento del titular cuando se ejerce el derecho a la libertad de información o se aplica un procedimiento de anonimización.

Luego se revisó la legislación peruana comparada con la norteamericana y la española. En el Perú, la Ley N° 30424 regula la implementación voluntaria de los modelos de prevención y establece mecanismos de protección de para los *whistleblowers*, entre ellos la confidencialidad, así como tener implementados procedimientos de denuncia que incluyan mecanismos de protección contra represalias para quienes reporten conductas indebidas o sospechosas. En el año 2018, se publicó la Ley N° 30835, que asignó a la SMV la responsabilidad de emitir un informe técnico sobre la implantación y puesta en funcionamiento del modelo de prevención en el marco de una investigación por la comisión de delitos por parte de personas jurídicas. Asimismo, se cuenta con los lineamientos para la implementación y funcionamiento del modelo de prevención de la SMV como guía de referencia para las personas jurídicas que decidan implementar un modelo de prevención en línea con la Ley N° 30424, enfocándose en la confidencialidad al igual que la ley. De otro lado, la reciente promulgación de la Ley N° 31740, mantiene los lineamientos de norma voluntaria, la confidencialidad y los requisitos mínimos para la implementación del modelo de prevención.

Según Fernández y Chanjan (2016) la ley de prevención en Perú es similar a la regulación española sobre responsabilidad penal de la persona jurídica. La legislación italiana del 2001 tuvo gran influencia en la preparación de las normas española y chilena, y en la normatividad aprobada en el Perú. Hay un diálogo entre los legisladores en este caso y no solo una reproducción directa de normas de un país a otro.

Por el lado de los organismos reguladores el INDECOPI lanzó una Guía de Programas de Cumplimiento de las normas de Libre Competencia en el 2020 señalando que las empresas deben contar con mecanismos para garantizar la confidencialidad de la información y la identidad de quien efectúe la consulta o denuncia, incluyendo la disposición de una línea de denuncias anónimas.

Los mecanismos de protección de los Estados Unidos de Norte América señalados por la *United States Sentencing Commission* (2004) mediante las *Sentencing Guidelines*, establece que el programa de *compliance* debe incluir mecanismos de anonimato y confidencialidad, mediante los cuales los miembros y representantes de la organización pueden denunciar o realizar consultas con respecto a conducta delictiva potencial o real sin temor a represalias. Asimismo, con relación a la norma *Sarbanes-Oxley Act* del año 2002 señala que cada Comité de Auditoría establecerá

procedimientos para la presentación confidencial y anónima de empleados de la organización emisora sobre asuntos cuestionables contables o de auditoría.

La Ley Dodd-Frank de la *United States Securities and Exchange Commission* – SEC, señala en la sección §240.21F-7: Confidencialidad de las presentaciones, literal b), el denunciante puede enviar información a la comisión de forma anónima cumpliendo ciertos requisitos si lo hiciera.

De acuerdo con la *United States Securities and Exchange Commission* – SEC (2021) según los resultados mostrados en el 2021 *Annual report to Congress – Whistleblower Program*, la Comisión recibió más de 12,200 denuncias de las que aproximadamente 4,385 (36%) se presentaron con una ubicación geográfica extranjera o nacional desconocida o fueron presentadas de forma anónima mediante un abogado.

En España, la Directiva (UE) 2019/1937 del Parlamento Europeo y del Consejo establece la obligación para las entidades jurídicas del sector privado con 50 o más trabajadores de establecer canales de denuncia interna, y permite que los whistleblowers puedan informar externamente y estar protegidos frente a posibles represalias si las empresas no establecen estos canales. Los estados miembros pueden decidir exigir a las entidades jurídicas la aceptación de denuncias anónimas. Por otro lado, mediante la sentencia del Tribunal Supremo de Justicia de España de la Sala Penal N° STS 272/2020 se destaca que la implantación del canal de denuncias forma parte de del programa de cumplimiento normativo y elevó la denuncia anónima a *notitia criminis* buscando reforzar la protección del denunciante anónimo en su derecho a la libertad de expresión y derecho a la información.

La protección del *whistleblower* se garantiza en la ley de protección de datos y derechos digitales, ya que se reconoce la posibilidad de que este pueda informar sobre conductas ilícitas o contrarias a las normativas aplicables, incluso de forma anónima, y no podrá sufrir represalias por ello.



## **CAPÍTULO 2: ESTUDIO DE CASOS ACERCA DE LA EFECTIVIDAD DE CANAL DE DENUNCIAS ANÓNIMO**

En el presente capítulo se analizarán casos y/o ejemplos acerca de la eficacia de canal de denuncias anónimo lo que permitirá comprender la relevancia económica y empresarial del problema jurídico, tales como: (a) el análisis de los resultados de la encuesta KPMG en Australia sobre uso de canales de denuncia anónimos (Johansson & Carey, 2015), el cual nos entregará la relación entre los canales de reporte anónimo y la cantidad de fraudes informados; (b) los reportes de investigación de fraude ocupacional mundial de la *Association of Certified Fraud Examiners – ACFE* de los años 2020 y 2022, estudio que cubre los casos de fraude a nivel mundial y explica las características y mecanismos de su detección, el esquema del fraude y su impacto empresarial; (c) el estudio del impacto del trasplante de la regulación del *whistleblowing* de EUA en otros países (Lee, Pittroff & Turner, 2018), mediante el cual conoceremos los potenciales impactos del trasplante de manera uniforme de la regulación de un país a otro; (d) el estudio sobre las intenciones de denunciar actos cuestionables: un examen de la influencia del canal de denuncia anónimo (Kaplan & Schultz, 2007), estudio que explica la probabilidad de uso del canal de denuncias anónimo frente al canal no anónimo; y (e) el estudio del impacto de un canal de denuncia anónimo en la intención de denunciar en Brasil (Rodrigues da Silva, 2020), estudio que entrega como resultado las diferencias estadísticas significativas cuando el canal de denuncias anónimo está presente.

### **2.1 Caso 1: Estudio sobre la encuesta de KPMG en Australia sobre uso de canales de denuncia anónimos.**

El propósito del estudio realizado por Johansson & Carey (2015, p. 392) fue determinar si los canales de denuncia anónima (CDA) son eficaces en la detección del fraude contra las empresas, el que comprende principalmente la apropiación indebida de activos y representa un riesgo operativo clave y un costo importante para las organizaciones, para lo cual definieron el triángulo del fraude (incentivos, oportunidades y actitudes), el que proporciona un marco para comprender cómo los CDA pueden incrementar la detección del fraude. El incentivo es la motivación para cometer fraude, la actitud se refiere a la justificación moral que permite a los delincuentes racionalizar sus acciones fraudulentas y, la oportunidad es la capacidad de cometer y ocultar el fraude y evitar ser sancionado. Basándose en el triángulo del fraude definido, los autores

predicen que los CDA pueden incrementar la detección del fraude al influir en las actitudes de los potenciales denunciadores para denunciarlo y reducir las situaciones de que los potenciales denunciadores se queden callados. Una nueva contribución de este estudio fue investigar los efectos simultáneos de la independencia y la experiencia de los CDA y la junta directiva de las empresas en la incidencia del fraude denunciado.

La hipótesis de la investigación se expresó de la siguiente manera: Existe una asociación positiva entre la presencia de un CDA y el fraude denunciado.

De acuerdo con la ficha técnica de la investigación que se presenta en la Tabla 1, los datos para la muestra de 231 empresas australianas que cotizan en bolsa se obtuvieron de una base de datos que contiene los resultados de la encuesta semestral de fraude realizada por KPMG del año 2004 al 2010, definiendo como variable independiente al CDA. De otro lado, la *Australia's Corporations Act 2001* o Ley de Sociedades de Australia (2001) en la sección 9.4AAA – Protección para los *whistleblowers*, no obliga a las sociedades que cotizan en bolsa a implementar sistemas de denuncia, por lo que en el estudio se consideró solo a las empresas que hayan implementado de manera voluntaria un CDA vía línea telefónica directa, correo electrónico, fax o buzón como opción para el denunciante anónimo.

Las disposiciones de denuncia de irregularidades bajo SOX abordan principalmente el fraude de los estados financieros, pero ha habido poca investigación para demostrar si los CDA también pueden aumentar la detección de apropiación indebida de activos, que es la forma predominante de fraude. En otras palabras, estamos ante un escenario de eficacia en la detección y divulgación de conductas ilícitas. Debido a que la implementación de un CDA en Australia es opcional, es un entorno ideal para investigar la efectividad de los CDA en la detección de fraudes.

Los resultados del estudio realizado en Australia apoyan la hipótesis de que existe una asociación positiva entre la presencia de un CDA y el fraude reportado. Las organizaciones con CDA implementado detectan una mayor incidencia de fraude y un mayor número de fraudes. Los CDA se discuten más comúnmente en el contexto del fraude de los estados financieros. Este estudio contribuye a la literatura al ser el primero en investigar, utilizando análisis multivariable a gran escala, la efectividad o eficacia de los CDA en la detección de otros tipos de fraude, particularmente la apropiación indebida de activos.

**Tabla 1***Ficha Técnica Caso 1*

Conceptos	Detalle
1. Año de publicación del estudio o investigación	2015
2. Autor o autores	- Johansson, Elka - Carey, Peter
3. Método de investigación	Investigación experimental
4. Alcance (ámbito geográfico)	Australia
5. Fuente de información	- Empresas australianas que cotizan en bolsa - Base de datos de resultados de encuesta semestral de fraude realizada por KPMG del año 2004 al 2010.
6. Tamaño de la muestra	- 231 en primer análisis de regresión logística - 179 en segundo análisis de regresión logística (excluyendo observaciones repetidas en encuesta KPMG)
7. Determinación de la muestra	Dos submuestras de pequeñas empresas y de grandes empresas. Se dividió por la mediana basado en la capitalización de mercado.
8. Margen de error y nivel de confianza	No aplica
9. Fecha de realización de campo	2015

Debido a que el fraude no siempre es observable y no se puede medir de manera confiable, el estudio exploró la influencia de los CDA en la incidencia del fraude reportado, con un enfoque en la apropiación indebida de activos, cuyos resultados revelaron que los CDA se asociaron positivamente con el fraude reportado y el número de fraudes reportados. Se dividió la muestra en dos grupos utilizando una división por medio de la mediana como estadístico basado en la capitalización de mercado, encontrándose una asociación positiva entre los CDA y el fraude reportado en la submuestra de pequeñas empresas, pero no en la submuestra de grandes empresas. El estudio también contribuyó a la literatura al encontrar que contar con una junta directiva independiente no influye, por sí misma, directamente en la detección de fraude, sino que las organizaciones con juntas independientes detectan más fraude porque implementan CDA.

Los resultados proporcionaron evidencia que respalda la recomendación de larga data de la *Association of Certified Fraud Examiners* – ACFE de que las organizaciones implementen una

línea directa de informes para detectar el fraude. La ACFE ha recomendado durante los años 2006, 2008, 2010, 2012 y 2014 que las organizaciones implementen líneas directas como parte de sus programas antifraude para alentar a los empleados a denunciar. Los hallazgos del estudio sugieren que las empresas, y en particular las pequeñas empresas, se benefician de la implementación de un CDA. Los reguladores podrían considerar una legislación que exija a estas empresas que introduzcan CDA para todos los tipos de fraude.

Por otra parte, en los resultados del estudio debe considerarse la limitación que el propósito principal de un CDA es la detección de fraude, sin embargo, un CDA puede servir a la vez para prevenir fraudes, lo que impide precisar si el hallazgo de una relación positiva entre la presencia de un CDA y el fraude denunciado es (i) porque el efecto de detección del CDA es mayor que el efecto de prevención, o (ii) porque un CDA solo sirve para detectar el fraude y para no impedirlo, sobre lo que podemos concluir que el alcance del estudio no permite determinar si esta limitación pudo afectar el resultado en la submuestra de las grandes empresas.

## **2.2 Caso 2: Reportes de investigación de la *Association of Certified Fraud Examiners* – ACFE**

Los reportes de la *Association of Certified Fraud Examiners* (ACFE) probablemente son la mayor fuente de información sobre fraudes ocupacionales, el conocimiento colectivo y las experiencias de los Examinadores Certificados de Fraudes que conforman esta asociación significan la fuente de datos de fraude ocupacional más cotizada en el mundo. Se analizarán los reportes correspondientes a los años 2018, 2020 y 2022, los cuales están basados en los resultados de las encuestas globales sobre fraude dirigidas en línea a los Examinadores Certificados sobre Fraude registrados en la ACFE distribuidos alrededor del mundo. Los detalles de cada reporte se pueden apreciar en la ficha técnica de la Tabla 2.

En la Figura 4 se observa que según la información de los reportes de la ACFE (2018), ACFE (2020) y ACFE (2022), la cobertura del estudio se incrementó del año 2018 al 2022 de 125 a 133 países, así como los números de casos presentados se redujo de 2,690 a 2,110 en ese mismo periodo, disminuyendo asimismo las pérdidas de un nivel de US\$ 7 billones a US\$ 3.6 billones.

La participación de casos de fraude ocupacional por cada zona de acuerdo con los resultados del análisis de las muestras anuales se puede apreciar en la Tabla 3 donde la mayor participación de reporte de casos se produce en la zona de los Estados Unidos de Norte América y Canadá con rango entre 30% y 40% del total de casos, siguiendo la zona de Asia Pacífico con

rango entre 8% y 9%, la zona de Europa Occidental con rango entre 4% y 7%, y finalmente la zona de Latinoamérica y Caribe con rango entre 4% y 5%.

**Tabla 2**  
*Ficha Técnica Caso 2*

Conceptos	Detalle	Detalle	Detalle
1. Año de publicación del estudio o investigación	2018	2020	2022
2. Autor o autores	ACFE	ACFE	ACFE
3. Método de investigación	Encuesta estructurada de 76 preguntas sobre caso	Encuesta estructurada de 77 preguntas sobre caso	Encuesta estructurada sobre caso
4. Alcance (ámbito geográfico)	41,573 examinadores ACFE a nivel mundial	51,608 examinadores ACFE a nivel mundial	53,118 examinadores ACFE a nivel mundial
5. Fuente de información	Base de datos de examinadores en ACFE	Base de datos de examinadores en ACFE	Base de datos de examinadores en ACFE
6. Tamaño de la muestra	7,232 encuestas respondidas	7,516 encuestas respondidas	7,890 encuestas respondidas
7. Determinación de la muestra	2,690 respuestas utilizables	2,504 respuestas utilizables	2,110 respuestas utilizables
8. Margen de error y nivel de confianza	No disponible	No disponible	No disponible
9. Fecha de realización de campo	De julio a octubre 2017	De julio a setiembre 2019	De julio a setiembre 2021



Figura 4. Cobertura anual del estudio y principales hallazgos.

**Tabla 3**  
Participación porcentual de casos en áreas seleccionadas

Años	Latinoamérica y Caribe	%	EE. UU. y Canadá	%	Europa Occidental	%	Asia Pacífico	%
2018	110	4.1%	1,082	40.2%	130	4.8%	220	8.2%
2020	101	4.0%	895	35.7%	128	5.1%	198	7.9%
2022	95	4.5%	675	32.0%	145	6.9%	194	9.2%

Considerando los datos contenidos en la Tabla 3 y los datos de los reportes se puede elaborar el cuadro comparativo mostrado en la Figura 5, en el cual observamos los fraudes ocupacionales que fueron detectados por datos (Tips) de empleados o terceros, seleccionando en el gráfico las zonas de Latinoamérica y Caribe, Estados Unidos de Norte América y Canadá, Europa Occidental y Asia Pacífico de los reportes correspondientes a los años 2018, 2020 y 2022, a fin de establecer la comparación entre ellos y con el promedio mundial. Esta vía de detección cuyo promedio mundial en el año 2022 resultó en 42%, fue por amplio margen la más común para descubrir un fraude ocupacional en el presente estudio, lejos de los resultados de los fraudes ocupacionales detectados mediante las auditorías internas con promedios de 16% o a través de las revisiones de gerencia con 12%.

Asimismo, en la Figura 6 se analiza el porcentaje de organizaciones víctimas de fraude por zona que implementaron el control antifraude de la línea *hotline*, donde se puede destacar que el 70% como promedio mundial de las empresas afectadas contaba en el 2022 con una línea de denuncias *hotline*.

La utilización de la línea *hotline* por parte de los *whistleblower* en los casos en que fue detectado el fraude, muestra una tendencia decreciente en los resultados de los reportes ACFE de los años 2018, 2020 y 2022; por el contrario, la utilización del correo electrónico manifiesta una tendencia creciente como puede apreciarse en la Figura 7.

