

Compliance, Integridad, Derecho Administrativo y el COVID-19. Eslabonamiento del Compliance en el sistema conceptual regulatorio y su utilidad en el contexto de la pandemia¹

Compliance, Integrity, Administrative Law and COVID-19. Linkage of Compliance in the conceptual regulatory system and its usefulness in the context of the pandemic

David H. Chávez Huertas

Abogado summa cum laude por la Universidad de Lima, egresado de la Maestría de Derecho Administrativo Económico de la Universidad del Pacífico y postgraduando en Gestión Pública por la Universidad de Lima. Actualmente se desempeña como Secretario Técnico Adjunto de la Junta de Apelaciones de Reclamos de Usuarios del Organismo Supervisor de la Inversión en Energía y Minería (Osinergmin). Correo de contacto: dchavez@hotmial.com

RESUMEN

El autor ingresa en el mundo del Compliance para analizar con rigurosidad algunos de sus aspectos menos estudiados, como su fundamento, naturaleza, el potencial de la economía conductual para optimizarlo; eslabonarlo en el sistema conceptual regulatorio, aclarando que no constituye la privatización de potestades públicas. De forma novedosa indica que la regulación y el Compliance están destinados a mitigar riesgos, bajo una lógica de cuasi co-regulation, por lo que sitúa al Compliance como la respuesta más reciente, del Derecho y la regulación, a la incertidumbre producida por la Sociedad del Riesgo, destacando su utilidad en el contexto del COVID-19.

ABSTRACT

The author enters the world of compliance to rigorously analyze some of its lesser known aspects, such as its foundation, nature, and the potential that behavioral economics has to optimize it; link it in the conceptual regulatory system, clarifying that it does not constitute the privatization of public powers. In a novel fashion, it indicates that regulation and compliance are intended to mitigate risks in society, under a premise of quasi-co-regulation, which is why compliance is the most recent response, from law and regulation, to the uncertainty produced by the Risk Society, highlighting its usefulness in the context of COVID-19.

1 A mi princesa Aitana: "Niña mía, preciosa, flor bailable del aire, delicada, inasible, alada (...)". Fragmento del Poema "Un arabesco para Aitana" de Rafael Alberti.

PALABRAS CLAVES

Enforcement | Cumplimiento | Programas de Cumplimiento | Autorregulación | Aproximación basada en Riesgos | Riesgo Dinámico | Regulación | Derecho Administrativo | Economía Conductual | Potestades Públicas | Co-regulación | COVID-19.

KEYWORDS

Enforcement | Compliance | Compliance Programs | Self-regulation | Risk Based Approach | Dynamic Risk | Regulation | Administrative Law | Behavioral Economic | Public Powers | Co-regulation | COVID-19.

SOBRE EL ARTICULO

El siguiente artículo fue recibido por la Comisión de Publicaciones el 09 de mayo de 2020 y aprobado para su publicación el 24 de julio de 2020.

SUMARIO

1. El Compliance, sus contextos y el COVID-19 (Introducción); 2. Concepto y alcances; 3. Riesgos y Derecho Administrativo; 4. Fundamentos del Compliance; 5. Naturaleza Jurídica; 6. Diferencias con otras figuras; 7. Compliance y Enforcement; 8. El Compliance y el principio de legalidad (Juridicidad); 9. La Regulación y el Derecho Administrativo; 10. La autorregulación o self – regulation; 11. Recepción del Compliance por el Derecho Administrativo; 12. Compliance, la actividad de vigilancia y la actividad inspectora de la Administración Pública; 13. Coincidencia entre el Compliance y la actividad inspectora; 14. Behavioral Compliance; 15. Compliance y COVID-19; 16. Conclusiones; 17. Bibliografía.

1. EL COMPLIANCE, SUS CONTEXTOS Y EL COVID-19 (INTRODUCCIÓN)

Se puede describir al Compliance Context o entorno en que ha surgido el Compliance, como aquél concepto que se alimenta de la llamada Sociedad del Riesgo, que se refiere a una sociedad expuesta al riesgo más por sus propias acciones tecnológicas e industriales, que por los peligros naturales que ha logrado evitar a través de las mismas (Esteve Pardo, 2019, p. 12), y que fuera analizada por la Escuela de Barcelona del Derecho Administrativo, para desarrollar las diferencias que generan en el Derecho las nociones de peligro y de riesgo², así como la lógica que ocasionan en el desarrollo de las actividades de policía administrativa y las actividades de gestión de riesgos en el ámbito del Derecho Administrativo.

El Compliance Context se alimenta también de los episodios de corrupción y casos paradigmáticos, como los de Odebrecht, Volkswagen, FIFA, HSBC, etc.; que pusieron de relieve la importancia de la ética y el riesgo de incumplimiento, convirtiéndolos en elementos principales dentro de las organizaciones, para evitar daños en su imagen, reputación y relación con la sociedad, y que dotan de contenido y sirven de base para la implementación y promoción del Compliance, permitiendo que éste se convierta en un mecanismo dinámico de alerta temprana, que con una sólida cultura de cumplimiento organizacional, permita un desarrollo de las organizaciones que armonice con esa sociedad en la que operan.

Pero ese contexto es mucho más rico y también se relaciona con:

- i) Exigencias sociales que demandan un rol más activo de los poderes públicos, frente a lo cual éstos buscan responder con las estrategias regulatorias adicionales

2 Entendido como contingencia o posibilidad de un daño.

que les resulten efectivas, sin perjudicar su posicionamiento como autoridad.

- ii) Un entorno regulatorio abundante y complejo para los agentes económicos, respecto del cual se generan riesgos y éstos inquietan escenarios de mayor participación e información.
- iii) El rol subsidiario que está llamado a desempeñar no sólo el Estado Empresario, sino el Estado Regulador, con base en nuestra Constitución Económica, y en que la self-regulation ocupa un papel central.
- iv) La permanente escasez de recursos públicos para el desarrollo de las labores de enforcement, que demanda la búsqueda de herramientas cada vez más costo-efectivas.
- v) El cambio de orientación de la regulación, hacia una que privilegia la prevención y el cumplimiento, sobre la detección y punición; entre otros.

Acudimos también a un contexto³ provocado por el nacimiento y expansión del Compliance, en que se aprecia toda una revolución, que se ha generado con su importación a diversos países (incluido el Perú), y que pasa por su efectiva implementación en las organizaciones empresariales, en que se crean verdaderas áreas de cumplimiento regulatorio, respaldadas con recursos, personal y el empoderamiento de sus responsables, nuevos cargos como el de los Chief Compliance Officers, con tareas inéditas dentro del contexto empresarial, bajo la óptica de la aproximación basada en el riesgo — risk based approach; así como toda una especialidad jurídica, que abre nuevas oportunidades de trabajo no sólo para los hombres y mujeres del Derecho, sino para los profesionales en general, interesados en los alcances del Compliance y sus posibilidades de impacto en las organizaciones empresariales y en la sociedad en conjunto.

También ocurrió la normalización⁴ de la función de cumplimiento, así la International Organization for Standardization (ISO) produjo la Norma ISO 19600:2014 sobre Compliance Management Systems, no certificable, con la que introdujo guidelines y enseñó que el cumplimiento y la evaluación del riesgo (risk assessment) deben operar juntos, como dos herramientas de un marco común de gestión en que ha operado una evolución que relega a los modelos de control clásicos por modelos basados en la teoría de la integridad, en que lo relevante es trabajar el comportamiento de las personas y el enfoque basado en el riesgo (hoy nos encontramos a la espera de su sucesora, la Norma ISO 37301 —que reemplazaría a la Norma ISO 19600:2014—, que sí será certificable, además de resultado de la revisión y mejora de su antecesora). Cabe referir que en el año 2017, el Comité Técnico de Normalización del

3 El contexto en que surge y aquél que provoca el Compliance, debe diferenciarse del contexto de una organización en Compliance, referido a comprender a la organización, sus necesidades, expectativas, alcances, carga regulatoria, riesgos específicos, mercado en que se desenvuelve, entre otros, que hay que tener en cuenta en la implantación del Compliance. Por ejemplo: la existencia de sectores en que se esté emitiendo regulación nueva, por ineficacia de las regulaciones anteriores.

4 Según la ISO, es el proceso de elaborar, aplicar y mejorar las normas que se emplean en actividades científicas, industriales o económicas, con el fin de ordenarlas y mejorarlas. Tiene por objeto establecer, ante problemas reales o potenciales, disposiciones destinadas a usos comunes y repetidos, con el fin de obtener un nivel de ordenamiento óptimo en un contexto dado, que puede ser tecnológico, político, o económico, con la mira puesta en la simplificación, unificación y especificación. En: <https://www.iso.org/home.html>.

Sistema de Gestión de Calidad para Promover la Integridad del Instituto Nacional de la Calidad (INACAL), elaboró bajo el sistema de adopción y luego aprobó una Norma Técnica Peruana⁵ sobre el particular, que se oficializó como la NTP-ISO 19600:2017 “Sistemas de Gestión de Cumplimiento. Directrices / Compliance Management Systems. Guidelines, 1° Edición, del 13 de setiembre de 2017”⁶.

Se ha producido también la proliferación de consultoras y asociaciones que emprenden la tarea de asesorar y orientar a las empresas y entidades en general, respecto de esta nueva herramienta y sus implicancias, y una nueva oferta educativa variada en cuanto a la función de cumplimiento, sus especialidades, normalización y relación con el gobierno corporativo, la cultura empresarial, la gestión de riesgos, etc.; la cual ya no pasa sólo por la existencia de pequeños cursos, sino que va avanzando hacia diplomados completos y maestrías en que se analiza la figura y se comunican nuevos desarrollos y potencialidades a futuro. Además de una variada carta de Manuales y Guías (de origen público y privado) que se producen día a día, en diversos idiomas y para ámbitos de aplicación diferentes, en las cuales nos podemos inspirar a la hora de diseñar mecanismos de cumplimiento, recordándonos que este tipo de productos aproximan a los particulares hacia cualquier regulación y viabilizan un mejor entendimiento y predictibilidad de la misma, contribuyendo a un mejor ambiente regulatorio.

Dentro de los manuales genéricos podemos mencionar el Handbook Compliance del año 2019, producido por la asociación brasileña Interact Solutions Ltda. o al Libro Blanco Sobre la Función de Compliance del año 2017, producido por la Asociación Española de Compliance; y en el caso de textos específicos podemos citar, por ejemplo, para la prevención de ilícitos penales al Guidelines Manual del año 2018, producida por la United States Sentencing Commission; en el ámbito de la prevención del soborno a la Research Guide to the U.S. Foreign Corrupt Practices Act, emitida conjuntamente por el Departamento de Justicia Norteamericano y el Órgano Regulador en el año 2012; además de documentos en nuestro país, del año 2019, dedicados al ámbito de la Libre Competencia, como la Guía de Programas de Cumplimiento de las Normas de Libre Competencia, elaborada por el Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual – INDECOPI, y en el ámbito de la tutela al consumidor, como el Reglamento que promueve y regula la implementación voluntaria de programas de cumplimiento normativo en materia de protección al consumidor y publicidad comercial, aprobado por el Decreto Supremo N° 185-2019-PCM.

- 5 Es un documento elaborado por un Comité Técnico de Normalización de INACAL, que sirve de referencia técnica para que, al ser utilizado por los productores o actores económicos de nuestro país, incorporen calidad a sus bienes y servicios. Tiene carácter voluntario, establecido para uso común y repetido, que facilita la adaptación de los productos, procesos y servicios a los fines a los que se destinan, protegiendo la salud y el medio ambiente, previniendo los obstáculos innecesarios al comercio y facilitando la transferencia tecnológica. En: <https://www.inacal.gob.pe>.
- 6 Si bien, desde el año 2005, en el ámbito bancario y financiero ya existían manuales que desarrollaban la función de cumplimiento, con muchos de los elementos de los Programas o Sistemas de Gestión de Cumplimiento modernos, se refiere que éstos estaban pensados para las organizaciones empresariales del sector; por lo que no fue hasta el año 2006 en que la Australian Standards emitió un documento sobre Programas de Compliance, su conocido y celebrado Estándar AS 3806 (la cual constituye un hito y la primera norma nacional de este tipo), que se contó con una guía sobre Compliance aplicable a cualquier tipo de organización empresarial, y que fuera la matriz precursora del primer estándar internacional sobre Compliance, la Norma ISO 19600:2014, antes mencionada, y de una nueva generación de estándares relacionados a la materia (KPMG, 2017, p. 12 - 14).

