

FUNCIONES Y PERFIL DEL COMPLIANCE OFFICER EN EL DERECHO PENAL ECONÓMICO CONTEMPORÁNEO

Alejandro J. Rodríguez Morales

Profesor de postgrado de Derecho Penal Económico y Derecho Penal Internacional en la Universidad Católica Andrés

Bello

Resumen

Tomando en cuenta la importancia de los sistemas de gestión de *Compliance* en el Derecho Penal Económico contemporáneo, se hace un análisis de las funciones que está llamado a desempeñar a lo interno de la empresa el *Compliance Officer* así como de quién debe ser quien realice tales funciones. Se examinan diversas funciones decisivas del *Compliance Officer* destacándose lo clave que resulta su labor para el funcionamiento efectivo y adecuado de todo sistema de gestión de *Compliance*. Se concluye evidenciando que el *Compliance Officer* debe cumplir con un perfil y realizar unas funciones de gran exigencia que justifican la exposición de la temática.

Palabras clave: *Compliance*, Empresa, Ética de los Negocios, *Compliance Officer*, Derecho Penal Económico, Normas ISO, Riesgos empresariales

TASKS AND PROFILE OF THE COMPLIANCE OFFICER IN CONTEMPORARY CORPORATE CRIMINAL LAW

Abstract

Considering the importance of Compliance management systems in contemporary Corporate Criminal Law, an analysis is made of the tasks that the so-called Compliance Officer is called upon to perform within the company as well as who should be that person. Various decisive tasks of the Compliance Officer are examined, highlighting how key their work is for the effective and proper functioning of any Compliance management system. It concludes by showing that the Compliance Officer must comply with a certain profile and perform demanding tasks that justify the presentation of the subject.

Keywords: Compliance, Enterprise, Business Ethics, Compliance Officer, Corporate Criminal Law, ISO Norms, Business risks

DEDICATORIA

Las presentes consideraciones acerca de la figura del denominado *Compliance Officer* van dedicadas con especial y grato recuerdo al eminente jurista Alfredo Morles Hernández, académico esencial e importante referente del Derecho Mercantil venezolano y de cuyas manos tuve el honor de recibir en 2006 la Mención de Honor del Premio de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales por mi libro “El tipo objetivo y su imputación jurídico-penal”. Respeto y estima siempre para el profesor Morles Hernández y el extraordinario legado que nos dejó.

I. INTRODUCCIÓN

No cabe duda que en el Derecho Penal Económico contemporáneo un tema que se ha tornado de obligatoria referencia es el atinente a lo que suele designarse con un término anglosajón, a saber, el llamado *Compliance* (que en español podría traducirse como “cumplimiento” o “cumplimiento normativo”)¹.

Tan es así lo antedicho que, si se hace una somera revisión de la bibliografía aparecida en los últimos diez años relativa al Derecho Penal Económico (o Derecho Penal de la Empresa), se encuentra que efectivamente el *Compliance* (y, concretamente, el *Criminal Compliance* o *Compliance Penal*), ocupa un lugar preeminente².

Por lo demás, resulta necesario destacar asimismo que también en términos legislativos (por ejemplo, en múltiples países de Iberoamérica) han aparecido normas que de

¹ Al respecto, RODRÍGUEZ MORALES, Alejandro J. *Criminal Compliance (Cumplimiento normativo penal y Derecho Penal Económico)*. 2da edición actualizada y ampliada. Ediciones Paredes. Caracas, Venezuela. 2021.

² De entre los múltiples libros aparecidos en ese tiempo pueden resaltarse, entre otros, los siguientes: ROTSCH, Thomas (Ed.) *Criminal Compliance. Handbuch*. Nomos Verlagsgesellschaft. Baden-Baden, Alemania. 2015; KUHLEN, MONTEL y ORTIZ DE URBINA GIMENO; Lothar, Juan Pablo e Íñigo (Editores). *Compliance y teoría del Derecho penal*. Marcial Pons. Madrid, España. 2013; BOCK, Dennis. *Criminal Compliance*. Nomos Verlagsgesellschaft. Baden-Baden, Alemania. 2013; SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María (Director). *Criminalidad de empresa y Compliance*. Editorial Atelier. Barcelona, España. 2013; MIR PUIG, CORCOY BIDASOLO y GÓMEZ MARTÍN; Santiago, Mirentxu y Víctor (Directores). *Responsabilidad de la Empresa y Compliance*. Edisofer y Editorial B de F. Madrid, España. 2014; GÓMEZ COLOMER, Juan Luis (Director). *Tratado sobre Compliance Penal*. Editorial Tirant Lo Blanch. Valencia, España. 2019; y RODRÍGUEZ-GARCÍA, Nicolás (Director). *Tratado Anglo-Iberoamericano sobre Compliance Penal*. Editorial Tirant Lo Blanch. Valencia, España. 2021.

