

## Departamento de Justicia de EE.UU. Publica Guía Actualizada para la Evaluación de Programas Corporativos de Cumplimiento

El 30 de abril de 2019, la División de Criminalidad del Departamento de Justicia (DOJ por sus siglas en inglés) publicó una guía actualizada sobre la "Evaluación de Programas Corporativos de Cumplimiento" (Guía Actualizada de Evaluación), destinada a "asistir a los fiscales en la toma informada de decisiones para determinar si, y hasta qué punto [un] programa de cumplimiento de una corporación fue efectivo en el momento de la ofensa, y es efectivo al momento de llevar a cabo una decisión o resolución, con el propósito de determinar el (1) formato apropiado de cualquier resolución o enjuiciamiento; (2) la penalización monetaria, de haber alguna; y (3) las obligaciones de cumplimiento contenidas en cualquier resolución criminal corporativa (e.g., monitoreo o reporte de obligaciones)." Tal como con la guía anterior emitida por el DOJ, la Guía Actualizada de Evaluación no establece una "formula rígida" o una serie de preguntas obligatorias. En lugar de esto, la Guía Actualizada de Evaluación ofrece percepciones útiles para las compañías en cuanto a los puntos de vista del DOJ sobre el diseño y operación de sus programas de cumplimiento.

La Guía Actualizada de Evaluación incorpora mucho del mismo contenido incluido en el documento del mismo nombre emitido en febrero 2017 (Guía de Evaluación 2017). Sin embargo, la Guía Actualizada de Evaluación, publicada por la División de Criminalidad como parte del plan del DOJ previamente anunciado para proveer de entrenamiento y guía adicional para los fiscales sobre las características de un programa de cumplimiento efectivo, tiene la intención de servir más como un documento de utilidad por sí mismo para fiscales. Por este motivo, mientras que la Guía Actualizada de Evaluación mantiene el formato pregunta-respuesta del documento anterior, el actual ha sido reorganizado para incluir 12 temas (en lugar de los 11 de la Guía de Evaluación 2017). Adicionalmente, la Guía Actualizada de Evaluación provee más contexto para la cobertura de cada uno de ellos, incluyendo breves introducciones que explican su relevancia y, en algunos casos, citan al Manual de Justicia y la Guía de Sentencias de los EE.UU.

Los 12 temas de la Guía Actualizada de Evaluación se agrupan de tal forma que realizan un seguimiento de las tres preguntas centrales sobre la efectividad de un programa de cumplimiento contenidas en la Sección 9-28.800 del Manual de Justicia:

### **1. "¿Está bien diseñado el programa de cumplimiento de la corporación?"**

Los temas cubiertos incluyen: Evaluación de Riesgos; Políticas y Procedimientos; Entrenamiento y Comunicaciones; Estructura de Reportes Confidenciales e Proceso de Investigación; Gestión de Terceros; y Fusiones y Adquisiciones.



**Kathryn Cameron Atkinson**

International Chair  
katkinson@milchev.com



**John E. Davis**

FCPA Practice Coordinator  
jdavis@milchev.com



**James G. Tillen**

International Vice Chair  
jtillen@milchev.com



**Leah Moushey**

Associate  
lmoushey@milchev.com

## 2. "¿El programa está siendo aplicado formalmente y de buena fe? En otras palabras, ¿está el programa siendo aplicado efectivamente?"

Los temas cubiertos incluyen: Compromiso por parte de la Alta y Media Gerencia; Autonomía y Recursos; e Incentivos y Medidas Disciplinarias.

## 3. "¿El programa de cumplimiento de la corporación funciona en la práctica?"

Los temas cubiertos incluyen: Mejoramiento Continuo, Pruebas Periódicas, y Revisiones; Investigación de Mala Conducta; y Análisis y Remediación de Cualquier Mala Conducta Vigente.