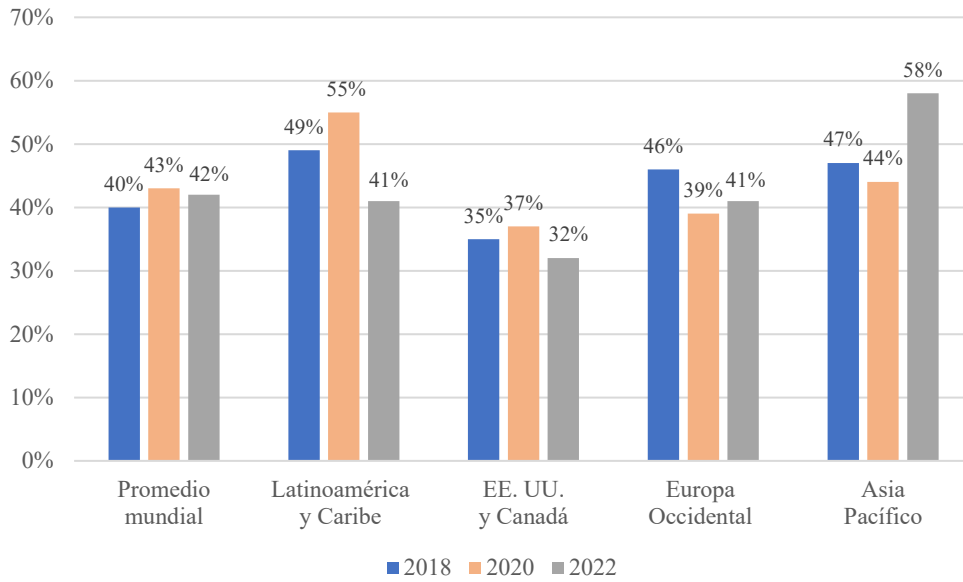


Figura 5. Fraudes detectados por datos (*Tips*) de empleados o terceros (ACFE 2018, ACFE 2020 y ACFE 2022).

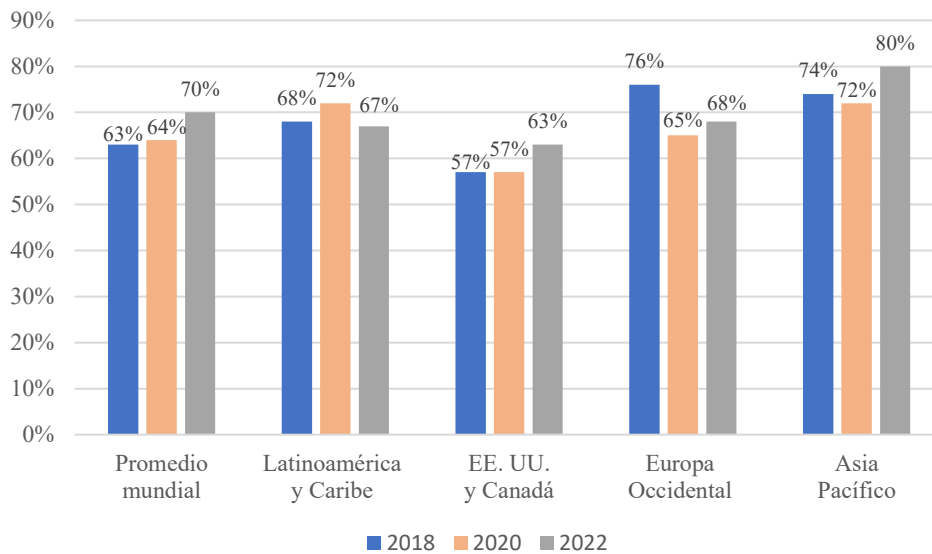


Figura 6. Control antifraude: *Hotline* implementada (ACFE 2018, ACFE 2020 y ACFE 2022).

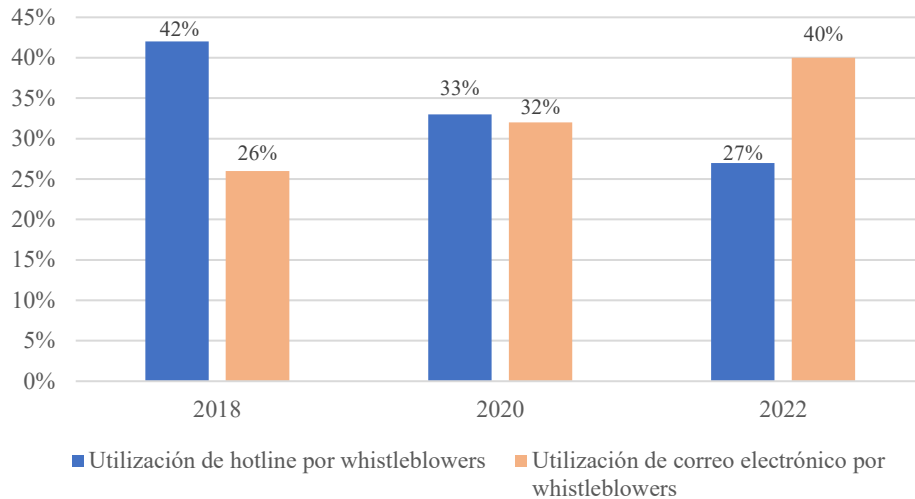


Figura 7. Utilización de *hotline* y correo electrónico por *whistleblowers* (ACFE 2018, ACFE 2020 y ACFE 2022).

En cuanto a la detección y reporte de los casos de fraude ocupacional, los tres estudios cuentan con información promedio mensual como se observa en la Figura 8, donde más del 50% es reportado por los empleados de las organizaciones afectadas, cerca de 40% es reportado por terceros entre los que se encuentran los clientes, proveedores o competidores y; por anónimos con un nivel de 16% en el último reporte ACFE (2022) luego de mostrar una ligera tendencia creciente, comparada con los reportes anteriores ACFE (2020) y ACFE (2018).



Figura 8. ¿Quién reporta el fraude ocupacional? (ACFE 2018, ACFE 2020 y ACFE 2022).

Si aplicamos el porcentaje de 16% de reportes anónimos en la zona de Latinoamérica y Caribe con 95 casos de fraude reportados en el año 2022 según los datos de la Tabla 3, luego del cálculo obtenemos un resultado de 15 casos reportados de forma anónima, una cifra muy pequeña considerando que la zona comprende más de 15 países, a lo que debemos sumar la tendencia cada vez menor en el uso de la línea *hotline*, la que viene siendo reemplazada por el uso del correo



electrónico de acuerdo con lo expuesto en la Figura 4 donde el anonimato es más difícil que se pueda presentar.

Luego del análisis de los resultados, se observa que más del 43% de las situaciones o esquemas de fraude fueron detectados por datos (tips) por los empleados o terceros, donde actualmente alrededor del 70% de las organizaciones afectadas por los casos reportados contaban con una línea *hotline* implementada, siendo aproximadamente el 50% de estos canalizados por los empleados, reportando en promedio el 15% de forma anónima. Por otro lado, el uso de mecanismos de reporte utilizados por el *whistleblower* estuvo liderado por el reporte vía telefónica (*hotline*) quedando en segundo lugar el reporte vía correo electrónico; sin embargo, como expresamos anteriormente se observa un incremento de la segunda vía de denuncia en desmedro de la primera. Asimismo, en la revisión de los reportes de ACFE se notó que el promedio de pérdidas en empresas que carecían de *hotline* fue casi el doble y de igual manera, que ciertos tipos de riesgo de fraude fueron más probables en empresas pequeñas (menores a 100 empleados) que en grandes organizaciones (mayores a 10,000 empleados), tales como el fraude en facturación, el fraude en la planilla de pagos, los que fueron equivalentes al doble, mientras que el fraude en la manipulación de cheques y pagos fue cuatro veces mayor en las empresas pequeñas. El 46% de las organizaciones víctimas de fraude que se negaron a remitir los casos a canales externos fue debido a que la disciplina interna fue suficiente. Ya sea debido a las limitaciones de recursos, la falta de conciencia o la tendencia a confiar demasiado en sus empleados, las pequeñas empresas implementaron controles antifraude a un ritmo mucho más bajo que sus contrapartes más grandes.

### **2.3 Caso 3: Estudio del impacto del trasplante de la regulación del *whistleblowing* de Estados Unidos de Norte América en otros países**

Lee, Pittroff & Turner (2018) llevan a cabo este estudio bajo la teoría denominada *path dependence* o trayectoria dependiente, la cual se da cuando el resultado de un proceso depende de la entera secuencia de decisiones tomadas por los actores y no sólo de las condiciones del momento. Explica cómo el conjunto de decisiones que uno enfrenta para cualquier circunstancia dada está limitado por las decisiones que uno ha tomado en el pasado, aunque las circunstancias pasadas ya no sean relevantes. Basándose en la teoría de la trayectoria dependiente, sostienen que la regulación sobre la denuncia de irregularidades no puede verse como un elemento único, sino que debe integrarse en todo el entorno del gobierno corporativo, es así como un enfoque que es eficiente en el sistema de gobierno corporativo de un país debe probarse previamente en otro país

para determinar si lograría las mismas consecuencias. Es a este propósito al cual se dirige este estudio, buscando investigar el impacto inmediato que tendría en Alemania el trasplantar la regulación de denuncia de irregularidades al estilo estadounidense, donde los denunciantes según los autores son vistos como héroes, mientras que en Alemania son vistos como traidores debido a la histórica desaprobación de los *whistleblowers* influenciada por eventos históricos como el Tercer Reich, comportamiento impuesto por el servicio de seguridad alemán Gestapo y dirigido hacia una cultura de denuncias entre alemanes para denunciar a las personas de raza no aria.

Con base en la discusión anterior y de acuerdo con el detalle de la Tabla 4, se desarrolló el estudio practicado simultáneamente en Estados Unidos de Norte América (98 contadores) y Alemania (84 contadores) y, de acuerdo con la teoría de la trayectoria dependiente los contadores estadounidenses tendrían una mayor intención de reportar un fraude tanto externa como internamente que los contadores alemanes. Así, plantearon la siguiente hipótesis:

Hipótesis 1a: Los contadores estadounidenses tienen una mayor intención de reportar externamente un fraude en los estados financieros que los contadores alemanes.

Hipótesis 1b: Los contadores estadounidenses tienen una mayor intención de reportar internamente un fraude en los estados financieros que los contadores alemanes.

Asimismo, considerando que las represalias son un elemento disuasorio importante para la denuncia de irregularidades y que estudios anteriores demuestran que existe una asociación negativa entre el temor o la amenaza de represalias de una persona y su intención de denunciar actividades ilegales, se plantearon las siguientes hipótesis adicionales:

Hipótesis 2a: Una asociación positiva entre la protección anti-represalias y las intenciones externas de denuncia de irregularidades para los contadores estadounidenses.

Hipótesis 2b: Una asociación positiva entre la protección anti-represalias y las intenciones internas de denuncia de irregularidades para los contadores estadounidenses (Lee, Pittroff & Turner, 2018, p. 557).

**Tabla 4**  
*Ficha Técnica Caso 3*

Conceptos	Detalle
1. Año de publicación del estudio o investigación	2018
2. Autor o autores	- Lee, Gladys - Pittroff, Esther - Turner, Michael
3. Método de investigación	Experimento de laboratorio mediante encuesta estructurada con dos variables manipuladas: - Protección contra represalias por denuncias internas y externas - Recompensas monetarias por denuncias externas.
4. Alcance (ámbito geográfico)	Estados Unidos de Norte América y Alemania
5. Fuente de información	Recopilación de datos de contadores empleados en un puesto dentro de una organización posicionados para detectar y denunciar fraude organizacional y mala conducta.
6. Tamaño de la muestra	- 98 contadores de Estados Unidos de Norte América - 84 contadores de Alemania
7. Determinación de la muestra	- Contadores a partir de 25 años, trabajando en contabilidad y con trabajo actual - Muestreo con técnica aleatoria bajo paneles nacionales de Qualtrics Inc.
8. Margen de error y nivel de confianza	No disponible
9. Fecha de realización de campo	2017

De acuerdo con los resultados se encontró que, en comparación con los contadores alemanes lo siguiente:

- Los contadores estadounidenses tienen una mayor intención de reportar tanto externa como internamente.
- La protección contra represalias aumenta la intención de denuncia externa de los contadores estadounidenses, pero no tiene ningún efecto sobre la intención de denuncia externa o interna de los contadores alemanes.
- Las recompensas monetarias por denuncias externas disminuyen la intención interna de denuncia de irregularidades de los contadores alemanes.

- Las intenciones internas y externas de denuncia de irregularidades para los contadores de EE. UU. son más bajas en ausencia de protección contra represalias y recompensas monetarias.
- La intención interna de denuncia de irregularidades para los contadores alemanes es mayor en ausencia de protección contra represalias y recompensas monetarias.

Existe una creciente inclinación para que los legisladores de los gobiernos de otros países implementen una legislación de denuncia de irregularidades copiando la de los Estados Unidos de Norte América. La conclusión brinda un fuerte apoyo a la teoría de la trayectoria dependiente, lo que sugiere que la regulación del *whistleblowing* no debe trasplantarse de manera uniforme e inmediata sin considerar la historia y la cultura de un país, así como tampoco su sistema institucional, lo que no implica que los cambios en los sistemas institucionales son imposibles. Un enfoque que puede ser eficiente en el sistema de gobierno corporativo de un país debe probarse antes en otro país para determinar si se lograrían los mismos resultados. Los resultados de este estudio sugieren que los reguladores deben tener mucho cuidado ante cualquier intento de incluir de manera uniforme la protección anti-represalias de manera similar a la de los Estados Unidos de Norte América para denuncias internas y externas y/o recompensas monetarias por denuncias externas en países con actitudes culturales claramente diferentes y orientaciones de valor hacia la denuncia de irregularidades.

#### **2.4 Caso 4: Estudio sobre las intenciones de denunciar actos cuestionables: un examen de la influencia del canal de denuncia anónimo.**

El presente estudio realizado por Kaplan & Schultz (2007) examina tres cuestiones relacionadas con la formación de intenciones de denuncia a canales de denuncia internos específicos. En primer lugar, se examinó cómo la presencia de un canal de denuncia interna anónimo influye en las intenciones del denunciante de informar utilizando cualquiera de los dos canales de denuncia internos no anónimos (es decir, hacia la gerencia o hacia el departamento de auditoría interna). Las investigaciones que examinen las percepciones de los costos y beneficios de los canales de denuncia anónimos frente a los no anónimos han sido limitadas (Ayers y Kaplan, 2005) y hasta la fecha no se ha explorado si la disponibilidad de un canal de denuncia anónima afecta sistemáticamente las intenciones de denuncia de los canales de denuncia no anónimos. Desde la perspectiva de la organización, los informes internos y no anónimos ofrecen la

oportunidad de mejorar la integridad de los informes y permitir un sistema de informes más efectivo para corregir cualquier acto cuestionable.

En segundo lugar, se examinó si la calidad del departamento de auditoría interna influye en las intenciones de informar al departamento de auditoría interna.

En tercer lugar, se consideró el entorno en el que los observadores de potenciales irregularidades deciden informar o no y a qué canal, por lo que el enfoque del estudio se priorizará en las características de las irregularidades y la dimensión de las evidencias disponibles con las que pueda contar el denunciante.

Por otro lado, los costos personales potenciales son probablemente menores ante una denuncia anónima cuando el canal de denuncias anónimo está disponible y se utiliza en lugar de un canal de denuncia no anónimo (Ayers y Kaplan, 2005).

El estudio de investigación experimental se desarrolló según el detalle de la ficha técnica de la Tabla 5. Los que completaron el cuestionario como participantes en este estudio experimental fueron 90 estudiantes de MBA nocturnos de una importante universidad estatal metropolitana matriculados en un curso de contabilidad gerencial, quienes contaban con más de ocho años de experiencia laboral como promedio y tenían implementado un canal de denuncias anónimo en sus organizaciones de acuerdo con el detalle de la Tabla 6. El estudio contenía tres variables independientes: canal de denuncia anónima vía *hotline*, calidad del departamento de auditoría interna y el escenario, las que fueron analizadas en los tres escenarios; el primero, con un caso que involucraba un fraude de información financiera; el segundo caso, involucró un robo, considerado también como un tipo de fraude; y el tercer caso involucró un trabajo de mala calidad con falsas representaciones de consultores.

Los resultados se presentan en tres secciones. La primera sección presenta los resultados de la verificación de manipulación de la calidad del departamento de auditoría interna. La segunda sección contiene los resultados relacionados con la prueba de las hipótesis uno y dos. La tercera sección informa los resultados del análisis complementario.

**Tabla 5**  
*Ficha Técnica Caso 4*

Conceptos	Detalle
1. Año de publicación del estudio o investigación	2007
2. Autor o autores	- Kaplan, Steven - Schultz, Joseph
3. Método de investigación	Estudio experimental
4. Alcance	Universidad estatal del estado de Arizona en los Estados Unidos de Norte América
5. Fuente de información	Cuestionario anónimo con tres escenarios diferentes, cada uno describiendo la participación de un miembro de la organización en un acto cuestionable y que es descubierto por otro miembro de la organización
6. Tamaño de la muestra	90 estudiantes de MBA nocturno con experiencia de trabajo
7. Determinación de la muestra	- Participantes asignados aleatoriamente a un tratamiento con dos canales de notificación no anónimos: <ul style="list-style-type: none"> <li>o a la dirección</li> <li>o al departamento de auditoría interna</li> </ul> - Participantes asignados aleatoriamente a un tratamiento con dos canales de denuncia no anónimos y uno anónimo vía <i>hotline</i> administrada para el caso por una compañía independiente - Participantes asignados aleatoriamente al nivel alto o bajo de calidad del departamento de auditoría interna.
8. Margen de error y nivel de confianza	No disponible
9. Fecha de realización de campo	2007

**Tabla 6**  
*Canal de denuncia anónimo en empresas participantes*

Conceptos	%	Nº empresas
1. Si	51%	46
2. No	22%	20
3. No estoy seguro	27%	24

La hipótesis 1 del estudio establece que es menos probable que los participantes denuncien utilizando canales de denuncia no anónimos cuando el sistema de denuncia también contenga un canal de denuncia anónima. El canal de denuncia anónima y la calidad del departamento de auditoría interna se encuentran entre las variables temáticas en dos niveles cada una y el acto cuestionable es una variable dentro de los sujetos con tres niveles.

La hipótesis 2 propone que los participantes serán más propensos a reportar actos cuestionables al departamento de auditoría interna cuando es de alta calidad que de baja calidad.

