

¿PUEDEN LAS EMPRESAS PRIVADAS EMITIR LINEAMIENTOS PARA
PREVENIR LOS DELITOS DE CUELLO BLANCO?

Ramón García Gibson

ITER CRIMINIS – Revista de Ciencias Penales

Núm. 6 – Tercera época

Tlalpan, México – 2006

Pp. 141 - 150

<http://www.cienciaspenales.net>

¿PUEDEN LAS EMPRESAS PRIVADAS EMITIR LINEAMIENTOS PARA PREVENIR LOS DELITOS DE CUELLO BLANCO?

RAMÓN GARCÍA GIBSON

Estados Unidos, para prevenir los delitos de cuello blanco, ha puesto en operación las Guías de Sentencias Corporativas. Una asociación práctica, indica el autor, doctor en Derecho, entre el gobierno y la comunidad de negocios. Lo anterior pone de manifiesto lo importante que resulta la presencia, en las empresas privadas, de una función de observancia de leyes, códigos y regulaciones existentes para que directivos y empleados se apeguen a ellas y así evitar sanciones de la autoridad y daño en su reputación.

I. La función de compliance

A diferencia de Estados Unidos, en México la función de *compliance* es relativamente nueva y se encuentra mayormente desarrollada en el sector financiero.

En Estados Unidos esta función se extiende, además del sector financiero, a las industrias farmacéutica, petrolera, de exportación, medio ambiente, salud, universidades, vivienda, ventas, mensajería y energía, entre otras.

En términos generales las principales funciones de la persona encargada del área de *compliance* son supervisar la actividad corporativa de *compliance* funcionando como un cuerpo independiente que revisa, evalúa y asesora sobre el debido cumplimiento de los directivos y

empleados de la organización con las distintas leyes y disposiciones emitidas por las autoridades a fin de evitar sanciones impuestas por las mismas debido a la falta de cumplimiento así como daño reputacional.

Asimismo, el área de *compliance* debe asegurar que los principios corporativos incluidos en el Código de Conducta de la empresa y otras políticas internas sean cumplidos de manera consistente a lo largo de toda la corporación así como servir de contacto con autoridades, accionistas, empleados, clientes y el público en general en temas relacionados con la implementación o cumplimiento de estos principios.

Comité de Basilea

Un ejemplo dentro del sector financiero sobre la función de *compliance* en los bancos nos los dan las directrices del Comité de Basilea sobre Supervisión Bancaria en un documento emitido en 2005.¹

Los 10 principios que nos señala el Comité de Basilea son los siguientes:

- * El Consejo de Administración de los bancos es responsable de supervisar la administración del riesgo de *compliance* del banco. El consejo deberá aprobar la política de *compliance* del banco incluyendo un documento formal que establezca una función permanente y efectiva de *compliance*. Al menos una vez al año el consejo o un comité del consejo deberá medir la extensión hasta donde el banco está manejando su riesgo de *compliance* adecuadamente.
- * La alta dirección del banco es responsable de la efectiva administración del riesgo de *compliance*.
- * La alta dirección del banco es responsable del establecer y comunicar la política de *compliance* a fin de asegurarse que es obser-

¹ Ver, *Basel Committee on Banking Supervision; Compliance and the Compliance Function in Banks; Bank for International Settlements*; abril 2005.

vada así como de reportar al consejo de administración el manejo del riesgo de *compliance* del banco.

- * La alta dirección del banco es responsable de establecer una permanente y efectiva función de *compliance* dentro del banco como parte de una política de *compliance* del banco.
- * La función de *compliance* deberá ser independiente
- * La función de *compliance* deberá contar con los recursos para llevar a cabo esta responsabilidad de forma efectiva.
- * Las responsabilidades de la función de *compliance* del banco deberán ser las de asistir a la alta dirección a manejar efectivamente el riesgo de *compliance* que enfrentan los bancos. Sus responsabilidades específicas son asesoría en el cumplimiento de leyes y disposiciones; capacitación; identificación del riesgo de *compliance*; monitoreo y reporte; responsabilidades estatutarias; contacto con autoridades e implementación del programa de *compliance*.

Si algunas de estas responsabilidades son asignadas a otros departamentos esta asignación debe ser clara.

- * El enfoque y actividades de la función de *compliance* debe ser sujeta a revisiones periódicas del departamento de auditoría interna.
- * Los bancos deberán cumplir con las leyes y regulaciones aplicables de los diferentes países donde realicen negocios y la organización y estructura de la función de *compliance* y sus responsabilidades deberá ser consistente con los requisitos locales legales y regulatorios.
- * La función de *compliance* debe ser concebida como una actividad principal en la administración de riesgo del banco. Algunas actividades de la función de *compliance* pueden ser subcontratadas pero deben ser sujetas a una adecuada supervisión por el jefe de *compliance*.

II. Guías de Sentencias Corporativas en Estados Unidos de América

Como lo comentamos en la introducción, según la doctrina podríamos decir que las guías son una asociación práctica entre el gobierno y la comunidad de negocio previniendo los delitos de cuello blanco.

