

Los códigos de ética: la evolución histórica del deber ser como respuesta a la mala praxis empresarial

Carolina Montaña Fajardo¹ y Javier Puyol²

La presente columna busca realizar una revisión de la evolución histórica de los códigos de ética, sus componentes normativos y los grupos de interés que han sido integrados a los mismos, junto con los desafíos e influencias actuales que enfrentan las compañías frente a la cultura ética reflejada en dichas normas internas.

Sumario:

I. Introducción II. La evolución de los códigos de ética: creación del control posterior al daño III. La actualidad de los códigos de ética: implantación como control preventivo IV. Reflexión final.

I. Introducción

¹ Abogada de la Universidad Militar Nueva Granada, con especialización en ciencias penales y criminológicas de la Universidad Externado de Colombia y Máster en *Compliance Officer* de la Universidad Complutense de Madrid. Cuenta, además, con estudios tecnológicos en criminalística y ciencias forenses. Se desempeñó, durante varios años, como investigadora del Cuerpo Técnico de Investigación (CTI) y como abogada de la firma MPa Derecho Penal Corporativo y columnista de MPa Primera Línea.

² Abogado, socio director de Puyol Abogados y socio de Lex Informática (México), Lemat Abogados y Consultores, Becompliance S.L., y Tecnocompliance S.L. Doctor en Derecho y Premio *Ext. Cum Laude* de la Escuela Internacional de Doctorado de la UNED, magistrado excedente, ex letrado del Tribunal Constitucional, ex director de la Asesoría Jurídica Contenciosa del BBVA; consultor en tecnologías de la información y comunicación, administrador concursal, árbitro, mediador civil y mercantil; y profesor universitario y académico de la Real Academia de Jurisprudencia.

En el examen de los códigos de ética se debe partir de la enorme preocupación que ha surgido en las últimas décadas, y que no ha dejado de crecer, en torno a la aplicación de la ética en los negocios y en la dinámica de las organizaciones. Por lo anterior, en el mundo actual, es constante la aplicación de los principios de los códigos de ética a todo el funcionamiento y la operación de las compañías, con independencia del ámbito o sector de actividad al que pertenezcan.

Una preocupación de esta naturaleza, asociada al funcionamiento de las empresas, ha dado lugar al nacimiento de la cultura del cumplimiento normativo (*compliance* en inglés). Dentro del *compliance*, en general, es necesario mencionar el llamado *compliance* penal. Mediante este tipo de *compliance*, se pretende, en esencia, que las organizaciones prevengan, dentro de su ámbito de funcionamiento o actividad, determinados comportamientos que, por su trascendencia jurídica, económica y/o social, son reprochados penalmente.

Además de estas prevenciones, se encuentran los códigos de ética (en adelante CE) o códigos de conducta que son considerados el control preventivo por excelencia³. Un código de conducta, según la concepción común en la materia, constituye básicamente un instrumento estructural en la gestión de las personas jurídicas o de las organizaciones, que establece tanto reglas generales como específicas. Lo anterior se hace con el propósito de determinar aquellos comportamientos y prácticas que deben ser fomentadas o, por el contrario, prohibidas sobre la base de la misión y la visión de la organización, y la declaración de valores, principios y creencias asumidos. Los CE se constituyen así porque son transversales en su ámbito de aplicación y abarcan todos (o casi todos) los riesgos de carácter penal o de cumplimiento normativo en todas las organizaciones, especialmente, porque la ley exige su existencia. Sin embargo, cabe preguntarse: ¿son en realidad lo suficientemente idóneos y eficaces para evitar la comisión de delitos en el interior de una compañía?

Este será el interrogante base de la presente columna, cuyo objetivo es realizar un análisis sobre la génesis de los CE, de manera que se identifiquen los elementos mínimos que deben contener para considerarlos, realmente, un control preventivo adecuado. Se pretende, también, observar detalladamente la evolución de los CE, desde su aparición hasta la dinámica social actual, para que, de este modo, se pueda alcanzar su operatividad real: la generación de cultura corporativa propia y singular de cada empresa.

³ ASSOCIATION OF CERTIFIED FRAUD EXAMINERS. Report to the Nations: 2018 Global Study on Occupational Fraud and Abuse. Austin: ACFE, 2018. p. 27.

II. La evolución de los códigos de ética: creación del control posterior al daño

Aquello que conocemos como códigos de ética o códigos de conducta no siempre ha sido un componente normativo con carácter dialógico que nos presentan las compañías. De hecho, este tipo de códigos son el resultado de una evolución de décadas, sumada a la experiencia acumulada en la generación y cumplimiento de diversas normativas. Durante este proceso de evolución, se han ido consolidando prácticas corporativas como la prevención de la mala *praxis* al interior de las organizaciones; algo que, en el pasado, generó escándalos de corrupción y/o fraudes financieros a nivel internacional.

