

Actualización a la guía de evaluación a los programas de cumplimiento corporativo del departamento de justicia americano y el caso chileno

12 de Junio, 2020 / Por [Ignacio Schwerter](#)

A comienzos del mes de junio, el Departamento de Justicia Americano (DOJ) actualizó la Guía de Evaluación a los Programas de Cumplimiento Corporativo (la “Guía”), incluyendo en ésta nuevos criterios u orientaciones sobre la forma en como los fiscales deben evaluar éstos en el contexto de una investigación criminal.

La solidez del Programa de Cumplimiento de una empresa es uno de los factores clave a analizar por un fiscal al momento de decidir cómo continuar adelante con un caso penal en contra de ésta. Pues bien, la reciente actualización a la Guía, contempla precisamente un perfeccionamiento de la perspectiva del DOJ sobre lo que constituye un Programa de Cumplimiento efectivo.

En Chile, como ya explicaremos, estas incorporaciones deben adoptarse como criterios orientadores por parte de las empresas al momento de implementar sus propios Programas de Cumplimiento.

La actualización efectuada a la Guía por parte del DOJ apunta a tres aspectos centrales:

Deja en claro que no existe un Programa de Cumplimiento único o de formato tipo. El DOJ, hasta ahora, había evaluado la eficacia de los Programas de Cumplimiento corporativo bajo tres preguntas directas: ¿si este se encuentra bien diseñado?; ¿si este se encuentra efectivamente implementado?; y ¿si este funciona en la práctica?

La nueva actualización sugiere una revisión a la eficacia de la implementación del mismo, dándole una mayor consideración al proceso en sí, esto es, a si el programa está adecuadamente dotado de recursos y capacitado para funcionar de forma efectiva. De este modo, el DOJ, sugiere a la fiscales considerar en su análisis el por qué la empresa ha escogido ése Programa de Cumplimiento y cuáles han sido las razones de las decisiones adoptadas por la empresa en base a él. Ello implica que el fiscal deba discernir sobre el por qué una empresa adoptó esa forma de Programa de Cumplimiento y no un modelo tipo u otro, permitiendo con ello mayor flexibilidad a las empresas en la elección de un modelo propio que se adapte adecuadamente a su negocio según, por ejemplo, el tamaño de la empresa, la industria en la que se desenvuelva, la regulación específica y otros factores, tanto internos como externos.

Los Programas de Cumplimiento corporativo deber ser dinámicos. Éstos deben evolucionar. Claramente un Programa de Cumplimiento estático será mirado con recelo por el fiscal a cargo de la investigación. Tanto es así que el DOJ ha instruido a los fiscales evaluar los Programas de Cumplimiento corporativo existentes tanto al momento de cometerse la infracción al mismo como al momento de la decisión y resolución de la acusación. Será entonces responsabilidad de la empresa investigada el monitorear, rastrear y probar continuamente en la investigación las diversas actualizaciones y diversos componentes de su Programa de Cumplimiento.

En el mismo sentido, el DOJ ha instruido a los fiscales evaluar si los canales de denuncia establecidos por la compañía son dinámicos. Para lo anterior el fiscal evaluará si la empresa revisa periódicamente la eficacia de sus canales de denuncia y si ha adoptado medidas para comprobar si los empleados conocen éstos y si se sienten cómodos utilizándolos.

Un aspecto novedoso incorporado en esta actualización a la Guía es que los fiscales deberán investigar si la empresa tiene o no un proceso que permita rastrear e incorporar en los Programas de Cumplimiento las lecciones aprendidas, no sólo de sus propios problemas o de su conducta pasada, sino también de otras empresas que operan en la misma industria y/o región geográfica. El hecho de que las empresas deban examinar y mejorar continuamente su función de cumplimiento se extiende también a sus relaciones con terceros, ya que éstas deben participar en la gestión de riesgos no sólo al inicio sino que durante toda la vida de la relación comercial.

Debe existir un acceso directo a las fuentes de la información. Este es un aspecto novedoso. El fiscal deberá indagar

si el personal dependiente tiene suficiente acceso, directo o indirecto, a las fuentes de datos pertinentes para permitir una supervisión y/o prueba oportuna y eficaz de las políticas, controles y transacciones. Asimismo, determinar si existe un impedimento a ello y, si lo hay, que está haciendo la empresa para abordarlos y superarlos.

A la luz de lo expuesto es fácil advertir que en Chile no existen criterios legales que nos orienten en este mismo sentido. La regulación específica en nuestro país se encuentra en la Ley N° 20.393, sobre responsabilidad penal de las personas jurídicas, que solo nos indica la forma en cómo debemos construir un Modelo de Prevención de Delitos. Por lo mismo, criterios como los establecidos por el DOJ en su Guía son muy útiles al momento de decidir y adoptar un determinado modelo de cumplimiento corporativo y planificar su subsistencia en el tiempo, ya que precisamente criterios como los descritos pueden ser exigidos por un fiscal al momento de estar la empresa siendo investigada por hechos sancionados al amparo de la Ley N° 20.393.