Pasando a la discusión de los resultados, consistente con la hipótesis 1, los resultados muestran que las intenciones de los participantes de informar a la gerencia fueron más fuertes en ausencia de un canal de denuncia anónimo y que es menos probable que los participantes denuncien utilizando canales de denuncia no anónimos cuando el sistema de denuncia también contiene un canal de denuncia anónimo. En la medida en que el uso de un canal de denuncia no anónimo es más eficaz para reducir las irregularidades, la mayor disponibilidad de canales de denuncia anónima aparentemente se produce a un costo en términos de una menor probabilidad de utilizar canales de denuncia no anónimos. La disponibilidad de canales de denuncia anónimos es cada vez más común entre las empresas listadas ya que mediante regulaciones como Sarbanes-Oxley y las Federal Sentencing Guidelines, las empresas cuentan con sólidos incentivos para implementar múltiples canales de denuncia, incluyendo un canal de denuncias anónimo. En la medida en que el uso de un canal de denuncia no anónimo sea más eficaz para reducir las irregularidades, la mayor disponibilidad de canales de denuncia anónimos aparentemente tiene un costo en términos de una menor probabilidad de utilizar canales de denuncia no anónimos.

## **2.5 Caso 5: Estudio del impacto de un canal de denuncia anónimo en la intención de denunciar en Brasil.**

El objetivo del estudio realizado por Rodrigues da Silva (2020) fue analizar si la disponibilidad de un canal de denuncia anónima afecta la intención de comunicar situaciones potencialmente de incumplimiento en el escenario brasileño. Se puede observar en la Tabla 7 los detalles del estudio realizado en Brasil aplicando como método un experimento con 86 personas distribuidas en dos grupos de forma aleatoria, uno experimental (45) y otro de control (41), sometidos a un escenario en el que se reporta un incumplimiento y teniendo como variable independiente la presencia del canal de denuncia anónima en el grupo experimental y la variable dependiente la intención de reportar problemas de cumplimiento. Se llevó a cabo con la aplicación

de cuestionarios mediante el software SurveyMonkey a profesionales que trabajan en el ámbito público y privado con el objetivo de aumentar el potencial explicativo del estudio y, de forma subsidiaria, verificar una posible influencia del segmento de actuación en la decisión de denunciar en presencia de un canal anónimo. El experimento se llevó a cabo en un período de un mes y con un tiempo de respuesta de hasta 10 minutos, a fin de minimizar la influencia de hechos anteriores que pudieran generar subgrupos de diferentes características alterando la determinación de la muestra definida inicialmente.

**Tabla 7**  
*Ficha Técnica Caso 5*

Conceptos	Detalle
1. Año de publicación del estudio o investigación	2020
2. Autor o autores	<ul style="list-style-type: none"> <li>- Rodrigues, Gilson</li> <li>- Araújo, Hildegardo</li> <li>- Guerra, Rossana</li> </ul>
3. Método de investigación	Investigación experimental
4. Alcance (ámbito geográfico)	Estados de Paraíba, Pernambuco, Rio Grande do Norte y Ceará, en Brasil
5. Fuente de información	Cuestionarios estructurados aplicados mediante el software SurveyMonkey
6. Tamaño de la muestra	86 profesionales que laboran en las áreas de contabilidad y control distribuidos de la siguiente manera: <ul style="list-style-type: none"> <li>- Sector público: áreas de administración general (70%) y contraloría (30%)</li> <li>- Sector privado: áreas comerciales (42%) e industrias (58%)</li> </ul>
7. Determinación de la muestra	<ul style="list-style-type: none"> <li>- 41 aleatoriamente en grupo de control</li> <li>- 45 aleatoriamente en grupo de experimento</li> </ul>
8. Margen de error y nivel de confianza	No disponible
9. Fecha de realización de campo	2020, un mes, durante 10 minutos

Los resultados no indicaron diferencias estadísticamente significativas en la intención de informar cuando el canal anónimo estaba presente, ni entre los grupos de tratamiento y control, incluso cuando se segmentó por área de rendimiento (pública o privada). Los hallazgos pueden reflejar la incipiente difusión del canal de denuncias como acción de control en Brasil, lo que no



dota a los profesionales de los dos sectores de la experiencia o conocimiento sobre temas relacionados con los riesgos y beneficios que implica el proceso de toma de decisiones, haciendo que el factor anonimato, ya difundido internacionalmente como un mecanismo de protección, sea irrelevante en su decisión. La renuencia y el temor a las represalias pueden motivar a las personas a buscar el anonimato para garantizar cierta protección. Esta búsqueda del anonimato conduce a otros problemas que pueden limitar la precisión de un canal de denuncia, como las dificultades para investigar los hechos denunciados, al eliminar detalles para preservar el anonimato del denunciante.

Para lograr el objetivo propuesto por este estudio, fue necesario verificar una posible causa-efecto entre la intención de informar de los problemas de cumplimiento y la presencia de canales de denuncia anónimos.

De la revisión de los cinco casos expuestos en el presente capítulo y de lo revisado en el capítulo 1, podemos determinar que se presentan algunos impedimentos que podrían limitar las denuncias de los *whistleblowers* en cualquier organización, quienes la mayoría de las veces, enfrentan ciertos impedimentos que limitan su capacidad de presentar una denuncia efectiva. A continuación, presentaremos algunos de los principales obstáculos que enfrentan los *whistleblowers*.

En primer lugar, uno de los obstáculos más evidentes que enfrentan los *whistleblowers* es el miedo a las represalias. Incluso cuando las organizaciones proporcionan canales de denuncia seguros y confidenciales, los *whistleblowers* frecuentemente temen ser despedidos, ridiculizados, acosados o incluso amenazados después de hacer una denuncia. Como resultado, a menudo prefieren no tomar riesgos y, en cambio, optan por quedarse callados. Esta falta de acción puede ser insidiosa para una organización al impedirle detectar y abordar irregularidades y problemas importantes.

En segundo lugar, los *whistleblowers* pueden tener dificultades para comprender los procedimientos de denuncia y reporte, lo que dificulta su capacidad para presentar una presentación efectiva. Esto puede deberse a un proceso de denuncia poco claro o inaccesible, o simplemente a la falta de información sobre cómo presentar una denuncia. En cualquier caso, la falta de conocimiento sobre cómo tomar medidas puede limitar significativamente la capacidad de los *whistleblowers* para hacer una denuncia.

En tercer lugar, algunos *whistleblowers* pueden sentir que no hay un sentido de responsabilidad o de justicia en la organización. Si los empleados perciben falta de responsabilidad en sus compañías, pueden sentir que denunciar irregularidades no es útil y puede llevar a la impunidad con resultados negativos para la empresa.

Finalmente, la denuncia de irregularidades puede resultar en un cambio de la empresa, lo que se convierte en un impedimento para aquellos que no quieren ver cambios radicales en sus compañías.

El canal interno de denuncia en un lugar de trabajo es una herramienta fundamental para que cualquier organización garantice que se siguen prácticas justas y éticas. El propósito de este canal es proporcionar un entorno confidencial y seguro para que los empleados informen de cualquier incidente o mala conducta que puedan haber experimentado o presenciado. Sin embargo, si el número de incidentes denunciados es mínimo, se plantea la cuestión de si esto podría obstaculizar el funcionamiento eficaz del canal de denuncia interno.

La respuesta a esta pregunta no es sencilla, ya que depende de varios factores. Por un lado, un número mínimo de incidentes notificados podría indicar que la organización tiene una cultura de trabajo saludable en la que los empleados se sienten seguros, confían y son respetados. En tal situación, es poco probable que se produzcan incidentes significativos de mala conducta. En este caso, la falta de incidentes denunciados no impide necesariamente el funcionamiento del canal de denuncia interno.

Por otro lado, si el número de incidentes denunciados es mínimo porque los empleados no confían en el canal de denuncia o temen represalias, puede afectar negativamente al funcionamiento del canal de denuncia interno. La falta de incidentes notificados podría llevar a la dirección a subestimar la gravedad de los problemas que puedan estar ocurriendo en el lugar de trabajo. Si no se abordan estos problemas con prontitud, se puede cultivar una cultura de trabajo tóxica que puede dañar la moral de los empleados, la productividad y la reputación de la organización.

Otro aspecto por considerar es si el canal interno de denuncia se promueve activamente en la organización. Si la organización no resalta la importancia del canal interno de denuncia a sus empleados, puede dar lugar a un menor número de incidentes denunciados. En tal caso, la dirección debe comunicar activamente las ventajas del canal de denuncia, incluido el énfasis en una política de tolerancia cero frente a las represalias, para impulsar su uso.

En conclusión, el número de incidentes notificados por sí solo no puede determinar la eficacia del canal de denuncia interno. Es esencial examinar las razones que explican un número mínimo de incidentes y tomar las medidas necesarias para garantizar que los empleados confíen en el canal de denuncia y lo utilicen. El funcionamiento eficaz del canal interno de denuncia requiere una evaluación y mejora continuas para garantizar la adhesión de la organización a prácticas justas y éticas.

En cuanto a la recepción y tratamiento de las denuncias de los *whistleblowers*, Nieto et al. (2015) explica que puede variar de acuerdo con el tipo de caso denunciado, ya que al mismo tiempo que las investigaciones internas pueden servir para esclarecer actividades delictivas, puedan acarrear la responsabilidad de la empresa, así como delitos cometidos contra ella (apropiación indebida, espionaje industrial), contra otros trabajadores (acoso sexual) u otras violaciones del código ético que no sean necesariamente actos delictivos. Los múltiples objetivos de las investigaciones internas deben tenerse en cuenta a la hora de llevarlas a cabo, tanto para valorar la proporcionalidad de las medidas de investigación adoptadas por la empresa como para tener en cuenta la complejidad de la conexión de la investigación con el proceso penal en el que la persona jurídica esté o pueda estar implicada. Cuando una investigación interna es o puede ser paralela a una investigación pública (judicial o administrativa), debe comprobarse su compatibilidad.

Las investigaciones internas son una herramienta reactiva de cumplimiento activada por sospechas de irregularidades, normalmente comunicadas a través de un canal de denuncia. Destaca la importancia de contar con un procedimiento de investigaciones internas para investigar las conductas indebidas denunciadas y cómo otras fuentes (es decir, los medios de comunicación, las demandas civiles, las quejas de los consumidores, los avisos legales) pueden desencadenar una investigación. Asimismo, son un procedimiento interno de la empresa que puede afectar a derechos fundamentales como la intimidad, dar lugar a resultados desfavorables como la imposición de sanciones y generar conflictos de intereses entre los empleados y las empresas. Por todo ello, se trata de un procedimiento legal sujeto a normas y que requiere una fuerte legitimación. Las normas que regulan las investigaciones internas proceden del derecho laboral (cuando afectan a empleados y directivos), del derecho de sociedades (cuando afectan a directivos) y de la ley de protección de datos. La ausencia de normas jurídicas específicas recomienda que la autorregulación de las empresas determine el marco jurídico de las investigaciones internas dentro de unos principios generales. Es aconsejable adoptar un Código de Investigaciones Internas conocido y aprobado por

todos los empleados y la dirección de la empresa, que legitime las investigaciones, prevenga errores y evite causar daños considerables a la empresa cuando se realizan de forma incorrecta.

La principal dificultad a la hora de crear una política de autorregulación en una empresa es hacer frente a la variedad de objetivos y situaciones que pueden surgir durante las investigaciones internas. No todas las investigaciones internas son iguales, ya que pueden tener resultados y propósitos diferentes. En algunos casos, las investigaciones internas pueden dar lugar a consecuencias internas, como sanciones disciplinarias o la mejora de los sistemas de cumplimiento, pero en otros casos, pueden llevarse a cabo para defender a la empresa y a sus empleados, o únicamente para proteger a la empresa, y colaborar con las investigaciones públicas para descubrir al individuo responsable. Es importante señalar que las investigaciones internas pueden representar, en algunos contextos, una privatización del proceso penal, lo que puede dar lugar a que el Estado recompense a las empresas que colaboran con los procesos sancionadores penales y administrativos aportando pruebas. Por lo tanto, aunque el marco legal pueda diferir, es necesario adaptar los principios del derecho laboral y del derecho procesal penal a las políticas de autorregulación en las empresas (pp. 231-235).

Las empresas son proclives a recibir denuncias anónimas y se comprometen a llevar a cabo investigaciones para aclarar las alegaciones cuando estas denuncias llegan a las manos de los responsables de las empresas. Es comprensible que muchas personas se sientan incómodas y teman el acoso o la discriminación por parte de los responsables de la empresa o de sus compañeros de trabajo. Sin embargo, es importante destacar que las denuncias anónimas no siempre son consideradas válidas ya que, a veces, no se cuenta con pruebas contundentes que respalden las acusaciones. En este sentido, la empresa debe estar preparada para separar las denuncias falsas de las verdaderas y llevar a cabo las acciones necesarias, por lo que es importante que la empresa se asegure de tener un buen sistema de denuncias internas, donde los empleados pueden expresar sus preocupaciones y denuncias sin temor a represalias. De acuerdo con Puyol (2017) las denuncias de forma anónima serán completamente investigadas, sin embargo, se considerarán los siguientes aspectos: i) la seriedad del asunto denunciado, ii) si la denuncia puede ser creíble, y iii) las posibilidades de confirmar la alegación mediante fuentes fiables (p. 91). Este sistema debe ser accesible, confidencial y eficiente para garantizar que los empleados puedan hacer sus denuncias sin temor a perder sus empleos o sufrir represalias y mediante el cual la empresa garantice la

protección de los derechos de quienes realizan la denuncia y lleve a cabo medidas eficientes y efectivas para evitar futuras denuncias similares.

La protección de datos e información es una de las mayores preocupaciones de las empresas cuando se enfrentan a *whistleblowers*. No solo deben garantizar que la información sea segura y protegida, la que puede ser altamente delicada y puede comprometer a la empresa, sino que también deben asegurarse de que los denunciantes se sientan seguros y protegidos durante todo el proceso de investigación. La implementación de sistemas de seguridad adecuados, almacenamiento de información protegidos por contraseña que solo permitan el acceso a ciertos miembros del equipo encargado de la investigación del caso, servicios de almacenamiento encriptado para evitar la filtración de información, así como los canales de denuncia anónimos, puede ser de gran ayuda para las empresas que desean proteger los datos e información de los *whistleblowers*.

Además, las empresas también pueden optar por contratar a terceros para almacenar y gestionar los datos e información proporcionados por el *whistleblower*. Estas compañías suelen tener un alto nivel de experiencia en el manejo de información sensible y pueden garantizar la seguridad de la información recibida.

### CAPÍTULO 3: DISCUSIÓN Y PROPUESTA

El capítulo III corresponde a la discusión y validación de la hipótesis, analizando las diferentes alternativas de solución posibles, a fin de proponer estrategias para presentar una propuesta a partir de la información del estado del arte desarrollada en el capítulo I y el estudio de los casos desarrollados en el capítulo II, para finalmente presentar las principales conclusiones de cada capítulo. La presente discusión en el trabajo de investigación se desarrollará en base a los argumentos que avalarán el estudio y que coadyuvarán a la comprobación de la hipótesis principal, así como también las hipótesis específicas. La primera fase de la línea argumentativa fue con el enfoque de argumentación jurídica revisado en el capítulo 1 acerca de los conceptos que son reconocidos en cuanto a los modelos de prevención de manera general, y específicamente a los mecanismos de protección del *whistleblower* como son la confidencialidad y el anonimato, donde doctrinariamente encontramos la existencia de líneas teóricas divergentes sin una corriente generalizada o prevalente sobre la interpretación de las instituciones legales revisadas. De igual manera si este enfoque tiene matices o si hay un enfoque compartido en sede doctrinal, y si existe un autor paradigmático que pueda darnos una definición influyente en la doctrina. Desde otra perspectiva, desde el punto de vista de la argumentación jurídica constitucional, se describió cómo ha sido tratada la problemática por los diferentes autores sobre los derechos fundamentales de la libertad de expresión e información por parte del *whistleblower* y, el derecho de defensa por parte del denunciado.

El segundo enfoque argumentativo del trabajo de investigación fue el del método comparado desarrollado al final del capítulo I, en el que hemos revisado y comparado los mecanismos de protección, principalmente cómo el marco regulatorio peruano prescribe la institución jurídica del anonimato, comparándola con lo establecido en la normatividad jurídica de los Estados Unidos de Norte América y de España a fin de poder establecer semejanzas y divergencias que puedan permitirnos determinar el modelo más influyente en nuestra legislación, si este ha sido el anglosajón o el europeo continental. Dichos países han sido elegidos por el motivo de que el punto de partida del *compliance* ha sido el modelo anglosajón, como desarrollamos en el capítulo 1. En adición al segundo enfoque se revisó la tendencia de la jurisprudencia donde se examinó el caso de la sentencia del Tribunal Supremo de Justicia de España, Sala de lo Penal, STS 272/2020, la misma que aborda la denuncia anónima y busca fortalecer el mecanismo de denuncia

del *whistleblower* y su derecho a la libertad de expresión y a la libertad de información y con ello incrementar el descubrimiento de comisión de delitos o prácticas ilícitas.