Para Jeffrey M. Kaplan² lo que ha sido muy revolucionario sobre la organización de las Guías es que ellas pasan por todas las áreas de los negocios y virtualmente por cualquier tipo de ilícito.

Según Kaplan en un inicio las guías tenían casi nada que ver con *compliance* y ética aplicando enteramente a la consignación de individuos.

Posteriormente las Guías Corporativas de Sentencias que entraron en vigor en 1991 aplican, entre otros, para procesos contra empresas.

En un inicio estas Guías ofrecieron incentivos significativos para corporaciones que adoptaran programas éticos y de *compliance* ofreciéndoles reducción significativa de penas para cualquier compañía que tuviera implementado un programa previo a la ofensa por la que fueron sentenciados.

Estas Guías dieron una razonable y detallada articulación de lo que ve el gobierno de Estados Unidos como adecuados programas de *compliance* en la definición de “un efectivo programa para prevenir y detectar violaciones a la ley”.³

Las guías parecen legitimar la noción de dar crédito a la función de *compliance*. Algunos fiscales en Estados Unidos han expresado una voluntad de declinar las acciones contra compañías por ilícitos de empleados si pueden demostrar que tuvieron un efectivo programa de *compliance* al momento de la comisión de los mismos.

² A guide to corporate compliance programs; Jeffrey M. Kaplan, 2003.

³ U.S. Sentencing Commission, *Corporate Crime in America: Strengthening the Good Citizen Corporation*, sept. 1995.

En 2003 el Departamento de Justicia de Estados Unidos emitió guías revisadas llamadas “Acciones Federales contra Organizaciones de Negocios”/*Federal Prosecution of Business Organizations*.⁴

El documento es una guía que da elementos para ayudar a determinar cuándo acusar penalmente a las corporaciones por las ofensas de sus empleados y agentes.

Siete de 9 factores sirven para determinar si denunciar no está relacionado, al menos de manera directa, a programas de *compliance*. Sin embargo dos factores se refieren directamente a programas de *compliance* y son:

- * La existencia y efectividad de los programas corporativos de *compliance* al tiempo de la ofensa y,
- * Las soluciones que puso la corporación después de la ofensa, incluyendo cualquier esfuerzo para implementar un efectivo programa corporativo de *compliance* o el perfeccionismo del existente.

Al momento de valorar un efectivo programa de *compliance* según las Guías de Sentencias, un fiscal debe tomar en cuenta:

- * Que los procedimientos de *compliance* estén confeccionados de acuerdo al negocio particular de la compañía y sus necesidades⁵
- * Las responsabilidades de *compliance* pueden ser asignadas a un comité o a un individuo, siempre y cuando uno o mas de los miembros cumplan con la definición de personal de alto nivel dentro de la organización.
- * Participación de alto nivel manda un mensaje a los empleados de bajo nivel y el gobierno señalando que el programa es importante y se está tomando en serio.

⁴ Ver www.usdoj.gov/dag/cftf/business-organizations.pdf

⁵ Ver, U.S.S.G. Section 8^o1.2, Commentary, Application Note 3(k) (1).

Guías federales para organizaciones

Las Guías Federales para Organizaciones, FSGO por sus siglas en inglés, determinan qué penas aplican cuando las corporaciones son acusadas penalmente por delitos federales.⁶

Lytton nos explica que el otorgar incentivos a las empresas que implementan un efectivo programa interno de *compliance*, podría suplantar, pero no reemplazar, la imposición de penas civiles y criminales a empresas que fallen en implementar esos programas y violen la ley.

Bajo estas guías las cortes cuando sentencian a corporaciones deben considerar si la compañía tuvo un programa de *compliance*. Si la compañía tenía ese programa y actuó como un buen ciudadano corporativo al tiempo de la ofensa, la pena es considerablemente menor que lo que pudiera haber sido.

Una compañía sentenciada por un crimen que cuente con un buen programa de *compliance* y voluntariamente informe la violación en cuestión muy seguramente sólo tendrá una sanción baja.

Existen un sinnúmero de casos en Estados Unidos que nos muestran cómo el contar con adecuados programas de *compliance* reduce potenciales problemas legales, entre ellos encontramos los siguientes:

- * 1991. Fue la primera indicación de que el lineamiento de las Guías fue seguido por otros entes de gobierno como el caso de la Agencia de Protección Ambiental (EPA).⁷
- * 1992. *Ethicas Officer Association* (EOA) una organización de comercio sobre éticas y *compliance officers*.
- * 1993. Un estudio muestra que en Estados Unidos muchos procuradores de los Estados informalmente daban incentivos en deci-

⁶ William B. Litton and Winthrop M. Swenson. "The effective Answer to Corporate Misconduct: Public sector Encouragement of Private Sector Compliance Programs" *ACCA Docket* 20, no. 10 (2002) 42-47

⁷ Ver, *Epa Policy on Corporate Facility Removal from Violating facilities list. Appendix*, 10.

siones de procuración de justicia a empresas que implementaban programas de *compliance*.⁸