La tecnología y la inteligencia artificial, han hecho su parte, así existen softwares y aplicativos on line de sistemas de Compliance, que se diseñarían a partir de las necesidades de cada organización y que incluso ofrecerían el cambio continuo del estado de riesgo de los ya validados, bajo la óptica del *dynamic risk*; pero que no han estado exentos de dudas y críticas de los especialistas, bajo la consideración del traje a medida que debe constituir todo programa de cumplimiento y la necesidad de una directa gestión interna de riesgos en la propia sede de las organizaciones.

En el ámbito de la RegTech o el conjunto de soluciones tecnológicas que simplifican y mejorar los procesos regulatorios, una de las principales aristas, liderada por las organizaciones financieras, busca integrar la tecnología en los procesos internos y optimizar los Programas de Cumplimiento, con la mira puesta en mejorar las herramientas disponibles para enfrentar los desafíos provocados por el aumento constante de la regulación, cumplir con estándares de seguridad en sus operaciones, evitar el crecimiento excesivo de los equipos de cumplimiento y promover la colaboración entre los actores relacionados con el cumplimiento regulatorio⁷.

En el campo de los organismos y bancos multilaterales, como el Banco Interamericano de Desarrollo, si bien la integridad en los Estados miembros constituye un tema novedoso y que antes sólo era considerado como parte de la política interna de cada uno de los países; ha pasado a ser un elemento irremplazable en las operaciones y considerado trascendental en sus esfuerzos por buscar el desarrollo económico y social de los países, dado que esta organización financiera internacional considera que temas como la corrupción frenan estos procesos e impactan negativamente en su reputación y credibilidad, además de restar legitimidad a sus esfuerzos por lograr el desarrollo de la región (Saccani, 2018, p. 50).

La importancia de la figura en las relaciones internacionales ha sido recientemente resaltada (Juanhuix, 2020, pp. 40-41), con relación a la implementación de programas de cumplimiento que no solo contemplen la regulación de origen de la organización empresarial, sino también la de aquella de los distintos países con los que la empresa se relaciona o en los que va a operar, con referencia a organizaciones empresariales transnacionales; añadiéndose que en las compras internacionales, los proveedores internacionales y la cadena de suministro, el Compliance demanda la necesidad de analizar los riesgos y el desarrollo de due diligence respecto de los distintos proveedores con los que se relaciona la organización en sus diversos procesos, a fin de conocer su compromiso ético y de cumplimiento con la ley, su situación legal, accionariado real, posibles conflictos de intereses que puedan haber, el origen de sus fondos, etc.

El Estado Peruano, por su parte, no ha estado inactivo frente a esta corriente y ha respondido no sólo con la aprobación de una política de integridad (compliance gubernamental, public compliance o compliance oficial) que debería guiar sus actuaciones⁸,

7 Para profundizar en el conocimiento de estas nuevas tecnologías disruptivas, producto del desarrollo del mercado de Fintech, y conocer algunos de las herramientas que pueden ayudar a mejorar el cumplimiento regulatorio y del reporte a los reguladores por parte de las entidades financieras, es imprescindible revisar el Informe del Institute of International Finance “Regtech in Financial Services: Technology solutions for compliance and reporting” (Institute of International Finance, 2016, p. 2-24).

8 En abril de 2018 se crea la Secretaría de Integridad que pasa a formar parte de la PCM y se establecen un conjunto de medidas de prevención que deberían implementar progresivamente las entidades públicas (Decreto Supremo N° 042-2018-PCM); además que en el mismo mes se aprueba, mediante el Decreto Supremo N° 044-2018-PCM, el Plan Nacional de Integridad y Lucha contra la Corrupción 2018-2021, en el cual se pone énfasis

sino que ha visto por conveniente incentivar el nacimiento de estos esquemas preventivos en las organizaciones empresariales, aunque tímidamente, por cierto, desde que no sólo es posible crear incentivos desde los ámbitos del Derecho Penal y el Derecho Administrativo Sancionador (con el establecimiento de eximentes y atenuantes que se otorgan por la efectiva implementación de modelos de prevención y programas de cumplimiento), ya que existen diversas posibilidades para incentivar la implementación de este importante mecanismo, que realmente crea valor en las organizaciones empresariales.

Hasta aquí hemos reseñado lo acontecido recientemente con el Compliance, en nuestro país y a nivel internacional. Pero en un contexto de crisis global como el que vivimos, como resultado de la pandemia del COVID-19, calificada como un black swan⁹; se va a producir un giro inesperado respecto de las políticas de Compliance y sus contextos, pero no en el sentido de la flexibilización y supresión de las mismas, sino de realización de ajustes en sus instrumentos, su puntualización y fortalecimiento, pues el lock down o circuit breaker (como ha sido bautizado en Singapur), que ha significado una dramática disminución de la actividad empresarial, no trae consigo la desaparición de los riesgos de incumplimiento, sino todo lo contrario; por cuanto se han establecido nuevas formas de trabajo (trabajo remoto, paralelo al teletrabajo), potenciado el comercio electrónico, la comunicación virtual (con las apps de videollamada y traslado de datos on line) y en general establecido toda una nueva regulación por parte de los gobiernos para hacer cambiar determinados comportamientos y controlar la pandemia (el aislamiento social, el cierre de fronteras, la limitación de aglomeraciones, el uso obligatorio de mascarillas, son una muestra de ello), que no puede ser enfrentada bajo un enfoque laxo, que se justifique en la existencia de este periodo de incertidumbre.

Debe considerarse más bien que, en este contexto de incertidumbre es cuando se requiere ser más preventivo, gestionar la cultura organizacional y ejercer de modo versátil los

en el cumplimiento de las políticas de integridad del Decreto Supremo N° 042-2018-PCM. Cabe añadir que estas medidas provienen de las recomendaciones dadas por la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE) a nuestro país, referidas a reforzar la integridad en el sector público para un crecimiento incluyente, al considerar que la coordinación entre las autoridades existentes era limitada, por lo que era necesario que se organice un sistema de prevención contra la corrupción, que se dirija a toda la organización pública.

El 24 de mayo del 2018 se publicó la Política General de Gobierno al 2021, aprobada por el Decreto Supremo N° 056-2018-PCM, que se desarrolla sobre cinco ejes interrelacionados: a) Integridad y lucha contra la corrupción; b) el fortalecimiento institucional para la gobernabilidad; c) el crecimiento económico equitativo, competitivo y sostenible; d) el desarrollo social y bienestar de la población; y, e) la descentralización efectiva para el desarrollo.

Con fecha 24 de julio de 2019 se publicaron los “Lineamientos para la implementación de la función de integridad en las entidades de la Administración Pública”, aprobados por la Resolución de la Secretaría de Integridad Pública N° 001-2019-PCM/SIP, aplicable a todas las entidades comprendidas en el artículo I del Título Preliminar del Texto Único Ordenado de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, aprobado mediante el Decreto Supremo N° 004-2019-JUS.

- 9 La teoría del cisne negro fue desarrollada por el filósofo y profesor libanés Nassim Taleb, conocido por predecir la crisis financiera de 2008, como una [metáfora](#) que describe un suceso sorpresivo, para quien lo padece, de gran impacto socioeconómico y que, una vez superado, puede ser explicado y racionalizado, haciendo que parezca predecible, y dando impresión de que se esperaba que ocurriera. Sin embargo, recientemente, el propio Taleb ha señalado que el COVID-19 en realidad es un white swan, porque es predecible, tiene carácter periódico como pandemia que es y haberse podido evitar si el viaje al extranjero desde y hacia China se hubiese detenido inmediatamente, después de que se supo que un nuevo virus había afectado a la provincia china de Wuhan, el epicentro original de la actual pandemia de coronavirus, por lo cual también criticó la posición laxa de la Organización Mundial de Salud, al no diagnosticar el impacto pandémico del COVID-19.

controles respecto del cumplimiento de la regulación y las recomendaciones de emergencia emitidas por los gobiernos con motivo del COVID-19, conjuntamente a aquella regulación usual, que aún sigue rigiendo las operaciones de las organizaciones empresariales (y aquella que registrará post COVID-19); debiendo considerarse que las propias herramientas de tratamiento de riesgos, vienen aparejadas con la posibilidad de ir mutando, en función de cómo va cambiando el entorno regulatorio.

Obviamente, lo anterior será más fácil para aquellas organizaciones empresariales que tengan implementada la función de Compliance, pues contarán con las herramientas básicas de prevención y detección de incumplimientos, e incluso en aquellas en que éstas encuentren más desarrollo y arraigo, contarán con una cultura de cumplimiento institucionalizada y que les permita gestionar mejor los cambios regulatorios que se van produciendo. Cabe mencionar que en el caso de las organizaciones empresariales del Estado o en las sociedades de economía mixta, lo que se debe implementar es la función de integridad, en el marco de la Directiva “Lineamientos para la implementación de la función de integridad en las entidades de la Administración Pública”, aprobada por la Resolución de Secretaría de Integridad Pública N° 001-2019-PCM/SIP.

Precisamente, en el caso de la Integridad o Public Compliance, la situación no es distinta, ya que en este contexto de incertidumbre, necesidad y apremio, que estamos viviendo a raíz de la pandemia del COVID-19, los principios de política pública de transparencia, probidad, respeto, igualdad, rendición de cuentas, neutralidad, prevención, entre otros, deben cobrar mayor entidad para los servidores públicos y responsables de gestionar, implementar y ejecutar las medidas administrativas y la regulación establecidas, además que evitarán que la gestión pública, en un contexto inédito como éste, se vea afectada por la corrupción y las malas prácticas, de modo que se pase de la discrecionalidad reglada a la arbitrariedad, de la satisfacción del interés general a la realización de intereses particulares y subalternos.

2. CONCEPTO Y ALCANCES

El término Compliance es una slang word desde que nació, se utilizó y utiliza en el argot de la regulación, y además es un anglicismo que proviene del verbo to comply (cumplir)¹⁰, que se muestra genérico y no hace referencia al tipo de regulación a cuyo cumplimiento va dirigido¹¹, ya que en realidad hablamos de un cumplimiento ético – regulatorio, es decir, que va más allá de las normas o la regulación (laboral, financiera, tributaria, de consumo, etc.) y que busca la implementación de una verdadera cultura de cumplimiento en las organizaciones empresariales¹², en la cual esas obligaciones legales y normativas, las buenas prácticas, los compromisos con los clientes y la cultura ética, sean visibles pero, principalmente, conocidas, y su cumplimiento vigilado, supervisado, monitoreado, fiscalizado, etc., así como las fallas corregidas, sancionándose, además, los incumplimientos; todo ello sin necesidad de la

10 También se ha precisado que el referido término, desde el punto de vista puramente lingüístico, hace referencia a “obediencia”, lo que indica la existencia de un acto, disposición o acuerdo que debe ser obedecido; es decir, estaría referido a la actividad de obedecer una regulación impuesta o acordada.

11 Por eso descartamos la utilización de términos como el de “Legal Compliance” o el de “Cumplimiento legal”.

12 En realidad, no sólo se limita a las corporaciones, sino que puede concurrir tanto en organizaciones públicas (en que adopta el término integridad) como en privadas, con y sin ánimo de lucro (agregaciones, ONGs), razón por la cual en el presente trabajo tampoco utilizamos el término “Compliance Corporativo”, el cual podría dotarlo de un sentido restringido.

intervención de los poderes públicos.

Una segunda observación, entonces, podría estar referida a que en realidad el término bajo estudio, no cubre todo el espectro de actuaciones exigidas para efectos de su implementación, o en todo caso no es descriptivo de las estructuras del Compliance¹³, y más bien sólo se refiere al objetivo que se busca con el mismo.

En cuanto al tipo de normas sujetas a Compliance, existen organizaciones empresariales que consideran en sus programas a la ética, los principios y valores de la organización. Otras que sólo desarrollan programas clásicos, formados exclusivamente a partir del cumplimiento regulatorio. También existen organizaciones, a modo de *tertium genus*, que consideran que deben ingresar a sus programas de cumplimiento no sólo las obligaciones nacidas de normas imperativas o de la regulación, sino aquellas que han asumido de manera voluntaria (es decir, desarrollan lo que se llama el *moral compliance*¹⁴), constituyendo verdaderos híbridos que combinan tanto aspectos normativos como valores y principios de la organización (*Compliance blend*).

Otras organizaciones limitan el Compliance al ámbito regulatorio de sus actividades y dentro de este ámbito, a las actividades de *core business* (a través de productos o bloques de *compliance*). A diferencia de otras organizaciones que implementan el mismo respecto de todas sus actividades (*core business* y *non core activities*) o con relación a cualquier regulación que sea susceptible de impactar en sus operaciones, estructurando lo que se denomina una *Superestructura de Compliance*¹⁵ o Programa Transversal.