El tercer enfoque de la línea argumentativa es el estudio de casos desarrollado en el capítulo 2, lo que nos permitió analizar la eficacia en la detección del fraude ocupacional u organizacional debido a la implementación del canal de denuncias anónimo en las organizaciones de diferentes países, así como comprender la relevancia económica y empresarial del problema, donde se revisó el análisis basado en investigaciones y/o encuestas realizadas a personas o grupos de personas, así como la influencia o impacto de la implementación y uso del canal de denuncias anónimo. Esto fue revisado con los Casos 1, 4 y 5, desarrollados por Johansson & Carey (2015), Kaplan & Schultz (2007) y Rodrigues da Silva (2020) respectivamente. Mediante el Caso 2 se revisó el efecto de los canales de denuncia anónimos de acuerdo con la información presentada en los reportes de la Association of Certified Fraud Examiners (ACFE) correspondientes a los años 2018, 2020 y 2022, analizando y comparando por zonas mundiales el nivel de los fraudes detectados por datos de los denunciadores, si estos eran denunciados por empleados o terceros de las organizaciones afectadas, si contaban con línea *hotline*, para finalmente, conocer cuántas de estas denuncias eran anónimas. Por otra parte, también se revisó el impacto del trasplante de la regulación del *whistleblowing* en otros países con el Caso 3 desarrollado por Lee, Pittroff & Turner (2018) teniendo como base regulatoria a los Estados Unidos de Norteamérica y como destino a trasplantar regulatoriamente, a Alemania.

### 3.1 Discusión

**Hipótesis general:** La implementación del mecanismo de denuncia del anonimato del *whistleblower* en los modelos de prevención de delitos es una herramienta eficaz en la detección y comunicación oportuna de conductas ilícitas en las personas jurídicas.

La institución jurídica del anonimato como mecanismo de denuncia comprendido dentro del modelo de prevención o programa de cumplimiento puede considerarse eficaz si cuenta con un canal de denuncias interno que cuente con medidas de protección que garanticen la confidencialidad y el anonimato de los *whistleblowers* vinculados a la empresa con la finalidad de que aquellos que tengan conocimiento de conductas ilícitas potenciales o realizadas puedan presentar sus denuncias ante el órgano encargado sin temor a represalias.

La primera fase de la línea argumentativa con base en el enfoque de argumentación jurídica revisado en el capítulo 1 acerca de los conceptos sobre los modelos de prevención de manera

general, y específicamente de los mecanismos de protección del *whistleblower* como son la confidencialidad y el anonimato, doctrinariamente encontramos líneas teóricas divergentes sin una corriente generalizada o prevalente acerca de la interpretación de cada una de las instituciones jurídicas.

Hemos revisado que el programa de cumplimiento se despliega del Gobierno Corporativo comprendiendo un sistema de control donde se regulen los aspectos que deben tener las relaciones con los socios (*shareholders*) y con los grupos de interés (*stakeholders*) al interior de la organización. La prevención y la reacción frente a los delitos corporativos exigen una gestión eficaz de aquellos riesgos empresariales identificados, evaluados y mitigados mediante la determinación de los controles para su tratamiento.

Nieto et al. (2015, p. 29) señala el origen de los programas de cumplimiento en la autorregulación empresarial pasando luego al derecho positivo y que tanto la ley como la normatividad administrativa por sí solas pueden resultar poco efectivas en el aseguramiento de su cumplimiento si no se acompañan de herramientas de gestión dentro de las empresas.

Acerca de la estructura y requisitos que debe contener un programa de cumplimiento, Fernández y Chanjan (2016, p. 374) sostienen que al adoptar la persona jurídica un sistema de denuncias estará transfiriendo la responsabilidad penal por la comisión de delito de la persona física hacia la persona jurídica, y que, de no contar con un programa de cumplimiento implementado, dicha responsabilidad penal le será exigible aun cuando no se prevea expresamente como delito de omisión su adopción. Puyol (2017, p.18) lo llama el canal del *compliance*, el que debe estar alineado con el código de ética, y lo define claramente como una herramienta de prevención, detección, investigación, y remediación de situaciones de fraude o corrupción, que debe ser visto como una herramienta empresarial que contribuya en la evolución del programa de cumplimiento en el sentido que puede convertirse también en un canal de consultas que pudiera generar alguna duda o dilema en los trabajadores al aplicar o interpretar el código de ética establecido por la empresa. Respecto al responsable del programa de cumplimiento, para Nieto et al. (2015, p. 193) la delegación en una persona u órgano independiente de la dirección de la organización, cuya función será establecer, implementar y mantener el programa de cumplimiento no es una opción, sino un deber; y al mismo tiempo coincide con Puyol (2017, pp. 6-8) al señalar que la implementación de los canales de denuncias han dado como resultado canales de diálogo con los miembros de la empresa para realizar consultas. Para Artaza (2013, p. 564) los requisitos



de confidencialidad y anonimato deben estar alineados con las acciones que la empresa adopte luego de la denuncia, considerando dos aspectos fundamentales relacionados a su uso; primero, el anonimato del reporte de una investigación interna debe permitir la prevención de la conducta ilícita, su mitigación o remediación, y segundo, considerar la obligación legal de brindar información ante una eventual entrega de este reporte para una investigación externa.

Si observamos las ventajas del mecanismo del anonimato frente a la confidencialidad, Treviño (p. 66, 2018, citado por Ballesteros, 2020) señala que el anonimato evitará que se puedan tomar represalias contra el denunciante por parte de la organización, mientras Ballesteros (2020) por su parte indica que si bien el anonimato promueve la denuncia por la confianza que le otorga al denunciante acerca de las represalias, también cabe la posibilidad de que motive las denuncias falsas o de mala fe, situación que se atendería estableciendo un sistema efectivo de depuración de denuncias. De igual manera Sanclemente-Arciniegas (2020, p. 31) coincide con la protección obligatoria de los denunciantes la cual señala que es una institución jurídica particular del *compliance* que explica la complejidad de esta nueva disciplina jurídica. A su vez, en la misma línea, Espín (2017, p. 212) refiere que se presenta un dilema previo a la denuncia del incumplimiento o conducta ilícita por parte del *whistleblower*; por un lado, un conflicto entre el temor a represalias por parte de la empresa y el deber de proceder de forma correcta de acuerdo con su compromiso con la empresa y las partes involucradas. Por su parte, Nieto et al. (2015) señala que el trato que se da a la identidad del *whistleblower* es un tema controvertido y que puede tener gran trascendencia al utilizar los canales de *whistleblowing* como son la confidencialidad y el anonimato, mencionando que si la empresa opta por la implementación del canal de denuncias anónimas se ofrece mayor garantía al denunciante favoreciendo la eficacia del canal, ya que los trabajadores tendrán menor reticencia de usar la hotline al no estar obligados a identificarse neutralizando las posibles represalias como consecuencia de la delación. Sin embargo, remarca que la desventaja es que se puede fomentar denuncias falsas o de mala fe, por venganza o con el fin de afectar a un superior o a un compañero de trabajo. Por esto, refiere que el modelo optado por la doctrina, así como por las autoridades que regulan de protección de datos y el que prefieren implementar las empresas, es la confidencialidad. El canal de denuncias será efectivo, de acuerdo con Leo-Castella (2020, p. 654) si permite contar con información fidedigna y relevante para la prevención o investigación de los actos ilícitos potenciales o cometidos. Afirma ningún canal de *compliance* será eficiente si el canal de denuncias implementado no es eficaz, el que debe

garantizar la protección del denunciante asegurando la confidencialidad y ocasionalmente el anonimato, debe mitigar el temor ante posibles represalias por parte de la empresa y debe asegurar la correcta investigación sobre los hechos denunciados. La externalización del canal de denuncias permitirá reducir el temor a represalias, sin que esto signifique trasladar el control total al tercero, ya que el control final debe recaer en el órgano designado al interior de la organización.

Al analizar las ventajas del anonimato vemos que de una u otra manera, serán eficaces si están referidas principalmente a la neutralización de las represalias por parte de la organización; sin embargo, se presenta la desventaja o riesgo de la presentación de denuncias falsas o de mala fe, al utilizar este mecanismo como herramienta para ocasionar algún daño de manera intencional a los compañeros de trabajo o a un superior de la empresa.

De la revisión de la legislación peruana que regula los modelos de prevención en las personas jurídicas y la manera en que aquellos desarrollan los mecanismos de protección de la confidencialidad y el anonimato para el *whistleblower*, la normatividad jurídica peruana mediante la Ley N° 30424 (2016) de responsabilidad administrativa de las personas jurídicas incluyó la confidencialidad respecto a la información reservada de la persona jurídica sin hacer referencia a la persona física. Luego, con el D.S. N° 002-2019-JUS (2019) se reglamentó la ley estableciendo los requisitos mínimos del modelo de prevención, el cual debe incluir y documentar en su política los mecanismos y/o lineamientos que impulsen oportunamente la información de cualquier señal sobre una potencial conducta ilícita, en condiciones de seguridad, confidencialidad y protección a los denunciantes; con lo que hizo referencia a la persona física; así como también el reglamento señaló que las personas jurídicas deben incluir en su modelo de prevención un mecanismo mediante el cual los trabajadores puedan reportar conductas indebidas o sospechosas de manera confidencial y sin temor a sufrir represalias.

Por otro lado, mediante la tercera disposición complementaria final del reglamento en cuestión se faculta a la SMV a emitir y aprobar lineamientos o guías para determinar si la persona jurídica adoptó un modelo de prevención y si este ha sido correctamente implementado y se encuentre funcionando; para lo cual la SMV, luego de realizar unan consulta ciudadana, aprobó los “Lineamientos para la implementación y funcionamiento del modelo de prevención” mediante resolución SMV N° 006-2021-SMV-01, el cual dentro de los mecanismos del canal de denuncias plantea implementar medidas que aseguren la confidencialidad y de igual manera el anonimato de la identidad del denunciante. Apreciamos que la SMV dio un paso más allá de lo planteado por la

ley N° 30424 y su posterior reglamento, incluyendo la institución jurídica del anonimato como mecanismo de denuncia para el denunciante, y dado el carácter voluntario acerca de la implementación del modelo de prevención señalado en la normatividad jurídica, en la medida que se cumpla con su objeto, las personas jurídicas que lo implementen pueden elegir hacer uso de cualquier herramienta de gestión. En este punto nos detenemos a analizar la norma internacional voluntaria ISO 37301:2021 – Sistemas de Gestión del *Compliance* la que, entre otras, fue tomada como referencia de buenas prácticas para la elaboración del documento de lineamientos mencionado y fue adoptada como Norma Técnica Peruana, mediante la Resolución Directoral N° 010-2021- INACAL/DN Norma Técnica Peruana NTP-ISO 37301: 2021 Sistemas de gestión del compliance – Requisitos con orientación para su uso. Dicha norma, en cuanto a la confidencialidad y anonimato del denunciante se refiere, ya propone en el requisito 8.3 que las organizaciones deben establecer, implementar y mantener un proceso para promover y permitir las sospechas, informes de buena fe o violaciones reales de las obligaciones o política de compliance, y que incluyan el tratamiento de los informes de manera confidencial, así como aceptar informes anónimos.

Es así como podemos apreciar que los modelos de compliance según Casanovas (2021) fueron desarrollados inicialmente como programas y evolucionaron luego hacia los sistemas de gestión, los que además de ser un conjunto de elementos capaces de alcanzar los propósitos establecidos, enfatizan la secuencia e interacción entre ellos y se enfocan en el conjunto como un sistema integral (pp.33-34).

El programa de cumplimiento según Ugaz, Pérez, Tapia y Concepción (2018) es una medida preventiva, no es una vacuna definitiva. Aunque puede reducir o eliminar los riesgos, es más importante que se produzca un cambio cultural en los niveles superiores de dirección de una empresa, de modo que se apliquen las mejores prácticas de gobierno corporativo y se reduzcan las oportunidades de corrupción, delito, fraude u otras irregularidades. No basta con tener un programa formal (p.175).

Por el lado de la autoridad nacional en materia de derechos de competencia de las actividades económicas de las empresas del país, el Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (INDECOPI) planteó, en cuanto al anonimato se refiere, la disposición de una línea de denuncias anónimas con acceso mediante canales autorizados por la empresa, tales como teléfono, correo electrónico, intranet, página web o *WhatsApp*, mediante la emisión en el 2020 de la Guía de Programas de Cumplimiento de las

normas de Libre Competencia, norma voluntaria para ayudar a prevenir la comisión de infracciones y ayudar a mitigar el costo social que pudiera generar.

Si bien en el marco legal vigente podemos observar que los mecanismos de protección regulados hacen referencia únicamente a la confidencialidad de manera muy general, activándose esta ante una orden judicial de intervención en la persona jurídica por requerimiento del Ministerio Público; excluyen tácitamente la institución jurídica del anonimato como mecanismo de denuncia para el denunciante interno. Aun cuando el marco normativo no obliga a que las personas jurídicas implementen un modelo de prevención, incentiva a que los empleados y las partes interesadas de la persona jurídica puedan presentar sus denuncias sin la amenaza de que puedan sufrir algún tipo de represalia o sanción ulterior.

En España, el mecanismo de denuncia del whistleblower está regulado por la Directiva (UE) 2019/1937 (2019) del Parlamento Europeo, norma que permite que los estados miembros regulen la institución de confidencialidad, otorgando a los países miembros la libertad sobre la aceptación de las denuncias anónimas. Asimismo, obliga que las empresas con 50 o más trabajadores deben establecer canales de denuncia interna, independientemente de la naturaleza de sus actividades, dejando la libertad a los estados miembros de exigir a otras empresas el establecimiento de canales de denuncia interna en el caso de potenciales riesgos en el desarrollo de sus actividades.

Comparando el modelo de prevención establecido en la normativa legal peruana por medio de la ley N° 30424 (2016), de acuerdo con Fernández y Chanjan (2016) tiene gran similitud con la regulación española sobre responsabilidad penal de la persona jurídica luego de la reforma ocurrida en España en el 2015 (p. 372), por lo que podríamos inferir que las conclusiones que se obtengan acerca del mecanismo de denuncia del *whistleblower* regulado para el caso español serían aplicables a casos peruanos. Por otro lado, según el planteamiento de Quintero Olivares (2015) el sistema en el caso español como en el peruano, parece que se configura para que las personas jurídicas eviten responder penalmente, lo que cuestiona si la finalidad de ambos sistemas sea únicamente simular la pretensión, configurándose un modelo de responsabilidad penal infructuoso, el cual exime finalmente de esta a las empresas (pp. 78-80). Por su parte, Torrent (2020) señala una aparente exoneración de responsabilidad al *whistleblower* en el Código Penal español vigente, debido a la necesidad de asegurar la eficacia de las pruebas durante las investigaciones internas, presentándolo como un ejercicio de equilibrio entre los incentivos que se pueden ofrecer al

*whistleblower* para motivarlo y el legítimo derecho que tiene el denunciado de contar con un total conocimiento de los hechos que se le imputan (p. 99). Con la modificación del Código Penal español realizada mediante la Ley Orgánica 1/2015 (2015) se contempló como causa de exención la adopción de un modelo de prevención de delitos previamente a la comisión del delito, el que como mínimo deberá contener el requisito de imponer obligaciones de informar acerca de posibles riesgos e incumplimientos, no especificando el mecanismo de reporte por medio del cual debe comunicarse la información correspondiente a los presuntos hechos ilícitos, tal como inicialmente también lo previó la Ley N° 30424 (2016) cuyos elementos mínimos para el modelo de prevención son similares a los establecidos en el Código Penal español, lo que amplió la normatividad peruana mediante el D.S. N° 002-2019-JUS (2019), objeto del cual fue establecer, precisar y desarrollar los requisitos mínimos de los modelos de prevención. Cabe señalar que, tanto el Código Penal español como la Ley N° 30424 (2016) no hacen referencia a los mecanismos de denuncia del *whistleblower* tanto confidencial como anónima, los que si son señalados de manera expresa y detallada en la Directiva (UE) 2019/1937 (2019).

Por parte de los organismos de supervisión de los mercados de valores, tanto del español mediante el Código de Buen Gobierno de las Sociedades Cotizadas (2015) emitido por la Comisión Nacional del Mercado de Valores de España, como del peruano a cargo de la SMV mediante la aprobación de los “Lineamientos para la implementación y funcionamiento del modelo de prevención” mediante resolución SMV N° 006-2021-SMV-01, ambos incluyen dentro de los mecanismos del canal de denuncias la implementación de medidas que aseguren la confidencialidad y de igual manera prever supuestos en los que las comunicaciones puedan realizarse de forma anónima protegiendo la identidad del denunciante y protegiendo los derechos de ambos, denunciante y denunciado.

En cuanto a la jurisprudencia española la sentencia del Tribunal Supremo de Justicia de España de la Sala Penal N° STS 272/2020 destaca que la implantación del canal de denuncias forma parte integrante de las necesidades del programa de cumplimiento normativo, ya que quien pretenda o planea llevar a cabo irregularidades, conocerá que desde su entorno más directo puede producirse una denuncia anónima que determinará la apertura de una investigación que cercene de inmediato la misma. La sentencia considera la denuncia anónima desde el arranque de la investigación con una alta eficacia al constituir la y elevarla a “*notitia criminis*”, información que se sujetó a recaudos específicos dispuestos por la ley procesal y que produjo efectos jurídicos, para

finalmente buscar reforzar los mecanismos de protección en la denuncia del *whistleblower* en el seno de las organizaciones.

El fenómeno de americanización con origen en los Estados Unidos de Norte América, como Nieto et al. (2015, p. 27) plantea, y que con el cambio de siglo viene desarrollándose en los ordenamientos jurídicos europeos, los que han adoptado en los últimos años programas de buen gobierno corporativo orientados a las empresas cotizadas e influidas por la normatividad de la SEC de los Estados Unidos de Norte América. Asimismo, señala que los programas de cumplimiento se originaron de la autorregulación empresarial pasando luego al derecho positivo, el cual de manera independiente puede resultar poco eficaz en el aseguramiento de su cumplimiento si no se desarrolla de manera conjunta con otras herramientas de gestión dentro de las empresas (pp. 27-29). Es aquí donde nuevamente podríamos estar ante la necesidad de contar con herramientas que propongan la estandarización de los procesos relacionados a los modelos de prevención, tal como la norma internacional voluntaria ISO 37301:2021 – Sistemas de Gestión del *Compliance*.

