

PRÓLOGO

Con Eduardo Saad-Diniz mantengo una continua conversación desde hace años sobre el sentido político-criminal de la responsabilidad penal de las personas jurídicas y los programas de cumplimiento normativo. Nuestras charlas tienen lugar generalmente en espacios académicos, pero también en lugares inusitados. Probablemente nuestra conversación más interesante y enriquecedora fue la que tuvo lugar hace un par de años en el aeropuerto de São Paulo mientras esperábamos nuestros respectivos aviones. El tema de la conversación giró en torno a una idea de nuestro admirado William Laufer: *compliance paternalism*. El problema que subyace a esta expresión es si la estructura de los programas de cumplimiento que hemos importado de los Estados Unidos se adapta a las realidades latinoamericanas y europeas: ¿nos sirve en nuestro contexto económico y jurídico un tipo de cumplimiento que se ha generado pensando en la gran empresa americana? Mi respuesta —y seguramente la de Eduardo también— es que no.

Nuestras empresas son muy diversas a la sociedad abierta -pública- norteamericana que es la que ha servido de modelo para diseñar los elementos y la estructura de los programas de cumplimiento. Sin embargo, y pese a ello, nuestros legisladores, empresas y la industria del cumplimiento se han inspirado fundamentalmente en las Directrices para sancionar organizaciones, las famosas *guidelines*. La realidad empresarial europea y latinoamericana está plagada de pequeñas empresas y empresas cotizadas donde muchas veces el capital mayoritario está en manos de una familia; son cotizadas, pero no tan abiertas o públicas. En realidad aquí lo público es el Estado, presente en la economía a través de las empresas estatales, que tienen un peso enorme en las economías de Latinoamérica, y presente en Europa en la vida económica a través del gasto público que caracteriza al Estado social. La contratación pública sigue siendo la parte más grande de la tarta por la que compiten empresas privadas, que no podrían sobrevivir sin el gasto público. No debería olvidarse tampoco que nuestras grandes empresas abiertas y cotizadas (Te-

lefónica, Repsol, etcétera) son las antiguas empresas públicas privatizadas en los noventa.

Si no queremos caer en el *compliance paternalism* —o para algunos *compliance imperialism*—, debemos definir pronto nuestra estrategia de cumplimiento. En ella parece claro, por ejemplo, que lo que se ha dado en llamar cumplimiento público (*public compliance*) juega un papel esencial, porque la economía depende, como hemos visto, en gran medida del sector público. Establecer programas de cumplimiento adecuados y eficaces a organizaciones públicas, incluidas las grandes empresas públicas energéticas de países como Brasil (Petrobras) o México (Pemex), debe ser una de nuestras tareas esenciales. Al igual que poner freno a la influencia ilícita o captura de las fuerzas económicas en la política a través, entre otras cosas, de unos programas de cumplimiento adecuados en los partidos políticos que prevengan la financiación ilegal. Para el cumplimiento normativo necesitamos sin duda las dos caras de la moneda.

Uno de los retos principales que ha de afrontar el cumplimiento del sector público, pero también este cumplimiento en Pymes o en sociedades familiares, es elaborar una institucionalización o estructura de gobierno distinta al cumplimiento normativo *made in usa*. Me explico. La institucionalización del cumplimiento que hemos adoptado parte de la base de que los administradores y la alta dirección de la empresa, incluyendo al CEO, son personas con autonomía de los accionistas; recuerden los famosos problemas de agencia. Los socios controlan a través de diversas estrategias la actividad de los administradores y estos, a su vez, la de los empleados. Esta estructura vuelve a repetirse en el cumplimiento normativo que procede de las *guidelines*. El oficial de cumplimiento depende del directorio o de una persona de la alta dirección; es un delegado de cumplimiento. Pues bien, este esquema no funciona cuando los intereses de socios mayoritarios y administradores son similares y coinciden incluso personalmente. Tampoco funciona en organizaciones donde no hay socios, como ocurre en las grandes empresas, pero también en organizaciones públicas y partidos políticos. Y no funciona, o funciona solo a medias, porque el cumplimiento normativo solo es de los altos puestos hacia los de abajo. Por el contrario, las posibilidades de cumplimiento, de controles que prevengan delitos en la cabeza de las entidades, son muy limitadas.

Resolver este problema nos lleva a tener que introducir más actores en los programas de cumplimiento normativo; más actores que garanticen la eficacia de los controles de la empresa, que ejerzan ese contrapoder necesario para que existan controles eficaces que afecten a los de arriba. Y es en la búsqueda de este contrapoder donde debe situarse la línea de investigación que el profesor Eduardo Saad-Diniz está desarrollando en la actualidad. Hace unos meses, en su examen de habilitación para profesor titular de universidad, presentó un extraordinario trabajo sobre las víctimas de los delitos corporativos, que es la base de la monografía que ahora presenta. Su principal originalidad fue conectar el concepto de víctima proce-

dente de las ciencias penales a los planteamientos de la responsabilidad social corporativa y, en concreto, al concepto de portadores de interés o *stakeholders*. El siguiente paso fue introducir estos intereses en la implementación y el desarrollo del cumplimiento normativo.

De forma resumida, esta introducción puede producirse de varias maneras. Así, por ejemplo, puede introducirse a los *stakeholders* en los órganos de cumplimiento con funciones de supervisión, lo que consigue incrementar la independencia de los órganos de cumplimiento, que como hemos señalado es nuestro gran problema. Igualmente los portadores de interés deben estar presentes en el análisis de riesgos. Lo más frecuente a efectos de cumplimiento normativo es identificar riesgo con daño a la empresa que le impide cumplir sus objetivos. Esta es la orientación principal proveniente del control interno y de marcos como COSO. La introducción de la perspectiva de los portadores de interés es un objetivo importante a la hora de realizar el *risk assessment*, que se alcanzaría de manera óptima si estos pudieran participar en los procesos de evaluación y de revisión del programa. Lógicamente, esta nueva visión exige también que los fines del cumplimiento normativo no solo sean prevenir infracciones, detectarlas y cooperar con las autoridades, también su objetivo prioritario debe ser el reparar. De este modo, la reparación debe convertirse en uno de los objetivos del cumplimiento normativo y, por ende, de la responsabilidad penal de las personas jurídicas.

En definitiva, a lo largo de la lectura del libro que ahora tiene en sus manos, el lector puede encontrar un mayor desarrollo de esta aproximación tan novedosa como importante para el desarrollo de un modelo de cumplimiento latinoamericano y, a mi juicio, también europeo, que da respuesta a la necesidad de escapar del *compliance paternalism*. ¡Gracias, Eduardo, por tan magnífico trabajo y enhorabuena!

PROFESOR DOCTOR **ADÁN NIETO MARTÍN**
UNIVERSIDAD DE CASTILLA LA MANCHA