Alejandro J. Rodríguez Morales

manera expresa regulan y hacen referencia al *Compliance* (particularmente al *Criminal Compliance*), sobre todo en virtud de la incorporación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en los ordenamientos jurídicos de tales países³. En el caso específico de Venezuela, si bien no existe en cuanto tal una responsabilidad penal de las personas jurídicas dentro del vigente Código Penal, hay un conjunto de normas en otros instrumentos legales que permiten sostener la relevancia y validez del *Compliance* en Venezuela así como la pertinencia de su implementación por parte de las empresas del país⁴, a las cuales no se hará mayor referencia en este trabajo por no ser objeto del mismo.

Precisamente, puede resaltarse de igual manera que, en el ámbito empresarial, cada día cobra mayor importancia todo lo relativo al *Compliance*, por lo que compañías y empresas de diverso signo han ido implementando a la interno programas o sistemas de gestión de *Compliance*, convirtiéndose el *Compliance* en un aspecto fundamental para los empresarios y en un tema del Derecho Penal Económico contemporáneo por excelencia.

Ello es así por cuanto, haciendo referencia ya a un concepto de lo que puede entenderse por *Compliance*, de lo que se trata es de gestionar o administrar los riesgos existentes en la empresa relativos a la comisión de actos ilícitos (o propiamente delictivos) en o a través de ella, lo que puede aparejar para la empresa, además de las sanciones administrativas o penales según la legislación vigente de cada país, otros perjuicios como, por ejemplo, importantes pérdidas de capital reputacional.

Esto va de la mano o se interrelaciona de forma estrecha con nociones también de especial relevancia en el ámbito empresarial como la “Ética del Negocio” (*Business Ethics*), el “Buen Gobierno Corporativo” y la noción de “Empresa de Negocios Responsable”

³ Muestra de ello es que la modificación del Código Penal español mediante la cual se incorpora la responsabilidad penal de las personas jurídicas y la noción de “Compliance”, data de 2010 (LO 5/2010, de 22 de junio). En sentido similar, las leyes aprobadas en 2014 (reforma al Código Penal para el Distrito Federal, de 18 de diciembre) en México y en 2016 (Ley 30424, de 21 de abril) en Perú, han dado carta de entrada normativa al concepto de “cumplimiento” por parte de las personas jurídicas.

⁴ Sobre este punto, RODRÍGUEZ MORALES, Alejandro J. *Venezuela*. En: RODRÍGUEZ-GARCÍA, Nicolás (Director). *Tratado Anglo-Iberoamericano sobre Compliance Penal*. Op. cit., págs. 875 y siguientes.

Revista de la Facultad de Derecho N° 75.

2020-2021

ISSN: 2790-5152

Alejandro J. Rodríguez Morales

(*Responsible Bussines Enterprise*), la cual abarca tres aspectos concretos, a saber: la conducta responsable, la gestión responsable y la conducta responsable⁵.

De esta forma, es posible señalar que el *Compliance* es el cumplimiento normativo que una organización o empresa y quienes la integran deben observar en el marco de su actividad a los fines de reducir el riesgo de que se cometan hechos ilícitos en o a través de ella. Esta definición parte de la que puede inferirse de uno de los documentos recurrentemente citados en lo que a *Compliance* se refiere, a saber, el titulado “*Compliance and the compliance function in banks*”, elaborado por el Comité de Supervisión Bancaria de Basilea (Suiza) en el año 2005.

Cabe acotar, por su parte, que en la actualidad se cuenta con el encomiable trabajo que ha llevado a cabo la *International Organization for Standardization* (ISO), a la que se deben las Normas ISO 37301:2021 (que reemplazó en abril de 2021 a la Norma ISO 19600:2014) e ISO 37002:2021, relativas a los sistemas de gestión de Compliance la primera, y a los canales de denuncia (*whistleblowing*) y las investigaciones internas la segunda.

Por lo demás, algo que no puede dejar de mencionarse en estas consideraciones introductorias, es que en el Derecho Mercantil venezolano rige el denominado principio del objeto lícito, que conlleva ineludiblemente que toda empresa esté obligada al cumplimiento de la totalidad de normas del ordenamiento jurídico que le sean aplicables.

En efecto, el artículo 200 del Código de Comercio, en concordancia con el artículo 1155 del Código Civil, establece que el objeto de los contratos debe ser lícito, por lo que su fin no puede ser la comisión de delitos, siendo que ello es evidentemente ilícito. Claro está que, como recuerda MORLES HERNÁNDEZ, infringir el principio del objeto lícito, “*es meramente teórico: nadie va a proclamar su propósito de delinquir*”⁶; por lo que el objeto ilícito se configurará solamente cuando se manifieste en el mundo exterior.

⁵ En cuanto a este concepto, véase a BOGHRATY, Babak. *Organizational compliance and ethics*. Págs. 565 y siguientes. Wolters Kluwer. Nueva York, Estados Unidos. 2019.