En los Estados Unidos de Norte América, los mecanismos de denuncia están regulados por la Comisión de Sentencias mediante el apartado § 8B2.1(b)(5)(C): Programa de *Compliance* Efectivo, el que establece que los programas de *compliance* deben incluir mecanismos de confidencialidad y anonimato. Constituye un manual de directrices que ofrece incentivos a las organizaciones para reducir y, en última instancia, eliminar la conducta delictiva al proporcionar una base estructural a partir de la cual una organización puede autocontrolar su propia conducta mediante la implementación de un programa efectivo de cumplimiento.

De otro lado, la normatividad jurídica estadounidense permite al *whistleblower* realizar su denuncia por medio de canales de denuncia interno de manera confidencial o anónima, así como también puede realizar la denuncia externamente bajo los mismos mecanismos de confidencialidad o anonimato directamente ante la *Securities and Exchange Commission* – SEC, mediante el Programa Iniciativa de Denunciantes, programa creado por mandato de la Ley Dodd-Frank por el congreso estadounidense en el año 2010; a diferencia del organismo regulador peruano SMV, el cual emitió los Lineamientos para la Implementación y Funcionamiento del Modelo de Prevención únicamente como herramienta referencial para la implementación y funcionamiento de su modelo de prevención para las personas jurídicas.

De acuerdo con los resultados mostrados en el 2021 en el *Annual report to Congress – Whistleblower Program*, la *United States Securities and Exchange Commission* – SEC (2021)

recibió más de 12,000 denuncias durante el año fiscal 2021, siendo la mayor cantidad de denuncias recibidas en un año fiscal, las que fueron recibidas de personas de los Estados Unidos de Norte América, así como internacionalmente desde varios países, siendo la mayor cantidad de datos de denunciadores de Canadá, China y del Reino Unido. Del total de denuncias recibidas por la Comisión, más 6,000 se enviaron desde los Estados Unidos de Norte América o un territorio dentro de estos, lo que equivale alrededor del 53 %. Asimismo, más de 4,000 denuncias, que constituyen aproximadamente el 36 % se presentaron con una ubicación geográfica extranjera o nacional desconocida o fueron presentadas de forma anónima mediante un abogado, lo que muestra el alto grado o nivel de denuncias realizadas por *whistleblowers* de forma anónima.

Con base en la línea argumentativa del estudio de casos desarrollado en el capítulo 2, la validación de la eficacia en la detección del fraude ocupacional u organizacional como resultado de la implementación del canal de denuncias anónimo en las organizaciones de diferentes países, así como la relevancia económica y empresarial del problema de acuerdo con el análisis basado en investigaciones y/o encuestas realizadas a personas o grupos de personas, lo mismo que la influencia o impacto de la implementación y uso del canal de denuncias anónimo; la iniciaremos con la discusión del Caso 1: Estudio sobre la encuesta de KPMG desarrollado en Australia sobre uso de canales de denuncia anónimos llevado a cabo en el año 2015, caso en el cual Johansson & Carey (2015) llegaron a comprobar la hipótesis de la existencia de una asociación positiva entre la presencia de un CDA y el fraude denunciado, considerando que la Ley de Sociedades de Australia (2001) no obliga a las sociedades que cotizan en bolsa a implementar sistemas de denuncia por lo que se tomó solo a las empresas que hayan implementado de manera voluntaria un CDA, entorno ideal para investigar la efectividad de los CDA en la detección de fraudes. Los resultados apoyaron la hipótesis de la existencia de una relación positiva entre la presencia de un CDA y el fraude reportado, donde el subgrupo muestral de pequeñas empresas se beneficiaron con la implementación de un CDA mediante la asociación positiva con el fraude reportado, pero no en la submuestra de las grandes empresas, quizás limitado debido a que un CDA no solo pudiera servir como mecanismo de detección, sino como también servir como mecanismo de prevención, pudiendo haber ocurrido que el segundo efecto haya sido mayor que el primero afectando al subgrupo de las grandes empresas, lo cual no estaba dentro de alcance del estudio.

En segundo lugar mediante el Caso 2 se revisó el efecto de los canales de denuncia anónimos con base a la información presentada en los reportes de la *Association of Certified Fraud*

*Examiners* (ACFE) correspondientes a los años 2018, 2020 y 2022 desarrollado a nivel mundial, analizando y comparando el nivel de los fraudes detectados por datos de los denunciantes en cada zona mundial, si estos son denunciados por empleados o terceros de las organizaciones afectadas, y si contaban con línea *hotline*, para finalmente, conocer cuántas de estas denuncias eran anónimas. Dichos reportes se basan en los resultados de las más de 7,000 encuestas globales desarrolladas por los Examinadores Certificados sobre Fraude registrados en la ACFE durante cada uno de los tres últimos periodos revisados en más de 130 países, cuya cobertura en cuanto a países participantes tuvo una tendencia creciente, a la vez que el número de casos de fraude detectados mostró una tendencia decreciente, así como las pérdidas probadas como consecuencia de los fraudes detectados tuvo un comportamiento decreciente, donde inicialmente se pudo percibir un carácter de prevención en el canal de denuncias implementado.

Del análisis de los resultados se observó que alrededor del 70% de las organizaciones afectadas por los casos reportados contaban con una línea *hotline* implementada, donde la mayor proporción de las situaciones o esquemas de fraude fueron detectados por datos (tips) por los empleados o terceros llegando en promedio a 43% y siendo aproximadamente el 50% de estas canalizadas por los empleados, de las cuales el 15% en promedio fue reportado de forma anónima. Este es un primer punto donde apreciamos la eficacia al establecer una línea *hotline* que permita canalizar las denuncias, la mitad de estas reportadas por los empleados de las organizaciones afectadas proporcionando datos acerca de algún tipo de fraude, en las que aproximadamente el 15% utilizó el mecanismo de denuncia del anonimato. Asimismo, el uso de mecanismos de reporte utilizados por el *whistleblower* estuvo liderado por el reporte vía *hotline* quedando en segundo lugar el reporte vía correo electrónico; sin embargo, como expresamos anteriormente se observa una tendencia creciente de la segunda vía de denuncia en detrimento de la primera, sin embargo, la sumatoria de ambos mecanismos no se vio afectado en los periodos analizados, alcanzando en promedio el 67% del total de denuncias con una desviación estándar de 1%. Otro resultado que permite reforzar la hipótesis de la eficacia es que el 46% de las organizaciones víctimas de fraude que se negaron a remitir los casos a canales externos fue debido a que la disciplina interna, incluyendo al canal de denuncias anónimo, fue suficiente. Un punto final en el análisis de este caso que puede ser considerado en los criterios de la propuesta de nuestra investigación, es la limitación de recursos de las pequeñas empresas, así como la falta de conciencia o la tendencia a confiar



demasiado en sus empleados, lo que hizo que estas implementaran mecanismos de control antifraude a un ritmo mucho más bajo que las organizaciones más grandes.

El Caso 3 desarrollado en Estados Unidos de Norte América y en Alemania simultáneamente, se basó en la teoría de la trayectoria dependiente mediante la cual Lee, Pittroff & Turner (2018) nos explican cómo las decisiones que una persona física enfrenta ante cualquier circunstancia dada están limitadas por las decisiones que ella haya tomado en el pasado lo que llaman trayectoria dependiente, aunque las circunstancias pasadas ya no sean relevantes actualmente, y el estudio sostiene que la regulación sobre la denuncia de irregularidades no puede verse como un elemento único, sino que debe integrarse en todo el ámbito del gobierno corporativo, es así como un enfoque que es eficaz en el sistema de gobierno corporativo de un país debe probarse previamente en otro país para determinar si puede lograr los mismos resultados, lo que quiere decir que no puede realizarse el trasplante de la regulación de manera uniforme de un país sin haber previamente analizado la historia, la cultura, así como el sistema institucional que prevalece en el país en el cual se va a implementar, como fue el caso del estudio practicado simultáneamente en los Estados Unidos de Norte América y Alemania, el que dio como resultado la validación de la hipótesis principal de que los contadores estadounidenses tendrían una mayor intención de reportar un fraude tanto externa como internamente que los contadores alemanes. Asimismo, validó la hipótesis secundaria de que la protección contra represalias aumenta la intención de denuncia externa de los contadores estadounidenses, pero no tiene ningún efecto sobre la intención de denuncia externa o interna de los contadores alemanes, cuya orientación de valor hacia la denuncia de irregularidades es claramente diferente, en respuesta a las actitudes culturales propias de su sociedad.

Con relación al Caso 4 desarrollado en los Estados Unidos de Norte América, Kaplan & Schultz (2007) exploran por primera vez el impacto que tiene la presencia de un canal de denuncia interna anónimo vía *hotline* frente a los no anónimos y cómo éste puede afectar sistemáticamente las intenciones de denuncia mediante los canales de denuncia no anónimos. A diferencia de los estudios anteriores, en los cuales se analiza la eficacia desde otro punto de vista, tal como Johansson & Carey (2015) quienes la analizan desde la perspectiva de la relación positiva que existe en la implementación de un canal de denuncias anónimo (CDA) y el fraude reportado; o como los reportes ACFE, los que refuerzan el uso de la línea *hotline*, reportando un 15% del total de denuncias canalizadas por canales de denuncia anónimos; o también como Lee, Pittroff &

Turner (2018) quienes tiene un análisis bajo la visión de la trayectoria dependiente, mediante la cual debe considerarse la cultura, la historia y el sistema institucional al momento de intentar implementar la regulación y no realizar un trasplante uniforme; en este Caso 4, Kaplan & Schultz (2007) utilizaron en su estudio ambos canales de denuncia, el anónimo y el no anónimo, para finalmente demostrar que es menos probable que los participantes realicen sus denuncias utilizando canales de denuncia no anónimos cuando el sistema de denuncia también contenga un canal de denuncia anónima, lo que afianza nuestra hipótesis de investigación en cuanto a la eficacia de la implementación de este tipo de canal de denuncia, así como también el caso concluye que la mayor disponibilidad de estos canales impactarían en el costo de las empresas al utilizar en menor grado los canales de denuncia no anónimos.

Finalmente, llegamos al Caso 5 desarrollado en Brasil, en el que Rodrigues da Silva (2020) estudia de una manera práctica y fácil la presencia del canal de denuncias anónimo como variable independiente por un lado; y del otro lado, la intención de reportar problemas de cumplimiento como variable dependiente, utilizando la estructura y relación de estas variables de manera diferente a los casos anteriores; y, cuyos resultados no concluyeron en diferencias estadísticas significativas, sin embargo, estos hallazgos pueden reflejar la nula o baja difusión del canal de denuncias como mecanismo de denuncia en Brasil haciendo irrelevante su presencia en la toma de decisiones, variable que tendrá que considerarse en la propuesta de nuestro estudio de investigación. Adicionalmente el autor señala que la renuencia y el temor a las represalias pueden motivar a las personas a buscar el anonimato para garantizar cierta protección.

**Hipótesis específica:** La diferencia entre la confidencialidad y el anonimato en el procedimiento de denuncia interna es relevante.

La primera diferencia se presenta a nivel del *whistleblower*, y su importancia está referida a que la confidencialidad y el anonimato son instituciones mutuamente excluyentes al momento de hacer efectiva la comunicación mediante el canal de denuncias interno de las organizaciones, lo que da a entender que el denunciante deberá elegir entre una u otra. Aquí se origina la primera relevancia entre ambas debido a la importancia que le otorgará el denunciante a cada una de ellas con relación al nivel de protección que requerirá según el grado del potencial o actual ilícito que vaya a denunciar, con el fin de evitar posibles represalias de parte de algunos miembros de la organización si su identidad fuera conocida o revelada (Treviño, p. 66, 2018, citado por Ballesteros, 2020). De otro lado, según Ballesteros (2020, p. 66) el anonimato promoverá las

denuncias por la confianza que le otorga al denunciante acerca de las represalias; sin embargo, también puede motivar las denuncias falsas o de mala fe, las que se podrían contrarrestar con un sistema de depuración de denuncias. Por su parte, Nieto et al. (2015, p. 225) menciona que si la empresa opta por la implementación del canal de denuncias anónimas se ofrece mayor garantía al denunciante favoreciendo la eficacia del canal, ya que los trabajadores tendrán menor reticencia de usar la hotline al no estar obligados a identificarse neutralizando las posibles represalias como consecuencia de la delación.

La segunda diferencia se encuentra a nivel de la organización, al incluir el anonimato como mecanismo de denuncia en adición a la confidencialidad, lo que puede aumentar el nivel de prevención al funcionar como una herramienta disuasiva frente a la comisión de ilícitos dentro de las organizaciones, autorregulación relevante en cuanto a que el potencial infractor pudiera reducir sus intenciones de cometer el ilícito al estar expuesto ante cualquier revelación o comunicación anónima por parte de los trabajadores o terceros relacionados con las actividades de la empresa que pudiera denunciarlo. Asimismo, debe considerar la obligación legal de entregar información ante una eventual investigación externa. Artaza (2013, p. 564).

La tercera diferencia se observa a nivel de la eficacia al analizar las ventajas del anonimato, donde apreciamos que de una u otra manera, será también eficaz la implementación del anonimato en el canal de denuncias interno si está referido a la neutralización de las represalias por parte de la organización, relevancia que dada la naturaleza de la anonimidad se comprueba directamente; sin embargo, se presenta la desventaja o riesgo de la presentación de denuncias falsas o de mala fe, al utilizar este mecanismo como herramienta para ocasionar algún daño de manera intencional a los compañeros de trabajo o a un superior de la empresa.

Las denuncias anónimas de *whistleblowers* son una herramienta valiosa para detectar y exponer conductas ilegales o poco éticas en diferentes ámbitos, como el mundo empresarial o el sector público. Sin embargo, esta práctica también puede tener repercusiones negativas en los derechos de los denunciados, como el derecho de defensa, o los derechos fundamentales a la buena reputación y a la presunción de inocencia. En este contexto, es importante plantear qué garantías se deberían implementar para salvaguardar estos derechos.

El derecho fundamental al debido proceso consagrado en el inciso 3) del artículo 139° de la Constitución Política del Estado, no se limita a velar únicamente por el aspecto formal o procedimental (competencia y observancia del procedimiento), sino también, de acuerdo con la

sentencia casatoria CAS. 5734-2013-TACNA sumillada en el Boletín N° 26-2016/El Derecho Fundamental al Debido Proceso, a la protección que este conlleva a considerar el contenido sustancial de las decisiones. Esto exige la observación diligente de las normas de justicia sustentable, incluidas la razonabilidad, la proporcionalidad y la interdicción de la arbitrariedad.

Por un lado, las denuncias anónimas no permiten que los denunciados puedan defenderse adecuadamente, ya que no conocen la identidad del denunciante y, por lo tanto, no pueden investigar a fondo la veracidad de la acusación. Esto puede dar lugar a acusaciones falsas o injustas, que pueden dañar la reputación y la carrera de los denunciados, ya que pueden ser considerados culpables por el público incluso antes de demostrar su inocencia. Esta situación es especialmente preocupante en casos en los que las denuncias anónimas se producen en un entorno muy polarizado o en los que existen intereses personales o políticos.

Por otro lado, es importante destacar que las denuncias anónimas también pueden ser una herramienta crucial para denunciar conductas ilegales y poco éticas que, de otra manera, podrían pasar desapercibidas. Las denuncias anónimas pueden servir como una forma segura para los denunciantes de exponer la información sin temor a represalias o retaliaciones. De hecho, en muchos casos, las denuncias anónimas han sido cruciales para iniciar investigaciones que han llevado a procesos legales y a cambios significativos en las organizaciones.

Dadas ambas perspectivas, ¿Qué garantías se deberían implementar para salvaguardar los derechos de los denunciados?

La denuncia de actividades ilícitas o de comportamientos cuestionables en la empresa por parte de un *whistleblower* anónimo puede causar un impacto importante en la empresa y en la vida del denunciado. Por lo tanto, se deben implementar garantías para asegurar que los derechos del denunciado son salvaguardados durante el proceso y que el denunciante anónimo tiene protección adecuada.

En primer lugar, se debe garantizar que el denunciado tenga acceso a un debido proceso con procedimientos y políticas claras y transparentes sobre cómo se manejará internamente una denuncia anónima. Esto incluye la oportunidad de presentar pruebas y de ser escuchado durante el proceso. Además, es importante que el proceso sea justo y que se respeten todas las leyes y regulaciones aplicables.

En segundo lugar, se deben proporcionar garantías para proteger la privacidad del denunciado. Esto significa que se deben tomar medidas para evitar que su nombre se divulgue

públicamente antes de que se haya establecido su culpabilidad. Asimismo, se debe garantizar que la información de la que disponga el denunciante anónimo no sea falsa o malintencionada.

En tercer lugar, se debe garantizar que el denunciado sea protegido contra cualquier tipo de represalia o acoso. Las acciones de un *whistleblower* pueden crear tensión y conflictos dentro de la empresa, y en algunos casos, el denunciado pueda temer por su seguridad personal y laboral.