### Temas Generales

- ▶ **Una Aproximación Más Holística de Evaluación.** Si bien la Guía de Evaluación 2017 incluía preguntas más inclinadas hacia el análisis retrospectivo de la mala conducta en cuestión y los correspondientes problemas del programa, la Guía Actualizada de Evaluación aplica un lente más amplio que primero busca capturar la aproximación general de la compañía al cumplimiento, y luego se concentra en si el programa funcionó o no en relación a la presunta mala conducta bajo investigación.
- ▶ **Énfasis en la Racionalidad de la Toma de Decisiones.** La Guía Actualizada de Evaluación incluye varias preguntas nuevas que invitan al fiscal a cuestionar el *razonamiento* de una compañía en cuanto a la toma de decisiones relacionadas al diseño e implementación de su programa de cumplimiento — tanto de manera general como a un nivel más específico. Por ejemplo, la sección de "Mejoramiento Continuo, Pruebas Periódicas, y Revisiones" sugiere a los fiscales a inquirir no solo sobre la realización de auditorías internas, sino también el razonamiento de la compañía apoyando su proceso para determinar dónde y cuán frecuentemente han ocurrido estas auditorías. El lenguaje incluido en la sección "Autonomía y Recursos" relacionado a si el personal de cumplimiento tiene responsabilidades de incumplimiento llega al mismo punto. Las consultas no imposibilitan a la compañía de elegir un camino particular, sino que sugieren que una compañía debe estar preparada para defender el razonamiento de la asignación de los recursos que ha sido diseñada por un programa informado.
- ▶ **Enfoque en la Integración del Programa.** La Guía Actualizada de Evaluación sugiere a los fiscales no solo a determinar si ciertos elementos del programa existen, pero también cómo funcionan en relación a otros componentes del programa y si son integrados en la cotidianidad de la compañía. Por ejemplo, la Guía Actualizada de Evaluación hace referencia no solo a la importancia de tener políticas y procedimientos exhaustivos, sino que también sugiere a los fiscales a preguntar si dichas políticas y procedimientos se ven reforzados en los sistemas internos de control de la compañía.
- ▶ **Convirtiendo en Proceso el Mejoramiento Continuo.** A lo largo de varias secciones, la Guía Actualizada de Evaluación sugiere a los fiscales evaluar cómo la compañía mide la efectividad de su programa. Por ejemplo, el documento se enfoca en varias ocasiones en la importancia de capturar y rastrear la data para analizar tendencias y oportunidades perdidas. Además, texto explicativo adicional invita a los fiscales a ir más allá del simple acto de preguntar si el programa y sus elementos son efectivos, sino que le lleva a preguntar *cómo* se mide en la práctica esa efectividad. Por ejemplo, el actualizado capítulo "Entrenamiento y Comunicaciones" sugiere a los fiscales preguntar cómo se mide y mejora la efectividad del entrenamiento. En el contexto de "Mejoramiento Continuo, Pruebas Periódicas, y Revisiones", la Guía Actualizada de Evaluación les pide a los fiscales que inquieran sobre cómo y cuán frecuentemente la cultura de cumplimiento de la compañía se mide y cómo este análisis se usa para informar sobre el mejoramiento continuo del programa de la compañía.

### Actualizaciones Notables Sobre Temas Específicos

- ▶ **Evaluación del Riesgo en el Punto de Partida.** La sección sobre "Evaluación de Riesgos" se trasladó a ser el primero de los 12 temas tratados en la Guía Actualizada de Evaluación (era el quinto tema en la Guía de Evaluación 2017). Reconociendo el estado actual de la práctica entre muchas compañías y profesionales de cumplimiento externos, la Guía Actualizada de Evaluación enfatiza que "el punto de partida de la evaluación del fiscal sobre si una compañía tiene un programa de cumplimiento bien diseñado es entender los negocios de dicha compañía desde la perspectiva comercial, cómo la

compañía ha identificado, evaluado y definido su perfil de riesgo y el grado apropiado de escrutinio y recursos que el programa dedica a ese espectro de riesgos." Notablemente, la Guía Actualizada de Evaluación no menciona los "riesgos manifiestos" (un enfoque en el documento anterior) sino que resalta la importancia de la "asignación de recursos de riesgos medidos", (i.e. "¿La compañía dedica una cantidad de tiempo desproporcionada a realizar políticas para áreas de bajo riesgo en lugar de áreas de alto riesgo [...]?" ), así como la importancia de actualizaciones y revisiones de las políticas y procedimientos de la evaluación de riesgos de una compañía "en vista de lecciones aprendidas." Las compañías pueden esperar que los fiscales se tomen más tiempo entendiendo cómo la evaluación de los riesgos afectó la asignación de recursos, y que escruten estas decisiones. Por supuesto, cada compañía puede esperar con razón que esta línea de cuestionamientos pueda en algunos casos llevar al DOJ a determinar que un incidente específico de mala conducta en un área no hace que el programa de cumplimiento sea ineficaz o esté mal diseñado.

- ▶ **Guía Adicional Relacionada al Mecanismos de Reporte y Respuesta de Investigación.** La Guía Actualizada de Evaluación incluye un duodécimo tema al dividir en dos secciones separadas la sección de "Reportes Confidenciales e Investigación" de la guía anterior—"Estructura de Reportes Confidenciales e Proceso de Investigación" e "Investigación de Mala Conducta." La Guía Actualizada de Evaluación incluye nuevas preguntas en cuanto si la compañía ha establecido y publicitado mecanismos *anónimos* de reporte, subrayando la preocupación del DOJ sobre las represalias contra los reportes de cuestiones de cumplimiento. Adicionalmente, la Guía Actualizada de Evaluación incluye nuevas preguntas relacionadas al tiempo y calidad de la respuesta de una compañía a los resultados de una investigación y la remediación de problemas identificadas. También subraya la importancia del monitoreo y aprendizaje de los resultados de una investigación (consistente con la temática general de la Guía Actualizada de Evaluación para captar y monitorear la información para informar el mejoramiento continuo).
- ▶ **Énfasis en la Justificación Proactiva del Razonamiento Comercial para Terceros.** La Guía de Evaluación 2017 incluyó una pregunta cuya intención es la de revisar en retrospectiva el razonamiento comercial sobre el uso de terceros en la investigación; la sección de la Guía Actualizada de Evaluación sobre el "Gestión de Terceros" evalúa de forma más general, cómo la compañía asegura razonamientos comerciales apropiados para el uso de terceros. Estas preguntas evidencian el punto de vista de que el primero, y posiblemente más importante, paso en el gestión de riesgos del cumplimiento planteado por terceros es el de evaluar si hay una clara necesidad del negocio para comprometerlos, y de ser así, de articular qué cualificaciones son requeridas para satisfacer dicha necesidad. Las compañías harían bien en considerar si sus programas de cumplimiento requieren este paso y, de ser así, si está mantenido y documentado como parte del archivo de diligencia debida.