⁶ MORLES HERNÁNDEZ, Alfredo. *Curso de Derecho Mercantil. Tomo II. Las Sociedades Mercantiles*. Pág. 843. Publicaciones de la Universidad Católica Andrés Bello. Caracas, Venezuela. 2000.

Alejandro J. Rodríguez Morales

Teniendo en cuenta todo lo anterior, puede sostenerse que efectivamente es pertinente y necesario que las empresas cuenten con un adecuado y efectivo sistema de gestión de *Compliance*, tomándose en consideración las medidas que hayan de adoptarse a tales fines. Es así como, entre las referidas medidas, se encuentra la designación o nombramiento de un órgano (bien unipersonal, bien colegiado) que sea responsable de velar por el funcionamiento del respectivo sistema de gestión de *Compliance* implementado.

Dicho órgano, si bien en pequeñas empresas la función de *Compliance* puede ser ejercida por los propios órganos de dirección de la empresa o por un comité con tales funciones⁷, por lo general, y preferiblemente, será una persona a la que se designa como *Compliance Officer* (u Oficial de Cumplimiento), cuyo perfil y funciones son objeto de análisis en el presente trabajo. Una vez más, también resulta posible, por ejemplo en grandes empresas, que la función de *Compliance* sea ejercida por varias personas, es decir, por un órgano colegiado, y no solamente por un único Oficial de Cumplimiento.

II. ¿QUÉ HACE UN COMPLIANCE OFFICER?

Pasando ahora a la cuestión atinente al catálogo o cartera de funciones, tareas o responsabilidades que tiene el *Compliance Officer* es posible indicar que la actividad de quien desempeñe este cargo básicamente se debe centrar en tres labores, a saber, **implementación, documentación y desarrollo** del programa de *Compliance* o cumplimiento normativo⁸.

Como puede colegirse sin demasiada dificultad, las funciones del *Compliance Officer* son desafiantes, ya que no se limitan o enfocan, exclusivamente, en los delitos que pudieran cometerse en o a través de la empresa, sino que se relacionan en términos más amplios con el programa de cumplimiento normativo en general. Por ese motivo, se trata de la persona clave en lo que respecta a la implementación de dicho programa (lo que abarcará, como se verá, incluso el brindar asesoramiento o preparar y ejecutar capacitaciones para el personal),

⁷ Incluso, como lo indica el apartado A.5.3.2 del Anexo A de la Norma ISO 37301:2021, podría recurrirse a la tercerización o *outsourcing* de la función de Compliance, si bien en ningún caso de manera total o absoluta.

⁸ Se sigue aquí, esencialmente, a HAUSCHKA, MOOSMAYER y LÖSLER; Christoph, Klaus y Thomas (Coordinadores). *Corporate Compliance. Handbuch der Haftungsvermeidung im Unternehmen*. Págs. 1164 y siguientes. C.H. Beck Verlag. Múnich, Alemania. 2016.

Alejandro J. Rodríguez Morales

sumado ello a la documentación del funcionamiento (lo cual involucrará, por ejemplo, lo referido a la detección de posibles hechos delictivos y su denuncia ante la propia empresa u organización), y hasta funciones relativas al desarrollo, nuevamente, del mismo programa de cumplimiento normativo (por lo que podría, junto a los órganos de dirección de la empresa, diseñar modificaciones a los procesos y controles establecidos en caso de considerar que ello resulta necesario).

De seguidas se pasará al análisis de las funciones que involucran la implementación, documentación y desarrollo del programa de *Compliance*, e igualmente se hará una breve referencia a algunas de las tareas que pueden desprenderse o derivarse de esas tres nociones.

Ante todo, el *Compliance Officer* debe aconsejar o asesorar a los órganos de dirección de la empresa u organización de que se trate en todos los temas relevantes para el debido cumplimiento normativo, vale decir, que está llamado a realizar una función de asesoría, por lo que es importante, como se indicó antes, que tenga un perfil sólido, especialmente en cuanto al conocimiento de sus propias funciones, pudiendo por lo demás contar con el soporte de un equipo o de personal de otras áreas de la empresa u organización, por ejemplo, el departamento jurídico o la Administración. Es, una vez más, la persona clave o de referencia dentro de la empresa o la organización en materia de *Compliance*.

En consonancia con ello, el *Compliance Officer* debe ser una persona de contacto disponible, incluso estableciendo mecanismos que permitan al personal contactarle de manera confidencial para plantear dudas, casos o denuncias. Esto podría hacerse mediante un sistema de mensajería confidencial o una línea de ayuda (“*Help-line*”), sumado a un canal de denuncias igualmente confidenciales (*whistleblowing system*).

A ese respecto, resulta imperativo citar en este punto la novísima Norma ISO 37002:2021, adoptada en julio de 2021, y en cuyo apartado 4.4 se establece que toda organización debe establecer, implementar, mantener y continuamente mejorar un sistema de gestión de denuncias (*whistleblowing management system*), que debe regirse por principios de confianza, imparcialidad y protección.

