

RECENSIÓN A ANDY CARRIÓN ZENTENO,
CRIMINAL COMPLIANCE, DE LA LEY DE EE.UU.
DE PRÁCTICAS CORRUMPTAS EN EL EXTRANJERO,
EL RIESGO DE LAS EMPRESAS DE ACCIÓN
INTERNACIONAL Y LA TRASCENDENCIA DE LOS
PROGRAMAS DE CUMPLIMIENTO,
LIMA, THOMSON REUTERS, 2015, 155 pp.

DINO CARLOS CARO CORIA*

A simple vista el *criminal compliance* aparenta ser una derivación o una consecuencia del moderno principio precautorio, tan conocido en el Derecho Ambiental o en la responsabilidad por el producto defectuoso¹, según el cual, partiendo del viejo principio romanista “*quien causa un daño a otro está obligado a indemnizarlo*”², entonces “*quien genera la posibilidad, el riesgo o el peligro de daño, está obligado a controlarlo*”. Así expuesto, el *compliance* apenas se perfila como parte de un programa racional de reducción del llamado “coste de los accidentes”³ en general y de los delitos en particular⁴. Sin embargo, la evolución de los sistemas de “autorregulación” en los últimos 40 años no ha sido precisamente obra de una regulación autoimpuesta, los empresarios no despertaron un día pensando que sus empresas también debían contribuir a la “construcción de un mundo mejor”, sin criminalidad empresarial,

* Doctor en Derecho por la Universidad de Salamanca/España. Profesor de Derecho Penal en la Pontificia Universidad Católica del Perú y en la Universidad de Lima. Gerente General del Centro de Estudios de Derecho Penal Económico y de la Empresa (www.cedpe.com). Socio Fundador y Gerente General de Caro & Asociados (www.ccfirma.com).

1 CARO CORIA, *Derecho penal del ambiente*, 1999, pp. 131-132.

2 Inst.4.3, con referencia a la Ley Aquilia. DE TRAZEGNIES GRANDA, *La responsabilidad extracontractual*, T. I., 1988, pp. 29-30.

3 CALABRESI, *El coste de los accidentes*, 1984, pp. 44-46, en especial los costes de prevención o costes primarios.

4 CARO CORIA, *La protección penal del ambiente*, 1995, p. 81.

sin delitos de cuello blanco. El *compliance* es un producto inacabado ante la convergencia de múltiples factores⁵: 1) las legislaciones estatales o incluso supranacionales, algunas incluso a nivel de simple *soft law*, en concretos ámbitos para la prevención del lavado de activos, la corrupción pública y privada, riesgos laborales, ambientales, etc., que imponen a las empresas un sistema de autorregulación regulada; 2) el buen gobierno corporativo orientado a la “lucha contra el abuso de poder en las corporaciones”; 3) los códigos de ética impulsados por organismos como la ONU o la OCDE, como medio para prevenir la criminalidad de empresas globales; 4) el desarrollo de la llamada Responsabilidad Social Empresarial; 5) la expansión de los sistemas de auditoría interna; 6) y de los mecanismos de certificación de estándares de calidad (normas ISO, UNE, etc.); y, 7) la responsabilidad penal de la persona jurídica con el mensaje de que un adecuado sistema para prevenir y detectar eventos delictivos, puede exonerar o atenuar la pena corporativa. El banco donde se ha puesto a prueba el valor de los programas de cumplimiento así gestados, no ha sido otro que la ya profusa casuística comparada, que da cuenta en general del fracaso total o parcial de dichos programas en la prevención de riesgos penales, y de su excepcional valía para evitar la comisión de delitos o en su caso las consecuencias penales, civiles y reputacionales, contra la empresa y sus órganos de gestión.

Dicha casuística, la confirmación práctica de que estos casos existen y están en cierto modo “a la mano”, como quedó reflejado en el escándalo de Siemens –por citar el caso más conocido en Alemania–, retroalimenta esos fundamentos del *compliance* que el autor del libro reseñado explora desde sus bases en el sistema americano, esto es la *Foreign Corrupt Practices Act* (FCPA) o Ley de Prácticas Corruptas en el Extranjero de 1977, que es el instrumento más potente en el mundo para la prevención y persecución de los casos de corrupción transnacional, y que ha inspirado e inspira hasta la actualidad las regulaciones europeas e iberoamericanas, su interpretación y aplicación práctica, con especial intensidad en los últimos años al punto que algunos penalistas creen ver en el *compliance* la gran solución frente a ese gran mal que es la criminalidad empresarial. Así, se habla por ejemplo, no sin exageración y con cierta ligereza, de un Derecho penal en la “era del *compliance*”, o de una ciencia penal del *compliance*, cuando son más las preguntas que las respuestas en torno a lo que el Derecho penal puede aportar en el desarrollo del *compliance*⁶, y me refiero con ello sobre todo a la parte que no es en estricto Derecho penal ni se relaciona directamente con la labor del jurista, como la elaboración de matrices de riesgo, la identificación de medidas de mitigación de esos riesgos, el monitoreo de los programas de prevención y su certificación, etc.