Un aspecto importante en este ámbito lo constituye la diferencia entre los conceptos de *hard law* y *soft law*. Así con el primer término se hace referencia a regulaciones de naturaleza diversa que son vinculantes (como las leyes, los reglamentos, etc.), y con el segundo a regulaciones que no son obligatorias, pero que poseen cierta significancia jurídica en cuestión de información, predictibilidad, legitimidad, entre otros (como los lineamientos expedidos por las diversas autoridades y tribunales administrativos, recomendaciones y buenas prácticas de la industria), y el Compliance también puede diseñarse con una dimensión diversa, en función a si se decide que abarque sólo un tipo de regulación o ambas.

En todo caso, de lo que se trata con aquél es de establecer políticas y procedimientos internos adecuados y suficientes para garantizar que toda la organización empresarial (incluyendo necesaria y principalmente a la alta dirección y funcionarios) cumple voluntariamente con el marco regulatorio aplicable, sin necesidad de intervención ni coerción del Estado. Vale decir, articular¹⁶ un conjunto de procedimientos y buenas prácticas, con características preventivas y

13 En el Libro Blanco de la Función de Compliance, al desarrollar lo que denomina las estructuras de la “función de Compliance”, se indica que con ésta se asumen las tareas de prevención, detección y gestión de riesgos, mediante la operación de uno o varios Programas de Cumplimiento, contribuyendo a promover y desarrollar una cultura de cumplimiento en el seno de la organización (ASCOM, 2017, pp. 9-12).

14 Gonzalo (2017, pp. 15-40) lo describe como aquél que “va más allá de los riesgos legales o regulatorios, incorporando a la evaluación de los riesgos un análisis desde la perspectiva del riesgo moral, como una herramienta para facilitar la ética y la sostenibilidad en las organizaciones empresariales”.

15 Para obtener más información se puede consultar el siguiente enlace: <https://home.kpmg/content/dam/kpmg/pdf/2016/03/aproximacion-riesgo-cuestiones-organizativas.pdf>

16 En muchas organizaciones empresariales existen o siempre han existido manifestaciones o elementos aislados,

reactivas, para identificar y catalogar riesgos inherentes y consolidar mecanismos internos de prevención, administración y control de aquellos (para conseguir mitigarlos y generar riesgos netos), y también de reacción frente a los incumplimientos (más allá de la sola obediencia o cumplimiento voluntario).

3. RIESGOS Y DERECHO ADMINISTRATIVO

Carrillo Donaire (2016, pp. 247-259) afirma en clave de paradoja que, si bien uno de los objetivos del desarrollo científico es paliar los peligros naturales, las amenazas y los riesgos conocidos, a medida que la ciencia ha ido avanzando en la sociedad, la industrialización y la técnica han creado y vienen creando nuevos riesgos, imprevisibles e inéditos, y que se manifiestan en todas y cada una de las actividades económicas y sociales de la humanidad, generando incertidumbre.

Según José Esteve Pardo (2003, pp. 137-149) en las decisiones sobre esos riesgos las normas jurídicas son bastantes limitadas, pese a que ante situaciones de incerteza debe decidir el Derecho. Este autor nos enseña que a través de la historia, el Derecho ha resuelto las situaciones de incertidumbre a través de presunciones, y otras veces con el traslado de la carga de la prueba, y que, más recientemente, hemos asistido a una nueva reacción del Derecho frente a la incerteza, con el nacimiento del principio precautorio¹⁷ vinculado a los riesgos para el medio ambiente y la salud; en que aparte del tipo de riesgo que admitiremos, existe una función de control y seguimiento de esos riesgos, en la que muchas veces se admite un riesgo a condición de que el mismo se encuentra bajo un régimen de control que lo mitigue (riesgo residual); además de la asignación de responsabilidades por las decisiones y la gestión, en los casos en que los riesgos deriven en daños.

Esta función de gestión de riesgos habría en alguna medida desplazado a las funciones tradicionales del poder de policía de la administración pública, afirmándose que esta es una de las consecuencias más relevantes y novedosas que la Sociedad del Riesgo ha esculpido sobre el Derecho Administrativo. José Esteve Pardo (2019, p. 16) dice que la policía administrativa tiene su fundamento en el concepto absoluto del orden público y su objetivo es mantener

que no se encuentran articulados bajo una Política de Compliance, de modo que vistos de manera inorgánica y sin encontrarse sujetos a un programa corporativo que los identifique y desarrolle como parte de las acciones y los valores corporativos de una cultura de cumplimiento, fomentada desde lo más alto de la organización, no pueden ser considerados como parte de una función de Compliance efectivamente implementada. Ejemplos de estas manifestaciones son los Códigos de Conducta, lineamientos, auditorías internas, entre otros, que se llevan sin una articulación dirigida, a través de una política de cumplimiento, que desarrolle éste como un valor de la organización.

- 17 Gorosito (2017, pp. 101-136) señala que éste fue invocado en el principio 15 de la Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, cuando se expresa que: “Con el fin de proteger el medio ambiente, los Estados deberán aplicar ampliamente el criterio de precaución conforme a sus capacidades. Cuando haya peligro de daño grave o irreversible, la falta de certeza científica absoluta no deberá utilizarse como razón para postergar la adopción de medidas eficaces en función de los costos para impedir la degradación del medio ambiente”, e indica que es connatural a la revolución Científico Tecnológica en que se desarrollan las actuales sociedades. José Esteve Pardo (2006, p. 206-207), aclara que éste no se refiere a los conceptos genéricos de cautela o prudencia, y que permite decidir a las autoridades en contextos de incerteza, además de añadir que incluso puede fundamentar decisiones de excepción (como sucedió con el COVID-19 y la declaración del Estado de Emergencia Nacional), siendo que nuestro Tribunal Constitucional reconoció el mismo en Sentencia recaída en el Expediente N° 3510-2003-AA/TC.

ese orden público, para reestablecerlo en caso de que se viese alterado. La regulación basada en riesgos (risk based regulation) gira, en cambio, en un entorno más dúctil y sensato como el del riesgo permitido. Asimismo, invoca a la dogmática alemana para recordarnos que el poder de policía se proyecta fundamentalmente sobre peligros y que es caracterizado como defensa frente a esos peligros, que son claramente perceptibles. A diferencia del riesgo que está rodeado por complejidad e incertidumbre, en que actúa un papel estelar la regulación.

Todo ello, nos dice el autor en mención, determinaría que las medidas del poder de policía estén predeterminadas por la legalidad, y en cambio con los riesgos se tienda a dar regulaciones que evolucionan y cambian a tono con los avances en el conocimiento y la información (por la asimetría informativa que padece el regulador).

Dado que la valoración del riesgo implica medir la probabilidad de todos los eventos posibles, situación que se complica a modo que aumenta la incertidumbre, la regulación implica una decisión con información mínima, parcial e incompleta, que trae como consecuencia que, ante riesgos con valoraciones altas, los reguladores se vean incentivados a regular bajo los alcances del principio precautorio, es decir, bajo la consideración de que es mejor prevenir que lamentar.

Luego, según se va ganando en información disponible y los reguladores adquieren experiencia, se reduce la incertidumbre y es posible que aquellos vayan evolucionando hacia regulaciones que realmente correspondan al nivel de riesgo que se enfrenta. Esa revisión de la regulación que permite su evolución es lo que se conoce como el análisis regulatorio ex post, que busca mejores regulaciones.

4. FUNDAMENTOS DEL COMPLIANCE

Cuando Alfredo Bullard¹⁸ se refiere al término rule of law, comenta que el mismo no tiene traducción exacta al español, porque entre los anglosajones tiene que ver con un sentimiento: “sentir que la ley existe y que debe cumplirse de manera predecible y justa para todos”, para luego inferir que quizá esa falta de traducción se deba a que los idiomas reflejan la idiosincrasia de cada país, por lo que no creamos palabras para significados que no nos interesan.

El citado autor nos dice que, en el Perú, como en el resto de países hispanohablantes, tal vez lo que este término significa tiene menos vigor que en otras latitudes, de modo que, o no se conoce la regulación, o conociéndola se entiende que me la deben aplicar, porque si no es así, no tendría por qué cumplirla voluntariamente.

Es decir, nos comportamos y tenemos una actitud contraria a lo que es una cultura de cumplimiento¹⁹, no sólo del lado de la ciudadanía, la clase política y el Estado en general, sino del lado de las organizaciones empresariales. En ese contexto, creemos que el Compliance aparece²⁰ como una oportunidad para revertir esa falta de interés, esa mala actitud y

18 Ver <https://peru21.pe/opinion/torcido-481937>.

19 No utilizamos el término de cultura de la legalidad, porque resulta restrictivo para los alcances que le damos al término regulación, como parte del objeto de cumplimiento en la figura del compliance.

20 Tal vez en los países anglohablantes se cuenta con mejores índices de cumplimiento normativo de las organizaciones empresariales, al haber surgido allá esta herramienta con varias décadas de antelación. Así se

comportamiento; ese modo de ser o característica que se puede presentar en determinadas realidades y contextos, contribuyendo no sólo con el conocimiento exacto de qué conductas se espera de las personas, las organizaciones empresariales y el Estado, y cuáles deben evitar, así como los riesgos a los que se exponen por incurrir en conductas ilícitas (debido a las sanciones que podrían recibir), sino que además se encuentra en el telos de esta figura, la idea de generar ese sentimiento en el seno de la organización empresarial, la sensación de que se debe cumplir voluntariamente con la regulación, o mejor dicho, un sentimiento de fidelidad a la regulación y al Derecho. Precisamente el Derecho es un instrumento civilizador (Soto Kloss, 1980, pp. 101-124) y el Compliance viene a restituir tal carácter.

También puede ser visto como una herramienta cuyo fundamento estriba en un verdadero cambio cultural en la sociedad, referido a imponer las conductas de aquellas personas y organizaciones empresariales íntegras, que pagan sus impuestos, operan en la formalidad, que cumplen con sus obligaciones, con la regulación y el Derecho, sobre aquellos otros que producen sus resultados y rendimientos a base de prácticas ilegales, informales, desleales, antiéticas e inmorales, que finalmente afectan los derechos de todos los integrantes la sociedad, existiendo, por lo tanto, un interés público en su efectiva implementación.

Se trata, entonces, de un instrumento que pone de relieve la existencia de una obligación general de cumplimiento de la regulación (Comisión Europea, 2012, p. 7) en hombros de los agentes afectados o vinculados con la misma, o de un deber general que incumbe a quienes están sujetos a la regulación; de modo que pase a ser considerada un hecho, una realidad con la que hay que contar en el día a día de las organizaciones empresariales, ya que la ignorancia de aquella no las protegerá de las consecuencias y costos de infringirla.

Cabe añadir que el que se interiorice el cumplimiento voluntario (o fidelidad a la regulación) en el comportamiento de los integrantes de una organización empresarial depende, necesariamente, de sus altos directivos (tone at the top), y en realidad de los funcionarios en todos los niveles, y de que existan unos valores claros en esa organización, un buen conocimiento de ésta y su contexto, así como la comprensión de las necesidades y expectativas de las partes interesadas involucradas en el sistema de gestión de cumplimiento.

Conforme veremos más adelante, de manera complementaria, el Compliance puede ser visto como una respuesta del Estado frente a la Sociedad del Riesgo, la cual es encaminada a través de esta estrategia regulatoria colaborativa y persuasiva (que describiremos más adelante), en que se ha elegido a la herramienta de la autorregulación (priorizándola²¹,

indica que, a mediados de la década de los setentas, diversas empresas trasnacionales comenzaron a adoptar los Compliance Programs con la finalidad de evitar y detectar infracciones legales, sobre todo las relacionadas con la libre competencia y antimonopolio (antitrust), así como a actos de corrupción (bribery laws); por lo que estos mecanismos habrían tenido su origen en la necesidad de evitar la comisión de infracciones por las actividades y operaciones que realizan las organizaciones empresariales en el mercado.

- 21 En el ámbito de la atención de los reclamos de consumidores y usuarios, el artículo IV numeral 6 del Título Preliminar del Código de Protección y Defensa del Consumidor (CPDC), Ley N° 29571, establece que el Estado, a través de sus políticas públicas, garantiza mecanismos eficaces y expeditivos para la solución de conflictos entre proveedores y consumidores. Para tal efecto, promueve que los proveedores atiendan y solucionen directa y rápidamente los reclamos de los consumidores, el uso de mecanismos alternativos de solución como la mediación,

la conciliación y el arbitraje de consumo voluntario, y sistemas de autorregulación.

En ello debe trabajarse con un criterio de mayor amplitud, sobre todo en el ámbito de los procedimientos de

incentivándola²² y hasta decretándola como regla de conducta) para hacer responsables a las propias organizaciones empresariales frente a la sociedad en que operan y realizan sus actividades (como centros de generación de riesgos), y para reconocer en ellas su mayor capacidad para comprender las complejidades tecnológicas, científicas, empresariales, económicas, etc.; sólo que apuntando hacia un tipo de riesgo específico: el riesgo de incumplimiento regulatorio.