Alejandro J. Rodríguez Morales

En opinión de quien suscribe, es adecuado que tales canales de denuncia sean manejados precisamente por el *Compliance Officer*, toda vez que se trata de alguien con el perfil más idóneo (destacándose su autoridad e independencia, sumado a sus conocimientos) para gestionar las denuncias y reportes de conductas ilícitas a lo interno de la empresa. Y aunque la citada Norma ISO 37002:2021 no dispone expresamente que así sea, sin embargo en su apartado 8.2 (sobre la recepción de denuncias) menciona al encargado de la función de *Compliance* entre aquellos que podrían ser receptores de las respectivas denuncias o reportes de actividades ilícitas.

Continuando con el catálogo de funciones que ha de realizar el *Compliance Officer*, puede referirse que también debe reportar o informar sobre el funcionamiento del programa de cumplimiento normativo y por ende sobre cambios que se susciten, irregularidades que se presenten y riesgos existentes, lo que podría entenderse como una función de *reporting* y detección continua.

De la misma manera, el *Compliance Officer* debe vigilar el cumplimiento del programa de Compliance y dirigir las investigaciones correspondientes, lo que puede llevar a cabo, si es necesario, con el apoyo de una auditoría interna o externa. Esto sería, propiamente, una función de prevención, siendo que el *Compliance Officer* debe prestar atención de modo permanente al funcionamiento del programa para que el mismo cumpla con su objetivo, a saber, precisamente prevenir los delitos que pudieran perpetrarse en o a través de la empresa u organización.

Por otra parte, forma parte de las tareas del *Compliance Officer* denunciar propiamente las infracciones al programa de cumplimiento normativo, pudiendo establecerse diversos mecanismos que tomen en cuenta la gravedad de dichas infracciones de modo que, por ejemplo, si son leves pueda llevarlas ante un Gerente de área, mientras que si son graves deba llevarlas directamente ante los órganos de dirección de la empresa o la organización. Se trata, en este caso, de una función de información o denuncia.

Ahora bien, se torna importante detenerse en este punto a efectos de analizar brevemente la temática relativa a si en el *Compliance Officer* recae, o no, una obligación de

Alejandro J. Rodríguez Morales

denunciar ante las autoridades estatales la comisión de un hecho delictivo que haya detectado en el ejercicio de sus funciones en la empresa u organización.

Respecto a esta interrogante, podría decirse ante todo que en diversas legislaciones penales, como la española y la venezolana, no se encuentra tipificado en cuanto tal un delito de omisión de denuncia (a lo sumo el Código Penal español hace referencia a una “omisión del deber de promover la persecución”, que no aplica en términos generales a lo aquí planteado y que alude solamente a delitos de próxima o actual comisión, no así a los ya cometidos).

Pues bien, más allá de ello, incluso si estuviere tipificado un delito de omisión de denuncia, en el caso del *Compliance Officer*, desde la perspectiva de este trabajo, se considera inaplicable poner en su cabeza una obligación de denuncia a las autoridades estatales⁹. Esto no solamente porque no debe incluirse entre las funciones del *Compliance Officer* realizar tales denuncias ante las autoridades estatales (debiendo ejercer sus tareas más bien a lo interno de la empresa u organización), sino también porque esto pondría en riesgo un principio procesal penal de especial relevancia, como lo es el, formulado en latín, *nemo tenetur se ipsum accusare* (nadie tiene que acusarse a sí mismo).

En efecto, de conformidad con tal principio procesal penal, nadie puede ser obligado a incriminarse a sí mismo y, en el caso del *Compliance Officer*, hay que recordar que él es parte integrante de la empresa u organización y, aunque no haya cometido por sí mismo el delito que estaría denunciando, la empresa u organización claramente no va a encomendarle a su *Compliance Officer* que denuncie algo por lo que podría ser responsable (bien desde el Derecho Penal, bien desde el Derecho Administrativo Sancionador, al que también se puede extender el citado principio), sumado a que muy probablemente podría terminar siendo despedido al poner a su empleador (la empresa u organización) en tal tesitura.

⁹ Afirmando también que el Compliance Officer no tiene un deber jurídico-penal de denunciar, véase a MONTANER FERNÁNDEZ, Raquel. *El compliance officer y el Código penal*. En: NAVARRO, Jorge (Director). *El compliance officer, ¿un profesional en riesgo?* Pág. 43. Profit Editorial. Barcelona, España. 2018.

Revista de la Facultad de Derecho N° 75.

2020-2021

ISSN: 2790-5152

Alejandro J. Rodríguez Morales

En cuanto al derecho a no auto incriminarse, por lo demás, resulta pertinente en este punto indicar que aquí se considera aplicable no solamente a las personas físicas sino también a las personas jurídicas, que en consecuencia también lo ostentan. En la misma dirección, y como ha sido destacado por ARANGUEÑA FANEGO, el ordenamiento jurídico español “reconoce expresamente esta garantía para las personas jurídicas en los arts. 409 bis y 786 bis LECrim”¹⁰, con lo que en el ejemplo de la legislación penal española queda clara la extensión a las personas jurídicas del aludido derecho.