5 En adelante, NIETO MARTÍN, en: Kuhlen/Montiel/Ortiz de Urbina (eds), *Compliance y teoría del Derecho penal*, Madrid, 2013, pp. 23-26.

6 ROTSCH, ADPE 2015, *passim*.

El libro de Carrión es en este contexto una vuelta de mirada, básicamente descriptiva, sobre las bases prácticas del *compliance* en los EEUU, el origen del origen si se quiere ver así, y su evolución hasta la actualidad, fuente que no siempre se reconoce en la literatura hispana, en especial cuando parece establecerse como punto de partida del *compliance* los desarrollos europeos⁷. Y es que en efecto, frente a los escándalos financieros relacionados con empresas multinacionales y ante el crecimiento exponencial de la corrupción en las relaciones comerciales, desde el mundo del Derecho y de las políticas públicas, se ha venido observando un cambio de estrategia: la corrupción ha pasado a ser, de un asunto solo de funcionarios públicos o políticos ímprobos, a un asunto que incumbe sobre todo a los privados. Ciertamente, en la actualidad se exige a las empresas: i) adoptar medidas internas de prevención de la corrupción, ii) coadyuvar al Estado en el esclarecimiento de los casos de corrupción y iii) la prohibición de sobornar tanto a funcionarios públicos como a directivos o empleados de otras empresas. En cuanto a la corrupción internacional, hoy en día se busca sancionar a las empresas y a sus agentes, generándose paralelamente un menor interés por la sanción del funcionario público.

Esa privatización de la lucha contra la corrupción, viene de la mano con la figura del *compliance*, noción que la realidad ha introducido en el discurso jurídico penal y empresarial en general, y cuyo germen se remonta en EE.UU. a la década de los setenta. Como describe el autor, el detonante del proceso de cambio fue el escándalo político *Watergate*, que ocurrió en 1972 durante el mandato de Richard Nixon; siendo que la constatación de que la mayoría de las grandes empresas norteamericanas pagaban sobornos de considerables sumas de dólares, trajo como consecuencia la necesaria creación de la FCPA, promulgada por el Congreso de Estados Unidos y refrendada por el presidente Jimmy Carter el 19 de diciembre de 1977. Esta normativa se constituyó como el primer cuerpo legislativo que implicaba una incursión global contra la corrupción y que contiene los rasgos más importantes de la política actual en esta materia, con clara vocación de aplicarse extraterritorialmente.

Precisamente, el autor al abordar la materia de *criminal compliance* y la lucha contra la corrupción, encuentra el fundamento legal de la incursión global contra las prácticas corruptas en la FCPA de 1977, que, como bien se resalta en el libro, ha venido cobrando protagonismo durante los últimos años debido a la intensificación de la actividad persecutora por parte de las autoridades norteamericanas, promovida por la flexibilización legislativa y por la creciente interpretación extensiva de sus disposiciones. Pues bien, partiendo desde esta perspectiva, en el primer capítulo de la obra se realiza una exposición sobre el origen y evolución de la FCPA, para luego contextualizar su aplicación analizando la estructura de la responsabilidad penal de

7 Así, GARCÍA CAVERO, *Criminal Compliance*, 2014, pp. 13-22.

las empresas y la función que cumplen el Departamento de Justicia y la Comisión de Títulos y Valores norteamericanos como organismos competentes del *enforcement* de la FCPA.

Como describe el autor, tras el descubrimiento público de Watergate, se desencadenó una serie de investigaciones orientadas a desvelar actos ilegales y ciertos comportamientos indebidos en la política y en los negocios. Producto de ello, en la Comisión Especial del Senado norteamericano conformada para estos efectos, se detectaron un sinnúmero de conductas de corrupción, estafa, espionaje, hurto, entre otros, llevados a cabo por funcionarios públicos y empresarios, y directa o indirectamente consentidas por el propio Gobierno. Paralelamente, la Comisión de Títulos y Valores de Estados Unidos (Securities and Exchange Commission - SEC) iniciaba una investigación contra las empresas listadas en las bolsas de ese país a fin de determinar si al realizar las contribuciones transgredieron las normas que regulaban dichas instituciones.