Cabe referir que este tipo de riesgo puede ser definido como el riesgo de afectar el modelo de negocio, la reputación, la correcta toma de decisiones, la economía o las condiciones financieras de una organización empresarial, por no dar la talla requerida por la regulación, las políticas, los estándares internos y de la industria; ni frente a las expectativas de los clientes, usuarios, ciudadanos y la sociedad en general. Debe recordarse que, como los otros tipos de riesgo, el riesgo de incumplimiento regulatorio no puede eliminarse, sino sólo gestionarse, monitorearse y controlarse.

5. NATURALEZA JURÍDICA

Hay estudios que sitúan a esta figura como objeto del Derecho Corporativo, y por tanto ponen a la misma dentro del ámbito del Derecho Privado, desde que se trata de una actividad jurídica encaminada al cumplimiento de las regulaciones que afectan a las organizaciones empresariales en sus relaciones y operaciones en el mercado, sin que por ello deje de tener que estar sujeta al uso de instrumentos de gestión y las ciencias administrativas (Tejeira, 2015, p. 936).

También existen especialistas que postulan su naturaleza procesal y definen al mismo como “un conjunto de deberes de actuación y reglas técnicas que tienen que reflejar el estado de la ciencia en relación con la diligencia debida de una persona jurídica, en aras a la evitación de bienes jurídico-penales que se encuentran en su esfera de actuación”. (Gallego, 2014, p. 195)

Bajo un esquema más elaborado, se refiere que hay “dos enfoques para analizarla. El primero es analizar su naturaleza jurídica en cuanto a su contenido, y el segundo es hacerlo en cuanto a la razón de su origen. En cuanto a su contenido la figura tendría una naturaleza público – privada, porque sus parámetros parten de la regulación estatal, a la que se integran los estándares establecidos por los organismos internacionales e incluso por la misma política empresarial. En cuanto a la razón de su origen, este autor señala que aquella fue fruto de una decisión enteramente privada, como expresión de la autorregulación de las organizaciones empresariales”. (García Caveró, 2014, p. 25)

reclamos de los usuarios de servicios públicos regulados, ya que en el caso de la tutela al consumidor se ha avanzado con el Reglamento que regula la implementación de programas de cumplimiento normativo en materia de protección al consumidor, citado con anterioridad en el presente trabajo.

22 Un ejemplo, es el artículo 112, numeral 4 del CPDC, que establece que, al graduar la sanción, el INDECOPI puede tener en consideración criterios como las circunstancias atenuantes especiales, una de las cuales es que el proveedor acredite que cuenta con un programa efectivo para el cumplimiento de la regulación de protección al consumidor, con los seis requisitos mínimos que ahí se establecen. Otro ejemplo es el Decreto Legislativo N° 1444, que modificó la Ley de Contrataciones del Estado, disponiendo en su artículo 50.10, que la implementación de un modelo de prevención “debidamente certificado, adecuado a su naturaleza, riesgos, necesidades y características de la contratación estatal, consistente en medidas de vigilancia y control idóneas para prevenir actos indebidos y conflictos de interés o para reducir significativamente el riesgo de su comisión” será un criterio que permitirá reducir la sanción administrativa por infracciones a dicha Ley, hasta por debajo del mínimo previsto.

Nosotros entendemos que su naturaleza jurídica es netamente pública, y que se ubicaría en el Derecho Público y las estrategias de enforcement que emplea el Estado (distintas de la estrategia de detección, punición y disuasión clásica) en la búsqueda de la colaboración de los privados; constituyendo una más de las herramientas que integran aquellas, y respecto de las cuales el Estado ha creído por conveniente avanzar hacia su incentivo en distintos sectores (tributario, regulatorio, laboral, abuso de mercado, protección de datos personales, etc.) y ramas del Derecho (Financiero, Administrativo, Penal), en su versión de programas de cumplimiento o modelos de prevención, y a la regulación de requisitos mínimos en las leyes y normas de carácter general²³. Vale decir, los poderes públicos han creído que es más óptimo regular los estándares mínimos, así como los incentivos para su cumplimiento, protegiendo de forma proactiva a los bienes jurídicos (ex-ante), en vez de tener que vigilar, detectar y castigar ex-post la ocurrencia de infracciones y delitos, con sanciones y penas, respectivamente, de forma reactiva, punitiva y disuasiva.

La naturaleza pública del Compliance, se aprecia de modo aún más claro, por ejemplo, cuando apreciamos que, en su versión de Programas de Cumplimiento, está siendo regulada como una medida correctiva en materia de Libre Competencia. Se los regula como una regla de conducta a implementar por los agentes del mercado, las organizaciones empresariales, asociaciones gremiales, etc., con motivo de la comisión de una infracción administrativa. Dichas medidas no tienen una finalidad punitiva, son accesorias a la imposición de una sanción, sirven para reestablecer el proceso competitivo o prevenir la comisión de conductas anticompetitivas (INDECOPI, 2019, p. 34), y le dan un carácter obligatorio a la implementación de los Programas de Cumplimiento, que por lo general son más bien objeto de incentivo, por considerarse voluntaria su implementación.

La base legal que le da el carácter de medida correctiva a los Programas de Cumplimiento en materia de libre Competencia, se encuentra en el literal e) del artículo 49 del Texto Único Ordenado de la Ley de Libre Competencia, aprobado por Decreto Supremo N° 030-2019-PCM.

Lo anterior no es óbice para que, del lado del propio Estado (que, por ejemplo, también tiene asignada responsabilidad administrativa), que incentiva el Compliance, y lo dispone para los privados, también se busque la misma fidelidad o respeto a la regulación y a los valores éticos en todos sus estamentos, promoviendo una verdadera cultura de cumplimiento, como partner del sector privado en la realización de la Juridicidad. Sólo que

-
- 23 Podemos resumir los requisitos mínimos más relevantes, explicitados en las distintas normas, para su cumplimiento por las organizaciones, con el siguiente listado: i) El compromiso e involucramiento de la Alta Dirección. ii) La implementación de una Política Organizacional de Cumplimiento, de no contar con alguna, o proceder con su ampliación; de procedimientos de cumplimiento; y, de reglas precisas en el Código de Ética o de Conducta. iii) El diseño del Programa con un enfoque basado en la prevención y la gestión de riesgos. iv) La identificación de las actividades y procesos que generan e incrementan los riesgos en función del perfil de esos procesos, sus propietarios y de la matriz de riesgo correspondiente. v) La realización de acciones internas de Monitoreo, Control y Supervisión. vi) La designación de un oficial de cumplimiento en la empresa o gerente público de integridad en la organización, salvo que ya exista alguno en funciones, que se encuentre empoderado, cuente con recursos suficientes para asumir también las actividades de Cumplimiento y tenga sus funciones bien delimitadas. vii) La difusión interna de los alcances del Programa de Cumplimiento, con el respectivo entrenamiento y la capacitación periódica del personal. vi) La implementación de sistemas de denuncias anónimas y de sanciones, con garantías mínimas para los imputados. vii) La implementación de Procedimientos Internos de Mejora, en los casos de incumplimientos aislados, para efectos de evitar nuevos eventos, con ajustes concretos del Programa.

aquí no hablamos de Compliance (que es más una estrategia regulatoria del propio Estado), porque conforme hemos indicado, el término correcto es el de Integridad Pública, con todo el desarrollo institucional y normativo que se ha creído conveniente iniciar a nivel nacional, a fin de que no peligren los institutos de Derecho Público, si consideramos que las reglas del procedimiento administrativo, el dictado de los actos, la contratación e inversión pública, la obra pública, la competencia en el mercado, la protección al consumidor y al usuario, la protección de datos personales, la prestación de los servicios públicos y el proceso de toma de decisiones públicas en general, sin cumplimiento de la juridicidad son un marco propicio para la corrupción, la ilegalidad y el fraude.

6. DIFERENCIAS CON OTRAS FIGURAS

El Compliance no es la auditoría interna de las organizaciones empresariales (o las entidades de la administración pública), que tiene como propósito revisar que se cumplan todas las políticas y procedimientos establecidos por la administración, por parte de las diferentes áreas de la organización (y no sólo aquellos vinculados con el cumplimiento), con el objeto de garantizar y proteger activos y derechos. La auditoría interna, además, no tiene dentro de su estructura la actividad de prevención y más bien se despliega de modo reactivo, para verificar situaciones ya producidas, evaluando la eficacia del sistema de control interno, todo lo cual no es obstáculo para que se busque una buena interrelación entre estas funciones, en sus espacios funcionales y temporales respectivos, respetándose la independencia y objetividad de cada una de ellas (Instituto de Auditores Internos, 2018, pp. 27-28).

Tampoco es un mecanismo de autorreglamentación, ya que por definición aquél no pretende de modo alguno, suplir la falta de heterorregulación, sino que, de las políticas públicas e incentivos estatales para su implementación, se desprende más bien la intención de hacer más evidente esa regulación y la fidelidad a la Juridicidad (buscar su confirmación: función de confirmación de la regulación del Compliance) –e incluso a veces a lo ético–; además de connatural su cumplimiento, bajo una óptica de no intervención estatal, ahí donde existe la voluntad privada de proceder previniendo y fiscalizando su accionar anticipadamente e internamente. La idea, por tanto, es que los funcionarios de la organización interpreten correctamente qué pueden y qué no pueden hacer en el marco de su organización y operaciones, respecto de esa regulación que siempre es netamente pública.

Cabe indicar que si manejamos un concepto amplio de regulación, que va más allá de lo normativo y económico (conceptos limitados²⁴), constituirá regulación toda intervención estatal que produce un impacto en la conducta de las personas²⁵; y ahí la cosa cambia, pues en los esfuerzos de Compliance es más notorio y frecuente el desplazamiento hacia las organizaciones empresariales de actividades similares a las funciones tradicionalmente estatales, como las potestades de vigilancia, fiscalización y sanción; antes que el desplazamiento de poderes legislativos y reglamentarios, pero siempre bajo un carácter complementario y de refuerzo de esas actividades y poderes públicos.

24 Precisamente, entre los conceptos de regulación limitados, tenemos aquellos que identifican a este fenómeno únicamente en su manifestación normativa, y también aquellos que lo vinculan con los servicios públicos y la fijación de precios, en que el término que se emplea es el de regulación económica.

25 El término “regulation, más allá de su sentido genérico como regulación o normación, es el término técnico específico que alude en la cultura jurídica de influencia anglosajona a lo que en nuestro ordenamiento jurídico tradicionalmente se denomina la intervención pública en la economía”. (Míguez Macho, 2019, pp. 9 y 10)

Ello no es aplicable en programas que incluyen el desarrollo de valores, conductas y principios propios de las organizaciones, en los que sí estamos ante actividades normativas de carácter netamente privado, que en muchos casos intentan ir más allá de la heterorregulación.

El Compliance no es la de asesoría jurídica de la organización empresarial (o entidad pública), sea ésta externa o in house, aunque puede confundirse con ésta, desde que la primera muchas veces se traduce como cumplimiento normativo o regulatorio, y por tanto se la aprecia ligada a la regulación propias del quehacer de los abogados que desempeñan la segunda. Sin embargo, se trata de dos funciones diferentes y hasta antagónicas, desde la propia posición en que se encuentran sus responsables; si nos percatamos de la obligación de prevención, denuncia y control que debe asumir el Compliance Officer, por un lado (y que lo debe llevar a la renuncia en caso que quiera ser mancillada su independencia); y, del deber del secreto profesional, asesoramiento y búsqueda de mejores resultados para el cliente, propios del asesor jurídico, por el otro.

Tejera Rodríguez (2015, p. 940) indica principalmente que la tendencia es a separar estas dos actividades, que deben ser independientes por la conciencia de que el cumplimiento de hoy va más allá de la legalidad, abarcando conceptos éticos, los valores de la compañía, las prácticas de la industria y la integridad; además que ha dejado de ser una actividad residual para las áreas de asesoría jurídica (que inicialmente la desarrollaban), dada la necesidad de especialización y conocimiento interdisciplinario, sin el cual el incumplimiento ha traído perjuicios económicos y reputacionales importantes a todo nivel de las organizaciones.

El Compliance tampoco es el principio to comply or explain (que ya no sólo es aplicable a las organizaciones que cotizan), aunque ambos coinciden en que aportan en la implementación del corporate governance de las organizaciones. El principio to comply or explain, que es “la clave de bóveda del corporate governance” (Riquel, 2018, p. 5), está vinculado a un set de principios, y se refiere a la necesidad de que las recomendaciones de buen gobierno sean cumplidas o en todo caso se explique las razones por las que no se cumplen aún y el estado en que se encuentra la implementación de las mismas; con la finalidad de que los accionistas, los inversores y el mercado en general puedan juzgar ello.