Por otra parte, cabría preguntarse si la autodenuncia por parte de la empresa (y por decisión de sus órganos de dirección, que no del *Compliance Officer*) pudiera ser conveniente o no. A ese respecto podría decirse que la autodenuncia podría lucir como algo positivo para la empresa en tanto así mostraría que posee una adecuada cultura de cumplimiento o ética empresarial.

No obstante, se tiene que concordar en este trabajo con DEL ROSAL BLASCO, quien ha expresado que la referida autodenuncia “puede tener unas consecuencias irreparables para la empresa porque, en la mayoría de los casos la apertura de un proceso penal no se va a poder evitar. Y si eso es así, y si se tiene en cuenta, además, lo fácil que es que trasciendan al público los «problemas penales» de la empresa, el daño reputacional que ello comporta puede acabar con la empresa o perjudicarla muy severamente”¹¹.

Lo anterior no quiere decir que la empresa deba abstenerse de autodenunciarse, pues, como ya se dijo, esto también podría evidenciar que tiene disposición a colaborar con las autoridades y que cuenta con una sólida cultura de cumplimiento normativo, pudiendo ello redundar incluso en beneficios penales (que se atenúe su responsabilidad o se le exima de ella mediante acuerdos si la legislación penal respectiva así lo establece). Se trata, entonces,

¹⁰ ARANGUEÑA FANEGO, Coral. *El derecho al silencio, a no declarar contra uno mismo y a no confesarse culpable de la persona jurídica y el régimen de compliance*. En: GÓMEZ COLOMER, Juan Luis (Director). *Tratado sobre Compliance Penal*. Op. cit., pág. 465.

¹¹ DEL ROSAL BLASCO, Bernardo. *Manual de responsabilidad penal y defensa penal corporativas*. Pág. 347. Wolters Kluwer. Madrid, España. 2018.

Alejandro J. Rodríguez Morales

de algo que la empresa o la organización deben estudiar detenidamente en cada caso y procurando siempre respetar todas las normas que le sean aplicables.

De cualquier modo, retomando el caso concreto del *Compliance Officer*, aquí se entiende que no debe ser su función hacer denuncias ante autoridades estatales por cuanto, además de todo lo dicho, ello no cumple con la finalidad y la lógica de los programas de cumplimiento normativo. A su vez, podría conllevar que el *Compliance Officer* incurriera en formular denuncias que, luego, se determinen que no se referían a hecho delictivo alguno, sino, quizá, a una irregularidad administrativa o corporativa, incluso a ninguna, perjudicándose a la persona contra la que hubiere recaído la denuncia en cuestión.

Así, lo que aquí se estima debe corresponder al *Compliance Officer*, y a ello sí debe estar obligado, es a informar (denunciar) internamente, esto es, ante los órganos de dirección de la empresa, los delitos que hubiere detectado o que sepa se van a cometer en o a través de la empresa, ya que de esto sí se trata un programa de *Compliance*. Hasta ahí debe llegar la obligación del *Compliance Officer*, por lo que lo que ocurra luego será competencia precisamente de los órganos de dirección de la empresa, que tendrían que tomar las medidas respectivas (disciplinarias, laborales e incluso penales) en cuanto a quien o quienes estuvieren cometiendo actos delictivos en o a través de la empresa.

Retomando las funciones que debe llevar a cabo el *Compliance Officer*, ha de añadirse que también tendrá que encargarse de realizar un seguimiento continuo respecto a la capacitación e información disponible para todo el personal de la empresa u organización de modo que sean adecuados y se adapten a las necesidades específicas del programa de *Compliance* adoptado.

Por último, y en relación con la temática del desarrollo del programa de cumplimiento normativo de la empresa u organización, el *Compliance Officer* debe revisar, junto a los órganos de dirección (y si es pertinente una consultoría de *Compliance*), los procesos, controles y medidas que forman parte del programa de *Compliance* así como proponer su modificación cuando ello sea necesario. Todas estas actividades van de la mano de la

finalidad deseada, a saber, el adecuado funcionamiento del programa de cumplimiento normativo.

Tales son, pues, las diversas funciones que corresponden, y que asume, el *Compliance Officer*, algo de gran importancia, por lo demás, en lo que respecta a la determinación de su responsabilidad dado que, claramente, la misma se limitará a tales funciones, no pudiendo exigirse a este encargado de cumplimiento aquello que se encuentre fuera del ámbito propio de sus actividades, las únicas a las que, en definitiva, se compromete al asumir el cargo.

