

# CRIMINAL COMPLIANCE

De la Ley de EE. UU. de Prácticas Corruptas en el Extranjero, el riesgo de las empresas de acción internacional y la trascendencia de los programas de cumplimiento

---

Andy Carrión Zenteno

ECB EDICIONES

---

## Capítulo IV COMPLIANCE PROGRAM

### A. ORIGEN Y EVOLUCIÓN

El anglicismo *compliance* es un término que se ha venido utilizando desde hace mucho en diversos ámbitos de la salud. En la medicina, por ejemplo, denota el correcto seguimiento del paciente de las recomendaciones y prescripciones de un médico<sup>(245)</sup>. De forma análoga, en la farmacología indica la observancia en la ingestión y dosificación de determinados medicamentos, mientras que en el entorno sanitario señala la producción de medicamentos a través de la instauración de adecuadas medidas de organización y también de vigilancia aun posteriores a su introducción en el mercado. Incluso en las ciencias empresariales se entiende por *compliance* a la observancia de reglas, estándares o directrices dentro de la propia empresa. Esto explica que el significado de este término no esté circunscrito exclusivamente a la dimensión jurídica, sino que constituye un concepto de comportamiento directriz<sup>(246)</sup>, traspasable a sectores donde se exigen normas y costumbres determinadas.

Jurídicamente, el *compliance* se origina en el derecho estadounidense como resultado de una larga evolución a partir de la instauración de la responsabilidad penal de las empresas y la consiguiente autorregulación<sup>(247)</sup>. Primigeniamente, este concepto fue adoptado en la banca angloamericana<sup>(248)</sup> para asegurar un comportamiento respetuoso de las normas por parte de los empleados en los ámbitos riesgosos clásicos de esas instituciones crediticias<sup>(249)</sup> como la información privilegiada, corrupción, manejo de conflictos de intereses y lavado de dinero. Pero la moderna concepción jurídica de

---

(245) Engelhart, *Sanktionierung von Unternehmen und Compliance. Eine rechtsvergleichende Analyse des Straf- und Ordnungswidrigkeitenrechts in Deutschland und den USA*, p. 40 y 41.

(246) Eufinger, CCZ (2012), p. 21.

(247) Véase Pitt/Groskaufmanis, 78 Geo. L. J. (1989-1990) pp. 1576 y s.; Walsh/Pyrich, 47 Rutgers L. Rev. (1994-1995), pp. 650 y ss. Latamente sobre la evolución y, en general, el *criminal compliance* en Estados Unidos, Rotsch, en *Criminal Compliance. Handbuch*, pp. 31 y ss.; Tween/Momsen, en *Criminal Compliance. Handbuch*, pp. 1027 y ss.

(248) Buff, *Compliance*, p. 10 y 23; Eufinger, CCZ (2012), p. 21.

(249) Fleischer, NZG (2004), p. 1132.

*compliance* se gesta recién en los años sesenta en el marco de los famosos *electrical cases*, donde las empresas estadounidenses de la industria eléctrica recurrieron a la concertación de precios obligados por la ruinosa situación económica en la que se encontraban<sup>(250)</sup>. Como reacción a las transgresiones advertidas, y ante el menoscabo de su imagen y reputación, los entes vinculados implementaron voluntariamente programas de cumplimiento a fin de prevenir nuevos delitos e investigar los ya acontecidos<sup>(251)</sup>. Los programas de cumplimiento antimonopolio incorporados incluyeron una explícita declaración de la política empresarial, la formación y capacitación del personal de la empresa, el establecimiento de procedimientos internos para viabilizar la política preventiva, la formulación de directrices de comportamiento y, finalmente, el manejo efectivo de documentación interna<sup>(252)</sup>.

A pesar de las nuevas medidas adoptadas, los programas de cumplimiento no tuvieron el efecto esperado, pues se reducían en muchos de los casos a la mera existencia de preceptos escritos socializados entre empleados y directivos sin resultados concretos en su ejecución<sup>(253)</sup>. Posteriormente, con los sucesos de Watergate en los años setenta, y que originaron la emisión de la Foreign Corrupt Practices Act, se afianzó la importancia de los programas de cumplimiento como instrumento preventivo. Una década después, a raíz del develamiento de los escándalos de *insider trading* en la bolsa estadounidense, el Congreso de ese país comprobó la inexistencia de incentivos eficaces para la instauración de programas preventivos en las empresas, diagnóstico que se trató de revertir ofreciendo disuasorios adicionales para el mejoramiento de métodos de detección a través de la Insider Trading and Securities Fraud Enforcement Act<sup>(254)</sup> de 1988<sup>(255)</sup>.

---

(250) Copeland, 5 Drake J. Agric. L. (2000), pp. 311 y s.; Eufinger, CCZ (2012), p. 22.

(251) La empresa General Electric, también ligada a estos hechos, ya disponía excepcionalmente de un programa de cumplimiento desde 1946, pero que en la práctica no había sido implementado de forma efectiva, razón por la cual no pudo hacer uso de este instituto preventivo como medio de defensa ante los tribunales. Aquel entonces su directriz empresarial señalaba: «It is the policy of the company to comply strictly in all respects with the antitrust laws. There shall be no exception to this policy nor shall it be compromised or qualified by anyone acting for or on behalf of the company. No employee shall enter into any understanding, agreement, plan or scheme, expressed or implied, formal or informal, with any competitor, in regard to prices, terms or conditions of sale, production, distribution, territories or customers; nor exchange or discuss with a competitor prices, terms or conditions of sale or any other competitive information; nor engage in any other conduct which in the opinion of the company's counsel violates any of the antitrust laws». Pitt/Groskaufmanis, 78 Geo. L. J. (1989-1990), pp. 1580 y s.; Stucke, 2006 Colum. Bus. L. Rev. (2006), p. 551; Whiting, 47 Va. L. Rev. (1961), p. 929.

(252) Gabel/Mansfield/Houghton, 46 Am. Bus. L. J. (2009), p. 458; Anderson, 18 Bus. Law. (1963), p. 742.

(253) Pitt/Groskaufmanis, 78 Geo. L. J. (1989-1990), pp. 1605 y ss.

(254) Pub. L. N.º 100-704, 102 Stat. 4677.

(255) «Where a firm failed to comply with the statutory requirement to establish, maintain, or enforce reasonable written policies and procedures, it would be subject to a [Securities Exchange] Commission or SRO

Pese a los avances sustanciales en materia de cumplimiento, no es sino a raíz del destape de casos de soborno y estafa en la industria de armamento que se da un impulso decisivo a la consolidación del *compliance*. En efecto, luego de revelados estos delitos, las empresas de defensa más grandes firmaron la Defense Industry Initiative on Business Ethics and Conduct a instancias del Departamento de Defensa estadounidense, comprometiéndose a adoptar y a poner en práctica un conjunto de principios y valores éticos que rijan sus negocios. El pacto firmado modificó el alcance y estilo de los programas de cumplimiento al incluirse el concepto de divulgación voluntaria de hechos ilícitos (*whistleblowers*)<sup>(256)</sup>, así como otras medidas específicas destinadas a prevenir potenciales infracciones de relevancia jurídica<sup>(257)</sup>.

Luego de la expansión y el notable desarrollo de los programas de cumplimiento, muchas de las empresas de diversos rubros comenzaron a asumir que no estarían sujetas a responsabilidades penales o civiles de haber tomado las precauciones necesarias para su prevención y detección. Sin embargo, la falta de una normativa específica<sup>(258)</sup> que regule los eventuales beneficios jurídicos de la incorporación de controles internos y la casi nula recepción jurisprudencial<sup>(259)</sup> de esa institución preventiva defraudaron las expectativas de empresarios y otros vinculados a sectores financieros. La propia fiscalía antimonopolio de ese entonces

action for violation of Sections 15 (f) or 204 A, and potentially subject to a fine under the new Section 21 A of the Exchange Act», H. R. Rep. N.º 910, 100<sup>th</sup> Cong., 2d Sess. 7-14 (1988).

(256) Head, 18 Nw. J. Int'l L. & Bus. (1998), p. 537.

(257) En total acordaron asumir los siguientes compromisos: 1) implementar y adherirse a un código de ética de negocios escrito para los contratos de defensa; 2) que el contenido del código refleje el alto nivel de conducta ética requerida de la compañía y sus empleados; 3) implementar un «ambiente libre y abierto» que aliente a los empleados a reportar conductas desviadas de la administración; 4) vigilar el cumplimiento de las leyes de adquisiciones federales, así como adoptar procedimientos para la divulgación voluntaria y la remediación de la conducta ilegal; 5) respetar las normas de conducta con el fin de mantener la integridad de la industria de defensa, y 6) rendir cuentas públicas de la implementación y ejecución de estos principios. Walsh/Pyrich, 47 Rutgers L. Rev. (1994-1995), p. 656 y 657.

(258) Hasta entonces las virtudes del programa de cumplimiento solo estaban reguladas en normas aisladas y para sectores específicos fuera del derecho penal y civil.

(259) Los tribunales se abstuvieron en gran medida de pronunciarse al respecto. Los códigos de conducta, por ejemplo, solo fueron mencionados en algunas sentencias sin atribuirles alguna función de liberación o disminución de responsabilidad, *Holland Furnace Co. v. United States*, 158 F.2d 2 (6<sup>th</sup> Cir., 1946); *Carpenter v. United States*, 484 U.S. 19, 28 (1987): «The [Wall Street] Journal's business information that it intended to keep confidential was its property; the declaration to that effect in the employee manual merely removed any doubts on that score...»; *United States v. Hilton Hotels Corp.*, 467 F.2d 1000 (9<sup>th</sup> Cir., 1972), *cert. denied*, 409 U.S. 1125 (1973); *United States v. Twentieth Century Fox Film Corp.*, 882 F.2d 656, 660-61 (2<sup>nd</sup> Cir., 1989), *cert. denied*, 493 U.S. 1021 (1990); *Winston v. Federal Express Corp.*, 853 F.2d 455, 457 (6<sup>th</sup> Cir., 1988); *Elkind v. Liggett & Myers, Inc.*, 635 F.2d 156, 163 (2<sup>nd</sup> Cir., 1980).

estuvo particularmente en contra de otorgar relevancia jurídica a los programas de cumplimiento<sup>(260)</sup>.

## B. MARCO NORMATIVO

### I. Federal Sentencing Guidelines

La primera y más completa directriz normativa en superar el déficit regulatorio de los programas preventivos se materializó en 1991 con la emisión de la Federal Sentencing Guidelines (FSG)<sup>(261)</sup>, elaborada por la United States Sentencing Commission<sup>(262)</sup> a petición expresa del Congreso estadounidense. Fundada en la filosofía del *carrot and stick*<sup>(263)</sup>, los preceptos de la FSG instalaron un sistema de graduación proporcional de la pena basado en la disposición de un programa de cumplimiento<sup>(264)</sup>. Con ello se otorgó al juez la posibilidad de reducir sustancialmente la pena cuando al momento de cometido el ilícito se demuestre la disposición de un programa de cumplimiento dentro de la empresa y, contrariamente, el endurecimiento de la pena cuando se haya omitido su implementación.

Pese a que en el 2004 la Supreme Court en *United States v. Booker*<sup>(265)</sup> declarara inconstitucional en parte la FSG por incompatibilizar su naturaleza vinculante con la

---

(260) «The attempt to carve out an exception from the general rules concerning proof of intent in a criminal antitrust case and the doctrine of vicarious liability for corporate defendants with compliance programs not only confuses both subjects, but distorts their underlying legal premises». Bloch, 57 Antitrust L. J. (1988), p. 226.