En cambio, con el Compliance nos enfocamos en el cumplimiento de la heterorregulación (y de la ética, valores y principios de la organización), con una orientación que además incluye la prevención y la gestión de riesgos de incumplimiento regulatorio — no principalmente la sustentación de un incumplimiento—; además que el Compliance no sólo puede estar referido al cumplimiento de recomendaciones de buen gobierno para las empresas.

7. COMPLIANCE Y ENFORCEMENT

Complementando lo anterior, podemos decir que, en realidad, existen dos estrategias de enforcement²⁶ regulatorio. Una que privilegia la detección, punición y disuasión como mecanismos para lograr el cumplimiento de la regulación, llamada deterrence, y otra estrategia regulatoria que más bien privilegia la colaboración, el autodiagnóstico y la autorregulación

26 El término enforcement no tiene en el idioma español una traducción literal, pero constituye un anglicismo que debería utilizarse para describir todo “un proceso público integrado por varias fases que van desde el momento en que la ley es ley y la norma jurídica existe, hasta la aplicación en el caso concreto y su cumplimiento” (Garoupa, 2014, p. 144). O, en palabras de Alejandro Falla (2009, p. 488), “la actividad que debe realizarse para hacer cumplir o aplicar normas, y que comprende todas las acciones necesarias para cumplir con ese objetivo”.

(self-regulation), denominada Compliance (Ochoa, 2018), que en nuestro país empieza a ser reconocida legalmente, en el artículo 239 del Texto Único Ordenado de la Ley del Procedimiento Administrativo General, Ley N° 27444²⁷ (en adelante, TUO de la LPAG).

Dentro de esta última estrategia de enforcement existe una gran variedad de mecanismos a implementar, como, por ejemplo, la regulatory shamming, la autorregulación, la educación, etc.; que son posibles de utilizar con la finalidad de conseguir los mismos resultados que la estrategia clásica del deterrence, pero a menor costo. La autorregulación es pues el género de los Programas de Cumplimiento o Modelos de Prevención, de la que éstos terminan siendo más bien una especie o proyección, es decir, herramientas dentro de la caja de la autorregulación.

Los Programas de Cumplimiento, sean aquellos configurados como Superestructuras de Cumplimiento o en su versión acotada de Bloques de Cumplimiento, son una forma de autorregulación en que se manifiesta esa estrategia de enforcement, que, de forma privada, colaborativa y complementaria al ejercicio de las funciones estatales clásicas de vigilancia, fiscalización, supervisión y sanción, pueden ayudar, desde el lado de los propios agentes regulados, a prevenir el riesgo de incumplimientos regulatorios derivado de sus propias actividades y operaciones, sus socios, accionistas y trabajadores, y consecuentemente la comisión de infracciones y faltas (también delitos), evitando el costo social que estos ocasionan.

Se debe entender que a veces la detección, punición y disuasión de conductas de incumplimiento regulatorio, como principal estrategia de enforcement, pueden resultar exiguas, por cuanto no considera la moralidad del comportamiento regulado y la cultura organizacional; además que establece únicamente un costo por el incumplimiento detectado, en vez de enfocarse en lo fundamental que es el cumplimiento regulatorio.

En ese sentido, se debe considerar que existen mecanismos adicionales que operan ex ante a las conductas de incumplimiento, de modo que la administración regulatoria en particular y las entidades de la administración pública en general puedan hacer uso de ellos (fomentándolos y considerándolos válidos en el ambiente regulatorio), cambiando sus políticas y estrategias hacia un modelo de enforcement inteligente y más costo – efectivo, en que finalmente se mezclen elementos persuasivos y disuasivos (regulatory blend).

De lado de las organizaciones empresariales, también se debe trabajar sobre la importancia y los beneficios que existen en la implementación de mecanismos de Compliance, más allá de beneficiarse con el establecimiento de un sistema privado dinámico y de alerta temprana, del efectivo cumplimiento organizacional de la regulación y la instauración de un verdadero rule of law.

Así, beneficios tales como la mejora en la toma de decisiones; el fortalecimiento del corporate governance²⁸, la prevención de infracciones y de los costos que generan; la reducción

27 Aprobado por el Decreto Supremo N° 004-2019-JUS.

28 Según el párrafo 2.5 del Informe Cadbury, el corporate governance “is the system of rules, practices and processes by which a company is directed and controlled” (Cadbury Report, 1992, p. 14). Para Miquel, la expresión “corporate governance, o su equivalente buen gobierno corporativo (o buen gobierno societario) designa un conjunto de reglas tendientes a mejorar el funcionamiento de las compañías mercantiles, principalmente pero no solo, a través de un diseño global de mejora de la organización de los dos órganos, el de formación de voluntad y deliberación, la junta general, y el de gestión y representación, que es el órgano de administración en sus diversas

de los costos del cumplimiento, al establecer de manera más clara los límites a la actuación del personal; la reducción del riesgo de exposición de los colaboradores a responsabilidades diversas; la detección y control de daños; el benchmark y la mejora reputacional respecto de clientes o usuarios, inversionistas, socios comerciales y competidores, deben encontrarse interiorizados en los directivos y accionistas de las organizaciones, cuando deciden o no la implantación del Compliance en sus organizaciones.

8. EL COMPLIANCE Y EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD (JURIDICIDAD)

Expuesto lo anterior, podemos afirmar que el Compliance, viene a enarbolar las banderas de la legalidad, más allá de las fronteras de las Administraciones Públicas, que en realidad debe ser entendido, como decía Julio Comadira (2007, pp. 75-85), bajo el concepto más amplio de Juridicidad (principio de juridicidad), aquí enfocada desde el ámbito de la voluntad de los propios agentes regulados, bajo la configuración de la libertad negativa de la que ellos gozan, y en que no sólo se incorpora ese cumplimiento de la legalidad y la regulación, sino el cumplimiento de los principios generales del derecho, así como la ética y moralidad.

Estamos, pues, frente a un instrumento que reafirma o reivindica la vigencia de esa Juridicidad, respecto del cumplimiento no sólo de la Constitución, la ley y normas, sino de la regulación en general, así como de lineamientos, principios y valores éticos (soft law) que informan y que orientan su interpretación, de cara a la efectiva vigencia del Estado de Derecho o mejor aún del denominado rule of law.

9. LA REGULACIÓN Y EL DERECHO ADMINISTRATIVO

El concepto de regulación según el diccionario de la Real Academia, está referido a ajustar el funcionamiento de un sistema a determinados fines, o determinar las reglas o normas a que debe ajustarse una persona; lo cual a decir de Rivero Ortega (2018, pp. 19-23), no sería suficiente pues en opinión de este autor se trataría de un concepto económico, no siempre coincidente con su significado jurídico.

Según Darnaculleta Gardella (2002, p. 19), la regulación, desde la perspectiva del Derecho Administrativo, en su acepción amplia y originaria, se identifica con la actividad de intervención administrativa encaminada a garantizar el orden público o la seguridad de los ciudadanos, mediante instrumentos de policía —reglamentos, inspecciones, autorizaciones y sanciones administrativas—.

La regulación, en sentido estricto y económico, se identifica como la acción deliberada del Estado, realizada para influenciar en las actividades económicas del mercado, que se traduce en actividad administrativa ejercida para satisfacer objetivos de interés general, a través de la dación de normas y reglamentos, vigilancia, supervisión, control, fiscalización, sanción y resolución de controversias (Huapaya, 2010, pp. 302-344), pero que aun así no es igual al concepto de Derecho Administrativo.

Esto por cuanto la regulación tiene un fuerte cimiento en el Derecho Administrativo, pero ostenta además un componente técnico, social, prospectivo y económico (que se hace más evidente en el ámbito de la regulación tarifaria), que se potencia con aquél, y que se traduce en la limitación legítima de derechos y libertades, por lo que requiere estar sujeta a límites (subsidiariedad) y a principios jurídicos (juridicidad, transparencia, predictibilidad,

formas.” (2018, p. 1)

proporcionalidad, entre otros) que mitiguen sus fallos y la hagan transcurrir por los cánones de la eficiencia y la eficacia.

10. LA AUTORREGULACIÓN O SELF – REGULATION

El concepto de autorregulación o de self - regulation, es importante precisarlo, no se contrapone con el de regulación, sino con el de heterorregulación, en cancha de los Estados, y que éstos han debido ir graduando, al darse cuenta que cada vez se les hace más complicado saber si regular o como deben hacerlo, normando, vigilando, supervisando, sancionando, e interviniendo en general, en contextos (empresariales, sociales, tecnológicos, etc.) extremadamente complejos como los que vivimos; además de saberse imposibilitados de acudir a una plena desregulación y al *laissez faire*. Es por eso que sin proceder con una retirada de sus potestades heterorregulatorias, más bien han modificado la estrategia de enforcement hacia una que privilegia la autorregulación.

Detrás de este cambio de estrategia, es posible leer, y en letras grandes, al menos tres mensajes principales. Uno que indica que la administración regulatoria y los poderes públicos buscan mejorar sus regulaciones e intervenciones, para hacerlas más rigurosas, eficientes y eficaces; otro que se entiende en el sentido de existir mayor confianza en la sociedad, por el desarrollo del profesionalismo y las capacidades de gestión de las empresas; y por último, habría otro mensaje en el cual se lee que, reconociendo su incapacidad de regular desde afuera, aquellos han procurado valerse de los propios agentes regulados —con más expertise y técnica—, para cumplir sus objetivos y satisfacer el interés general de la mejor manera.

La autorregulación tampoco es lo mismo que la autorreglamentación, sino que es un concepto de mayor entidad. Así la autorregulación debe ser entendida bajo los mismos alcances de la regulación, y no sólo como reglamentación, sino también como control, vigilancia, fiscalización y sanción, en terreno de los propios agentes regulados, es decir, de los privados; pero no como una simple traslación de potestades públicas hacia éstos, sino como la realización temprana de actividades de similar carácter a las potestades en mención, bajo la lógica de la proactividad y mejora en la gestión y toma de decisiones en las organizaciones empresariales, con la finalidad que éstas se adelanten previniendo y mitigando los riesgos de padecer las consecuencias de contravenir la heterorregulación, como es el caso de la disposición de medidas administrativas o la imposición de sanciones en su contra.

Sin embargo, esa autorregulación no puede desviarse de los cometidos del interés público, por lo que debe ser encarrilada por el Estado en el derrotero de la realización de esos cometidos, armonizándolos con los objetivos de interés privado. Así surge la heterorregulación de la autorregulación, también conocida como la autorregulación regulada, que busca generar respuestas y responsabilidad en la propia sociedad respecto de la minimización de los riesgos creados por ella misma (Sociedad del Riesgo), la facilitación de la función de garante que tiene el Estado (Lagos, 2017, pp. 39-40) y la restructuración de una nueva forma de relacionamiento entre el Estado y la sociedad, que no puede ser desatendida por el Derecho Administrativo.

11. RECEPCIÓN DEL COMPLIANCE POR EL DERECHO ADMINISTRATIVO

El Derecho Administrativo, que cronológicamente adoptó al Compliance con mucha antelación respecto de otras de disciplinas jurídicas como el Derecho Penal²⁹, no hizo más

29 Adán Nieto (2013, p. 177) cuenta que, en realidad, el Derecho Penal ha sido el último invitado a la fiesta corporativa de la autorregulación.

que recoger el fundamento de la figura e impulsar estas medidas de autocorrección, de self-cleaning o self-regulation en las organizaciones empresariales, recurriendo a una estrategia de enforcement inédita para sus fueros, con el objetivo puesto en la operación y funcionamiento de aquellas organizaciones con pleno respeto a esa Juridicidad, bajo un enfoque de cumplimiento y prevención, en el que prime la colaboración antes que la confrontación.

Esa recepción por parte de esta área del Derecho Público ha significado una verdadera reconstrucción de los fueros del Derecho Administrativo, que en la historia se ubicará como uno que pasó de tener unas características punitivas, reactivas y disuasivas iniciales³⁰, hacia uno que empieza a abrazar dimensiones más bien proactivas, subsidiarias y persuasivas, que en realidad siempre pudo tener, de la mano de una estrategia o nuevo modelo que le sirve de instrumento como es el Compliance.

Además, el Compliance opera en el Derecho Administrativo revalorando no sólo el cumplimiento de la legalidad, sino también de los principios (debido procedimiento administrativo, razonabilidad, formalismo atenuado, eficacia, imparcialidad, ejercicio legítimo del poder, predictibilidad y confianza legítima, etc.) y los valores éticos que deben informar la mejor toma de decisiones de sus operadores.