III. ¿QUIÉN ES EL COMPLIANCE OFFICER?

Habiendo reseñado ya las funciones que debe cumplir el *Compliance Officer*, corresponde a continuación responder la pregunta que titula este apartado, para lo cual es conveniente en primer lugar subrayar la importancia que tiene, en el Derecho Penal Económico contemporáneo, la figura del *Compliance Officer*. Ciertamente, baste para ello señalar que el apartado 5.3.2 de la reciente Norma ISO 37301:2021 remarca que el *Compliance Officer* (vale decir, quien está a cargo de la función de *Compliance*) será el “responsable de la operatividad del sistema de gestión de *Compliance*”, con lo cual se observa que su función es clave, esencial, para el adecuado y efectivo cumplimiento a que está obligada la empresa.

Dicho esto, es necesario determinar cuál sería el perfil idóneo de un *Compliance Officer* con tan importante responsabilidad en el marco de la empresa. En este sentido, quizá haya que indicar ante todo que el *Compliance Officer* es una persona física (o varias cuando es el caso), por lo que al hablar de una responsabilidad respecto a dicho responsable de cumplimiento se tratará de una responsabilidad individual, la cual puede ser incluso de carácter penal.

Ahora bien, otra consideración que debe hacerse en este orden de ideas es que el *Compliance Officer* no debe ser confundido con el Asesor Jurídico de la empresa o la organización, dado que se trata de funciones que, aunque efectivamente tengan puntos de conexión, no son idénticas. De esta manera, que exista en la empresa un oficial o encargado

Alejandro J. Rodríguez Morales

de cumplimiento no obsta a que exista a su vez un departamento jurídico o un consultor jurídico. Por lo demás, pretender asignarle a un Asesor Jurídico las tareas que debe cumplir el *Compliance Officer*, o viceversa, representaría una carga de trabajo excesiva, siendo, se reitera, que son dos cargos con funciones y responsabilidades diferentes que estarían siendo desempeñados por una sola persona.

En adición a lo dicho, cabe observar que el Asesor Jurídico se dedica a ofrecer su asesoría a la empresa a efectos de su representación o defensa legal, la que incluso puede también llevar a cabo, algo incompatible con la función de *Compliance* que, como se ha visto ya, se relaciona con la implementación, documentación y desarrollo del sistema de gestión de *Compliance* correspondiente.

Tampoco debe confundirse al *Compliance Officer* con un auditor, dado que éste desempeña una función puntual que va desde el inicio de la específica auditoría que se realizar hasta su finalización, mientras que el *Compliance Officer* debe realizar las funciones ya expuestas en este trabajo de una forma continuada y no solamente puntual. Entretanto, el auditor puede contribuir a la función de *Compliance* porque puede poner en evidencia, por ejemplo, alguna falla en el sistema de gestión de *Compliance*, pero no por ello, una vez más, puede confundirse con el *Compliance Officer*.

Ya realizadas tales aclaratorias, cabe de seguidas plantearse qué puede entenderse o cómo podría definirse la figura del *Compliance Officer*. A ese respecto, se seguirá aquí lo sostenido hace no mucho por NOLL, en cuanto a que la definición de dicha figura ha de entenderse desde lo funcional¹². En tal sentido, impera afirmar que el *Compliance Officer* es quien realiza o lleva a cabo, en el marco de una empresa u organización, las funciones o tareas de cumplimiento normativo, tratándose en consecuencia de un cargo o puesto que se define, más que por su ubicación en el organigrama o la autoridad que pueda tener, por un específico perfil de tareas o responsabilidades (*Aufgabenprofil*), a saber, las inherentes a la función de *Compliance*.

¹² NOLL, Matthias. *Grenzen der Delegation von Strafbarkeitsrisiken durch Compliance*. Pág. 21. Mohr Siebeck. Tubinga, Alemania. 2018.

Alejandro J. Rodríguez Morales

Antes de hacer referencia a tales tareas o responsabilidades, es relevante decir que el *Compliance Officer* no tiene que ser necesariamente un abogado, si bien, dadas sus funciones, que ya han sido detalladas en este trabajo, es conveniente que lo sea o que pueda contar con el apoyo de uno o varios abogados para cumplir con su cometido.

Esto es así, a su vez, por cuanto la mayor parte del objeto del *Compliance* se vincula a normas jurídicas, instrumentos legales, a que debe someterse la empresa, de modo que el abogado puede tener un mejor manejo y conocimiento de ese conjunto normativo respecto a otros profesionales que sin embargo pueden ser también de gran ayuda, tales como contables, administradores, de recursos humanos, entre otros.

Adicionalmente, siendo de interés de la empresa que no se cometan delitos en o a través de ella, será conveniente que el *Compliance Officer* conozca y maneje adecuadamente la legislación penal correspondiente, por lo cual un abogado penalista podría tener un perfil muy acorde con la función de *Compliance*. De allí, por lo demás, que se hable en este trabajo de las funciones y el perfil del *Compliance Officer* concretamente en el Derecho Penal Económico contemporáneo.