En resumen, la implementación de garantías adecuadas es esencial para proteger los derechos del denunciado y del *whistleblower* anónimo durante el proceso de investigación de una denuncia. Esto garantiza que se lleve a cabo un proceso justo y equitativo, que se respete la privacidad y seguridad de ambas partes y que se proteja la integridad de la empresa. Asimismo, estas garantías pueden fomentar una cultura de ética y responsabilidad en la empresa.

En los casos en que la investigación interna de la denuncia anónima del *whistleblower* sea la antesala de una investigación penal, en donde la anonimidad pierda consistencia y estén expuestos a posibles represalias, violaciones y abusos, las garantías que se pueden implementar para salvaguardar sus derechos, además de las señaladas para el denunciado, pueden ser las siguientes:

En primer lugar, el programa de cumplimiento deberá incluir dentro del procedimiento de investigación de denuncias internas, la rigurosidad de evitar que personas dentro de la organización tomen represalias contra el *whistleblower* tales como despidos, acoso y persecución, para los casos de presentación e investigación de denuncias de buena fe. Entre las medidas de protección que Puyol (2015) propone en su Modelo de Reglamentación de Canal de Denuncias figura que cualquier tipo de medida de discriminación, acoso o amenaza, entre otras, que experimente el denunciante por parte de un miembro, empleado o persona relacionada como consecuencia de la denuncia presentada, será investigada y sancionada con prontitud, y si estas medidas pudieran ser constitutivas de delito, se informará la autoridad competente (p. 94).

En segundo lugar, la asignación de una persona independiente y objetiva para proporcionar asesoramiento, apoyo y protección al *whistleblower* en todo momento. Este asesor deberá ser un experto no involucrado en el caso en cuestión, que tenga la experiencia y los conocimientos necesarios para apoyar y aconsejar al denunciante de manera efectiva.

En tercer lugar, proporcionar al *whistleblower* protección policial y vigilancia a su domicilio, lugar de trabajo y otros lugares importantes, para evitar posibles represalias por parte de terceros.

Por el lado de la empresa, Nieto et al. (2015) propone que las investigaciones internas relacionadas con procesos judiciales o administrativos iniciados o de previsible inicio sean dirigidas por un abogado externo para proteger eficazmente la información generada durante la investigación. Esto se debe a que las comunicaciones entre los miembros del equipo y cualquier documento escrito producido están protegidas por el privilegio del secreto profesional abogado-cliente cuando está presente un abogado externo. También se recomienda que la información sea salvaguardada por el abogado externo para evitar que se pueda acceder a ella mediante una orden de registro. Se argumenta que la independencia de un abogado interno se vería comprometida debido a su vínculo laboral con la empresa, que le obligaría a seguir las órdenes y estrategias empresariales de ésta (pp. 267-268).

El procedimiento de denuncias de acuerdo con los artículos 39° y 40° del reglamento de la Ley N° 30424 (2016) así como de las buenas prácticas de gestión incluyen: el canal de denuncias, los mecanismos de protección para el denunciante, los incentivos, la investigación interna y las medidas disciplinarias; y, por otro lado contamos con los Lineamientos para la implementación y funcionamiento del Modelo de Prevención establecidos por la SMV (2021), los que nos proporcionan un listado general de acciones que las personas jurídicas podrían adoptar, dentro del cual encontramos acciones relacionadas a los artículos de la Ley N° 30424 antes mencionados. En esa línea de análisis, para garantizar que el programa de cumplimiento sea eficaz en la recepción y trato de denuncias es necesario que el directorio de la persona jurídica garantice la adopción de prácticas tales como las que se detallan a continuación:

- Asegurar la autonomía, autoridad e independencia del encargado de prevención o *compliance officer* y que sus funciones estén libres de conflictos de intereses por lo que no corresponde que sea el responsable de diseñar e implementar el programa de cumplimiento normativo y luego realizar su evaluación. Sin dejar de lado la asignación de los recursos suficientes para el desempeño de sus funciones.
- Designar una persona u órgano que se encargue de la gestión del canal de denuncias y de realizar las investigaciones internas, pudiendo incluso ser externo a la persona jurídica. En la medida de lo posible, esta persona debe ser distinta al *compliance officer*, a fin de evitar conflicto de intereses. Del mismo modo que el *compliance officer* se le debe dotar de los recursos necesarios para la realización de sus funciones.

- Diseñar e implementar canales de denuncias presenciales o de modo virtual, que sean accesibles y difundidos a todos los trabajadores de la organización, así como también a las partes interesadas. Dichos canales deberían investigar mediante procedimientos establecidos las denuncias recibidas o también puede darse el encargo a una tercera parte distinta a la persona jurídica, cautelando la imparcialidad, independencia y objetividad de la persona u órgano que realiza la investigación.
- Implementar medidas orientadas a la confidencialidad o anonimato para proteger la identidad del denunciante y garantizar la seguridad de sus datos personales, incluso luego de finalizada la investigación, con el fin de promover que los colaboradores, directivos, socios comerciales y partes interesadas puedan realizar denuncias sin miedo a represalias, discriminación o consecuencias negativas por parte de la empresa, acciones represivas que pueden ser identificadas y prohibidas por la organización.
- Implementar medidas de seguridad para mantener la confidencialidad y protección de la información recibida a través del canal de denuncias. Esto incluye la custodia adecuada de la documentación.
- Designar a una persona u órgano responsable de establecer y aplicar las medidas disciplinarias o sanciones correspondientes, asegurando su objetividad e independencia. De ser posible, esta persona debe ser distinta a la que realiza la investigación interna.

Desde la perspectiva externa, al encontrarnos ante una probable continuación hacia una denuncia externa, la diferencia entre confidencialidad y anonimato desde el enfoque del proceso penal de acuerdo con Torrent (2020, pp. 98-100) resultará irrelevante en la etapa de investigación interna en la organización, pero no frente al requerimiento de un proceso penal, donde el derecho de defensa del investigado es un derecho fundamental consagrado en el artículo 139, inciso 14 de la Constitución Política del Perú y le garantiza que no quede en estado de indefensión. Es la práctica de equilibrio entre los incentivos al denunciante a fin de motivarlo y el legítimo derecho que posee el denunciado a contar con el conocimiento total de los hechos. La diferencia entre uno y otro es crucial en este caso ya que el ejercicio de defensa del denunciado puede generar una posible disminución de la relevancia.

No cabe duda de que, si la difusión y capacitación del canal de denuncias con sus mecanismos de confidencialidad y anonimato incluidos es nula o baja a los trabajadores de la organización, la diferencia entre ambos será irrelevante.

### 3.2 Propuesta

De acuerdo con lo revisado en el presente estudio de investigación, la normatividad legal peruana sobre modelos de prevención y sus mecanismos de denuncia y protección está regida por la Ley N° 30424: Ley que regula la responsabilidad administrativa de las personas jurídicas (2016) reglamentada por el D.S. N° 002-2019-JUS: Reglamento de la Ley N° 30424, (2019), documento en el cual se desarrolla el contenido del Modelo de Prevención, elemento principal de nuestra propuesta. De otro lado, por parte de la normativa regulatoria, esta está regulada por los “Lineamientos para la implementación y funcionamiento del modelo de prevención” aprobado mediante resolución SMV N° 006-2021-SMV-01.

La propuesta de política legislativa a presentar está referida a la inclusión obligatoria del modelo de prevención en las personas jurídicas, así como incluir el mecanismo de denuncia interna del anonimato con el mismo carácter. El alcance o ámbito de aplicación de la presente propuesta está definido en la actividad número 6 del flujograma mostrado en la Figura 9. Del mismo modo se presenta una propuesta de política regulatoria en los mismos términos que la legislativa.

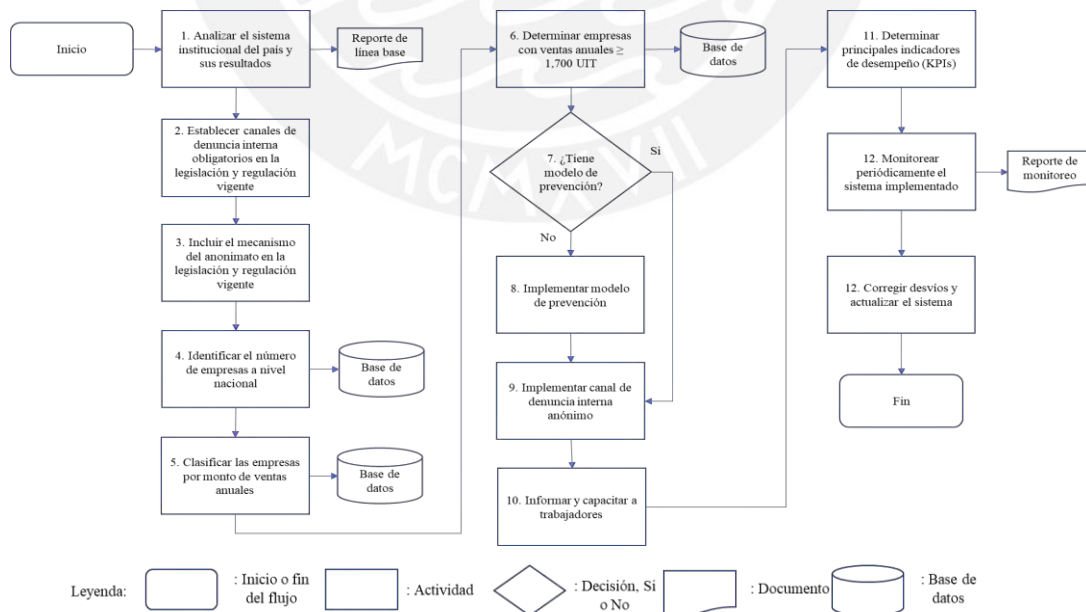


Figura 9. Proceso de desarrollo de estrategia de la propuesta de política legislativa y de política regulatoria.



A continuación, se detalla el contenido del flujograma presentado en la Figura 9, sobre la secuencia e interacción de las actividades planteadas en el proceso de la propuesta política legislativa y la propuesta política regulatoria para el tema de investigación:

1. Analizar el sistema institucional del país y sus resultados. Reporte de línea base.

En este punto el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, en coordinación con la SMV, deberá realizar un diagnóstico de la situación actual, a fin de conocer la línea base sobre la cual se iniciará el proceso de cambios y mejora propuesto a la normatividad actual. El documento final de esta actividad será el reporte de línea base, el cual determinará el nivel o grado de eficacia de la aplicación de dispositivos legales vigentes, la Ley N° 30424: Ley que regula la responsabilidad administrativa de las personas jurídicas (2016) y de su correspondiente reglamento normado por el D.S. N° 002-2019-JUS: Reglamento de la Ley N° 30424 (2019).

2. Establecer canales de denuncia interna obligatorios en la legislación y regulación vigente.

En esta actividad se desarrollará la propuesta mediante la modificación de la Ley N° 30424 y el D.S. N° 002-2019-JUS Reglamento de la Ley N° 30424, por el lado de la propuesta de política legislativa, y por el lado de la propuesta de política regulatoria, con la modificación de los “Lineamientos para la implementación y funcionamiento del modelo de prevención” aprobado mediante resolución SMV N° 006-2021-SMV-01; normatividad que deberá incluir la obligatoriedad de implementar canales de denuncia interna que permitan a los trabajadores o aquellos terceros relacionados con las actividades de la organización informar acerca de potenciales o actuales situaciones de incumplimientos o ilicitudes.

Las dificultades de hacer obligatoria legalmente la implementación de un programa de cumplimiento y canales de denuncia interna en las empresas puede resultar en un costo adicional, especialmente para aquellas que no tienen previo conocimiento sobre el tema. Implementar el programa y mantenerlo adecuadamente puede ser costoso debido a la necesidad de contratar personal adicional para el departamento de cumplimiento y la tecnología requerida para implementar el sistema de denuncias internas.

En segundo lugar, implementar un programa de compliance puede generar una carga adicional para los departamentos de recursos humanos y de cumplimiento o para el oficial de cumplimiento designado ya que deben garantizar que el sistema de denuncias internas esté en funcionamiento en todo momento y que se atiendan todas las denuncias. Además, los

departamentos de *compliance* pueden llevar a cabo investigaciones complejas y delicadas sobre posibles infracciones, lo que puede resultar exigente y costoso.

Otra dificultad que puede surgir es la cuestión de la privacidad y la seguridad de la información. Los sistemas de denuncia interna suelen requerir que los empleados proporcionen información confidencial, lo que puede generar preocupaciones sobre la privacidad y la seguridad. Por lo tanto, es fundamental que la empresa tenga medidas para garantizar la confidencialidad y seguridad de la información de los denunciantes.

Además, es posible que algunos empleados se vean reacios a denunciar posibles infracciones o irregularidades debido a posibles represalias. Esto puede ser un desafío para el programa de *compliance* ya que se espera que los empleados denuncien cualquier mala conducta. Por lo tanto, es importante que los empleados se sientan cómodos para hacer una denuncia sin temor a represalias, y que la empresa tenga medidas para proteger a los denunciantes.

Es principalmente por estas dificultades expuestas que solo se está incluyendo a las medianas y pequeñas empresas dentro del alcance de la obligatoriedad propuesta, de acuerdo a los límites considerados en el ítem 6 del presente flujograma. Estas empresas pueden estar mejor preparadas para asumir el costo y la complejidad que esto implica, y trabajar para garantizar una buena educación y participación de los empleados en este proceso. En este punto, la implementación de un programa de *compliance* puede requerir un cambio cultural en la empresa, especialmente si esta no ha tenido una cultura de ética y cumplimiento previamente, lo que implica educar a los empleados sobre las políticas y reglas de cumplimiento, y puede demandar un proceso de formación prolongado y constante para asegurar que todos los empleados entiendan el programa y sigan las políticas.

Por otro lado, Nieto et al. (2015) analiza la obligatoriedad de implantar un sistema de cumplimiento, la que puede depender de si se considera parte del deber de debida diligencia de los administradores. La *business judgement rule* a la que España se ha acogido, entre otros países, permite la discrecionalidad de los administradores a la hora de decidir si implantar o no un sistema de cumplimiento, pero esta decisión debe basarse en un grado suficiente de información. En las empresas medianas y grandes, la decisión de no implantar un programa de cumplimiento sólo debe tomarse tras un cuidadoso análisis de riesgos. Excluye a las pequeñas empresas las que generalmente mantienen una supervisión directa de la dirección y que operan en sectores de bajo riesgo, por lo que pueden ser una excepción, señala. Asimismo, el hecho de no realizar un análisis

de riesgos puede dar lugar a un incumplimiento del deber de diligencia debida de los administradores y a una posible responsabilidad social (p. 189). El análisis de riesgos que el autor propone viene a formar parte de lo que sería el programa de cumplimiento, ya que incluiría la identificación de los potenciales riesgos, su evaluación y las medidas de control que se deberían implementar para su mitigación, así como su posterior revisión y seguimiento.

En cuanto a los incentivos, hacer legalmente obligatorios los canales de denuncia interna puede tener un efecto significativo en la prevención de fraudes y otros delitos financieros dentro de las empresas. Los empleados que conocen estos canales es más probable que denuncien situaciones sospechosas. Esto puede ayudar a detectar malas prácticas antes de que se conviertan en problemas mayores.

En segundo lugar, la obligatoriedad de los canales de denuncia interna puede mejorar la reputación de la empresa. Los empleados, clientes, inversores y otros stakeholders valoran la transparencia y la ética empresarial. Si una empresa tiene canales de denuncia interna obligatorios, es más probable que su reputación se beneficie.

En tercer lugar, la obligatoriedad de los canales de denuncia interna puede traer beneficios en términos de cumplimiento normativo. Muchas empresas deben cumplir con leyes y regulaciones que exigen una gestión adecuada de los riesgos empresariales. Los canales de denuncia interna pueden ayudar a las empresas a cumplir con estas regulaciones, al tiempo que les permiten tomar medidas proactivas para evitar posibles problemas.

Por último, hacer legalmente obligatorios los canales de denuncia interna también puede mejorar la cultura empresarial y la moral del personal. Al establecer un entorno en el que los empleados se sientan cómodos.

### 3. Incluir el mecanismo del anonimato en la legislación y regulación vigente.

La propuesta es por incluir de forma obligatoria en la legislación vigente el canal de denuncias anónimo, mediante el cual el *whistleblower* pueda presentar información acerca de cualquier potencial o actual irregularidad o ilicitud dentro de las actividades de la organización.

### 4. Identificar el número de empresas a nivel nacional. Base de datos

Dentro de la propuesta será necesario identificar el número actual de empresas en el Perú mediante la información estadística que maneja el Instituto Nacional de Estadística e Informática – INEI, a fin de conocer el universo sobre el cual se realizará el análisis de las variables del proceso. Se utilizará los resultados de la Encuesta Nacional a Grandes, Medianas y Pequeñas Empresas que

está llevando a cabo el INEI hasta el 31 de diciembre del 2022, la cual recopilará información económica y financiera para la investigación estadística que forma parte del V Censo Nacional Económico 2022 autorizado mediante Resolución Jefatural N° 117-2022-INEI. Se llevará a cabo mediante un diseño muestral aplicable vía web a las empresas del área urbana del país seleccionadas previamente por la Dirección Nacional de Censos y Encuestas del INEI, las que desarrollaron alguna actividad económica en el territorio nacional y cuyos ingresos por sus ventas anuales fueron mayores a 150 UIT durante el ejercicio contable 2021.

5. Clasificar las empresas por monto de ventas anuales. Base de datos

Así como se detalla en el desarrollo propuesto de la actividad anterior, igualmente en la presente actividad se propone utilizar la base de datos que consolidará el INEI al finalizar la Encuesta Nacional a Grandes, Medianas y Pequeñas Empresas.