- * 1997-2000. El Departamento de Salud y Servicios Humanos de Estados Unidos adoptó numerosos programas de *compliance* dándoles incentivos.⁹
- * 1998. En los casos de *Burlington Industries Inc., V. Ellerth and Faragher v. City of Boca Ratón*, la Suprema Corte de Justicia sostiene que en ciertas circunstancias un programa adecuado de *compliance* puede eximir a la compañía de responsabilidad por los actos de empleados en acoso sexual.
- * 1999. El Departamento de Justicia publica Acciones Federales contra Corporaciones que son una guía que ayuda a determinar cuándo se sentencia a una compañía por sus empleados y otros agentes señalando como uno de los elementos importantes la necesidad de la existencia y apego al programa de *compliance* de la empresa.¹⁰
- * 2001. Regresando al área de *compliance* la comisión de sentencias anunció que las Guías de Sentencias han tenido un tremendo impacto en la implementación de programas de *compliance* y éticas en el negocio durante los últimos 10 años.

Principios de acciones penales federales contra negocios

En enero de 2003 la Subprocuraduría General de Estados Unidos emite unos criterios llamados "Principios de Acciones Federales contra Negocios" (*Principles of Federal Prosecution of Business Organizations*).¹¹

En el capítulo relativo de factores a considerarse al sentenciar a una corporación, entre los nueve supuestos menciona la existencia y apego de las corporaciones a su programa de *compliance*.

⁸ Ver, *Wall Street Journal*, septiembre 8, 1993 B5;COL 1)

⁹ Los planes pueden ser consultados en, www.hhs.gov/oig/modcomp

¹⁰ Ver www.usdoj.gov/criminal/fraud/policy/chargingcorps.html

¹¹ Ver www.usdoj.gov/dag/ctft/corporate_guidelines.htm

En estos principios se menciona que los programas de *compliance* son establecidos por la administración corporativa de las empresas para prevenir y detectar malas conductas y para asegurarse que las actividades corporativas son conducidas de acuerdo con las leyes penales y civiles respectivas, así como con las disposiciones, regulaciones y reglas aplicables.

El Departamento de Justicia de Estados Unidos incentiva esa autorregulación, incluyendo reportes voluntarios de cualquier violación a leyes o disposiciones gubernamentales, así como de cualquier problema que la corporación descubra por ella misma. Sin embargo la existencia de un programa de *compliance* no es necesariamente suficiente para justificar la no sanción a la corporación por la conducta penal realizada por sus ejecutivos, directivos, empleados o agentes. La comisión de esos delitos de cara a un programa de *compliance*, podría sugerir que la administración corporativa no está implementando adecuadamente dicho programa.

Mientras que el Departamento de Justicia de Estados Unidos reconoce que ningún programa de *compliance* puede siempre prevenir toda la actividad penal de los empleados de una empresa, los factores criminales para evaluar cualquier programa son: si el programa es adecuadamente diseñado para una mayor efectividad en prevenir y detectar hechos ilícitos de los empleados y si la administración de la empresa está haciendo cumplir dicho programa o está tácitamente impulsando o presionando a los empleados a que se involucren en ilícitos para lograr los objetivos del negocio.

De acuerdo con dichos principios no existen unas guías específicas sobre programas corporativos de *compliance*. La pregunta fundamental que cualquier empleado de procuración de justicia se debe plantear es: ¿el programa de *compliance* de la empresa está bien diseñado? ¿Realmente funciona el programa de *compliance* de la empresa? Al responder estas preguntas el fiscal debe considerar el nivel de comprensión del programa de *compliance*; la extensión de la conducta criminal; el número y nivel de los empleados involucrados; la seriedad, duración y frecuencia de la conducta ilícita; y cualquier solución que haya pue-

to la empresa incluyendo restitución, acciones disciplinarias y revisiones de los programas corporativos de *compliance*.¹²

El fiscal deberá tomar en cuenta, además, la prontitud de cualquier reporte de conducta ilícita a la autoridad correspondiente y la cooperación de la empresa con la investigación realizada por el gobierno. Asimismo, el fiscal deberá determinar si los empleados de la corporación han sido debidamente informados sobre los programas de *compliance* y están convencidos del compromiso de la empresa con estos programas.

Finalmente, la rehabilitación de una empresa requiere como elemento del período de prueba, la implementación de un programa de *compliance* o la modificación del existente.

III. Conclusiones

Las Guías de Sentencias de Estados Unidos de América son una herramienta muy útil que sirve, entre otras cosas, para incentivar a las empresas a establecer dentro de los mismos programas efectivos de *compliance*.

Un programa adecuado de *compliance* puede ayudar de manera significativa a la empresa a evitar sanciones importantes contra la misma, así como daño en su reputación.

Las Guías de Sentencias son fundamentales para establecer una asociación práctica entre el gobierno y la comunidad de negocios previniendo de manera importante los delitos de cuello blanco.

Una cultura de autorregulación dentro de las empresas promueve un adecuado cumplimiento con las leyes y disposiciones aplicables.

¹² Para una revisión detallada de éstos y otros factores relacionados, ver *Guidelines Manual, Section 8^a1.2, Comment.* (n3(k)) (nov.1997). Además, ver *USGG Section 8C2.5(f)*