(261) Para un estudio detallado del origen y antecedentes de la Federal Sentencing Guidelines, véase Bowman, 1 Ohio St. J. Crim. L. (2003-2004), pp. 377 y ss.; Nagel/Swenson, 71 Wash. U. L. Q. (1993), pp. 205 y ss.; Fiorelli, 39 Wake Forest L. Rev. (2004), pp. 566 y ss.; Murphy, 87 Iowa L. Rev. (2002), pp. 699 y ss.; Hess/Macwhorter/Fort, 11 Fordham J. Corp. & Fin. L. (2005-2006), pp. 727 y ss.

(262) USSG § 1A1.1 (2011): «The United States Sentencing Commission ('Commission') is an independent agency in the judicial branch composed of seven voting and two non-voting ex-officio members. Its principal purpose is to establish sentencing policies and practices for the federal criminal justice system that will assure the ends of justice by promulgating detailed guidelines prescribing the appropriate sentences for offenders convicted of federal crimes. The Guidelines and policy statements promulgated by the Commission are issued pursuant to Section 994(a) of Title 28, United States Code».

(263) Hess/Macwhorter/Fort, 11 Fordham J. Corp. & Fin. L. (2005-2006), p. 729; Fiorelli, 39 Wake Forest L. Rev. (2004), p. 565.

(264) El octavo capítulo de la FSG está dedicado enteramente a las organizaciones empresariales: «This chapter is designed so that the sanctions imposed upon organizations and their agents, taken together, will provide just punishment, adequate deterrence, and incentives for organizations to maintain internal mechanisms for preventing, detecting, and reporting criminal conduct». USSG § 8, p. 489.

(265) *United States v. Booker*, 125 S. Ct. 738 (2005).

Sexta Enmienda (*right to a jury trial*)<sup>(266)</sup>, su importancia trascendió a esta decisión jurisprudencial debido fundamentalmente, por un lado, a la ausencia en el sistema jurídico estadounidense de un marco legal alternativo de medición general de penas y, por otro lado, a la falta de una clara línea jurisprudencial que la sustituya. Por dichos motivos, su importancia jurídica fue reconocida incluso en la segunda parte (*remedy*) de la propia sentencia *Booker*, donde el tribunal otorgó la cualidad de *advisory* a la FSG a fin de seguir manteniendo su aplicabilidad. La misma United States Sentencing Commission, como parte de su función encomendada, ha venido reformulando y complementado las directrices contenidas en la FSG<sup>(267)</sup>.

La versión primigenia de esta directriz consideró como un programa de cumplimiento efectivo a aquel que haya sido razonablemente diseñado, implementado y aplicado de tal manera que sea capaz de prevenir y detectar oportunamente una violación jurídica<sup>(268)</sup>. Para cumplir ese fin se establecieron siete requerimientos mínimos: 1) determinación de estándares de conducta y procedimientos; 2) supervisión de alto nivel; 3) debida diligencia en la delegación de competencias; 4) capacitación; 5) monitoreo y auditoría; 6) ejecución y disciplina; y 7) prevención y reacción<sup>(269)</sup>. Las organizaciones que incorporasen estos puntos, incluyendo además la colaboración voluntaria, y aceptaran su responsabilidad por las violaciones, podían ver reducida su sanción hasta en un 95 por ciento<sup>(270)</sup> y, contrariamente, elevada hasta en un 400 por ciento<sup>(271)</sup> de no haber implementado las demandas normativas.

(266) En la sentencia se cuestionan específicamente los dispositivos 18 U.S.C. § 3553 (b)(1) y 18 U.S.C. § 3742 (e). Previo al caso *Booker*, el Tribunal Supremo ya se había encargado de emitir otras sentencias analizando el marco constitucional de la Federal Sentencing Guidelines, *Jones v. United States*, 526 U.S. 227 (1999); *Apprendi v. New Jersey*, 120 S. Ct. 2348 (2000); *Harris v. United States*, 536 U.S. 545 (2002); *Blakely v. Washington*, 124 S. Ct. 2531 (2004).

(267) 28 U.S.C. § 991 (b): «The purposes of the United States Sentencing Commission are to—

(1) establish sentencing policies and practices for the Federal criminal justice system that—

(A) assure the meeting of the purposes of sentencing as set forth in section 3553 (a)(2) of title 18, United States Code;

(B) provide certainty and fairness in meeting the purposes of sentencing, avoiding unwarranted sentencing disparities among defendants with similar records who have been found guilty of similar criminal conduct while maintaining sufficient flexibility to permit individualized sentences when warranted by mitigating or aggravating factors not taken into account in the establishment of general sentencing practices; and

(C) reflect, to the extent practicable, advancement in knowledge of human behavior as it relates to the criminal justice process; and

(2) develop means of measuring the degree to which the sentencing, penal, and correctional practices are effective in meeting the purposes of sentencing as set forth in section 3553 (a)(2) of title 18, United States Code».

(268) USSG § 8A1.2 cmt. n.3(K)(1991).

(269) USSG § 8A1.2 cmt. n.3(K)(1)-(7)(1991).

(270) Fiorelli, 56 Alb. L. Rev. (1992), p. 407.

(271) Fiorelli, 39 Wake Forest L. Rev. (2004), p. 567.

No obstante la positiva generalización de la instauración de los programas de cumplimiento provocado por la emisión de la FSG, su eficacia preventiva fue puesta en cuestión por diversas razones. La crítica principal estuvo dirigida contra la sobrevaloración legislativa de la sola «disposición» de un programa de cumplimiento, la que fue calificada como una mera *cosmetic compliance*<sup>(272)</sup>, incorporada en las empresas con la única finalidad de evadir la persecución estatal<sup>(273)</sup>. No menos cuestionado fue el comportamiento empresarial frente al ilícito, pues la información brindada a las autoridades persecutoras generalmente comprometían solo a ejecutivos del más bajo nivel y no a quienes se ubicaban en las más altas esferas decisionales de la empresa. De esta manera, los programas de cumplimiento no se instauraban con la finalidad de prevenir y detectar el delito, sino únicamente con la intención de salvaguardar de responsabilidad a los altos ejecutivos<sup>(274)</sup>.

Todas estas deficiencias fueron advertidas en casos concretos. Cuando el año 2001, por ejemplo, se hizo público el estado de insolvencia de Enron<sup>(275)</sup>, la empresa contaba con un programa de cumplimiento según los siete puntos requeridos por la FSG para la prevención y detección de infracciones. Su código de conducta las agrupaba bajo la fórmula *Respect, Integrity, Communication and Excellence*<sup>(276)</sup> (R. I. C. E.), enfatizando su seguimiento empresarial en todos los niveles. El fracaso de este<sup>(277)</sup> y otros sistemas preventivos, aunado a la suma de críticas vertidas contra la viabilidad de la FSG, afianzaron la idea que la simple adopción de un programa de cumplimiento no determina el comportamiento según «derecho» de la empresa

---

(272) Krawiec, 81 Wash. U. L. Q. (2003), pp. 487 y ss.

(273) Con esta especie de «seguro» jurídico las empresas descuidaron materializar la real función de los programas preventivos, Laufer, 54 Vand. L. Rev. (1999), pp. 1405 y ss.

(274) Laufer, 87 Iowa L. Rev. (2002), pp. 648 y ss.; Hess/Mcwhorter/Fort, 11 Fordham J. Corp. & Fin. L. (2005-2006), p. 732.

(275) Para un estudio detallado del caso Enron véase Brickley, 8 Buff. Crim. L. Rev. (2004-2005) pp. 225 y ss. del mismo, 81 Wash. U. L. Q. (2003), pp. 357 y ss.; Moohr, 55 Fla. L. Rev. (2003), pp. 938 y ss.

(276) Enron Corp., Code of Ethics 4 (2000):

«1) Respect: We treat others as we would like to be treated ourselves. We do not tolerate abusive or disrespectful treatment. Ruthlessness, callousness and arrogance don't belong here.

2) Integrity: We work with customers and prospects openly, honestly and sincerely. When we say we will do something, we will do it; when we say we cannot or will not do something, then we won't do it.

3) Communication: We have an obligation to communicate. Here, we take the time to talk with one another (...) and to listen. We believe that information is meant to move and that information moves people.

4) Excellence: We are satisfied with nothing less than the very best in everything we do. We will continue to raise the bar for everyone. The great fun here will be for all of us to discover just how good we can really be».

(277) Fiorelli, 39 Wake Forest L. Rev. (2004), p. 565, describe la problemática formulando la siguiente pregunta: «Assume that Enron successfully emerges from bankruptcy. Should it qualify for reductions from federal criminal fines because it had an "ethics" program?».

y sus empleados, en tanto no se instale una verdadera «cultura» organizativa de seguimiento normativo.

#### 1. Reforma de 2004

Precisamente, este y otros temas controvertidos fueron sometidos a revisión por un *ad hoc advisory group* encargado de evaluar las directrices de la FSG y, al mismo tiempo, de proponer las reformas necesarias para su mejoramiento<sup>(278)</sup>. Entre sus conclusiones, el grupo de expertos señaló que la «eficacia de los programas de cumplimiento podría mejorar si, además de la debida diligencia en el mantenimiento de los programas de cumplimiento, las organizaciones adoptaran también medidas para construir una cultura que aliente el compromiso de los empleados con el *compliance*»<sup>(279)</sup>. Este diagnóstico fue recogido finalmente por la FSG en la reforma del año, demandando explícitamente, además de la disposición de un programa de cumplimiento, la orientación ética en la dirección empresarial a través del establecimiento de una cultura organizacional *to compliance with the law*<sup>(280)</sup>.

El ostensible cambio de perspectiva en la concepción de los sistemas preventivos y de procedimientos, definidos ahora como estándares de conducta y de control interno que estén en la capacidad razonable de reducir la probabilidad de una conducta delictiva<sup>(281)</sup>, llevó a reformular gran parte de las directrices planteadas originalmente. La principal de ellas obligaba a las empresas a reorganizar constantemente el programa de cumplimiento en atención a los cambios de circunstancias y nuevos riesgos<sup>(282)</sup>, condicionamiento que en la versión primigenia se exigía únicamente luego de ocurrida la transgresión (*ex post*).

Otro de los aportes fundamentales se concentró en la clarificación de las competencias y responsabilidades de los directivos, a quienes se vinculó de forma

(278) Hess/Mcwhorter/Fort, 11 Fordham J. Corp. & Fin. L. (2005-2006), pp. 737 y ss.; Fiorelli, 39 Wake Forest L. Rev. (2004), pp. 568 y ss.

(279) United States Sentencing Commission, Report of the Ad Hoc Advisory Group on Organizational Sentencing Guidelines (07/10/2003), p. 51. Este mismo grupo definió la cultura organizacional «as the shared set of norms and beliefs that guide individual and organizational behavior. These norms and beliefs are shaped by leaderships of the organization, are often expressed as shared values or guiding principles, and are reinforced by various systems and procedures throughout the organization». *Ibidem*, p. 52.

(280) USSG, § 8B2.1, (2004), p. 503.

(281) USSG § 8B2.1 cmt. n.1 (2004).