12. COMPLIANCE, LA ACTIVIDAD DE VIGILANCIA Y LA ACTIVIDAD INSPECTORA DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

Se debe tener presente que la autorregulación de esta estrategia del Compliance Regulatorio, materializada a través de los Programas de Cumplimiento, no es en sí la actividad inspectora, conocida entre nosotros como la actividad administrativa de fiscalización, supervisión, inspección, control, etc.; aunque algunos afirmen que estamos frente a una verdadera privatización de la misma en los hechos, con la inclusión de actividades similares a aquella (también a las de la vigilancia) en el seno de los Programas de Cumplimiento de las organizaciones empresariales.

Se entendería, por ejemplo, en el caso de la actividad inspectora, que con estos programas y sistemas se habría pasado de un modelo público inspector y centralizado en la Administración Pública, a uno privado y descentralizado en casa de los propios agentes regulados.

En realidad, se trata del fenómeno de la colaboración privada en el desarrollo de actividades similares a las de la actividad de fiscalización administrativa (y a las de vigilancia), así como en el desarrollo de funciones sancionadoras incluidas en los referidos Programas de Cumplimiento; análogas a las que se ejercen en el uso del poder de policía del que gozan las entidades de la Administración Pública.

Se debe notar que tanto se parecen, que incluso se refieren a ellas como parte de una función en las organizaciones empresariales (la función de cumplimiento), pero que en nuestra opinión no pueden ser calificadas como potestades privatizadas, al menos no formalmente, desde que ya el ser ejercidas por organizaciones empresariales privadas resulta una primera gran diferencia respecto de la fiscalización y la potestad sancionadora, que son netamente públicas.

30 Algunos podrían atribuir al legislador tales características, desde que en el diseño legal de las distintas entidades que forman parte de la administración regulatoria, no venía considerando explícitamente ni un solo atisbo de colaboración y autorregulación, como estrategia para desempeñar las funciones relacionadas al cumplimiento regulatorio.

Se debe considerar, además, que con esa nueva estrategia de enforcement, el Derecho Administrativo no sólo está reformulándose hacia uno con caracteres más proactivos, sino que además se presenta como uno que privilegia a los principios de razonabilidad, subsidiariedad, prevención, eficiencia y eficacia, por encima de otros principios como el de oficialidad y el principio de impulso de oficio, que terminan siendo atemperados en este nuevo enfoque, en procura del cumplimiento efectivo de la regulación y la realización de la Juridicidad, como orientación final que debe tener la Administración Pública.

13. COINCIDENCIA ENTRE EL COMPLIANCE Y LA ACTIVIDAD INSPECTORA

Sin embargo, debemos decir que sí existe una coincidencia entre el Compliance y la actividad de fiscalización administrativa, y esa coincidencia se presenta respecto de los elementos de la estructura del aquél y la orientación legal de ésta, incluida dentro del elemento finalista de la fiscalización administrativa.

Recordemos que la estructura jurídica de la denominada Función de Compliance en las organizaciones empresariales (y estatales) está compuesta por las tareas de prevención³¹, detección y gestión de riesgos de incumplimiento, mediante la operación de una Superestructura de Cumplimiento o de varios Programas o Bloques de Cumplimiento dentro de las mismas, que contribuyan a promover y desarrollar una cultura de fidelidad a la regulación en el seno de las organizaciones.

Por su parte, la actividad administrativa de fiscalización, que consta de cuatro elementos en su estructura, como son el sustantivo (es una potestad pública), material (compuesta por actividades de fiscalización, control, vigilancia, supervisión y similares), finalista (orientada a asegurar en cumplimiento normativo) y garantista (protección de bienes jurídicos tutelados por el ordenamiento y el interés público), tiene en su elemento finalista aparejada una orientación o enfoque establecido por ley, y que debe guiar su ejercicio por parte de las entidades de la administración pública dotadas de esta potestad administrativa. Nos referimos, pues, al enfoque de cumplimiento normativo y de prevención y gestión de riesgos, del que hace referencia el artículo 237, numeral 1 del TUO de la LPAG.

Vale decir, tanto la Función de Compliance de las organizaciones (que apareja actividades privadas similares a las inspectivas), como la propia actividad (función) de fiscalización administrativa, poseen este enfoque u orientación (de cumplimiento, prevención y gestión de riesgos) que caracteriza y compone los elementos de sus estructuras jurídicas.

14. BEHAVIORAL COMPLIANCE

Los Programas de Cumplimiento, que son una herramienta de autorregulación regulada, provenientes, a su vez, de la estrategia de enforcement por Compliance, conservan características coincidentes con el ejercicio de potestades públicas, como las inspectivas, en cuanto a su orientación o enfoque hacia el cumplimiento, la prevención y la gestión de riesgos; pero a su vez, al tratarse de autorregulación, que, como hemos indicado, debe ser

31 En el ámbito de la Integridad se dice que la orientación o enfoque preventivo tiene dos dimensiones: Una dimensión transversal, que tiene que ver con acciones generales como el fortalecimiento de la transparencia; el gobierno abierto y el control público; el fortalecimiento la cadena de valor de la justicia anticorrupción; la dación de un marco normativo idóneo para prevenir y sancionar la corrupción; la construcción de una cultura de valores; etc. También existiría una dimensión específica, para cada entidad pública, en que se desenvuelven los programas o modelos de integridad.

entendida con los mismos alcances de la heterorregulación (en lo que corresponda), involucra el ejercicio de actividades privadas de vigilancia, inspección, control y sanción, que llegan a enmarcarse incluso bajo el término de función en las organizaciones empresariales (también en lo público hablamos de función de integridad³²), es decir, en el propio ámbito particular de aquellas.

En el ámbito estatal y el ejercicio de potestades administrativas (vigilancia, inspección, control, sanción, etc.) para viabilizar las políticas públicas de salud, educación, tributos, relaciones laborales, protección de consumidores y de usuarios, entre otros, que despliegan los Estados, se ha creído conveniente complementar el uso de esas herramientas de política tradicionales, con la utilización de herramientas de la economía conductual, para potenciar aquellas en el logro de mejores resultados en el cumplimiento de la regulación y de las decisiones sociales planificadas por los gobiernos en las áreas antes indicadas. Ello también se está produciendo en el ámbito privado y la autorregulación regulada ejercida en las organizaciones empresariales.

La implementación de herramientas de la caja de la economía del comportamiento en los Programas de Cumplimiento, para conseguir que las personas tomen decisiones adecuadas en cuanto sean fieles a la regulación y a la ética, tiene un enorme potencial para hacer estos instrumentos de gestión más eficientes en minimizar riesgos regulatorios y prevenir consecuencias no deseadas; de modo tal que coadyuve a los esfuerzos de los Compliance Officers, en aminorar comportamientos inadecuados por parte del personal de las organizaciones empresariales.

A esto se le ha denominado Behavioral Compliance, que es un término con el cual se reconoce que cualquier cambio en la cultura organizacional hacia el cumplimiento regulatorio y de la ética, pasa por encaminar la conducta de sus integrantes, no sólo a través de la prevención, vigilancia, control y sanción, sino a través de mecanismos conductuales que traten los sesgos cognitivos y que desvíen hacia carriles adecuados la toma de decisiones de aquellos en las cuestiones organizacionales; de modo que interactúen y se complementen con aquellas actividades de corte tradicional.

La economía conductual, psicología económica o economía del comportamiento³³, a grandes rasgos, parte de la existencia de dos sistemas de pensamiento: el sistema 1 y el sistema 2 – the dual processes (Wason y Evans, 1974, pp. 141- 154)— que son conceptos metafóricos y no realidades fisiológicas ni neurobiológicas. El sistema 1 que es automático, rápido y sin un aparente control voluntario, sirve para tomar decisiones en contextos simples; y el sistema 2 que es reflexivo, lento y controlado, sirve para decidir en escenarios más complejos. Ambos sistemas son importantes para el ser humano, pero es en el sistema 1, que nos permite ahorrar tiempo y energía, en que las intuiciones, impresiones o pensamientos automáticos que genera, resultan en muchos de los sesgos cognitivos y la heurística, que son estudiados en la especialidad.

32 Conforme al numeral 5.2 de la Resolución de Secretaría de Integridad Pública N° 001-2019-PCM/SIP, la Función de Integridad, es la función que realiza la entidad pública para asegurar i) la implementación del modelo de integridad establecido en el Plan Nacional de Integridad y Lucha contra la Corrupción 2018-2021, ii) el desarrollo de los mecanismos e instrumentos dirigidos a promover la integridad; así como, iii) la observancia e interiorización de los valores y principios vinculados con el uso adecuado de los fondos, recursos, activos y atribuciones de la función pública.

33 Para otros conocida como el Enfoque Conductual del Análisis Económico del Derecho (Monroy-Cely, 2014, pp. 184-188).

El modelo económico estándar parte de la premisa que los seres humanos toman decisiones maximizando su propio bienestar, bajo el modelo del agente racional³⁴, de modo que siempre actuarían utilizando el sistema de pensamiento 2. Sin embargo, a raíz de las contribuciones de Thaler y Kahneman, sobre la economía del comportamiento, que no desechan por completo el modelo del homo economicus, sino que lo complementan y lo hacen más humano (homo sapiens), se llegó a entender que en ciertas situaciones las personas recurren a sesgos y atajos mentales, adoptando decisiones de manera automática, instintiva e irreflexiva. Es decir, las personas utilizan el sistema de pensamiento 1, incluso en algunos escenarios complejos y para tomar decisiones en salud, finanzas, tributación, etc., en que es posible poner en juego nudges o empujoncitos para dirigir a las personas hacia la toma de mejores decisiones.

Los Programas de Cumplimiento, al igual que otras herramientas de gestión deben considerar que el output (cumplimiento de la regulación y la ética) del proceso depende de un input (comportamiento humano) que ostenta a menudo un déficit de racionalidad. El gran aporte de la economía del comportamiento no sólo está en haber establecido la existencia de los sesgos psicológicos y heurísticos en la toma de decisiones, sino en haber puesto en evidencia que es posible predecir esas desviaciones en la toma de decisiones (como en su momento el análisis económico del derecho lo hizo respecto del efecto de los estímulos y desincentivos económicos sobre la conducta humana³⁵), de modo que los Programas de Cumplimiento pueden ser estructurados con herramientas de la caja de la economía conductual, que vengán a complementar al juego de herramientas tradicional de los Compliance Officers, a sólo una fracción del costo de éstas y con la posibilidad de poder medir fácilmente si fueron efectivas o no.

Donald C. Langevoort (2015, p. 18) señala que no se trata de un nuevo tipo o de una forma diferente de diseñar el Compliance, sino de una perspectiva adicional, y que el enfoque conductual ofrece para el Compliance algunas intervenciones concretas a considerar, pero aclara que se trata principalmente de hacer mejor las acciones convencionales (comunicar, vigilar, inspeccionar, investigar).

En el ámbito público, además de trabajarse mucho el enfoque conductual para mejorar el diseño de políticas públicas y su efectividad, la implementación del enfoque conductual se considera un reto para el Public Compliance o Integridad (Compliance challenge), ya que el cumplimiento no sólo afecta casi todos los aspectos de la implementación de políticas públicas, y de sus herramientas de política como la regulación, en los ámbitos de la contratación pública, tributación, ordenación, competencia, tutela al consumidor, salud, etc., frente a lo cual aún se observa un alto grado de incumplimientos o comportamiento no conforme (noncompliant) por parte de los agentes destinatarios; sino que en las relaciones que se generan en su seno, como la del sector público con el privado, en la contratación pública, inversión y obra pública, queda mucho trecho por recorrer, y son identificadas como actividades sumamente sensibles (más aún en el actual escenario de relajación de los candados por la emergencia y necesidad) por los episodios de corrupción que se producen a diario, a pesar de las consecuencias

34 Acciari (2019, p. 14) dice que ese modo de estilizar el comportamiento humano es propio de la mainstream economic y del Análisis Económico del Derecho clásico, al cual se le conocería como el modelo REM por sus siglas en inglés (Rational Expectation Maximizer).

35 Alfredo Bullard indica que lo que se consigue con el Análisis Económico del Derecho es predecir conductas, partiendo del principio que “los seres humanos actúan en base a incentivos, y que en consecuencia buscan lo que les favorece y evitan lo que les perjudica.” (2010, p. 41)

directas e indirectas que incluyen sanciones e incluso penas para corruptos, trasgresores e incumplidores.

Las ciencias del comportamiento ofrecen algunas pistas respecto a esos niveles de incumplimiento, de modo que la combinación entre psicología, economía y neurociencia, también debe ser considerada para que los gobiernos y entidades públicas pueden adoptar un enfoque más centrado en el ser humano, en la etapa del diseño de los programas o modelos de integridad, mediante el uso de insights de las ciencias conductuales, con el fin de desarrollar políticas y programas que además consigan que el cumplimiento sea más fácil y más atractivo.