La revelación de un cuantioso número de actos ilícitos y la magnitud que iban adquiriendo las investigaciones hicieron que la SEC activara al mismo tiempo el *Voluntary Disclosure Program* a fin de que las empresas informen voluntariamente de los actos ilegales en las que estuvieran comprometidas a cambio de que, bajo ciertas condiciones, no se inicien acciones penales o civiles contra ellas. Como resultado, más de cuatrocientas empresas reconocieron haber efectuado pagos cuestionables o ilegales a políticos, partidos políticos y a funcionarios de gobiernos extranjeros, ya sea a través de *slush funds* o falseando registros de contabilidad financiera para ocultar los desembolsos. Dentro de estas empresas estuvieron incluidas las 170 industrias más reputadas y representativas de las 500 primeras existentes en ese entonces. Todos estos hechos dejaron en evidencia la naturalidad con que las grandes empresas recurrían a pagos ilegales para obtener negocios y contratos, tanto dentro como fuera del territorio norteamericano, lo que motivó la promulgación de la primigenia FCPA.

El autor expone brevemente cómo se dio la evolución de la FCPA. Y es que, como bien se indica, la ambigüedad de sus preceptos, la dudosa aplicación extraterritorial, el reducido círculo de destinatarios de la norma y la sanción unilateral de la corrupción internacional por parte de los Estados Unidos de América, restaron eficacia a la FCPA, emprendiéndose posteriormente la necesaria modificación de sus contenidos. La primera reforma de la FCPA se produjo el año 1988 con la *Omnibus Trade and Competitiveness Act* (OTCA). Posteriormente, durante el gobierno de Bill Clinton se promovieron cambios decisivos en la política norteamericana contra la corrupción internacional a fin de i) intensificar las relaciones con otros países a través de organizaciones internacionales, ii) viabilizar la cooperación y, sobre todo, iii) lograr la vinculación de los países contra la corrupción internacional. En este marco se emitió la *International Antibribery and Fair Competition Act* (IAFCA),

refrendada por el entonces presidente Bill Clinton el 10 de noviembre de 1998 –vigente desde el 15 de febrero de 1999– y que incluía enmiendas normativas que fortalecieron la eficacia de la ley anticorrupción y potencializaron su importancia internacional. Como explica el autor, la IAFCA concentró sus esfuerzos en trasladar la responsabilidad penal de la empresa a las empresas extranjeras, quienes según esta ley serían ahora sujetos de imputación por corrupción de acuerdo a los criterios establecidos para ello en el Derecho norteamericano. El primer capítulo concluye con la descripción del rol protagónico de los órganos competentes del *enforcement* de la FCPA, conformados por el Departamento de Justicia (DOJ) y la Comisión de Títulos y Valores de Estados Unidos (SEC); instituciones que trabajan estrechamente con la Oficina Federal de Investigaciones (FBI) en los requerimientos necesarios para la investigación conjunta de violaciones a la FCPA.

Siguiendo el esquema de la FCPA, en el segundo capítulo se examinan las disposiciones antisoborno, las que, como señala el autor, son aplicables a todas aquellas personas naturales o jurídicas que contravengan la FCPA, sin distinción de si son *issuers, domestic concerns o any others*. Su configuración típica agrupa el cohecho propio e impropio y tiene la particularidad de abarcar al mismo tiempo la financiación ilegal de partidos políticos. En concreto, estos preceptos prohíben cualquier conducta que tenga como finalidad promover, ofrecer, prometer o autorizar el pago o la entrega de cualquier objeto de valor en forma corrupta y que sea idónea para influenciar en el funcionario extranjero una acción u omisión para provecho propio o de un tercero.

En el tercer capítulo se ingresa al análisis de las disposiciones contables. Y es que, como se explica en el trabajo, la FCPA no solo sanciona comportamientos corruptos *stricto sensu*, sino que contiene adicionalmente disposiciones que obligan a los *issuers* a “preparar y mantener libros, registros y cuentas que pongan de manifiesto, en razonable detalle, y con exactitud y equidad, las transacciones y disposiciones de los activos (...) y [a] desarrollar y mantener un sistema de controles de contabilidad interna (...)”. Estos dispositivos, reunidos bajo la denominación de *accounting provisions*, tienen la finalidad de complementar la eficacia de la persecución de la corrupción fomentando normativamente la transparencia de los libros y registros corporativos como la fiabilidad de los sistemas de control interno.

Finalmente, en el cuarto y último capítulo se incide sobre el origen del programa de ética y cumplimiento anticorrupción, para finalmente realizar una descripción del mismo, tomándose en cuenta los criterios de la *Federal Sentencing Guidelines*. Se señala que una organización en *compliance* debe basarse en dos principios fundamentales: i) el ejercicio de la debida diligencia para prevenir y detectar conductas ilícitas; y, ii) 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 mismo que debe estar en la capacidad de prevenir, detectar y corregir infracciones legales. Por cuestiones prácticas, el autor ha evitado detallar de forma minuciosa los elementos a satisfacer por cada empresa para adscribir la efectividad al sistema de cumplimiento. No obstante, nos ofrece los estándares mínimos –parcialmente abstractos– para su valoración.