(282) USSG § 8B2.1(b)(7) (2004).

amplia y directa en el seguimiento del programa preventivo. En ese sentido, la FSG exige, en primer lugar, que el directivo se encuentre informado sobre el programa de ética y cumplimiento, incluidos los riesgos particulares de la empresa y las medidas incorporadas para combatir dichos riesgos, debiéndose encargar proactivamente de evaluar, monitorear y gerenciar el programa<sup>(283)</sup>. En segundo lugar, la directriz determina que el personal del más alto nivel<sup>(284)</sup> se asegure de que la organización empresarial disponga de un efectivo programa de ética y cumplimiento, cuya responsabilidad operacional diaria recaerá sobre un *chief ethics officer*, quien a su vez deberá contar con recursos suficientes, la autoridad apropiada y acceso directo a los órganos de gobierno corporativo<sup>(285)</sup>.

Asimismo, la reforma de 2004 se hizo cargo de extender la capacitación en ética y cumplimiento a todos los empleados, incluyendo a los de más alto nivel. Su aplicación ya no se reducirá a la mera traslación o difusión de información relativa al cumplimiento corporativo, sino que ahora debe desplegar un efecto motivacional para su real y efectiva puesta en práctica<sup>(286)</sup>. Finalmente, y como consecuencia del silencio a informar potenciales conductas ilegales por parte de los empleados, ya sea debido a la ausencia de algún tipo de retribución o al temor de perder el empleo, se propuso promover y no penalizar a los empleados que reporten violaciones jurídicas<sup>(287)</sup>.

## 2. Reforma de 2010

Siguiendo su política de reformas, el año 2010 la United States Sentencing Commission sometió a otra significativa revisión las directrices del programa de cumplimiento de la FSG, abarcando temas como el comportamiento empresarial una vez descubierto el delito, el involucramiento de los directivos en el ilícito y la implementación de un sistema preventivo como sanción. Respecto al primer punto, la concretización de los requisitos de un programa de cumplimiento efectivo incluía

---

(283) USSG § 8B2.1(b)(2) (2004); detalladamente Hess/Mcwhorter/Fort, 11 Fordham J. Corp. & Fin. L. (2005-2006), p. 741.

(284) Bajo esta denominación se debe entender «a director; an executive officer; an individual in charge of a major business or functional unit of the organization, such as law, sales, administration, or finance; and an individual with a substantial ownership interest». Hess/Mcwhorter/Fort, 11 Fordham J. Corp. & Fin. L. (2005-2006), p. 742.

(285) United States Sentencing Commission, Report of the Ad Hoc Advisory Group on Organizational Sentencing Guidelines (07/10/2003), p. 60 y s.

(286) United States Sentencing Commission, Report of the Ad Hoc Advisory Group on Organizational Sentencing Guidelines (07/10/2003), pp. 71 y ss.

(287) Hess/Mcwhorter/Fort, 11 Fordham J. Corp. & Fin. L. (2005-2006), p. 743.

hasta ahora la reacción razonable frente a la violación detectada y la consecución de los pasos necesarios para evitar futuras infracciones similares. En la reciente complementación normativa<sup>(288)</sup> la United States Sentencing Commission va un paso más allá al exigir, además de lo previamente señalado, la adecuada y oportuna reparación del daño ocasionado<sup>(289)</sup>. Las medidas deben incluir igualmente la asesoría de expertos externos e independientes a fin de adaptar el sistema de cumplimiento a las nuevas exigencias preventivas derivadas de la infracción. En este mismo sentido jugarán roles preponderantes el *self-reporting* y la intensa cooperación con las autoridades.

Previo a la reciente reforma, el involucramiento de los directivos en el delito excluía de cualquier tipo de atenuación sancionatoria a la empresa al presumirse de ese modo la ineficacia del programa de cumplimiento<sup>(290)</sup>, independientemente de su calidad o de su apropiada implementación. La enmienda del año 2010 deja sin efecto ese parámetro y asume la aplicación de la atenuación de la pena incluso cuando sean los propios directivos quienes participen en el ilícito, siempre y cuando<sup>(291)</sup> i) el encargado del área de cumplimiento haya podido informar directamente a la dirección empresarial; ii) sea el programa de cumplimiento de la empresa, antes que un externo, el que haya posibilitado el descubrimiento de la conducta ilícita; iii) la propia empresa haya reportado el hecho inmediatamente a las autoridades competentes y; iv) ningún empleado del área de cumplimiento esté vinculado de alguna manera al hecho delictivo.

Finalmente, esta última gran reforma se ocupó de abrogar la aplicación restringida de los programas de cumplimiento como formas especiales de sanción a prueba para sustituirlas por su utilización generalizada. La caracterización de tal sanción apunta a superar las deficiencias estructurales que permitieron o posibilitaron la realización del delito desde la empresa. Este paso concreto encuentra su explicación en el reconocimiento utilitario de que la obligatoria implementación o mejoramiento del sistema preventivo tiene consecuencias mucho más eficaces en la reorganización empresarial que la mera imposición de una sanción civil o penal tradicionales<sup>(292)</sup>.

(288) USSG § 8B2.1 (b) 7.

(289) Detalladamente, Withus, CCZ (2011), p. 65.

(290) USSG § 8C2.5 (f)(3)(A). Solo se exceptuaba su aplicación a pequeñas empresas con menos de 200 empleados con base en el reconocimiento organizacional que en tales casos los directivos también se ocupaban de otras labores que determinaban su participación en el ilícito, Engelhart, NZG (2011), p. 128.

(291) USSG § 8C2.5(f)(3)(A)-(C); Engelhart, NZG (2011), p. 128.

(292) Engelhart, NZG (2011), p. 128.

## II. Sarbanes-Oxley Act

El 30 de julio de 2002 el entonces presidente de Estados Unidos, George W. Bush, promulgó la Sarbanes-Oxley Act<sup>(293)</sup> (SOA) como reacción directa a los más grandes escándalos financieros de los últimos años que incluyeron a empresas como Enron<sup>(294)</sup> y WorldCom<sup>(295)</sup>. Con su rúbrica, esta ley, pensada para otorgar mayor protección a los inversores, se constituyó en uno de los más ambiciosos cuerpos normativos de lucha contra la criminalidad económica<sup>(296)</sup>. Estructuralmente, además de penalizar nuevos comportamientos e incrementar las sanciones de algunos de los delitos ya existentes<sup>(297)</sup>, la SOA fortaleció y amplió los principios del gobierno corporativo de las empresas endureciendo y creando obligaciones vinculadas al *financial reporting*, *corporate compliance*, *internal control* y *enterprise risk management*<sup>(298)</sup>.

En específico, la SOA obliga a las empresas anotadas en las bolsas estadounidenses a adoptar un código de ética<sup>(299)</sup> y a ejecutar diversas medidas de control interno y de prevención<sup>(300)</sup>, especialmente la obligación de emitir informes financieros<sup>(301)</sup>, determinar la violación normativa, nombrar e incorporar un *compliance officer* en el área jurídica, así como fomentar la participación activa de los empleados en el reporte de conductas ilícitas<sup>(302)</sup>. Por otro lado, la SOA actualiza y mejora la función y la independencia de los auditores e introduce un nivel de responsabilidad

(293) The Sarbanes-Oxley Act of 2002, Pub. L. 107-204.

(294) *SEC v. Andrew S. Fastow*, Civil Action N.º H-02-3127.

(295) *SEC v. WorldCom*, Civil Action N.º 02-cv-4963.

(296) Es ilustrativa la declaración vertida por el propio Presidente Bush al promulgar la norma: «*no more easy money for corporate criminals; just hard times*»; *The New York Times*, 31 de julio de 2002.

(297) Fiorelli, 39 *Wake Forest L. Rev.* (2004), p. 572 y s.; Brickey, 81 *Wash. U. L. Q.* (2003), pp. 357 y ss.; Moohr, 55 *Fla. L. Rev.* (2003), pp. 938 y ss.; Henning, 3 *J. Bus. & Tech. L.* 243 (2008), pp. 243 y ss.

(298) Menzies, *Sarbanes Oxley und Corporate Compliance*, p. 16.

(299) De acuerdo con el dispositivo § 406(a) de la SOA las empresas que no cuenten con un código de ética se obligan a explicar públicamente su ausencia. Este mismo cuerpo normativo, apartado § 406 (c)(1), define el código de ética como: «such standards as are reasonably necessary to promote [...] honest and ethical conduct, including the ethical handling of actual or apparent conflicts of interest between personal and professional relationships».

(300) Latamente, Brickey, 8 *Buff. Crim. L. Rev.* 221 (2004-2005), pp. 239 y s.

(301) La sección 302 SOA establece que el órgano de dirección empresarial deberá revelar los controles y procedimientos internos instalados. Además, concurre la obligación civil y penal para los responsables de la dirección de depositar en la SEC los estados contables y financieros debidamente firmados, ratificando de esta manera haber revisado y evaluado pormenorizadamente los documentos que corresponden al estado real de la empresa. Según la sección 906 SOA, infringir este deber manipulando o maquillando las cifras puede conllevar a una multa de hasta 5 millones de dólares y una pena privativa de libertad de hasta veinte años.

(302) Véase Moverly, 64 *S. C. L. Rev.* (2012-2013), pp. 1 y ss.

inédito<sup>(303)</sup> vinculando a los altos directivos en las tareas de vigilancia del correcto funcionamiento del programa de cumplimiento<sup>(304)</sup>, medidas desarrolladas y complementadas posteriormente por la Federal Sentencing Guidelines.

### III. Dodd-Frank Act

La emisión de la Dodd-Frank Wall Street Reform and Consumer Protection Act (Dodd-Frank Act)<sup>(305)</sup> el 21 de julio de 2010 supuso la revisión de la regulación del sistema financiero de Estados Unidos<sup>(306)</sup>. Con relación a la FCPA, la sección 922 de la Dodd-Frank Act eleva la efectividad aplicativa de las normas anticorrupción al proteger e incentivar a las personas naturales —mediante retribuciones monetarias— a reportar casos de sobornos de funcionarios extranjeros. El derecho estadounidense encierra este importante instituto preventivo bajo el término *whistleblowing*, incorporado primigeniamente al sistema legal en 1863 a través de la False Claims Act y desarrollado más recientemente en la Federal Sentencing Guidelines.

En cuanto a su evolución normativa, la primera comprensión sistemática del *whistleblowing* se concretiza el año 2002 con la Sarbanes-Oxley Act, cuyo precepto más importante, contenido en la sección 301, exige del comité auditor la instalación de una estructura de reportes con capacidad de acoger denuncias tanto de empleados de la propia empresa como de terceros. Pese a este notable avance en materia de cumplimiento, la nueva crisis financiera desencadenada el año 2008 puso en duda su eficacia práctica<sup>(307)</sup> motivando la elaboración de la Dodd-Frank Act, que incorporó un conjunto de reglas para la implementación y promoción del sistema de denuncias<sup>(308)</sup>.

(303) Gabel/Mansfield/Houghton, 46 Am. Bus. L. J. (2009), p. 467.

(304) La sección 404 SOA ordena que el informe anual posea un apartado referido específicamente al control interno en el cual se constate la responsabilidad de los órganos directivos en la instauración y mantenimiento de una estructura interna de control razonable, así como las medidas concretas para su vigilancia.

(305) Pub. L. N.º 111-203, 124 Stat. 1376 (2010); véase también, Chaffee, 60 Am. U. L. Rev. (2010-2011), pp. 1431 y ss.; Blunt/Markel, 17 Fordham J. Corp. & Fin. L. (2012), pp. 1023 y ss.; Vlastic/Atlee, 36 Fletcher F. World Aff. (2012), pp. 79 y ss.