Vale añadir en este punto que, en la práctica de países en que ya se encuentra más difundido el *Compliance*, por ejemplo, España, precisamente la mayoría de quienes se dedican a ello son abogados penalistas y firmas de abogados que trabajan en el área del Derecho Penal y, concretamente, del Derecho Penal Económico o de la Empresa.

A su vez, también en lo que respecta al perfil del *Compliance Officer*, es de gran importancia que sea alguien con autoridad e independencia dentro de la estructura organizativa de la empresa. Por ello, en el concepto de Buen Gobierno Corporativo, como ha de ser entendido hoy en día, es imperativo que se incorpore también el que tanto los propios órganos de dirección como todo el organigrama de la empresa, faciliten que el *Compliance Officer* desempeñe sus labores con la necesaria autoridad e independencia.

En cuanto a esto, debe hacerse mención de lo establecido por la Norma ISO 37301:2021, en cuyo apartado 5.1.3 se enumeran una serie de requerimientos en aras de que

Alejandro J. Rodríguez Morales

efectivamente esa autoridad e independencia del *Compliance Officer* sea verdadera y por lo tanto pueda desempeñar debidamente sus funciones. Así, la citada norma indica que los órganos de dirección de la empresa (el *top management*) deben asegurarse de que el responsable de la función de *Compliance*: 1) Tenga acceso directo a los órganos de dirección de la empresa, 2) Tenga independencia en el ejercicio de sus funciones, y 3) Tenga autoridad y competencia apropiadas para realizar sus tareas. Resulta interesante asimismo agregar que la propia Norma ISO 37301:2021, en la nota 2 a ese mismo apartado, expresa que la independencia significa la ausencia de cualquier interferencia indebida o presión, o ambas, en el ejercicio de la función de *Compliance*.

En vista de lo anterior, sería importante, al momento de establecerse la respectiva Política de *Compliance* y de comunicarla a todos los miembros de la empresa, dejar muy claro este punto, de modo que se minimice la “tentación” de perturbar al *Compliance Officer*. Por los mismos motivos, el *Compliance Officer* no debe ser, por ejemplo, un accionista de la empresa ni tampoco un familiar directo de quienes se encuentran en el tope del organigrama de esta, dado el conflicto de intereses que ambas hipótesis podrían lógicamente suponer.

Sumado a ello, y si en efecto se quiere garantizar una verdadera independencia y autoridad del *Compliance Officer*, será necesario dotarlo de los recursos necesario para que en efecto pueda realizar de tal modo sus funciones. Esto incluye el que efectivamente sea un cargo importante dentro de la empresa, con voz ante los órganos de dirección de la empresa y con la posibilidad de tener acceso sin restricciones a todos los departamentos o unidades de aquella, incluyendo archivos y sistemas informáticos que puedan servir a un mejor cumplimiento de sus tareas.

Para finalizar lo relativo al perfil del *Compliance Officer*, es pertinente citar un documento de Perú sobre la Oficialía de Cumplimiento del Fondo de Vivienda, de 2013, y que asigna como competencias genéricas de un *Compliance Officer* la vocación de servicio,

Alejandro J. Rodríguez Morales

tolerancia bajo presión, adaptación al cambio, responsabilidad y confiabilidad, e integridad; y como competencias específicas el liderazgo, la solución de problemas y la comunicación¹³.

Todo esto confirma que el *Compliance Officer* debe tener un perfil muy particular y coherente con las nucleares funciones que debe realizar en lo que respecta al sistema de gestión de *Compliance* que ha de tener a su cargo. Se pone en evidencia, a su vez, que en ese perfil tendrán una importancia destacada los conocimientos relativos al Derecho Penal, debido al papel fundamental que ostenta en este ámbito la necesidad de prevenir, detectar y reaccionar ante hechos delictivos que puedan ser perpetrado en o a través de la empresa.

IV. REFLEXIÓN FINAL

En la actualidad las empresas se encuentran permanentemente sometidas al escrutinio de la ley, siendo que cada vez hay una mayor cantidad de normas que han venido regulando su actividad. Pero además, también están sujetas al nada menospreciable escrutinio público, el cual puede ser sumamente riguroso y valerse de las redes sociales e Internet para exponer los actos ilícitos o concretamente delictivos que se cometen en o a través de las empresas.

Es por ello que el auge del *Compliance*, como tema empresarial e ineludible en el Derecho Penal Económico contemporáneo, parece indetenible¹⁴. Al ser así, cada vez más será necesario que las empresas cuenten con un sistema de gestión de *Compliance* adecuado y efectivo, cobrando una decisiva relevancia el rol del *Compliance Officer* que, en ese sentido, se ha convertido en un trabajo cuya demanda seguramente aumentará con el tiempo.