6. Determinar empresas mayores a 50 trabajadores o con ventas anuales superiores a 1,700 UIT. Base de datos

En el caso de esta actividad, el propósito es conocer el alcance o ámbito de aplicación de la propuesta; es decir, sobre qué universo se implementará la modificación propuesta, la cual se estaría acotando a la mediana y gran empresa, tomando como referencia la regulación española vigente en la Directiva (UE) 2019/1937 del Parlamento Europeo y del Consejo (2019), norma en cuyo artículo 8, numeral 3, prescribe que las empresas con 50 o más trabajadores deben estar sujetas a la obligación de establecer canales de denuncia interna. El límite inicial propuesto está alineado con la clasificación para efectos del modelo de prevención establecida en el artículo 3° del D.S. N° 002-2019-JUS. Se guardará el registro correspondiente en la base de datos. Asimismo, en el caso de entidades jurídicas del sector privado que no prevean canales de denuncia interna, los *whistleblowers* puedan informar externamente a las autoridades competentes y gocen de protección frente a posibles represalias.

La razón principal de la acotación a la mediana y gran empresa es debido a que las pequeñas y medianas empresas (PYMES) pueden enfrentar restricciones significativas cuando intentan implementar programas de cumplimiento (*compliance*) que incluyan un canal de denuncia anónimo. Estas restricciones provienen de una variedad de fuentes, incluyendo falta de recursos y presupuesto limitado. Nieto et al. (2015) señala que no existe una estandarización del cumplimiento normativo en las pequeñas empresas igual al que se ha obtenido en las grandes empresas (p. 204).

En primer lugar, las PYMES pueden carecer de los recursos necesarios para implementar un programa de cumplimiento y un canal de denuncia adecuados. Esto puede deberse a varios factores, como la falta de personal con la capacitación adecuada, la ausencia de tecnología y herramientas necesarias para crear y administrar un canal de denuncia efectivo, e incluso la simple falta de tiempo y energía por parte de los empleados.

Además, las PYMES también pueden tener un presupuesto limitado, lo que puede hacer que la implementación de un programa de cumplimiento y un canal de denuncia anónimo sea costoso y difícil de implementar. Esto puede ser especialmente problemático para las PYMES que ya luchan por mantenerse a flote y enfrentan presiones financieras significativas.

Otra restricción importante es la falta de cultura de ética y cumplimiento en muchas PYMES. En muchos casos, los empleados y propietarios de PYMES pueden no estar familiarizados con el concepto de programas de cumplimiento y canales de denuncia anónimos, y no entender la importancia de tales medidas para prevenir la corrupción y otras prácticas ilegales. Es posible que no estén dispuestos a invertir tiempo y recursos en iniciativas que perciben como irrelevantes o que no ven como una prioridad.

Finalmente, las PYMES también pueden enfrentar barreras culturales y lingüísticas cuando intentan implementar programas de cumplimiento y canales de denuncia anónimos. Es posible que los empleados no hablen el mismo idioma o que no comprendan las regulaciones y normas de cumplimiento, lo que dificulta la implementación de un canal de denuncia efectivo.

Sin embargo, Nieta et al. (2015) indica que es importante tener en cuenta que estos programas son cruciales para prevenir la corrupción y otras prácticas ilegales, y es fundamental que las PYMES los implementen en la medida de lo posible. Para superar estas restricciones, las PYMES pueden considerar trabajar externalizando los servicios de cumplimiento contratando expertos en cumplimiento y ética, similar a lo que ya se viene dando con los servicios externos en prevención de riesgos ocupacionales o; contratando líneas externas de whistleblowing; así como también buscar soluciones tecnológicas más asequibles y accesibles para crear canales de denuncia eficaces y seguros (p. 204).

Es posible explica Ugaz et al. (2018) que las pequeñas empresas no puedan permitirse costosos procesos de cumplimiento, pero debido a su estructura corporativa más sencilla, pueden realizar ajustes fundamentales como tener un código ético, una formación mínima para el personal y un sistema para captar denuncias anónimas de conducta funcional. También pueden obtener

niveles básicos de programas de cumplimiento a través de servicios de asesoramiento asequibles o investigando empresas similares en internet.

7. ¿Tiene modelo de prevención?

En el proceso de la modificación propuesta a la legislación, se identificará si la persona jurídica cuenta o no con un modelo de prevención implementado en su organización. Si cuenta con uno se pasará a la actividad número 9, si carece de éste pasará a la actividad número 8. El modelo de prevención estará de acuerdo con los elementos mínimos señalados en el artículo 33°, y cuyo numeral 3 del D.S. N° 002-2019-JUS establece que como uno de estos la implementación de procedimientos de denuncia que permitan reportar cualquier intento, sospecha o acto de un delito, así como de cualquier otro acto que determine el incumplimiento o debilidad del modelo de prevención; y de otro lado, en el artículo 39°, numeral 2, literal a), el que pueden consistir en líneas telefónicas, buzones de correo electrónico exclusivos, sistemas de denuncia en línea, reportes presenciales u otros que la organización considere idóneos, los mismos que pueden estar administrados por esta misma o por un tercero.

8. Implementar modelo de prevención.

La implementación del modelo de prevención será para aquellas personas jurídicas identificadas en el ítem anterior y que no cuentan con uno.

9. Implementar canal de denuncia interna anónimo.

La obligación de establecer canales de denuncia interna se aplicará en las personas jurídicas, independientemente de la naturaleza de sus actividades, mecanismo que deberá asegurar la confidencialidad y, en cualquier caso, prever supuestos en los que las comunicaciones puedan realizarse de forma anónima, respetando los derechos del denunciante y denunciado. De la misma forma, la implementación de un canal de denuncia anónimo como mecanismo de denuncia interna y que al mismo tiempo funcione como un mecanismo de protección para el *whistleblower* será de carácter obligatorio para las personas jurídicas que estén dentro del alcance de la presente propuesta de modificación normativa definido en el ítem 6 de la presente relación de actividades. La denuncia anónima puede comunicarse también mediante un representante del *whistleblower* anónimo, a fin de preservar su anonimato.

10. Informar y capacitar a los trabajadores.

En concordancia con el artículo 41° del D.S. N° 002-2019-JUS, la persona jurídica debe difundir y capacitar periódicamente el modelo de prevención que permita una cultura de integridad corporativa frente a la comisión de delitos.

11. Determinar principales indicadores de desempeño (KPIs).

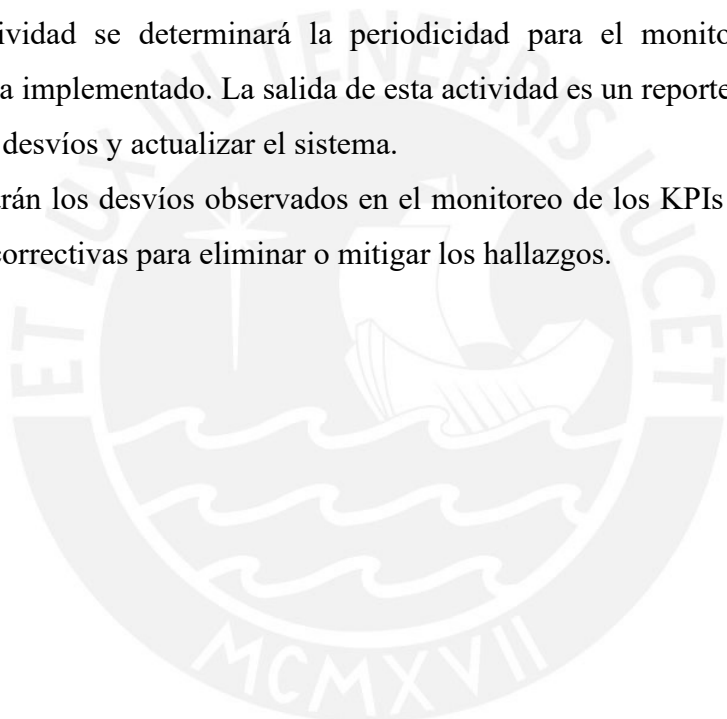
En cuanto a la eficacia, todo proceso debe ser sujeto de medición mediante la determinación de variables internas relacionadas con las actividades de este, así como aquellas relacionadas a sus resultados. Estas variables permitirán definir cuáles serán los principales indicadores de desempeño.

12. Monitorear periódicamente el sistema implementado. Reporte de monitoreo.

En esta actividad se determinará la periodicidad para el monitoreo del modelo de prevención o sistema implementado. La salida de esta actividad es un reporte de monitoreo.

13. Corregir desvíos y actualizar el sistema.

Se identificarán los desvíos observados en el monitoreo de los KPIs del proceso a fin de tomar las acciones correctivas para eliminar o mitigar los hallazgos.



## Conclusiones

Con relación al capítulo 1 presentamos las siguientes conclusiones:

Muchas normas de gobierno corporativo no son imperativas y, por lo tanto, una definición jurídica basada en la creencia de que constituye un conjunto de normas imperativas es incompleta. El gobierno corporativo es un conjunto de prácticas y principios que fomentan la transparencia, la integridad y la ética en las empresas. Por otro lado, el *compliance* se refiere a la gestión de riesgos y la implementación de políticas y procedimientos para cumplir con las leyes y regulaciones pertinentes. Existe una relación interna entre ambos conceptos, ya que el gobierno corporativo puede facilitar el cumplimiento normativo y viceversa. Asimismo, se determinan prácticas que son comunes a ambos.

La implementación ineficaz o nula del programa de cumplimiento puede afectar la rentabilidad de la empresa, enfrentar sanciones legales, así como daños a la reputación de la empresa.

Un programa de cumplimiento completo, que incluye políticas y procedimientos establecidos, capacitación de empleados, monitoreo y auditoría continua, y sanciones efectivas para aquellos que incumplen la ley o las políticas de la empresa, es esencial para que un canal de denuncia interno sea eficaz y para garantizar el cumplimiento legal y la ética empresarial.

Un programa de cumplimiento puede considerarse eficaz si cuenta con un canal de denuncias interno que cuente con medidas de protección que garanticen la confidencialidad y el anonimato de los *whistleblowers* vinculados a la empresa, así como mitigar el temor ante represalias y asegurar la correcta investigación sobre los hechos denunciados contribuyendo en la evolución del programa de cumplimiento en el sentido que puede convertirse también en un canal de consultas para el personal. Pero no deja de remarcar que la desventaja es que se pueda fomentar o aumentar el riesgo de que el canal o línea de denuncias sea utilizado para realizar denuncias falsas o de mala fe.

La denuncia puede ser presentada ante el órgano pertinente, el que se investiga y toma medidas correctivas, donde el *whistleblower* puede mantenerse en el anonimato. En el ámbito penal el *whistleblower* debería revelar su identidad y presentar pruebas contundentes suficientes para justificar la denuncia.

La confidencialidad y el anonimato son mecanismos de protección del *whistleblower* mutuamente excluyentes, es decir, si el denunciante opta por el mecanismo confidencial o no



anónimo, automáticamente excluye el anonimato; mientras que, si opta por el mecanismo de denuncia del anonimato, no procede la aplicación de la confidencialidad en cuanto a la identidad del denunciante. Permitir el anonimato en un modelo de prevención puede contribuir a reducir la barrera para denunciar por temor a represalias.

Las normas peruanas Ley N° 30424 y su modificatoria por Ley N° 31740, establece la implementación del modelo de prevención o compliance en las personas jurídicas de manera voluntaria, asimismo regula la institución jurídica de la confidencialidad para el denunciante mas no el anonimato; así como tampoco lo incluye la guía de la SMV para la implementación del modelo de prevención. Por parte del INDECOPI si considera tanto la confidencialidad como el anonimato en la Guía de Programas de Cumplimiento de las normas de Libre Competencia.

La experiencia comparada especialmente en el caso de Estados Unidos de Norte América presenta una práctica que emana de un ordenamiento jurídico diferente al peruano y al español lo que hace necesario un proceso de adaptación sostenible a este modo de gestión empresarial para alcanzar una sólida práctica judicial y empresarial.

La normatividad norteamericana incluye los mecanismos de la confidencialidad y el anonimato para el *whistleblower*, tanto en las *Sentencing Guidelines*, la norma *Sarbanes-Oxley Act* como en la *Ley Dodd-Frank de la United States Securities and Exchange Commission – SEC*.

La legislación española al adoptar la Directiva (UE) 2019/1937 del Parlamento Europeo y del Consejo establece la obligación para las empresas con 50 o más trabajadores de establecer canales de denuncia interna. Los estados miembros pueden decidir exigir a las entidades jurídicas la aceptación de denuncias anónimas.

Con relación al capítulo 2 presentamos las siguientes conclusiones:

El primer caso, desarrollado por Johansson & Carey (2015) comprobó la existencia de una relación positiva entre la presencia de un canal de denuncia anónimo y el fraude denunciado, bajo un ámbito de aplicación de las empresas que lo hayan implementado de manera voluntaria, entorno ideal para investigar la efectividad de estos canales en la detección de fraudes. Los resultados fueron más favorables en las pequeñas empresas, pero no en las grandes empresas, quizás debido a que un canal de denuncia anónimo no solo pudiera servir como mecanismo de detección, sino como también servir como mecanismo de prevención, pudiendo haber ocurrido que el segundo efecto haya sido mayor que el primero.

El análisis de las estadísticas del segundo caso, desarrollado por la *Association of Certified Fraud Examiners* (ACFE) correspondientes a los años 2018, 2020 y 2022 presentó las siguientes conclusiones que permitieron reforzar la hipótesis de la eficacia:

Las estadísticas demostraron la eficacia al establecer una línea hotline que permita canalizar las denuncias internas, la mitad de estas reportadas por los empleados de las organizaciones afectadas proporcionando datos acerca de algún tipo de fraude, en las que aproximadamente el 15% utilizó el mecanismo de denuncia del anonimato. Asimismo, el uso de mecanismos de reporte utilizados por el *whistleblower* estuvo liderado por el reporte vía *hotline* quedando en segundo lugar el reporte vía correo electrónico.

El 46% de las organizaciones víctimas de fraude que se negaron a remitir los casos a canales externos fue debido a que la disciplina interna, incluyendo al canal de denuncias anónimo, fue suficiente.

La limitación de recursos de las pequeñas empresas, así como la falta de conciencia o la tendencia a confiar demasiado en sus empleados, influyó que estas implementaran mecanismos de control antifraude a un ritmo mucho más bajo que las organizaciones más grandes.

El caso 3 desarrollado en Estados Unidos de Norte América y en Alemania simultáneamente, se basó en la teoría de la trayectoria dependiente planteada por Lee, Pittroff & Turner (2018) quienes explicaron cómo las decisiones que una persona física enfrenta ante cualquier circunstancia dada están limitadas por las decisiones que ella haya tomado en el pasado, concluyendo que no puede realizarse el trasplante de la regulación de manera uniforme de un país a otro sin haber previamente analizado la historia, la cultura, así como el sistema institucional que prevalece en el país en el cual se va a implementar, como fue el caso del estudio practicado simultáneamente en los Estados Unidos de Norte América y Alemania.

El caso 4 desarrollado por Kaplan & Schultz (2007) quienes utilizaron en su estudio ambos canales de denuncia, el anónimo y el no anónimo, para finalmente demostrar que es menos probable que los participantes realicen sus denuncias utilizando canales de denuncia no anónimos cuando el sistema de denuncia también contenga un canal de denuncia anónima, así como también el caso concluye que la mayor disponibilidad de estos canales impactarían en el costo de las empresas al utilizar en menor grado los canales de denuncia no anónimos.

El caso 5 desarrollado en Brasil por Rodrigues da Silva (2020) estudió por un lado la presencia del canal de denuncias anónimo; y del otro lado, la intención de reportar problemas de

cumplimiento como variable dependiente, cuyos resultados no concluyeron en diferencias estadísticas significativas, sin embargo, estos hallazgos reflejaron cómo la nula o baja difusión del canal de denuncias como mecanismo de denuncia hacen irrelevante su presencia en la toma de decisiones.

Con relación al capítulo 3 presentamos las siguientes conclusiones:

La confidencialidad y el anonimato son instituciones mutuamente excluyentes al momento de hacer efectiva la comunicación mediante el canal de denuncias interno de las organizaciones, lo que da a entender que el denunciante deberá elegir entre una u otra.

El anonimato como mecanismo de denuncia en adición a la confidencialidad, puede aumentar el nivel de prevención al funcionar como una herramienta disuasiva frente a la comisión de ilícitos dentro de las organizaciones.

La implementación del anonimato será también eficaz en el canal de denuncias interno si está referida a la neutralización de las represalias por parte de la organización.

Desde la perspectiva externa, al encontrarnos ante una probable continuación hacia una denuncia externa, la diferencia entre confidencialidad y anonimato desde el enfoque del proceso penal resultará irrelevante en la etapa de investigación interna en la organización.