(306) El Senado estadounidense promulgó la norma «[t]o promote the financial stability of the United States by improving accountability and transparency in the financial system, to end 'too big to fail', to protect the American taxpayer by ending bailouts, to protect consumers from abusive financial services practices, and for other purposes». Dodd-Frank Act 2010, p. 1.

(307) Para una estudio detallado de los casos donde se manifestaron las deficiencias del *whistleblowing*, véase Brickey, 81 Wash. U. L. Q. (2003), pp. 360 y ss.

(308) El Dodd-Frank Act encargó expresamente a la SEC la elaboración de reglas para la determinación de este sistema a efectos de compatibilizarla con lo estipulado en su sección 922, tarea culminada el 3 de noviembre de 2010 con la publicación de sus conclusiones. Véase Vlastic/Atlee, 36 Fletcher F. World Aff. (2012), p. 84.

Algunas de las medidas más trascendentales consignadas en la Dodd-Frank Act relativas al rol de los *whistleblowers* en el sistema de cumplimiento fueron las siguientes: i) introdujo requisitos mucho más rigurosos para el mantenimiento de la confidencialidad de los reportes<sup>(309)</sup>; ii) promovió la protección efectiva a los denunciantes frente a eventuales represalias de los empleadores<sup>(310)</sup>, ya sea por despido, amenazas, degradación, suspensión, vejación, acoso o discriminación directa o indirecta<sup>(311)</sup>; iii) abolió la obligación de informar en primer lugar a la empresa, abriendo la posibilidad de elevar la denuncia directamente a la SEC<sup>(312)</sup>, y la medida más relevante de todas; iv) creó el así llamado *bounty program*, a través del cual la SEC se obliga al pago de una recompensa al denunciante interno o externo.

En específico, la aplicación del novedoso *bounty program* está sujeta a la satisfacción de ciertas condiciones legales. Así, solo beneficia a la persona natural que proporcione voluntariamente información encaminada a descubrir la conducta ilícita, siempre y cuando la sanción pecuniaria impuesta supere el millón de dólares. Dependiendo del caso, el monto de la recompensa variará entre el 10 y el 30 por ciento de la sanción<sup>(313)</sup>. Estarán exceptuados de estos beneficios los abogados, miembros del área de cumplimiento o de revisión interna, auditores, funcionarios extranjeros y todos aquellos que por su condición legal o contractual se encuentren obligados a reportar infracciones a la SEC. Finalmente, la información transmitida por el denunciante deberá ser i) original<sup>(314)</sup>, esto es, no deberá ser de dominio público ni de conocimiento previo de la SEC; así como, ii) útil, en tanto sea detallada, actual y suficientemente creíble como para permitir abrir o ampliar una determinada investigación.

(309) 15 U.S.C. § 78u-6(h). Las denuncias de terceros no se encuentran abarcadas bajo la exigencia legal de la anonimidad.

(310) Dodd-Frank Act, pp. 1841 y ss.

(311) Estas directrices desarrollan las previamente incorporadas en la Sarbanes-Oxley Act, donde se regulaba, además, la posibilidad de recurrir al Departamento de Trabajo en casos de represalias, véase Moverly, 64 S. C. L. Rev. (2012-2013), pp. 1 y ss.

(312) Este fue sin duda el punto más controvertido de la presente ley. Se arguyó en contra que tal medida únicamente debilitaría la conformación y eficacia del programa de cumplimiento de la empresa, ya que la motivación económica incentivaría a los empleados a elevar las denuncias directamente a la SEC, no teniendo ya sentido implementar dicho sistema de forma interna. La SEC se hizo cargo de las críticas incorporando estímulos para promover preferentemente la denuncia interna. Vlastic/Atlee, 36 Fletcher F. World Aff. (2012), p. 84.

(313) 15 U.S.C. § 78u-6(b)(1).

(314) Detalladamente, de acuerdo a la sección 15 U.S.C. § 78u-6(a)(3) es información original aquella que «(A) is derived from the independent knowledge or analysis of a whistleblower; (B) is not known to the Commission from any other source, unless the whistleblower is the original source of the information; and (C) is not exclusively derived from an allegation made in a judicial or administrative hearing, in a governmental report, hearing, audit, or investigation, or from the news media, unless the whistleblower is a source of the information”.

#### IV. United States Attorneys' Manual

Las directrices internas y de procedimientos de la actividad persecutora del Departamento de Justicia de Estados Unidos, recogidas en el United States Attorneys' Manual, dedica el apartado 9-28.800 a señalar los criterios fiscales para evaluar la efectividad del programa de cumplimiento<sup>(315)</sup>. Como punto de partida se señala que la mera instauración y funcionamiento adecuado de un programa preventivo interno no es suficiente para excluir de responsabilidad a los directores, empleados o agentes de la empresa. Asimismo, se admite explícitamente que ningún programa de cumplimiento, por más efectivo que sea, se encuentra en la capacidad de evitar cualquier comportamiento delictivo de los empleados. Del reconocimiento de la falibilidad de los controles internos se desprende la posibilidad de beneficiarse mínimamente de la atenuación de la pena, así se haya cometido el ilícito desde la empresa, pero sujeto a la disposición de un programa de ética y cumplimiento efectivo al momento de la infracción.

Contrariamente a las directivas analizadas precedentemente, el United States Attorney's Manual no enumera los requisitos necesarios de constitución del sistema preventivo, sino que los agrupa en criterios generales formulados a modo de preguntas: «*Is the corporation's compliance program well designed? Is the program being applied earnestly and in good faith? Does the corporation's compliance program work?*»<sup>(316)</sup>. Para dar respuesta a estas interrogantes los fiscales valorarán una serie de factores como la amplitud del programa preventivo; la extensión y la permisividad empresarial en la comisión del delito; el número y nivel de empleados comprometidos; la gravedad, frecuencia y duración de la infracción; y todas las acciones de remedio adoptadas por la empresa, como la instauración de investigaciones internas, las sanciones impuestas, la adaptación del programa de cumplimiento a las nuevas exigencias, entre otras<sup>(317)</sup>.

#### C. CORPORATE COMPLIANCE PROGRAM

El programa de cumplimiento es el componente más importante del sistema de control interno<sup>(318)</sup>. Al menos desde el caso *In Re Caremark*<sup>(319)</sup>, la jurisprudencia

(315) Para el Departamento de Justicia un programa de cumplimiento está constituido «*to prevent and detect misconduct and to ensure that corporate activities are conducted in accordance with applicable criminal and civil laws, regulations, and rules*». United States Department of Justice, United States Attorneys' Manual § 9-28.800 (A).

(316) United States Department of Justice, United States Attorneys' Manual § 9-28.800 (B).

(317) United States Department of Justice, United States Attorneys' Manual § 9-28.800 (B).

(318) 15 U.S.C §§ 78m(b)(B).

(319) *In Re Caremark International Inc. Derivate Litigation*, 698 A.2d 959 (Del. Ch., 1996).

estadounidense ha reconocido la responsabilidad de los directivos por la omisión de la incorporación de un sistema preventivo dentro de la empresa, por lo cual su establecimiento y el fomento de su fiabilidad en la disminución de los riesgos derivados de la actividad empresarial ya no serán meramente potestativos, sino que se constituirán en deberes jurisprudencialmente asegurados<sup>(320)</sup>.

En el marco de la graduación de la pena, el elemento valorativo determinante para su atenuación o exclusión se circunscribirá a la efectividad del programa de ética y cumplimiento. De acuerdo con la Federal Sentencing Guidelines<sup>(321)</sup>, para que un programa de cumplimiento posea tal cualidad, la organización debe basarse en dos principios fundamentales: i) el ejercicio de la debida diligencia para prevenir y detectar conductas ilícitas; ii) y la promoción de una cultura organizacional que fomente una conducta ética y un compromiso *to compliance with the law*. Es decir, el sistema de cumplimiento deberá concebirse de tal manera que determine y promueva una cultura de comportamiento ético, el cual debe estar en la capacidad de prevenir, detectar y corregir infracciones legales. Por cuestiones prácticas, se ha evitado detallar de forma minuciosa los elementos a satisfacer por cada empresa para adscribir la efectividad al sistema de cumplimiento. Antes bien, tal como ya se ha podido apreciar, ha ofrecido estándares mínimos —parcialmente abstractos— para su valoración, los cuales se han venido concretizando y perfeccionando a través de la actividad persecutoria y jurisprudencial.

En cuanto al ámbito organizacional, la adopción de dicha técnica legislativa permite enfocar la incorporación del programa de prevención y detección de infracciones de acuerdo con las diversas variables y necesidades que envuelven a cada actividad empresarial<sup>(322)</sup>, y en función del tipo de transgresiones legales que se pretenden evitar. Por ello, en relación con el segundo punto, el sistema de cumplimiento requerido por la Foreign Corrupt Practices Act deberá concebirse

---

(320) Recientemente en Alemania un tribunal civil - LG München I, *Urt. v. 10.12.2013 - 5 HK O 1387/10* - determinó que el directivo de una empresa internacional asentada en dicho país tiene el deber de organizar y vigilar la empresa de tal modo que no se contravengan normas como, en este caso en concreto, el pago de sobornos a funcionarios y personas privadas en el extranjero. Dicho deber será satisfecho cuando el directivo instaure una organización de cumplimiento orientada a la prevención de daños y al control de riesgos, cuyo alcance dependerá del tipo, tamaño y organización particular de cada empresa. El tribunal agrega además que el seguimiento del principio de legalidad y, en consecuencia, la implementación de un sistema de cumplimiento es responsabilidad de la dirección general de la empresa. Distinto es el caso del Perú, donde la decisión de implementar un sistema de cumplimiento le corresponde a cada empresa, véase García Caveró, *Criminal Compliance*, p. 28.

(321) USSG § 8B2.1(a).

(322) USSG § 8B2.1 Cmt. 2. (C).

de acuerdo con los particulares elementos típicos del delito de corrupción. Antes de pasar a desarrollar precisamente esos criterios, resulta conveniente exponer en primer lugar tres casos representativos a fin de graficar los diversos matices prácticos de la problemática ante la cual nos encontramos.

## I. Casos

### 1. Siemens AG

Las investigaciones emprendidas por la fiscalía alemana contra la empresa Siemens AG por diversos actos de corrupción<sup>(323)</sup>, dadas a conocer públicamente el 15 de noviembre de 2006 con la captura de algunos de sus ejecutivos y el registro de sus principales sedes de negocios, provocaron que el regulador bursátil estadounidense (SEC) iniciara sus propias indagaciones a fin de determinar si dicha empresa, al hallarse inscrita desde el 2001 en la bolsa de valores de Nueva York (NYSE)<sup>(324)</sup>, había transgredido la ley de prácticas corruptas en el extranjero<sup>(325)</sup>. El resultado arrojó que la práctica de sobornos para acceder a contratos privados y estatales en el extranjero se había expandido sistemática y exponencialmente en la empresa desde mediados de los años noventa hasta aproximadamente el año 2007<sup>(326)</sup>, contando con la aquiescencia de los directivos y valiéndose de métodos refinados y de diversa complejidad para facilitar y ocultar los pagos ilícitos, como la instauración de una contabilidad paralela, envíos en efectivo, transferencias bancarias, extensión de variados tipos de cheques, utilización de intermediarios<sup>(327)</sup>, depósitos en cuentas de terceros, falsificación de cuentas y registros, desembolsos bajo denominación inexacta, entre otros mecanismos<sup>(328)</sup>.