En esa dirección, comprender cuáles deben ser las funciones que dicho *Compliance Officer* deberá cumplir en la empresa así como su perfil es una tarea irrenunciable, por lo cual se

¹³ El documento mencionado es citado en SAURA ALBERDI, Beatriz. *El órgano de cumplimiento (Compliance Officer)*. En: RODRÍGUEZ-GARCÍA y RODRÍGUEZ-LÓPEZ, Nicolás y Fernando (Editores). *Compliance y Responsabilidad de las Personas Jurídicas*. Pág. 422. Editorial Tirant Lo Blanch. Valencia, España. 2021.

¹⁴ Valga acotar que terminando de escribir este trabajo, las noticias en Costa Rica hacían referencia al primer caso (llamado “Caso Cochinilla”), en ese país, que sería juzgado empleando la ley 9699, aprobada en 2019, y que establece la responsabilidad penal de las personas jurídicas.

Alejandro J. Rodríguez Morales

ha querido en este breve trabajo y merecido homenaje al profesor Alfredo Morles Hernández contribuir con esa tarea. Se espera que sirva, también, para seguir desarrollando esta temática.

BIBLIOGRAFÍA

ARANGUEÑA FANEGO, Coral. *El derecho al silencio, a no declarar contra uno mismo y a no confesarse culpable de la persona jurídica y el régimen de compliance*. En: GÓMEZ COLOMER, Juan Luis (Director). *Tratado sobre Compliance Penal*. Editorial Tirant Lo Blanch. Valencia, España. 2019.

Alejandro J. Rodríguez Morales

BOCK, Dennis. *Criminal Compliance*. Nomos Verlagsgesellschaft. Baden-Baden, Alemania. 2013.

BOGHRATY, Babak. *Organizational compliance and ethics*. Wolters Kluwer. Nueva York, Estados Unidos. 2019.

DEL ROSAL BLASCO, Bernardo. *Manual de responsabilidad penal y defensa penal corporativas*. Wolters Kluwer. Madrid, España. 2018.

GÓMEZ COLOMER, Juan Luis (Director). *Tratado sobre Compliance Penal*. Editorial Tirant Lo Blanch. Valencia, España. 2019.

HAUSCHKA, MOOSMAYER y LÖSLER; Christoph, Klaus y Thomas (Coordinadores). *Corporate Compliance. Handbuch der Haftungsvermeidung im Unternehmen*. C.H. Beck Verlag. Múnich, Alemania. 2016.

KUHLEN, MONTIEL y ORTIZ DE URBINA GIMENO; Lothar, Juan Pablo e Íñigo (Editores). *Compliance y teoría del Derecho penal*. Marcial Pons. Madrid, España. 2013.

MIR PUIG, CORCOY BIDASOLO y GÓMEZ MARTÍN; Santiago, Mirentxu y Víctor (Directores). *Responsabilidad de la Empresa y Compliance*. Edisofer y Editorial B de F. Madrid, España. 2014.

MONTANER FERNÁNDEZ, Raquel. *El compliance officer y el Código penal*. En: NAVARRO, Jorge (Director). *El compliance officer, ¿un profesional en riesgo?* Profit Editorial. Barcelona, España. 2018.

MORLES HERNÁNDEZ, Alfredo. *Curso de Derecho Mercantil. Tomo II. Las Sociedades Mercantiles*. Publicaciones de la Universidad Católica Andrés Bello. Caracas, Venezuela. 2000.

NOLL, Matthias. *Grenzen der Delegation von Strafbarkeitsrisiken durch Compliance*. Mohr Siebeck. Tübinga, Alemania. 2018.

Alejandro J. Rodríguez Morales

RODRÍGUEZ-GARCÍA, Nicolás (Director). *Tratado Anglo-Iberoamericano sobre Compliance Penal*. Editorial Tirant Lo Blanch. Valencia, España. 2021.

RODRÍGUEZ MORALES, Alejandro J. *Criminal Compliance (Cumplimiento normativo penal y Derecho Penal Económico)*. 2da edición actualizada y ampliada. Ediciones Paredes. Caracas, Venezuela. 2021.

RODRÍGUEZ MORALES, Alejandro J. *Venezuela*. En: RODRÍGUEZ-GARCÍA, Nicolás (Director). *Tratado Anglo-Iberoamericano sobre Compliance Penal*. Editorial Tirant Lo Blanch. Valencia, España. 2021.

ROTSCH, Thomas (Ed.) *Criminal Compliance. Handbuch*. Nomos Verlagsgesellschaft. Baden-Baden, Alemania. 2015.

SAURA ALBERDI, Beatriz. *El órgano de cumplimiento (Compliance Officer)*. En: RODRÍGUEZ-GARCÍA y RODRÍGUEZ-LÓPEZ, Nicolás y Fernando (Editores). *Compliance y Responsabilidad de las Personas Jurídicas*. Editorial Tirant Lo Blanch. Valencia, España. 2021.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María (Director). *Criminalidad de empresa y Compliance*. Editorial Atelier. Barcelona, España. 2013.