## Referencias

- Alapont, J. (2020). Retos jurídicos en el marco de las investigaciones internas corporativas: A propósito de los compliances. *Revista electrónica de ciencia penal y criminología*, 22(4), 1-34. <http://criminet.ugr.es/recpc/22/recpc22-04.pdf>
- Artaza, O. (2013). Sistemas de prevención de delitos o programas de cumplimiento. Breve descripción de las reglas técnicas de gestión del riesgo empresarial y su utilidad en sede jurídico penal. *Política criminal*, 8(16), 544-573. <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-33992013000200006>
- Association of Certified Fraud Examiners [ACFE]. (2018). Report to the nations. 2020 Global study on occupational fraud and abuse. <https://www.acfe.com/fraud-resources/report-to-the-nations-archiv>
- Association of Certified Fraud Examiners [ACFE]. (2020). Report to the nations. 2020 Global study on occupational fraud and abuse. <https://legacy.acfe.com/report-to-the-nations/2020/>
- Association of Certified Fraud Examiners [ACFE]. (2022). Occupational fraud 2022: A report to the nations. [https://legacy.acfe.com/report-to-the-nations/2022/?\\_ga=2.236334661.510444066.1652640302-490683272.1652497774](https://legacy.acfe.com/report-to-the-nations/2022/?_ga=2.236334661.510444066.1652640302-490683272.1652497774)
- Ayers, S., & Kaplan, S. (2005). Wrongdoing by Consultants: An Examination of Employees' Reporting Intentions. *Journal of Business Ethics*, 57(2), 121–137. <https://doi-org.ezproxybib.pucp.edu.pe/10.1007/s10551-004-4600-0>
- Ballesteros Sánchez, J. (2020). Pautas y recomendaciones técnico-jurídicas para la configuración de un canal de denuncias eficaz en organizaciones públicas y privadas. La perspectiva española. *Derecho PUCP*, (85), 41-78. <https://doi.org/10.18800/derechopucp.202002.002>
- Black's Law Dictionary, 8va Ed. (2004). <https://thelawdictionary.org/>
- Casanovas, A. (2021). Guía práctica de compliance según la Norma ISO 37301:2021. Aenor Internacional, S.A.U. <https://tienda.aenor.com/libro-guia-practica-de-compliance-segun-la-norma-iso-37301-2021-20042>
- Comisión Nacional del Mercado de Valores de España. (2015). *Código de Buen Gobierno Corporativo de las Sociedades Cotizadas*. Revisado en junio 2020. [https://www.cnmv.es/DocPortal/Publicaciones/CodigoGov/CBG\\_2020.pdf](https://www.cnmv.es/DocPortal/Publicaciones/CodigoGov/CBG_2020.pdf)
- Congreso de la República del Perú. (2023). *Ley N° 31775*. Ley que modifica el código penal, Decreto Legislativo 635, a fin de precisar el tipo penal del delito de abuso del poder económico, y el Decreto Legislativo 1034, decreto legislativo que aprueba la ley de represión de conductas anticompetitivas, para combatir los cárteles y fomentar la libre competencia. <https://busquedas.elperuano.pe/normaslegales/ley-que-modifica-el-codigo-penal-decreto-legislativo-635-a-ley-n-31775-2184892-5/>

- Congreso de la República del Perú. (2023). *Ley N° 31740*. Ley que modifica la Ley 30424, Ley que regula la responsabilidad administrativa de las personas jurídicas, para fortalecer la normativa anticorrupción referida a las personas jurídicas y promover el buen gobierno corporativo. <https://busquedas.elperuano.pe/download/url/ley-que-modifica-la-ley-30424-ley-que-regula-la-responsabil-ley-n-31740-2177547-1>
- Congreso de la República del Perú. (2021). *Proyecto de Ley N° 676/2021-PE*. Ley que modifica la Ley 30424, Ley que regula la responsabilidad administrativa de las personas jurídicas, para fortalecer la normativa anticorrupción referida a las personas jurídicas y promover el buen gobierno corporativo. [https://wb2server.congreso.gob.pe/spley-portal-service/archivo/MzQ0ODI=/pdf/AU\\_676%20%20%20OBSERVADA](https://wb2server.congreso.gob.pe/spley-portal-service/archivo/MzQ0ODI=/pdf/AU_676%20%20%20OBSERVADA)
- Congreso de la República del Perú. (2018). *Ley N° 30835*. Ley que modifica 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. <https://spij.minjus.gob.pe/spij-ext-web/detallenorma/H1212953>
- Congreso de la República del Perú. (2017). *Decreto Legislativo N° 1352*. Decreto Legislativo que amplía la responsabilidad administrativa de las personas jurídicas. <https://spij.minjus.gob.pe/spij-ext-web/detallenorma/H1171671>
- Congreso de la República del Perú. (2016). *Ley N° 30424*. Ley que regula la responsabilidad administrativa de las personas jurídicas por el delito de cohecho activo transnacional. <https://spij.minjus.gob.pe/spij-ext-web/detallenorma/H1151488>
- Congreso de la República del Perú. (2011). *Ley N° 29733*. Ley de protección de datos personales. <https://spij.minjus.gob.pe/spij-ext-web/detallenorma/H1034642>
- Congreso de la República del Perú. (2008). *Decreto Legislativo N° 1034*. Decreto Legislativo que aprueba la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas. <https://www.indecopi.gob.pe/documents/51771/196578/dl1034.pdf/66c0472e-46de-4eb3-b872-7369c5279583>
- Congreso de la República del Perú. (1993). *Constitución Política del Peru*. <https://spij.minjus.gob.pe/spij-ext-web/detallenorma/H682678>generales de España.
- Cortes Generales de España. 2018. *Ley Orgánica 3/2018*. Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales. <https://www.boe.es/buscar/pdf/2018/BOE-A-2018-16673-consolidado.pdf>
- Cortes Generales de España. 2023. *Ley 2/2023*. Ley reguladora de la protección de las personas que informen sobre infracciones normativas y de lucha contra la corrupción. <https://www.boe.es/buscar/pdf/2023/BOE-A-2023-4513-consolidado.pdf>

- Criminal Division of the U.S. Department of Justice and the Enforcement Division of the U.S. Securities and Exchange Commission (2020). A Resource Guide to the U.S. Foreign Corrupt Practices Act. <https://www.sec.gov/spotlight/fcpa/fcpa-resource-guide.pdf>
- Defensoría del Pueblo del Perú. (2000). Situación de la libertad de expresión en el Perú. *Serie Informes Defensoriales*, (40). [https://www.defensoria.gob.pe/wp-content/uploads/2018/05/informe\\_48.pdf](https://www.defensoria.gob.pe/wp-content/uploads/2018/05/informe_48.pdf)
- Ezcurra, A., Bariola, N., Naters, L., & Romero, L. (2007). *Iniciarse en la redacción universitaria: exámenes, trabajos y reseñas*. Pontificia Universidad Católica del Perú. <http://textos.pucp.edu.pe/pdf/1706.pdf>
- Espín, R. (2017). *El canal de denuncias internas en la actividad empresarial como instrumento del Compliance* [Tesis doctoral, Universidad Autónoma de Barcelona]. [https://ddd.uab.cat/pub/tesis/2017/hdl\\_10803\\_458436/roes1de1.pdf](https://ddd.uab.cat/pub/tesis/2017/hdl_10803_458436/roes1de1.pdf)
- Federal Register of Legislation of Australia (2018). *Corporations Act 2001*. <https://www.legislation.gov.au/Details/C2018C00031/Download>
- Fernández, C., & Chanjan, R. (2016). La responsabilidad penal de las personas jurídicas: un estudio comparado entre España y el Perú. *Derecho PUCP*, (77), 349-379. <https://doi.org/10.18800/derechopucp.201602.014>
- Instituto Nacional de Calidad. (2021). Norma Técnica Peruana NTP-ISO 37301: 2021 Sistemas de gestión del compliance. Requisitos con orientación para su uso. <https://salalecturavirtual.inacal.gob.pe:8098/detalle.aspx?id=32944&idtv=8948>
- Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual [INDECOPI]. (2020). Guía del programa de cumplimiento de las normas de libre competencia. <https://www.indecopi.gob.pe/-/el-indecopi-presenta-la-guia-del-programa-de-cumplimiento-de-las-normas-de-libre-competencia-que-busca-promover-una-mayor-cultura-de-competencia-en-el>
- Instituto Nacional de Estadística e Informática [INEI]. (2022). *Resolución Jefatural N° 117-2022-INEI*. Autorizan ejecución de la “Encuesta Nacional a Grandes, Medianas y Pequeñas Empresas V Censo Nacional Económico - V CENEC”. [http://censos.inei.gob.pe/fase2economico/Documentos/RJ\\_EL\\_PERUANO\\_VCENEC.pdf](http://censos.inei.gob.pe/fase2economico/Documentos/RJ_EL_PERUANO_VCENEC.pdf)
- International Organization for Standardization [ISO]. (2021). Estándar internacional ISO 37301. Sistemas de gestión del compliance – Requisitos con guía para su uso. <https://www.iso.org/standard/75080.html>
- Johansson, E., & Carey, P. (2016). Detecting Fraud: The Role of the Anonymous Reporting Channel. *Journal of Business Ethics*, 139(2), 391–409. <https://doi.org.ezproxybib.pucp.edu.pe/10.1007/s10551-015-2673-6>

- Khan, J., Saeed, I., Zada, M., Ali, A., Contreras-Barraza, N., Salazar-Sepúlveda, G., & Vega-Muñoz, A. (2022). Examining whistleblowing intention: The influence of rationalization on wrongdoing and threat of retaliation. *International Journal of Environmental Research and Public Health*, 19(3). <https://doi.org/10.3390/ijerph19031752>
- Kaplan, S., & Schultz, J. (2007). Intentions to report questionable acts: An examination of the influence of anonymous reporting channel, internal audit quality, and setting. *Journal of Business Ethics*, 71(2), 109–124. <https://doi-org.ezproxybib.pucp.edu.pe/10.1007/s10551-006-0021-6>
- Lee, G., Pittroff, E., & Turner, M. J. (2018). Is a uniform approach to whistle-blowing regulation effective? Evidence from the United States and Germany. *Journal of Business Ethics*, 163(3), 553–576. <https://doi-org.ezproxybib.pucp.edu.pe/10.1007/s10551-018-4023-y>
- Leo-Castela, J., Sánchez, J. (2020). Autorregulación e imputación penal de la persona jurídica en España y Chile. *Política Criminal: Revista Electrónica Semestral de Políticas Públicas en Materias Penales*, 15 (30), 639-669. <https://web-s-ebsohost-com.ezproxybib.pucp.edu.pe/ehost/pdfviewer/pdfviewer?vid=1&sid=8f50737b-3c08-4055-8276-c00f95948e0c%40redis>
- 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. *Boletín Oficial del Estado*, 152, de 23 de junio de 2010. <https://www.boe.es/buscar/pdf/2010/BOE-A-2010-9953-consolidado.pdf>
- 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. *Boletín Oficial del Estado*, 77, de 31 de marzo de 2015. <https://www.boe.es/buscar/pdf/2015/BOE-A-2015-3439-consolidado.pdf>
- Ministerio de Justicia del Perú. (2019). Reglamento de la ley N° 30424, Ley que regula la responsabilidad administrativa de las personas jurídicas. <https://spij.minjus.gob.pe/spij-ext-web/detallenorma/H1225712>
- Ministerio de Justicia del Perú. (2013). Reglamento de la Ley N° 29733, Ley de protección de datos personales/ [Decreto Supremo N° 003-2013]. <https://spij.minjus.gob.pe/spij-ext-web/detallenorma/H1075450>
- Nieto Martín, A. (2018). La responsabilidad penal de las personas jurídicas en Perú: consideraciones desde una perspectiva comparada. *Boletín académico Estudio Oré Guardia*, 48, 9-19. <https://oreguardia.com.pe/la-responsabilidad-penal-de-las-personas-juridicas-en-el-peru-consideraciones-desde-una-perspectiva-comparada/>
- Nieto Martín, A., Lascuraín, J., Blanco, I., Pérez, P., García, B. (2015). *Manual de cumplimiento penal en la empresa*. Tirant lo Blanch.

- Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito [UNODC]. (2013). Programa anticorrupción de ética y cumplimiento para las empresas: Guía práctica. [https://www.unodc.org/documents/corruption/Publications/2013/13-85255\\_Ebook.pdf](https://www.unodc.org/documents/corruption/Publications/2013/13-85255_Ebook.pdf)
- Organización de los Estados Americanos [OEA]. (1969). Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José). [https://www.oas.org/dil/esp/tratados\\_b-32\\_convencion\\_americana\\_sobre\\_derechos\\_humanos.htm](https://www.oas.org/dil/esp/tratados_b-32_convencion_americana_sobre_derechos_humanos.htm)
- Organización de Naciones Unidas. (1948). Declaración Universal de Derechos Humanos. <https://www.un.org/es/about-us/universal-declaration-of-human-rights>
- Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos [OCDE], Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito [UNODC] y Grupo Banco Mundial (2013). Ética anticorrupción y elementos de cumplimiento manual para empresas. <https://www.unodc.org/documents/corruption/Publications/2014/Etica-Anticorruption-Elementos-Cumplimiento.pdf>
- Parlamento Europeo y el Consejo de la Unión Europea. 2016. *Reglamento (UE) 2016/679*. Relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE (Reglamento general de protección de datos). <https://www.boe.es/doue/2016/119/L00001-00088.pdf>
- Poder Judicial del Perú. (2016). Boletín N° 26-2016/ El derecho fundamental al debido proceso. Primera Sala de Derecho Constitucional y Social Transitoria. <https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/b6b795804cb7278591c597ebc7e04471/Bolet%C3%ADn+N%C2%B0+26-2016.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=b6b795804cb7278591c597ebc7e04471>
- Puyol, J. (2017). *El funcionamiento práctico del canal de Compliance “whistleblowing”*. Tirant lo Blanch.
- Ragués I Vallés, R. (2013). Los procedimientos internos de denuncia como medida de prevención de delitos en la empresa. *Revista Eletrônica de Direito Penal e Política Criminal*, 1(1), 87-120. <https://seer.ufrgs.br/redppc/article/view/43911>
- Rodrigues Da Silva, G. (2020). A influência do canal de denúncia anônima como instrumento de prevenção de riscos de compliance. *Revista evidenciação contábil & finanças*, 8(1), 21-39. <https://periodicos.ufpb.br/index.php/recfin/article/view/47857/30203>
- Sanclémente-Arciniegas, J. (2020). Compliance, empresas y corrupción: una mirada internacional. *Derecho PUCP*, (85), 9-40. <https://doi.org/10.18800/derechopucp.202002.001>
- Solozábal, J. J. (1991). La libertad de expresión desde la teoría de los derechos fundamentales. *Revista Española de Derecho Constitucional*, 32, 73-113. <http://www.jstor.org/stable/24880355>



- Superintendencia del Mercado de Valores. [SMV]. (2022). *Resolución SMV N° 014-2022-SMV-01*. Modifican el anexo de la memoria, numeral (10150) “Reporte sobre el cumplimiento del código de buen gobierno corporativo para las sociedades peruanas”, el mismo que forma parte de las normas comunes para la determinación del contenido de los documentos informativos, aprobadas por resolución de gerencia general N° 211-98-EF/94.11. [https://view.officeapps.live.com/op/view.aspx?src=https%3A%2F%2Fwww.smv.gob.pe%2FConsultasP8%2Ftemp%2FFormato\\_Gobierno\\_Corporativo2022.xlsx&wdOrigin=ROWSSELINK](https://view.officeapps.live.com/op/view.aspx?src=https%3A%2F%2Fwww.smv.gob.pe%2FConsultasP8%2Ftemp%2FFormato_Gobierno_Corporativo2022.xlsx&wdOrigin=ROWSSELINK)
- Superintendencia del Mercado de Valores. [SMV]. (2021). *Resolución SMV N° 006-2021-SMV-01*. Aprueban los “Lineamientos para la Implementación y Funcionamiento del Modelo de Prevención”. <https://spij.minjus.gob.pe/spij-ext-web/detallenorma/H1279678>
- Superintendencia del Mercado de Valores. [SMV]. (2013). *Código de Buen Gobierno Corporativo para las sociedades peruanas*. <https://www.smv.gob.pe/ConsultasP8/temp/GobCorporativo2013.pdf>
- Tabra, E. (2019). El rol de la autorregulación en el gobierno corporativo: aspectos jurídicos societarios y constitucionales en el marco legal peruano. *Actualidad mercantil* 24, (6). <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/actualidadmercantil/article/view/21700/21250>
- Torrent I Santamaria, J., & Pérez Gil, L. (2020). Análisis de la Directiva Europea de *whistleblowing* y principales retos de la nueva regulación. El caso de España. *Derecho PUCP*, (85), 79-114. <https://doi.org/10.18800/derechopucp.202002.003>
- Tribunal Supremo. Sala de lo Penal de Madrid. (2020). STS 272/2020. [Vicente Magro Servet]. <https://personasjuridicas.es/wp-content/uploads/2020/03/STS-2020.35.pdf>
- Ugaz, J., Pérez, J., Tapia, M., & Concepción, R. (2018). Responsabilidad penal de las personas jurídicas: ¿Resulta el Compliance una medida suficiente y útil para el sistema judicial peruano? *Advocatus*, (037), 171-180. <https://doi.org/10.26439/advocatus2018.n037.4583>
- United States Congress. (2002). Sarbanes-Oxley Act of 2002. <https://www.congress.gov/107/plaws/publ204/PLAW-107publ204.pdf>
- United States Department of Justice Criminal Division. (2020). *Evaluation of Corporate Compliance Programs*. <https://www.justice.gov/criminal-fraud/page/file/937501/download>
- United States Securities and Exchange Commission – SEC (2020). *Section 21F. Securities Whistleblower Incentives and Protections*. <https://www.sec.gov/files/amended-rules-whistleblower-december2020.pdf>
- United States Securities and Exchange Commission – SEC (2021). *2021 Annual report to Congress – Whistleblower Program*. [https://www.sec.gov/files/2021\\_OW\\_AR\\_508.pdf](https://www.sec.gov/files/2021_OW_AR_508.pdf)

United States Sentencing Commission (2004). *Chapter Eight - Sentencing of Organizations*.  
<https://www.usc.gov/guidelines/2018-guidelines-manual/2018-chapter-8>