(323) Solo en Alemania las investigaciones culminaron con las sentencias LG Darmstadt, Urt. v. 14/05/2007, 712 Js 5213/04-9 Kls; BGH, Urt. v. 29/08/2008, 2StR 587/07. Ampliamente Rönnau, JZ 2007, pp. 1084 y ss.; del mismo, en Festschrift für Klaus Tiedemann, pp. 713 y ss.

(324) *United States v. Siemens Aktiengesellschaft*, N.º 08-cr-367-RJL (D.D.C., 12/12/2008), p. 3.

(325) La magnitud que alcanzaron estos hechos provocaron que las investigaciones se extiendan a otros países, *United States v. Siemens S.A. (Argentina)* N.º 08-cr-368-RJL; *United States v. Siemens Bangladesh Limited*, N.º 08-cr-369-RJL; *United States v. Siemens S.A. (Venezuela)* N.º 08-cr-370-RJL. Latamente, sobre el caso *Siemens*, Engelhart, *Sanktionierung von Unternehmen und Compliance. Eine rechtsvergleichende Analyse des Straf- und Ordnungswidrigkeitenrechts in Deutschland und den USA*, pp. 3 y ss.

(326) El pago de sobornos a funcionarios extranjeros se llegó a calcular en aproximadamente 800 millones de dólares. *United States v. Siemens Aktiengesellschaft*, N.º 08-cr-367-RJL (D.D.C., 12/12/2008), p. 5.

(327) *United States v. Siemens Aktiengesellschaft*, N.º 08-cr-367-RJL (D.D.C., 12/12/2008), p. 24: «(...) various SIEMENS regional companies made payments directly to purported business consultants, knowing that at least some or all of those funds would be passed along to foreign government officials».

(328) Respecto a la violación de las disposiciones contables de la FCPA, la totalidad de imputaciones se concentraron en los siguientes puntos: «(a) used off-books accounts as a way to conceal corrupt payments».

Paradójicamente, al momento de descubrirse los hechos, Siemens era una de las pocas empresas alemanas de alcance internacional en poseer un programa de cumplimiento anticorrupción. Así lo manifestaban sus propias Business Conduct Guidelines. Sus esfuerzos más importantes en esa dirección se iniciaron el año 2001 con la instalación de un área de cumplimiento y la creación del puesto de *corporate officer for compliance*. Posteriormente, la necesidad de descentralizar y enfocar los ámbitos riesgosos de la empresa obligó a incrementar el número de oficiales de cumplimiento, lo que produjo el nombramiento de un *chief compliance officer* que asuma la responsabilidad del cada vez más complejo sistema preventivo.

Pese a todos los esfuerzos descritos, las investigaciones posteriores demostraron que el sistema de cumplimiento instaurado en Siemens existía solo en el papel<sup>(329)</sup>. Para llegar a esa conclusión, paralelamente a las indagaciones de la SEC y el DOJ, la empresa Siemens emprendió su propia investigación interna contratando al despacho jurídico estadounidense Debevoise & Plimpton LLP y a la empresa auditora Deloitte & Touche bajo el encargo de identificar las potenciales conductas corruptas y otros pagos ilegales, así como las deficiencias del sistema de control interno<sup>(330)</sup>. Entre otras medidas, los especialistas contratados se encargaron de asegurar los datos y documentación a disposición de la empresa y sus filiales; instauraron procedimientos de interrogación a aquellos empleados sospechosos de estar comprometidos de alguna manera con algún acto corrupto; a fin de facilitar la activa cooperación de los miembros de la empresa se ofreció una amnistía general, asesoramiento legal gratuito, protección laboral, entre otros.

La deficiente implementación de un programa de cumplimiento efectivo fue el punto medular más crítico advertido en las conclusiones de las investigaciones

---

(b) entered into purported business consulting agreements with no basis, sometimes after SIEMENS had won the relevant project; (c) justified payments to purported business consultants based on false invoices; (d) mischaracterized bribes in the corporate books and records as consulting fees and other seemingly legitimate expenses; (e) accumulated profit reserves as liabilities in internal balance sheet accounts and then used them to make corrupt payments through business consultants as needed; (f) used removable Post-It notes to affix signatures to approval forms authorizing payments to conceal the identity of the signors and obscure the audit trail; and (g) drafted and backdated sham business consulting agreements to justify third party payments; and (h) falsely described kickbacks paid to the Iraqi government in connection with the Oil for Food Program in its corporate books and records as commission payments to agents when SIEMENS and Siemens France, Siemens Turkey, Osram Middle East and GTT were aware that a substantial portion of these payments was being passed on to the Iraqi government in exchange for being awarded contracts with the Iraqi government." *United States v. Siemens Aktiengesellschaft*, N.º 08-cr-367-RJL (D.D.C., 12/12/2008), p. 39.

(329) *United States v. Siemens Aktiengesellschaft*, N.º 08-cr-367-RJL (D.D.C., 12/12/2008), p. 33.

(330) Sobre la problemática procesal de la investigación privada llevada a cabo en territorio alemán, véase Jahn, StV 2009, pp. 41 y ss.

estatales e internas. La aprobación de un código de conducta, por ejemplo, no vino complementada en la práctica con medidas específicas para garantizar el seguimiento de sus reglas y principios. El propio órgano de gobierno empresarial hizo caso omiso a las diversas alertas informativas sobre los procedimientos ilícitos para acceder a contratos en el extranjero. De hecho, no accionaron ningún mecanismo para revertir el diagnóstico vertido por la fiscalía de Frankfurt cuando el 2005 se informó directamente al *chief compliance officer* de las deficiencias de su programa de cumplimiento<sup>(331)</sup>. En el ámbito laboral y organizacional, el *corporate compliance officer*, paralelamente a otras actividades, dedicaba solo medio tiempo a desempeñar las funciones para las que había sido designado, apoyado únicamente por dos empleados que posteriormente, el año 2007, ascendieron a seis. Por su parte, el *chief compliance officer* no repartía sus actividades exclusivamente en asegurar el cumplimiento normativo interno, sino que, en un evidente conflicto funcional, ejercía además la defensa de la empresa en investigaciones ante instancias persecutoras<sup>(332)</sup>.

Los esfuerzos por dilucidar los hechos y la intensa cooperación con las autoridades posibilitaron concluir las investigaciones en el plazo récord de dos años. Penalmente, Siemens llegó a un acuerdo con el Departamento de Justicia al pago de 450 millones de dólares y a declararse culpable de transgredir las disposiciones de libros y registros y de control interno de la Foreign Corrupt Practices Act. En el ámbito civil, Siemens sufragó adicionalmente al supervisor bursátil la suma de 350 millones de dólares por supuestos actos de corrupción y violación de las disposiciones contables, pero sin reconocer su participación infractora<sup>(333)</sup>. Como parte del

(331) *United States v. Siemens Aktiengesellschaft*, N.º 08-cr-367-RJL (D.D.C., 12/12/2008), p. 18 y 19: «The most important thing in each Compliance programme is the absolute commitment of management: Adherence to the laws is for us the most important commandment. Offences are not tolerated and are punished consistently and without exception. In the Enel case, the investigating Frankfurt chief prosecutor said to a counsel for the defence of the former Siemens employees that he considered the Siemens Compliance programme to exist only on paper».

(332) *United States v. Siemens Aktiengesellschaft*, N.º 08-cr-367-RJL (D.D.C., 12/12/2008), p. 22: «From in or about 2004 to in or about 2006, the Corporate Compliance Office continued to lack resources, and there was an inherent conflict in its mandate, which included both defending the company against prosecutorial investigations and preventing and punishing compliance breaches. In addition, there were extremely limited internal audit resources to support compliance efforts. All of these factors undermined the improved policies because violations were difficult to detect and remedy, and resources were insufficient to train business people in anti-corruption compliance». Latamente, Engelhart, *Sanktionierung von Unternehmen und Compliance. Eine rechtsvergleichende Analyse des Straf- und Ordnungswidrigkeitenrechts in Deutschland und den USA*, pp. 5 y ss.

(333) *SEC v. Siemens Aktiengesellschaft*, N.º 08-cv-02167-RJL (D.D.C., 15/12/2008), p. 3. Siemens también se enfrentó a sanciones en Alemania donde desembolsó la suma de 395 millones de euros a la fiscalía de ese país luego de los inicialmente 201 millones. Los costos de Siemens se incrementaron en 150 millones de dólares con la inversión en implementación y mejoramiento del programa de cumplimiento.

acuerdo, se comprometió asimismo a implementar un extenso y efectivo programa de ética y cumplimiento<sup>(334)</sup>, y adoptar un *compliance monitor* por el plazo mínimo de cuatro años con la tarea de evaluar la efectividad de los controles internos, las disposiciones contables y los fundamentos de la emisión de informes financieros en consonancia con las medidas de cumplimiento instauradas.

## 2. Kellogg Brown & Root LLC

Otra constelación de casos representativos en la aplicación de la ley anticorrupción es aquella donde los ilícitos son cometidos en el marco de una alianza estratégica comercial, por ejemplo, a través de una *joint venture*. Aquí, al menos desde la perspectiva teórica, existen problemas para justificar la obligación de alguna de las empresas parte de mantener la vigilancia y control sobre otras que no están bajo su supuesto dominio organizacional. En cuanto a la legitimidad de la sanción, el supuesto graficado alcanza un mayor grado de complejidad cuando al menos una de las empresas del grupo no tiene la cualidad de *issuer* ni posee una relación subsidiaria con alguna que sí lo sea, reduciendo su participación a una de mera asociación estratégica. En la práctica, en el caso *Kellogg Brown & Root LLC/Halliburton*<sup>(335)</sup> los órganos persecutores estadounidense consideraron, respecto al primer punto, que el deber de llevar un adecuado control de la alianza comercial se extiende a cada una de las empresas implicadas y, respecto al segundo punto, que el solo establecimiento de algún tipo de negocio con un *issuers* o *domestic concerns* es una condición suficiente para ubicarse dentro del círculo de destinatario de la FCPA, independientemente del lugar donde desarrolle su actividad empresarial<sup>(336)</sup>.

---

(334) Siemens emprendió una reestructuración a gran escala de su programa preventivo. El 2008, por ejemplo, el área de cumplimiento ya contaba con 600 empleados. Como medidas correctivas se contrató a auditores internos y externos de la empresa KPMG para ayudar con las labores de control ya asumidas por los propios empleados. Se intensificó la capacitación preventiva de los oficiales de cumplimiento, extendiéndose a todos los niveles, comenzando por quienes conforman los órganos de gobierno empresarial. Internamente, se instituyó el así llamado *Help Desk*, programa que viabiliza y administra las denuncias de corrupción formuladas por los trabajadores y terceros. También se adoptó la institución del *Ombudsman*, puesto ocupado por un abogado externo encargado de mantener la objetividad y promover la confianza de los trabajadores frente a sus denuncias. Véase Engelhart, *Sanktionierung von Unternehmen und Compliance. Eine rechtsvergleichende Analyse des Straf- und Ordnungswidrigkeitenrechts ind Deutschland und den USA*, p. 5 y 6.

(335) *SEC v. Halliburton Company & KBR, Inc.*, N.º 09-ca-399 (S. D. Tex., 11/02/2009); *United States v. Kellogg Brown & Root LLC*, N.º 09-cr-00071 (S. D. Tex., 06/02/2009); *United States v. Technip S.A.*, N.º 10-cr-439 (S. D. Tex., 06/28/2010); *United States v. Snamprogetti Netherlands B. V.*, N.º 10-cr-460 (S. D. Tex., 07/07/2010); *United States v. JGC Corporation*, N.º 11-cr-260 (S. D. Tex., 04/06/2011).