El libro es en suma una descripción sintética de la lógica de funcionamiento del *compliance* norteamericano y de las instituciones que le dan soporte, necesario punto de partida para posteriores trabajos comparativos y de acercamiento con los desarrollos que se vienen dando en sistemas como el alemán, donde solo desde hace pocos años el *compliance* ha merecido la atención de la comunidad científica, apreciándose una progresiva sistematización de los principales aspectos dogmáticos, de parte general y especial –si cabe la expresión–, y procesales del *compliance*⁸. El valor de esta tarea se extiende a ordenamientos como el español, donde se vienen realizando similares esfuerzos de sistematización⁹ con el añadido, a diferencia de Alemania, que rige desde 2010 la responsabilidad penal corporativa, ampliada o perfeccionada recientemente con la Ley Orgánica 1/2015 vigente desde 1 de julio y que establece por ejemplo la exclusión de la responsabilidad penal de la empresa que cuente previamente con un adecuado sistema de cumplimiento, o una reducción de la pena si el *compliance program* es imperfecto o se instauró solo con posterioridad al hecho delictivo, dejando con ello abiertas importantes cuestiones como si dicha exclusión de pena puede fundamentarse dogmáticamente en criterios de imputación objetiva como el riesgo permitido, o si el hecho que se permita una reducción de la pena cuando el programa se instaura *ex post* acaso implica asumir una regla solo explicable a nivel de la punibilidad, desde la teoría de la pena, o conforme a criterios de eficiencia procesal, lo que podría verse reforzado por el dato de que incluso cuando el programa es anterior al evento delictivo, este debe contemplar, para acceder a la exclusión de pena, que los órganos de la empresa han de observar una conducta de permanente cooperación con la justicia y las autoridades en momentos muy posteriores a la comisión del delito, durante el proceso penal, como da cuenta el caso Morgan & Stanley que relata el libro de Carrión¹⁰.

En un mundo económico sin límites, antes que el riesgo de un “*compliance* sin límites”¹¹, existe el peligro de una criminalidad económica y empresarial también ilimitada o desbordada, que en muchos casos adquiere los matices o se entremezcla con formas de criminalidad organizada y estatal, como ha quedado expuesto

8 Vid. por todos ROTSCH (ed.), *Criminal compliance*, Handbuch, 2015.

9 Vid. especialmente NIETO MARTÍN, *Manual de cumplimiento penal en la empresa*, 2015.

10 Pp. 100-102.

11 ROTSCH, *ADPE* 2015, p. 29.

en las primeras condenas del caso Petrobras, empresa estatal brasilera en la que, como en el caso Siemens, la existencia de medidas de cumplimiento, códigos de conducta y sistemas de denuncias internas que ahora se antojan como de simple fachada o “*saludo a la bandera*”, no impidieron que sus funcionarios se coludan con particulares en las contrataciones y licitaciones, a cambio de millonarias sumas de dinero¹² que durante años fueron maquilladas en las contabilidades como pagos por servicios diversos a empresas *off shore*, y lavadas mediante complejos esquemas de ingeniería financiera. Ello pone sobre la mesa nuevas preguntas, ¿pueden el Estado y sus entidades asumir verdaderos programas de cumplimiento?, ¿es conveniente la autorregulación estatal?, ¿debe el *compliance* limitarse a la prevención del riesgo penal empresarial o debe extenderse a la prevención de la criminalidad organizada empresarial? La literatura parece aún por detrás de estas cuestiones prácticas, si el *compliance* implica la instauración de una cultura corporativa de cumplimiento, en países que enfrentan altos niveles de informalidad y corrupción privada y pública, esa realidad conspira contra la eficacia de ese sistema general de prevención del riesgo penal, lo que hasta aquí permite formular una pregunta final, ¿cuál es entonces la capacidad de rendimiento del *compliance* en contextos especialmente caóticos, de debilidad institucional, pública y privada?. No parece que la respuesta se pueda esbozar con la ayuda del Derecho penal, la pregunta parece devolvernos al terreno de la criminología del control social, y ello quizás nos permita entender por ejemplo porque una empresa alemana como Siemens no fue capaz de cometer actos de corrupción en Alemania, pero si en Argentina, Bangladesh y Venezuela, como relata el libro de Andy Carrión¹³.

12 Los cálculos empíricos de las autoridades brasileras se refieren a pagos corruptos superiores a los 8 billones de dólares.

13 Nota 325, pp. 95-98.