Algunos ejemplos de aplicación práctica del enfoque conductual en el ámbito de las políticas públicas y la regulación, en nuestro país, que pueden ser replicados y redirigidos hacia los programas, modelos de prevención e integridad, lo encontramos en iniciativas como MineduLab (Ministerio de educación)³⁶, que desarrolla intervenciones costo-efectivas, como la entrega de información persuasiva sobre los retornos obtenidos de la educación; campañas de SMS dirigidas al personal de mantenimiento de los centros educativos, para motivarlos al cumplimiento de los programas de mantenimiento, con nudges de alerta e información, monitoreo, norma social, entre otros. El Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental (OEFA), también desarrolla el enfoque conductual, a través de Be Oefa, que es un grupo institucional que trabaja transdisciplinariamente con la neurociencia, psicología y la economía conductual, y que ha declarado en su portal web haber diseñado un primer portafolio de nudges dirigidos a los administrados del OEFA, funcionarios de las entidades de fiscalización ambiental y sus colaboradores³⁷.

15. COMPLIANCE Y COVID-19

Siguiendo a Monroy-Cely (2010, pp. 9-53) entendemos que el riesgo como contingencia o posibilidad de un daño, es algo sujeto a incerteza, que incluye la posibilidad que los daños dependan de contingencias no relacionadas con la toma de decisiones de las personas (al menos no directamente): como cuando un terremoto arrasa con ciudades enteras; un alud se precipita sobre una localidad; la lluvia humedece el asfalto produciéndose un accidente automovilístico; o, se genera una pandemia que afecta la salud y la vida a nivel global (como es el caso del COVID-19).

El riesgo también incluye la posibilidad que los daños dependan de contingencias vinculadas a situaciones en que las personas actúan conscientemente (toman decisiones directamente) y pueden causar daño: como cuando un conductor omite cumplir una señal de tránsito; una madre abandona a su menor recién nacido; un productor reduce la calidad de los bienes que oferta; una organización empresarial omite cumplir con la regulación que protege la privacidad o los datos personales, la integridad en las compras públicas, los derechos de sus trabajadores, la competencia, etc. (riesgo regulatorio); el desarrollo de nuevos modelos de negocio como los taxis por aplicativo, delivery por aplicativo, etc.; avances en las tecnologías de la comunicación e información que permanentemente crean nuevos escenarios de interacción virtual, en que las relaciones humanas son las protagonistas y en las que la suplantación de identidad, el phishing, el ciberbullying, los malwares, entre muchos otros, están a la orden del día. Y así un conjunto de escenarios en que la Sociedad del Riesgo se manifiesta, como resultado del desarrollo tecnológico que atiende las necesidades públicas y libera a la sociedad de los

36 Ver <http://www.minedu.gob.pe/minedulab/>.

37 Ver <https://www.oefa.gob.pe/be-oefa/>.

peligros naturales (originando a su vez a los riesgos del desarrollo y progreso).

Desde la perspectiva de la regulación basada en riesgos, el Estado responde normando, reglamentando, controlando, vigilando, ordenando, fiscalizando, sancionando (heterorregulación); regulando en función al conocimiento y la información sobre esos riesgos (por la asimetría informativa a la que se enfrenta como regulador), con los que cuenta en cada oportunidad, determinando que esa regulación, originalmente desmedida para los riesgos de valoración alta (y en aplicación del principio precautorio), sea cambiante, para ser adaptada y mejorada en virtud de como aquél avanza en experiencia y obtención de información, bajo un modelo habitual de enforcement de la regulación (el de la heterorregulación clásica).

Pero el Estado también puede optar por complementar aquél modelo regulatorio con una estrategia de enforcement de la regulación colaborativa y participativa, denominada Compliance, en la que, bajo la forma de la autorregulación, los Programas de Cumplimiento interpretan un papel principal respecto de los riesgos vinculados a la toma decisiones, como es el caso del riesgo de incumplimiento regulatorio.

Desde esta perspectiva sostenemos que el Compliance sería una respuesta más del Derecho Administrativo y sobre todo de la regulación frente a la incerteza que se genera por la Sociedad del Riesgo (la más reciente reacción); como el principio precautorio, o como en su momento el Derecho respondió a través de las presunciones y la carga de la prueba. Sólo que, a diferencia de anteriores oportunidades, en esta ocasión el Derecho aparece resolviendo las situaciones de incertidumbre bajo una posición diferente, más subsidiaria, mucho menos confrontacional y que está dirigida a buscar la participación de los propios agentes privados, destinatarios de la regulación, en la mejor mitigación de los riesgos que generan con sus actividades en la Sociedad.

Creemos, pues, que la regulación y el Compliance están destinados a mitigar riesgos en la sociedad, bajo una lógica de cuasi co-regulation, porque los desafíos para los regímenes regulatorios son tan amplios, complejos y dinámicos, que exigen este enfoque basado en el riesgo —que es un paradigma moderno que divide el análisis, la evaluación y la gestión de riesgos—, en distintos niveles o sectores (público y privado), bajo un esquema diferente al tradicional.

En un contexto de pandemia como el que vivimos, que ha generado el cierre intempestivo de las actividades económicas, sin bien la flexibilización regulatoria³⁸, debe ser considerada como necesaria, junto a cualquier paquete de reactivación económica post COVID-19; lo cierto es que las organizaciones empresariales se enfrentan y se enfrentarán a un contexto regulatorio cambiante, y es cuando más preventivas, versátiles y gestoras de riesgos deben ser, como resultado de las exigencias que les fija el Compliance, fruto de la

38 Flexibilización que debe abarcar: i) la renovación automática de licencias (profesionales, de funcionamiento y construcción o remodelación); ii) la simplificación de procedimientos diversos, como aquellos referidos al cambio temporal de actividades empresariales; iii) la focalización de la inspección post-pandemia, de modo tal que ésta se dirija, en principio, únicamente hacia actividades de alto riesgo y de garantía de la continuidad de servicios esenciales; iv) la mejora y simplicidad de varios procedimientos administrativos establecidos en las municipalidades (o su conversión en procedimientos de aviso y mera comunicación); vi) la implementación de nuevas regulaciones que no encarezcan los costos, ni reduzcan la oferta de las nuevas formas de negocio (colaborativos) que se fortalezcan y surjan post COVID-19; y, vii) en general la eliminación de trabas burocráticas, que gatille la utilización de la tecnología emergente (Inteligencia Artificial y Big Data) para beneficio de los agentes regulados.

demanda que existe por organizaciones empresariales más participativas y responsables de los propios riesgos que generan en la sociedad, además de significar su consideración como entes con mayor experticia y conocimiento no sólo respecto de las complejidades y entramados tecnológicos existentes, sino para valorar mejor los riesgos y autorregularse.

El Estado regulador, entonces, utiliza a los propios agentes regulados, porque conoce de la asimetría informativa que enfrenta, y que, frente a la incerteza por las complejidades de la sociedad moderna, aquellos gestionarán mejor los riesgos (como el riesgo de incumplimiento regulatorio), bajo esquemas dinámicos de alerta temprana, como los Programas de Cumplimiento; los cuales precisamente se implementan bajo una aproximación basada en riesgos y con anterioridad a que se activen cualquiera de los mecanismos de la heterorregulación.

El Compliance, entonces, en este periodo de pandemia (y en el periodo post COVID-19), de incertidumbre y adaptación a la regulación, seguirá aportando valor en la organización, por ejemplo:

- i) En la regulación de la seguridad y salud en el trabajo, en que ayudará a las organizaciones para adaptar sus planes y cubrir gaps respecto de las recomendaciones actuales y futuras de las autoridades;
- ii) en la protección del flujo de información sobre el personal enfermo con el COVID-19³⁹, en virtud del derecho a la intimidad (Data Privacy), incluso a través de los nuevos canales, como el trabajo remoto;
- iii) en la denominada Data Protection, en que se debe considerar que el entorno de trabajo se ha hecho virtual y remoto, de modo que debe velarse por los datos personales en las nuevas condiciones;
- iv) en la contribución con la continuidad del negocio, por diferentes líneas que van desde la prestación del servicio al cliente (análisis de los riesgos de la posibilidad o no de seguir brindando esos servicios, en qué condiciones y con qué consecuencias), la transparencia y comunicación con los clientes y partes interesadas en cuanto a la posibilidad de seguir brindando los servicios, así como la determinación de clientes, contratos y actividades críticos para la organización, y relacionarlos con los planes de continuidad de negocio de proveedores, clientes de la cadena de suministro y otros subcontratistas;
- v) en cuanto al trabajo remoto y la ciberseguridad, en que permitirá establecer campos de trabajo, como en la actualización de activos informáticos integrados en los procesos de la organización, con motivo de la inclusión de nuevos activos privados (como los dispositivos de los trabajadores), para asegurar los controles y garantizar la seguridad de la información en la empresa;
- vi) en la revaloración de los riesgos de incumplimiento y la superación de gaps, bajo el concepto del dynamic risk; que precisamente da el carácter de traje a medida a los Programas de Cumplimiento;

39 Se debe revisar la Opinión Consultiva 32-2020-JUS/DGTAIPD, que habilita a los empleadores a utilizar los datos personales de los trabajadores, sobre su posible y real contagio del COVID-19, la obligación de éstos de brindarlos y las de aquellos referida a tratar esos datos aplicando los principios de finalidad, calidad, proporcionalidad y seguridad.

- vii) en la protección frente a la corrupción y el desarrollo del due diligence frente a terceros relacionados con la organización;
- viii) en la relación con los reguladores, trasladándoles dudas y buscando la aplicación inmediata de las regulaciones que sean claras;
- ix) el cumplimiento de los diferentes Protocolos Sanitarios Sectoriales, de tratamiento del personal y actividades diversas en el contexto de COVID-19; y,
- x) en general, en la preservación de los valores de la organización, para buscar que éstos no sucumban por decisiones cortoplacistas, entre otras cuestiones.

Del lado de la Integridad, un ámbito de capital importancia (en que nos centraremos), lo tenemos en la contratación pública de emergencia, habilitada para dar rápida respuesta a las necesidades que, durante el Estado de Emergencia Nacional, van apareciendo para la provisión oportuna de bienes y servicios, y el soporte a sectores críticos, como el caso del sector salud. La Función de Integridad, con que el Estado asume su cuota de riesgo, debe coadyuvar a que aquellas actividades de contratación (y las de inversión, obras, etc.), aún con la relajación de los principios de concurrencia y competencia, sean efectuadas únicamente para la finalidad por las que fueron diseñadas, previniendo situaciones que incrementen los riesgos de corrupción⁴⁰ y de realización de otros ilícitos, en colaboración con los servicios de control, como en el caso del despliegue del control simultáneo durante la Emergencia Sanitaria, dispuesto en los términos de la Ley N° 31016. Transparencia Internacional (Capítulos Latinoamericanos)⁴¹, Proética⁴², el Banco de Desarrollo de América Latina⁴³ y la Comisión Interamericana de Derechos Humanos⁴⁴, han resaltado el incremento de los riesgos de corrupción y que en emergencia ésta principalmente aumenta el impacto negativo en la sociedad, cuesta vidas, disminuye la capacidad de respuesta estatal y vulnera los derechos subjetivos; recomendando acciones como rendiciones de cuentas virtuales, transparencia y datos abiertos, centralización de la información de ejecución presupuestaria, cláusulas anticorrupción en la contratación de emergencia, implementación de servicios de denuncias en línea, entre otros.

16. CONCLUSIONES

El Compliance que tiene una naturaleza jurídica netamente pública, en realidad es una estrategia de enforcement regulatorio, que utiliza a la autorregulación regulada como medio para desarrollar sus fundamentos y que es distinta de la estrategia de enforcement disuasiva, que podemos calificar de clásica, o de otras estrategias regulatorias como la denominada responsive regulation, la meta regulation, la risk-based regulation o la deterrence,

40 Para optimizar la gestión de riesgos de soborno, también contribuye la certificación en la Norma ISO 37001:20016, que a grandes rasgos establece los requisitos para establecer, implementar, mantener y mejorar un programa de cumplimiento contra el soborno, incluyendo una serie de acciones y controles referidos a buenas prácticas globales. Ver <https://www.iso.org/obp/ui#iso:std:iso:37001:ed-1:v1:es>.

41 <https://www.transparency.org/>.

42 <https://www.proetica.org.pe/>.

43 <https://scioteca.caf.com/handle/123456789/1542>.