(336) Este razonamiento forma parte de la tácita prescindencia de la conexión física como fundamentadora de la jurisdicción de la FCPA. Senate Report N.º 105-277 (1998), p. 6: «*the territorial basis for jurisdiction should be broadly interpreted so that an extensive physical connection to the bribery act is not required*».

En cuanto al caso en concreto<sup>(337)</sup>, Kellogg Brown & Root LLC (KBR LLC) y sus dos empresas matrices (KBR Inc. y Halliburton) llegaron a un acuerdo con la SEC y el DOJ luego de reconocer haber desembolsado pagos ilícitos a funcionarios nigerianos en aproximadamente 6 millones de dólares con el fin de acceder a contratos lucrativos de construcción en ese país. Dada la complejidad del proyecto, KBR LLC formó una alianza comercial con tres empresas extranjeras, las que posteriormente también fueron imputadas por los mismos hechos. Según las autoridades persecutoras, la *joint venture* viabilizó los pagos ilícitos a través de dos intermediarios. El primero de ellos, una firma de asesores financieros registrada en Gibraltar, encargada de sobornar a los altos funcionarios nigerianos con cerca de 150 millones de dólares; y, el segundo, una sociedad japonesa que dispuso de aproximadamente 50 millones de dólares para los funcionarios de mando medio<sup>(338)</sup>. Pese a la activación previa a la comisión de los ilícitos de los controles internos instalados en las empresas, estas no fueron capaces de evitar ni advertir de las circunstancias irregulares.

En efecto, los sistemas de cumplimiento de los departamentos legales de las empresas matrices KBR Inc. y Halliburton accionaron un proceso de *due diligence* al primero de los intermediarios antes de la adjudicación de contratos en Nigeria. Para llevar adelante dicha investigación tomaron en cuenta los criterios de la «razonabilidad de honorarios» y del «entorno empresarial y cultural donde labora el agente». Para la SEC esto fue insuficiente puesto que, desde su perspectiva, la *due diligence* también debió haber requerido, en este caso concreto, una descripción detallada de las funciones del agente, el control y auditoría de los honorarios percibidos, y las medidas específicas para la mejor consecución de la investigación. Además, el regulador bursátil advirtió que los competentes de la *due diligence* no sometieron a un escrutinio exhaustivo la verdadera titularidad de la empresa fantasma inscrita en Gibraltar, a pesar de haber tomado conocimiento de la existencia de un único titular en Reino Unido, situación que debió levantar la suficiente sospecha de alguna irregularidad. Tampoco se ocuparon de determinar las labores precisas del agente, ni de corroborar la información proporcionada por este, parte de la cual era en realidad falsa<sup>(339)</sup>.

Por otro lado, el deficiente manejo de la estructura de control interno también comprometió a los altos funcionarios de las empresas en cuestión. De acuerdo con

(337) Para un estudio detallado Yannet/Schürle, en *Wirtschaftsstrafrecht. Handbuch für die Unternehmens- und Anwaltspraxis*, pp. 1152 y ss.

(338) *United States v. Kellogg Brown & Root LLC*, N.º 09-cr-00071 (S. D. Tex., 06/02/2009), pp. 6 y ss.

(339) *SEC v. Halliburton Company & KBR, Inc.*, N.º 09-ca-399 (S. D. Tex., 11/02/2009), pp. 10 y ss.

sus propias reglas internas, la vinculación contractual de un tercero requiere de la aprobación previa de los ejecutivos mediante la firma de los documentos que comprenden la información de los agentes seleccionados. Como advirtieron las autoridades, dichos documentos incluían declaraciones falsas relativas al lugar de asiento de la empresa —se estableció Mónaco en lugar de Reino Unido— y al número de empleados —incluyeron cuatro—, entre otros errores que no obstaculizaron la conformidad para la contratación del agente externo. En este contexto, ¿debieron confiar los ejecutivos en la información elaborada por el área de control interno? De acuerdo con el criterio de los órganos persecutores estadounidenses, concurren suficientes elementos para rechazar esta posibilidad. Ninguno de los altos funcionarios de KBR Inc. y Halliburton asumió la tarea de corroborar independientemente las referencias advertidas en los legajos, ya sea solicitando información adicional o encargando una nueva revisión. A ello se suma la ausencia del proceso de *due diligence* al segundo agente japonés, empresa con la que se ocultó su verdadera naturaleza contractual bajo la denominación de *prestación de servicios*<sup>(340)</sup>.

Como resultado de las investigaciones, en el acuerdo de conformidad pactado con el DOJ y la SEC, las empresas KBR LLC, KBR Inc. y Halliburton se declararon culpables de violar las disposiciones de contabilidad y de control interno y las disposiciones anticorrupción, transgresiones por las cuales desembolsaron conjuntamente la suma de 402 millones de dólares. Adicionalmente, por el lado civil, se les impuso una multa de 177 millones de dólares. Igual suerte corrieron las otras tres sociedades de la *joint venture*, incluida la empresa japonesa de construcción JGC Corporation, que no detentaba la condición de *issuer, domestic concern* o subsidiaria de estas, situación que no impidió que sea penalizada con el pago de 218,8 millones de dólares por la sola circunstancia de haber entablado un vínculo comercial con empresas listadas en la bolsa estadounidense<sup>(341)</sup>.

### 3. Morgan & Stanley

De acuerdo con la doctrina de la responsabilidad vicarial estadounidense, se imputará a la persona jurídica las conductas ilícitas de sus empleados o representantes

(340) *SEC v. Halliburton Company & KBR, Inc.*, N.º 09-ca-399 (S. D. Tex., 11/02/2009), pp. 12 y ss.

(341) Véase Yannet/Schürle, en *Wirtschaftsstrafrecht. Handbuch für die Unternehmens- und Anwaltspraxis*, pp. 1153 y 1154. El caso en cuestión ilustra la flexibilidad de los criterios de imputación para responsabilizar a las empresas madres por conductas ilícitas de sus subsidiarias valiéndose de las disposiciones de control interno.

en tanto se hayan cometido en el marco laboral y con la finalidad de beneficiar a la empresa. El problema aparente que presenta tal enfoque de responsabilidad corporativa con relación a la estructura de control interno de la FCPA es la cuestión de si la empresa debe asumir la competencia por actos que no autorizó o que sus directivos no pudieron prever, aun cuando disponga en el caso concreto de un efectivo programa de cumplimiento. Es decir, si la adecuada organización en derecho puede calificar como una *defense* que permita la exclusión de la sanción al ente colectivo<sup>(342)</sup>. En este sentido, la práctica persecutoria de la FCPA, amparada en la Federal Sentencing Guidelines<sup>(343)</sup>, ha demostrado que la idoneidad del sistema preventivo no solo puede conducir a la atenuación de la pena, sino que igualmente es susceptible de producir la exclusión de la empresa de todo tipo de sanción. Así lo certifica el caso *Morgan & Stanley*<sup>(344)</sup>, en el cual las autoridades declinaron formalizar acusación contra la compañía, dirigiendo la imputación únicamente contra el directivo infractor.

Garth Peterson, un alto ejecutivo encargado del área de inversión inmobiliaria de la filial china de Morgan & Stanley, entabló una estrecha relación amical y financiera con un exdirectivo de la empresa estatal Yongye Enterprise a raíz del trabajo realizado en la colocación de inversiones en Shanghái. El exdirectivo chino, conjuntamente con un abogado canadiense, recibieron aproximadamente 1,8 millones de dólares en sobornos a cambio de viabilizar negocios altamente lucrativos entre Morgan & Stanley y Yongye Enterprise. Dichos desembolsos fueron activados por Peterson y realizados a través de denominaciones dudosas —por ejemplo, «comisiones a terceros»— para intentar de esta forma ocultar su verdadera naturaleza corrupta. Fue la propia empresa que detectó tales hechos y los comunicó voluntariamente a las autoridades, cooperando con sus indagaciones y llevando a cabo una exhaustiva investigación interna para determinar el alcance de los pagos indebidos y si estos implicaban la comisión de otros ilícitos. Concluidas las investigaciones, y una vez reconocida su culpabilidad, Peterson llegó a un acuerdo con las autoridades al pago de 3,5 millones de dólares y la prohibición de ejercer de por vida su profesión en el campo de las finanzas.

(342) Para un amplio estudio del *compliance* como *defense* en el derecho estadounidense, Henning, 73 Ohio St. J. Crim. L. (2012), pp. 900 y ss.; Pogdor, 44 Am. Crim. L. Rev. (2007), pp. 1537 y ss.; Walsh/Pyrich, 47 Rutgers L. Rev. (1995), pp. 676 y ss.; Koehler, Wis. L. Rev. (2012), pp. 609 y ss.

(343) USSG § 8B2.1 (a): «(...) *The failure to prevent or detect the instant offense does not necessarily mean that the program is not generally effective in preventing and detecting criminal conduct*».

(344) SEC v. Peterson, N.º 12-cv-2033 (E. D. N. Y., 2012); *United States v. Peterson*, N.º 12-cr-224 (E. D. N. Y., 2012); *United States v. Stanley*, N.º 08-cr-597 (S. D. Tex., 2008). Para un análisis pormenorizado de este caso, véase Grützner/Behr, CCZ (2013), pp. 71 y ss.

Contrariamente, los órganos persecutores se abstuvieron de formular cargos contra Morgan & Stanley al comprobar la disposición de un programa de ética y cumplimiento basado, en este caso en concreto, en los siguientes elementos: i) la empresa poseía un sistema de control interno al momento de cometida la infracción que veló por prevenir el ofrecimiento o promesa de algún tipo de ventaja a funcionarios extranjeros; ii) desarrolló directrices internas preventivas prohibiendo las conductas corruptas relacionadas con regalos, invitaciones de negocios, viajes, alojamiento, comida, donaciones y otros similares; iii) actualizó constantemente sus directrices y capacitó permanentemente a los empleados sobre los alcances de la FCPA y otras leyes anticorrupción; el mismo Peterson fue informado en múltiples ocasiones del contenido de los códigos de conducta y de las políticas empresariales anticorrupción; iv) los empleados del área de cumplimiento se ocuparon de vigilar y evaluar regularmente la legalidad de las transacciones y otras actividades financieras riesgosas; v) el año 2004 el oficial de cumplimiento de la empresa advirtió por escrito a Peterson de la calidad estatal de la empresa china y de la condición de funcionarios extranjeros de sus empleados; vi) Morgan & Stanley requirió a Peterson en múltiples ocasiones a dar su conformidad por escrito de su sujeción a las normas de la FCPA, incorporándose dichos documentos a su legajo personal; vii) la empresa exigía anualmente a sus empleados, incluyendo Peterson, a revelar sus intereses comerciales externos; viii) se llevó a cabo la *due diligence* al agente chino y a la empresa Yongye Enterprise antes de iniciar la relación contractual; ix) impuso mecanismos de aprobación de pagos para garantizar que las transacciones cuenten con la autorización de la administración y reducir así el riesgo de pagos irregulares.

## II. Componentes del programa de ética y cumplimiento

### 1. Determinación de estándares y procedimientos de cumplimiento

De acuerdo con la normativa estadounidense, la organización en derecho de toda empresa se inicia con el establecimiento de estándares de conducta y procedimientos para prevenir y detectar comportamientos ilícitos<sup>(345)</sup>, materializados en los respectivos códigos de conducta o, también llamados, códigos de ética. La Sarbanes-Oxley Act se hizo cargo de otorgarle un marco conceptual definiéndolo

---

(345) USSG §8B2.1 (b) (1).

como las normas razonablemente necesarias para promover conductas honestas y éticas, incluyendo el manejo ético de conflictos de interés reales o aparentes entre las relaciones personales y profesionales<sup>(346)</sup>. De cara a la Foreign Corrupt Practices Act, resulta por demás trascendental la segunda parte de la definición que ofrece la Sarbanes-Oxley Act, pues refiere que los códigos de conducta de los emisores deben ofrecer adicionalmente criterios razonables para fomentar la divulgación detallada, clara, precisa, oportuna y comprensible de los informes periódicos a ser presentados<sup>(347)</sup> ante las autoridades competentes<sup>(348)</sup>.

En cuanto a los destinatarios del código de conducta, el alcance internacional de los negocios y las complejas formas de manifestación de la corrupción obligan a que estos no sean únicamente los trabajadores directos de la empresa, sino que se extienda, en la medida de lo posible, a los así llamados *agents and business partners*, esto es, a los apoderados, asesores, representantes, intermediarios, socios de la *joint venture*, entre otros agentes similares. De lo que se trata es de vincular el carácter preventivo del código con la realidad criminógena. Esta misma premisa debe servir, por otro lado, como criterio orientador en la determinación de las conductas prohibidas. Dicha tarea comienza por el señalamiento de políticas empresariales claras e inequívocas del cumplimiento de las normas nacionales e internacionales contra la corrupción. Seguidamente, y dependiendo de los riesgos y la naturaleza de los negocios de cada empresa, el código de conducta debe abordar la forma de actuación de los vinculados respecto al manejo eficiente del libro contable, las transacciones y facilitamiento de pagos, regalos, financiamiento de viajes y entretenimiento, uso de intermediarios, agasajos, donaciones partidarias y caritativas, patrocinios estatales, entre otros<sup>(349)</sup>.

(346) SOA Sección 406 (c) (1).

(347) SOA Sección 406 (c) (2).

(348) La *Securities and Exchange Commission* - 17 C.F.R. §229.406 (c) - impone deberes adicionales a los emisores en la formulación de sus códigos de ética, vinculados fundamentalmente al aseguramiento de la publicidad, socialización de la información, identificación detallada de ámbitos de competencia laboral, entre otros.

(349) En la determinación de las conductas prohibidas resulta jurídicamente obligatorio tomar en consideración los derechos fundamentales, laborales y de protección de datos de los trabajadores de acuerdo a los estándares que la jurisdicción en cuestión lo requiera. Dicha tarea va en contra de la exportación de un código de conducta «tipo» a todos los países comprometidos. En una decisión del Tribunal Laboral alemán de Düsseldorf -LAG Düsseldorf, 14/11/2005, AZ.: 10 TaBVARbG-, por ejemplo, se determinó que los apartados de código de ética de la empresa Wal-Mart con sede en ese país referidos a las llamadas anónimas, aceptación de regalos y acoso sexual deben estar sujetos a la previa aprobación del comité ejecutivo de la empresa, lo que no se requiere contrariamente respecto a reglas sobre las notas de prensa o el derecho de acceso a los legajos de los trabajadores. Adicionalmente, se resolvió que la incorporación de normas que regulen las relaciones privadas o sentimentales no son aplicables pues lesionan los derechos

En el ámbito procedimental, el código de ética debe señalar las medidas de debida diligencia a adoptar frente a circunstancias de alerta (*compliance red flags*) o de especial relevancia riesgosa, por ejemplo: la negativa a suscribir declaraciones o garantías del cumplimiento de normas anticorrupción; comisiones o desembolsos inusualmente elevados; pagos fuera del país en el que el representante o tercero reside o se prestan los servicios; desembolsos en efectivo; evasión de controles de cambio o de impuestos; nombres de directores, representantes o intermediarios no revelados; pagos no abarcados por las normas del país que se trate; depósitos en paraísos fiscales; incorporación a la empresa o mantenimiento de una relación laboral o de negocios con familiares de funcionarios, por mencionar algunos ejemplos<sup>(350)</sup>. Solo cuando se formulan los procedimientos y las conductas prohibidas de manera clara y, por tanto, accesible a los trabajadores, se pueden tener expectativas de su correcta aplicación y adecuado seguimiento. Por esta razón se recomienda un código de ética de lenguaje sencillo, orientado a la práctica diaria antes que a formulaciones abstractas únicamente comprensibles a ojos de expertos.

## 2. Supervisión de alto nivel

La adopción de un código de conducta por sí solo, sin la participación de los responsables de la empresa en su aplicación y seguimiento, ha demostrado ser insuficiente para el establecimiento de una cultura ética. La Federal Sentencing Guidelines se hizo cargo de esa deficiencia imponiendo al consejo directivo los deberes, por un lado, de conocer el contenido y la ejecución del programa de ética y cumplimiento; y, por otro, de vigilar razonablemente su implementación y eficacia<sup>(351)</sup>. Las mismas obligaciones son trasladadas a los ejecutivos encargados del manejo y administración del ente colectivo<sup>(352)</sup>. Que la directriz explicita ese tipo de obligaciones demuestra la importancia de que la organización en *compliance* deba comenzar por las altas esferas decisionales de la empresa para garantizar su efectividad.

Por otro lado, y con relación a la FCPA, las normas de *compliance* asumen la solución al problema de la imputación de los directivos por conductas ilícitas

---

a la dignidad humana y al libre desenvolvimiento de la personalidad contenidos en la Constitución alemana. Véase Hopson/Graham Koehler, CCZ (2008), p. 208.

(350) Pormenorizadamente, Brown, 12 Int'l Tax & Bus. L. (1994), pp. 287 y ss.

(351) USSG § 8B2.1. (b)(2)(A).

(352) USSG § 8B2.1. (b)(2)(A).

de sus trabajadores y terceros. En efecto, tal como se encuentra estructurada la normativa de la FCPA, la implementación de un programa de cumplimiento idóneo es el componente fundamental de las disposiciones de control interno<sup>(353)</sup>. Así, en caso de configurarse un comportamiento corrupto de algún empleado, el directivo no se hará responsable por dicho acto en tanto haya satisfecho sus obligaciones de *compliance*, es decir, haya cumplido con procurarse el conocimiento suficiente sobre el funcionamiento del sistema preventivo, además de vigilar su adecuada instauración y efectividad. En caso contrario, responderá por transgredir las disposiciones contables, así no haya tenido la posibilidad de conocer la conducta corrupta de su empleado<sup>(354)</sup>.

La consecuencia sancionatoria derivada del aseguramiento de los deberes de organización empresarial en el personal de alto nivel no significa, sin embargo, que las múltiples y complejas labores que implican su ejecución deban de ser asumidas por sus destinatarios de forma personalísima. Todo lo contrario, la delegación parcial de esas obligaciones garantizan su mejor consecución. La norma prevé, dependiendo de la magnitud de la empresa, el nombramiento de una o varias personas que se hagan cargo del funcionamiento diario del programa de cumplimiento —oficial de cumplimiento—, adscribiendo su papel fundamental a velar por su eficacia e informar periódica y directamente de su desenvolvimiento a sus superiores<sup>(355)</sup>, objetivos que se materializarán si se le proporcionan los recursos suficientes, la autoridad apropiada y el acceso directo a la directiva o al órgano de gobierno empresarial<sup>(356)</sup>.

### 3. Identificación de riesgos

Un factor determinante para el diseño, implementación y desarrollo del programa de cumplimiento es la identificación y valoración de los riesgos potenciales de infracción jurídica que supone la actividad empresarial<sup>(357)</sup>. La efectividad de

(353) 15 U.S.C §§ 78m(b)(B).

(354) Véase Nieto Martín, Revista Penal 11 (2003), p. 11 y 12.

(355) USSG § 8B2.1.(b)(2)(C).

(356) USSG § 8B2.1.(b)(2)(C).

(357) Si bien referidos a otros ámbitos distintos a la corrupción, la Federal Sentencing Guidelines § 8B2.1, application note 7(A)(ii), ofrece patrones generales de actuación empresarial en la identificación de los riesgos: «(...) Por ejemplo, si una organización, debido a la naturaleza de sus negocios, emplea personal de ventas que tiene flexibilidad para fijar precios, debe tener estándares y procedimientos establecidos diseñados para prevenir y detectar la fijación incorrecta de precios. Si una organización, debido a la naturaleza de sus negocios, emplea personal de ventas que tiene flexibilidad para representar las características materiales de un producto, debe tener estándares y procedimientos establecidos diseñados para prevenir el fraude».

este programa depende precisamente del adecuado emprendimiento de dicha tarea, la cual deberá abordarse de forma permanente y en atención al grado de probabilidad de configuración de ciertas conductas corruptas<sup>(358)</sup>. Así, cuando en ciertos ámbitos el riesgo de violación de las normas anticorrupción resulte elevado, las medidas de prevención y detección de infracciones deberán ser más exigentes, incluidas las referidas a la debida diligencia y a la periodicidad de las auditorías internas<sup>(359)</sup>.

La identificación de las fuentes riesgosas debe comenzar por el conocimiento detallado de las distintas realidades normativas donde la empresa desenvuelve sus negocios, lo que permitirá someter a un primer filtro de selección indiciaria las prácticas empresariales más expuestas a la corrupción de aquellas que no lo son. Con relación al silencio normativo y a la costumbre —corrupción endémica—, se debe tener en cuenta que estos no son criterios válidos a la hora de delimitar las conductas permitidas. Es más, en el caso *US v. Kozeny*<sup>(360)</sup> la jurisprudencia estadounidense rechazó de forma expresa considerar como defensa afirmativa aquellos sobornos supuestamente tolerados por la normativa local cuando son efectuados como consecuencia de una extorsión.

Más allá de esta particularidad, otros factores a considerar en la identificación de los riesgos son: el sector del negocio, los socios de la empresa, el nivel de involucramiento con un determinado gobierno, agentes o terceros, antecedentes delictivos de la organización, donaciones gubernamentales, financiación de viajes y entretenimiento de funcionarios extranjeros, pagos de facilitación, lobby, entre otros.

#### 4. Comunicación y capacitación permanente

Sin el conocimiento y la adecuada interiorización por parte de los miembros de la empresa de las conductas prohibidas consignadas en el código de conducta no se pueden albergar expectativas de su fidelidad. Para lograr tal fin se exige de la organización empresarial la adopción de medidas razonables para comunicar efectiva y periódicamente sus directrices de cumplimiento normativo, ya sea

---

(358) USSG § 8B2.1, *application note* 7(A)(ii).

(359) DOJ/SEC, *Resource Guide*, p. 59.

(360) *United States v. Kozeny*, 582 F. Supp. 2d 535 (S. D. N. Y., 2008).

ofreciéndose programas de capacitación o, de lo contrario, difundiendo la información pertinente sobre las funciones y responsabilidades individuales<sup>(361)</sup>. De lo que se trata es de hacer accesible las líneas de comportamiento tomando en cuenta las competencias particulares que se adscribe a cada empleado, por un lado, y ofreciendo herramientas prácticas para la identificación de las conductas prohibidas, por otro. Por ello no está considerado dentro de las *best practices* la mera traslación automática, general e indiferenciada de información relativa al programa de cumplimiento empresarial.