44 <https://www.cndh.org.mx/documento/recomendacion-12020>.

identificadas por Gunningham (2015) como estrategias de intervención pública regulatoria. Mención aparte merece la estrategia regulatoria conocida como the third wave, que postula basar o complementar la regulación y la gobernanza pública en estándares privados —engineering rules— (Yates y Murphy, 2019, pp. 19-341), tal como los que encontramos en las normas de la ISO.

Por eso es que el Compliance no es lo mismo que los Programas de Cumplimiento o los Modelos de Prevención, dado que éstos constituyen tan solo elementos incluidos dentro de la caja de herramientas de la autorregulación. Especies dentro del género de la autorregulación, que a su vez son parte de ese modelo de enforcement denominado Compliance —que por tanto no se agota con aquellos—; lo cual además justifica que se lo denomine distinto a la Integridad, con la que el Estado asume su cuota de riesgo y replica la orientación preventiva y de gestión de los mismos.

Conforme hemos podido corroborar el Compliance responde al autodiagnóstico y la colaboración, antes que al seguimiento y a la confrontación, resultando en una figura que, en su instrumentalización a través de los Programas de Cumplimiento, constituye un verdadero sistema privado dinámico y de alerta temprana —anterior a los mecanismos de la heterorregulación y el ejercicio de potestades administrativas—, que genera valor en las organizaciones, sobre todo en contextos de incertidumbre como el que vivimos, por el COVID-19, en que se ha emitido tupida regulación sectorial, protocolos sanitarios sectoriales, cambios normativos en materia laboral, mercantil y tributaria, etc., que deben ser considerados por los oficiales de cumplimiento, en las organizaciones que tengan implementados sus Programas de Cumplimiento (que pueden ser potenciarlos con las herramientas de la economía conductual); pero también por los titulares y gerentes de las organizaciones que no cuenten con estos programas y sistemas, quienes deberán considerar como una necesidad su implementación para evitar quedar expuestos al riesgo de incumplimiento regulatorio, dado que a éstas alturas, es obvio que el COVID-19 llegó para quedarse por buen rato con nosotros.

Con motivo de la denominada Era de Cumplimiento⁴⁵, es posible verificar que el Derecho Administrativo se muestra más bien proactivo y subsidiario en la búsqueda de la juridicidad y las mejores decisiones ante la incertidumbre producida por los riesgos del progreso y la tecnología que se van generando en la sociedad, en que el Compliance resulta la última respuesta regulatoria frente a los mismos, que conjuntamente con la heterorregulación, está destinado a mitigar aquellos, bajo una lógica de cuasi co-regulación (público-privada).

17. BIBLIOGRAFÍA

- Acciari, Hugo A. (2019). Derecho, Economía y Ciencias del Comportamiento (director). Argentina: Ediciones SAIJ de la Dirección Nacional del Sistema Argentino de Información Jurídica, 14.
- ASCOM (2017). Libro Blanco de la Función de Compliance. Madrid, España: Asociación Española de Compliance, 9-12.
- Bullard, Alfredo (2010). Derecho y Economía. El Análisis de las instituciones legales (2da. ed.). Lima, Perú: Palestra, 41.

⁴⁵ Recientemente este concepto ha sido rememorado (Chávez, 2019, p. 1), para relacionarlo con el contexto en que se generó y con aquél que luego llegó a producirse por el fortalecimiento del Compliance en el mundo.

- Carrillo Donaire, Jose Antonio (2016). Derecho, técnica y riesgo: el principio de precaución en el ámbito medioambiental. *Revista de Fomento Social*, 71 (281), 247-259.
- Chávez Huertas, David (24 de setiembre de 2019). El Estado y las organizaciones empresariales peruanas en la Era del Compliance. [Mensaje en un blog]. Recuperado de https://www.linkedin.com/posts/david-ch%C3%A1vez-huertas_estado-y-empresas-peruanas-en-la-era-del-activity-6576610594034642945-THUP.
- Cho, Michelle & SCHOOP, Josh & MURPHY, Tim (2018). Nudgin Compliance in Government. A human-centered approach to public sector program design. Recuperado de https://www2.deloitte.com/content/dam/insights/us/articles/4756_Nudging-compliance/DI_Nudging-compliance.pdf.
- Comadira, Julio (2007). El juez contencioso administrativo y el principio de juridicidad (legalidad administrativa). Los intereses a proteger, 75-85. Recuperado de <http://ru.juridicas.unam.mx/xmlui/handle/123456789/27640>.
- Comisión Europea (2012). La importancia de cumplir. Qué pueden hacer las compañías para respetar mejor las normas de competencia de la UE, p. 7). Luxemburgo: Oficina de Publicaciones de la Unión Europea.
- Corporate Governance Committee (1992). The Cadbury Report. Recuperado de <https://www.icaew.com/-/media/corporate/files/library/subjects/corporate-governance/financial-aspects-of-corporate-governance.ashx?la=en>.
- Darnaculleta, Ma Mercè (2002). Derecho Administrativo y Autorregulación: La Autorregulación Regulada (p. 19). Recuperado de <https://www.tdx.cat/bitstream/handle/10803/7681/tmdg.pdf?sequence=10&isAllowed=y>.
- Esteve Pardo, J. (2003). Ciencia y Derecho ante los riesgos para la salud. Evaluación, decisión y gestión. *Documentación administrativa* (256-266), 137-149.
- Esteve Pardo, J. (2006). La intervención administrativa en situaciones de incertidumbre científica. El principio de precaución en materia ambiental. En Esteve Pardo, J. (Coord): *Derecho del Medio Ambiente y Administración Local*, Fundación Democracia y Gobierno Local (2da. edición), Barcelona, 206-207.
- Esteve Pardo, J. (2019). Prólogo. En Rojas Calderón, Christian. *Riesgos y Derecho Administrativo. Desde el control a la regulación*. Monografías (p. X), Santiago de Chile, Chile: DER Ediciones Limitada.
- Falla, Alejandro (2009). Zanahoria o garrote: De qué depende?: De los estilos de Enforcement de la regulación. En Libro homenaje a José Alberto Bustamante Belaúnde. *Apuntes de Derecho y Economía*. Lima, Perú: Fondo Editorial de la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas, 488.
- Gallego Soler, José Ignacio (2014). Criminal Compliance y proceso penal: reflexiones iniciales. En Mir Puig, Santiago, Corcoy Bidasolo, Mirentxu y Gómez Martín, Víctor (Ed.), *Responsabilidad de la Empresa y Compliance: programas de prevención, detección y reacción penal* (p. 195-272). Madrid, España: Edisofer.

- García Caverro, Percy (2014). *Criminal Compliance*. Lima, Perú: Palestra, 25.
- Garoupa, Nuno (2014). Análisis Económico del Derecho de Enforcement y Regulación. *Ius et veritas* (48), 142-150.
- Gonzalo, José Felix (2017). El Moral Compliance, una herramienta para facilitar la ética y la sostenibilidad en las organizaciones. *Revista de Responsabilidad Social de la Empresa* (26), 15-40.
- Gunningham, Neil (2010). Enforcement and Compliance Strategies. En Baldwin, Robert, Cave, Martin & Lodge, Martin (Ed.). *The Oxford Handbook of Regulation* (p. 120-145), New York, USA: Oxford University Press.
- Gunningham, Neil (2015). Compliance, Enforcement, and Regulatory Excellence. *RegNet Research Paper* (124), 1-17.
- Hopkins, Andrew (1994). Compliance with what? The Fundamental Regulatory Question. *The British Journal of Criminology*, 34 (4), 431-443.
- Huapaya, Ramón (2010). Algunos apuntes sobre las relaciones entre el Derecho administrativo económico y el concepto anglosajón de regulación. *Ius et veritas* (40), 302-344.
- Institute of International Finance (2016). Regtech in Financial Services: Technology solutions for compliance and reporting. Recuperado de https://www.iif.com/Portals/0/Files/private/iif-regtech_in_financial_services_-_solutions_for_compliance_and_reporting.pdf?ver=2019-01-04-142943-690.
- Instituto de Auditores Internos (2018). Gobierno del Riesgo de Cumplimiento: Relación entre Auditoría Interna y Cumplimiento Normativo. Recuperado de https://auditoresinternos.es/uploads/media_items/gobierno-del-riesgo-de-cumplimiento-relacion-entre-auditoria-interna-y-cumplimiento-normativo.original.pdf.
- Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (2019). Guía de Programas de Cumplimiento de las Normas de Libre Competencia (p. 34). Recuperado de <https://www.indecopi.gob.pe/en/-/el-indecopi-prepublica-el-proyecto-de-guia-del-programa-de-cumplimiento-de-las-normas-de-libre-competencia->.
- Juanhuix Corral, Enya (2020). La importancia del Compliance en la Relaciones Internacionales. *Gestión de compras: la revista de los profesionales de compras, aprovisionamientos y gestión de materiales* (120), 40-41.
- Kahneman, Daniel & Tversky, Amos (1979). Prospect theory: An analysis of decision under risk. *Econometrica. Journal of the Econometric Society*, 47 (2), 263-292.
- Kahneman, Daniel (2012). *Pensar rápido, pensar despacio* (1ra ed.). México: Debolsillo, 01-904.
- KPMG (2017). *Certificaciones y Auditorías de Compliance. Serie Compliance Avanzado 1*. España, 12-14.

- Langevoort, Donald C. (2015). Behavioral Ethics, Behavioral Compliance (p. 18). Recuperado de <https://scholarship.law.georgetown.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2519&context=facpub>.
- Lagos Yanes, F. A. (2017). El ejercicio de funciones públicas por entidades privadas colaboradoras de la administración. Tesis (p. 39-40), Lima, Pontificia Universidad Católica del Perú.
- Martín, Adán Nieto (2013). Problemas fundamentales del cumplimiento normativo en el derecho penal. En KUHLEN, Lothar y otros (eds.) Compliance y Teoría del Derecho Penal (p. 177), Madrid, España: Marcial Pons.
- Míguez Macho, Luis (2019). La Mejora de la Regulación: Antecedentes y Principios. Revista de Economía IEC (907), 9-21.
- Miquel, Jorge (2018). Panorama General del Corporate Governance: Función y Desarrollo. Corporate Governance. Mitos y Realidades. Recuperado de <https://es.coursera.org/lecture/corporate-governance-mitos-realidades/presentacion-ZJhMq>.
- Monroy-Cely, Daniel A. (2010). Regulación de riesgos. Una doble aproximación a partir del Análisis Económico del Derecho. Derecho y Economía (31), 9-53.
- Monroy-Cely, Daniel A. (2014). Behavioral Economics: Orígenes, metodología y herramientas de trabajo. Entramado, 10(2), 184-188.
- Ochoa, Francisco (1 de junio de 2018). Regulación Responsiva: La importancia del Enforcement inteligente [Mensaje en un blog]. Recuperado de <http://blog.pucp.edu.pe/blog/mregulacionsp/2018/06/01/regulacion-responsiva-la-importancia-del-enforcement-inteligente/>.
- Rivero Ortega, Ricardo (2018). Derecho Administrativo Económico (8va. ed.), Madrid, España: Marcial Pons, 19-23.
- Saccani, Raúl R. y Morales Oliver, Gustavo (2018). Tratado de Compliance. Buenos Aires, Argentina: La Ley Argentina, 50.
- Soto Kloss, Eduardo (1980). Estado de Derecho y Procedimiento Administrativo. Revista de Derecho Público (28), 101-124.
- Tejeira Rodríguez, Mariano (2015). Legal Compliance: Conceptualización en el Marco de la Regulación Corporativa. En Morillas Jarillo, María José y otros (Ed.). Estudios sobre el futuro del Código Mercantil. Libro Homenaje al profesor Rafael Illescas Ortiz (p. 940). Madrid, España: Editorial Universidad Carlos III de Madrid.
- Thaler, R. H., y Sunstein, C. R. (2017). Un pequeño empujón: El impulso que necesitas para tomar mejores decisiones sobre salud, dinero y felicidad. Bogotá, Colombia: Taurus, 11-342.
- Transparency International (2020). Contrataciones Públicas en Estado de Emergencia. Informe, Capítulos Latinoamericanos. Recuperado de <https://www.transparency.org/>.

Wason, P. C., & Evans, J. S. B. (1974). Dual processes in reasoning?. *Cognition* 3 (2), 141- 154.

Yates, Joanne & Murphy, Craig N. (2019). *Engineering rules. Global Standard Setting Since 1880* (1ra. Ed.), Baltimore, USA: Hagley Library Studies in Business, Technology and Politics, 19-341.

Zuluaga, Ricardo Gorosito (2017). Los principios en el Derecho Ambiental. *Revista de Derecho de la Universidad Católica Dámaso A. Larrañaga* (16), 101-136. Recuperado de <http://www.scielo.edu.uy/pdf/rd/n16/2393-6193-rd-16-00101.pdf>.