El nivel focalizado de capacitación debe alcanzar a los altos ejecutivo, directivos, trabajadores y, en tanto el caso lo amerite, también a los así llamados *agents and business partners*<sup>(362)</sup>. Al efecto motivacional de seguimiento normativo deben acompañarse requerimientos materiales y formales de su puesta en práctica a todos los vinculados. En el caso Morgan & Stanley<sup>(363)</sup>, por ejemplo, además de la capacitación permanente, se requirió en múltiples ocasiones al ejecutivo incriminado a dar su conformidad por escrito de su sujeción a las normas anticorrupción, medida, entre otras, que coadyuvó a liberar de responsabilidad a la empresa en cuestión.

## 5. Incentivos y medidas disciplinarias

Basado en la filosofía del *carrot and stick*, la Federal Sentencing Guidelines dispone el otorgamiento de incentivos y la imposición de sanciones dentro de la empresa como medidas orientadas a promover y aplicar de manera consistente el programa de cumplimiento en toda la organización<sup>(364)</sup>. La forma de implementación del dispositivo y la determinación del tipo de incentivos y sanciones está delegada a cada una de las empresas. Lo fundamental es transmitir el mensaje, tanto a los miembros del ente colectivo como a las propias autoridades, de la seriedad de los esfuerzos por actuar conforme a derecho. Se estará lejos de cumplir con ese objetivo si dado el caso no se adopta ninguna medida sancionatoria contra la persona transgresora de las políticas empresariales anticorrupción, pues de esta manera se pondrá en duda la credibilidad del programa de cumplimiento, por una parte, y se daría a entender la implícita tolerancia de la corrupción, por otra. Se desencadenarán consecuencias similares contra la efectividad del programa de cumplimiento si no se extienden

(361) USSG § 8B2.1 (b)(4)(A).

(362) USSG § 8B2.1 (b)(4)(B).

(363) *SEC v. Peterson*, N.º 12-cv-2033 (E. D. N. Y., 2012); *United States v. Peterson*, N.º 12-cr-224 (E. D. N. Y., 2012); *United States v. Stanley*, N.º 08-cr-597 (S. D. Tex., 2008).

(364) USSG §8B2.1 (b)(6).

las medidas disciplinarias a quienes, siendo competentes para ello, hayan omitido o bien cumplir su función de prevenir y detectar infracciones, o la de imponer las sanciones correspondientes<sup>(365)</sup>.

## 6. Debida diligencia a terceros e intermediarios

Como ya se ha precisado, la debida diligencia no es un criterio independiente adscrito al sistema preventivo, sino más bien un principio fundamental que se despliega sobre todos y cada uno de los componentes necesarios para prevenir y detectar comportamientos ilícitos de manera óptima, desde el diseño del programa de cumplimiento hasta la adopción de medidas correctivas posteriores a la infracción. No obstante, a raíz del protagonismo preventivo que adquiere este principio con relación a la utilización de terceros e intermediarios —y como veremos en el siguiente apartado, asociados a los procesos de fusiones y adquisiciones— como fuentes especialmente riesgosas de configuración de la corrupción, resulta necesario poner particular énfasis en su tratamiento diferenciado de cara a la Foreign Corrupt Practices Act. Previamente, se debe destacar que el alcance y la intensidad de la debida diligencia también se determinará con base al nivel de riesgo específico al que se enfrenta cada organización en particular, por lo que a continuación solo se desarrollarán algunos criterios rectores para la mejor consecución de tal fin.

En general, las empresas deberán emprender un escrutinio exhaustivo de selección y evaluación permanente de terceros —por ejemplo, proveedores y contratistas— y sus intermediarios —por ejemplo, representantes, consultores, abogados y contadores— considerando su historial, cualificación, socios, reputación, relación con funcionarios extranjeros, entre otros criterios. Asimismo, la empresa debe definir claramente el papel asignado al intermediario, asegurándose del cumplimiento de los términos pactados en el contrato y de la correspondencia entre el pago realizado y el servicio prestado efectivamente. Algunas circunstancias de alerta especial que precisen elevar la intensidad de la debida diligencia y eventualmente, como consecuencia de su ejercicio, renunciar a la relación laboral se configurarán cuando, por ejemplo, el intermediario se rehúse a firmar un contrato formal de servicios con la empresa, haya sido recomendado por funcionarios extranjeros, demande sumas adicionales y fuera del registro contable, se niegue a suscribir por escrito las políticas anticorrupción de la organización, posea la cualidad de

---

(365) Véase Hopson/Graham Koehler, CCZ (2008), p. 212 y 213.

exfuncionario, etcétera. La misma lógica preventiva se trasladará a la relación de la organización frente a terceros, incluyendo adicionalmente la evaluación de las políticas anticorrupción que estos posean y todas aquellas medidas que aporten al mejor ejercicio de la debida diligencia.

## 7. Fusión y adquisición

Al igual que la utilización de terceros e intermediarios, las fusiones y adquisiciones son operaciones que, una vez concluidas, pueden generar potenciales riesgos civiles y penales a las partes involucradas, ya que a través de tales procedimientos, además de absorberse los activos y pasivos financieros, se asumen igualmente las eventuales responsabilidades jurídicas de los socios, de no tomarse las medidas preventivas y correctivas necesarias. En el caso *Tyco International Ltd.*<sup>(366)</sup>, por ejemplo, se imputó a esta empresa violaciones a la Foreign Corrupt Practices Act por conductas corruptas cometidas por empleados de sus subsidiarias asentadas en Brasil y Corea, aun cuando gran parte de los ilícitos fueron cometidos antes de sus adquisiciones por Tyco. La SEC le reprochó en su denuncia haber omitido implementar los controles adecuados a pesar de que el proceso de debida diligencia emprendido previo a la anexión de las filiales revelara que los pagos ilícitos a funcionarios de ambos gobiernos eran una práctica común para acceder a contratos estatales. Igual de ilustrativo es el caso de la empresa Alliance One International AG<sup>(367)</sup>, imputada por ilícitos cometidos por sus subsidiarias extranjeras mucho antes de efectuarse la fusión.

El ejercicio de la debida diligencia es una herramienta clave para la disminución de riesgos asociados a las fusiones y adquisiciones. Es más, la práctica persecutoria estadounidense ha convertido el carácter «potestativo» de este instrumento preventivo en uno «obligatorio», incluyéndolo dentro del abanico de criterios rectores en la verificación de la efectividad del programa preventivo. De ello se sigue, consecuentemente, la abstención de las autoridades en la formulación de cargos contra las empresas que establezcan rigurosos procesos de debida diligencia antes y después de la fusión o adquisición, tal como ha sucedido, por ejemplo, con los casos York International Corporation<sup>(368)</sup> y Syncor International Corporation<sup>(369)</sup>.

(366) *SEC v. Tyco Int'l Ltd.*, N.º 06-cv-2942 (S. D. N. Y., 17/04/2006).

(367) *United States v. Alliance One International AG*, N.º 10-cr-00017 (06/08/2010).

(368) *United States v. York International Corporation*, N.º 07-cr-00253-RJL (10/01/2007).

(369) *SEC v. Syncor Int'l Corp.*, N.º 02-cv-2421 (D. D. C., 10/12/2002); *SEC v. Syncor International Corp.*, Litigation Release 17997 (10/12/2002).

Este mismo proceder ha sido respaldado por los Comunicados de Opinión o8/01 y o8/02 del Departamento de Justicia de Estados Unidos, en los cuales se han desarrollado lineamientos adicionales asociados al adecuado ejercicio de la debida diligencia.

Otro aspecto esencial a resaltar es que la instauración del procedimiento de control a las empresas socias no culmina con su absorción; todo lo contrario, se exige de los adquirentes la rápida traslación y aplicación integral de su programa de cumplimiento y de los procedimientos anticorrupción. Si a raíz de la ejecución de estas últimas medidas, y tras haber fracasado los controles previos, se detecta alguna conducta corrupta, el DOJ y la SEC se abstendrán de tomar medidas contra la empresa absorbente si esta se asegura de revelar voluntariamente del hecho infractor y coopera activamente con las autoridades en la investigación. De otro modo, la aplicación fragmentada, retardada y negligente del programa de cumplimiento a los entes asociados traerá como consecuencia la traslación de la imputación de las infracciones a los adquirentes. La SEC, por ejemplo, formuló cargos administrativos de corrupción contra la empresa Baker Hughes<sup>(370)</sup> por conductas ilícitas perpetradas por trabajadores de una subsidiaria australiana adquirida apenas dos meses antes de la imputación.

## 8. Evaluación y revisión

El carácter dinámico de los negocios y las múltiples y cambiantes realidades a las que se ven enfrentadas las empresas de acción internacional obligan a la constante actualización de sus sistemas preventivos. Ello implica que las organizaciones adopten las medidas razonables para evaluar periódicamente la efectividad de los programas de ética y cumplimiento<sup>(371)</sup>. De manera general, se atiende a dicho objetivo verificando i) si la concepción y estructura del programa es apropiado para evitar comportamientos ilícitos; y ii) si sus fundamentos y principios fueron implementados eficazmente<sup>(372)</sup>. En la práctica persecutoria, el DOJ y la SEC han determinado que la actualización del programa supone su constante desarrollo, mejoramiento y adaptación a las nuevas circunstancias, sobre todo si viene precedida de la detección de alguna conducta infractora. Ante a este último supuesto, la Federal Sentencing Guidelines obliga a las empresas a responder apropiadamente y prevenir comportamientos similares, debiéndose incluir la realización de los

---

(370) SEC v. Baker Hughes Incorporated, Rel. 447784 (12/09/2001).

(371) USSG § 8B2.1 (b)(5)(B).

(372) Hopson/Graham Koehler, CCZ (2008), p. 211.

cambios considerados necesarios<sup>(373)</sup>. A estas mismas exigencias deberán ser sometidos los procedimientos de elaboración de la contabilidad interna, en la medida que son determinantes para un programa sostenible anticorrupción.

### 9. Reportes confidenciales e investigación interna

A más tardar desde el fracaso de los programas de cumplimiento de grandes corporaciones como Enron y WorldCom, provocado, entre otros motivos, por la negativa de los directivos y responsables a atender las reiteradas denuncias y advertencias de los trabajadores de la comisión de conductas ilícitas dentro de esas organizaciones<sup>(374)</sup>, se impuso a las empresas la obligación de instalar un sistema de denuncias internas —*whistleblowing*— apropiado para recibir denuncias tanto de los propios empleados como de terceros, debiendo velar por su anonimidad y confidencialidad como mecanismos protectores ante eventuales represalias por parte de los empleadores<sup>(375)</sup>.

Independientemente de la forma en que la empresa obtenga información relacionada a eventuales irregularidades o a conductas potencialmente infractoras, se deben tomar las medidas necesarias para su esclarecimiento, en tanto concurren los indicios suficientes que la justifiquen. Pese a que no existe la obligación legal de incorporar este procedimiento, conocido en el derecho estadounidense como *internal investigation*, la doctrina de la graduación de la pena establece una reducción considerable de la sanción si la empresa demuestra una amplia cooperación con las autoridades persecutoras y adopta, al mismo tiempo, las medidas necesarias para superar los defectos de organización *ex post*.

---

(373) USSG § 8B2.1 (b)(7).

(374) Véase Brickey, 81 Wash. U. L. Q. (2003), pp. 360 y ss.

(375) USSG § 8B2.1 (b)(5)(C).