El nacimiento de los CE, tal y como el del *compliance* mismo, ocurre en Estados Unidos en la década de los setenta con el famoso caso *Watergate*⁴ y el descubrimiento de actos de corrupción en más de 400 compañías que aceptaron realizar pagos a funcionarios extranjeros, partidos políticos y políticos en general, y que, para esconderlos, alteraron la contabilidad de las empresas⁵. Todo este conjunto de hechos provocó un escándalo de grandes proporciones y de consecuencias imprevisibles para la época. Se constituyó, entonces, la génesis de lo que podría considerarse la normativa en el ámbito del *compliance*: el *Foreign Corrupt Practices Act (FCPA)*⁶. Esta norma, en materia de regulación empresarial, incorporó, por primera vez, la obligación de llevar un registro de contabilidad transparente y la prohibición de los sobornos transnacionales.

Con la entrada en vigor de la norma mencionada, se empieza a focalizar la atención del Estado en el comportamiento de las empresas, lo que, para ese entonces, era competencia exclusiva de la compañía y no tenía mayor influencia estatal. No obstante, el hecho de que tales comportamientos repercutieran en

⁴ BERGHOFF, Hartmut. From the Watergate Scandal to the Compliance Revolution: The Fight Against Corporate Corruption in the United States and Germany, 1972-2012. En: Bulletin of the GHI. Septiembre–Diciembre, 2013. no. 53. Recuperado de https://www.ghi-dc.org/fileadmin/user_upload/GHI_Washington/Publications/Bulletin53/bu53_007.pdf

⁵ HOUSE OF REPRESENTATIVES. Unlawful Corporate Payments Act of 1977: Report N° 95-640 [en línea]. Washington D.C.: House of Representatives, 1977. Disponible en <https://www.justice.gov/sites/default/files/criminal-fraud/legacy/2010/04/11/houseprt-95-640.pdf>

⁶ CRIMINAL DIVISION OF THE U.S. DEPARTMENT OF JUSTICE AND THE ENFORCEMENT DIVISION OF THE US SECURITIES AND EXCHANGE COMMISSION [en línea]. A Resource Guide to the U.S. Foreign Corrupt Practices Act. Washington D.C.: 2012. Disponible en <https://www.justice.gov/sites/default/files/criminal-fraud/legacy/2015/01/16/guide.pdf> p 2-4

ámbitos de interés estatal, como el mercado o las relaciones internacionales, hizo que el gobierno empezara a preocuparse por las conductas corporativas.

Por ello, y en consonancia con la exigencia de regular ciertas actividades empresariales, resultaba necesario que cada empresa se comprometiera, en su actuar ético, a materializar una serie de comportamientos positivos a través de una normativa interna. A esta conclusión llegó la Blue Ribbon President Commission, nombrada por el presidente Reagan en 1985, quien amplió el concepto de la FCPA y aconsejó que, en cada compañía, se promulgara, editara y vigilara un código de conducta o código de ética que sirviera para regular, entre otros aspectos, los procedimientos propios de la contratación⁷. Esta iniciativa fue adoptada, finalmente, por la Iniciativa de la Industria de Defensa sobre Ética y Conducta Empresarial o DII (por sus siglas en inglés), conformada, en principio, por 18 empresas que apoyaron la promulgación y adhesión a un código de conducta escrito que incorporara la cultura de ética y transparencia.

Durante los años siguientes, se empezaron a incluir, en estos códigos, otra serie de elementos normativos como una medida de carácter correctivo/preventivo ante los escándalos empresariales que se iban produciendo. Un ejemplo de lo anterior es el procedimiento para el cumplimiento normativo de las “siete características claves” de un programa de *compliance* efectivo⁸, características que fueron determinadas después de analizar más de diez mil casos de corrupción. Otro ejemplo es la protección de los inversionistas con la Ley de Reforma de la contabilidad pública de empresas y de protección al inversionista o Ley Sarbanes-Oxley⁹, posterior a los casos de Enron, WorldCom, Adelphia, Health South, Global Crossing, Parmalat, y Tyco, entre otros muchos. Fueron estos mismos casos los que evidenciaron una de las premisas más importantes del *compliance*: no sirve tener normas si no están interiorizadas a

⁷ JOSEPHSON, Michael. History of the Integrity, Ethics and Compliance Movement: A cautionary tale for CEOs and corporate directors. En: Ethikos. Enero–Febrero, 2014. Vol. 28, no. 1. Recuperado de <https://www.corporatecompliance.org/portals/1/PDF/Resources/ethikos/past-issues/2014/scce-2014-01-ethikos-josephson.pdf>.

⁸ STEER, John. The Federal Sentencing Guidelines for Organizations: A Blueprint for an Effective Internal Control System [diapositivas]. En: SCCE Utilities and Energy Compliance and Ethics Conference (25, febrero, 2013, Houston, Estados Unidos). U.S. Sentencing Commission. p. 2. Recuperado de https://assets.corporatecompliance.org/Portals/1/PDF/Resources/past_handouts/Utilities-Energy-Compliance-Ethics/2013/Monday/101print2.pdf

⁹ COHEN, Daniel., DEY, Aiyesha y LYS, Thomas. Trends in Earnings Management and Informativeness of Earnings Announcements in the Pre –and Post– Sarbanes Oxley Periods. Evanston: SSRN, 2005. P. 4-9. Disponible en: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=658782

través de una cultura ética. Tampoco sirve que sean obligatorias si no hay un compromiso por parte de la alta dirección de la empresa o de la persona jurídica.

Recordemos que, para ese momento, ya se habían hecho grandes esfuerzos por hacer “obligatorio” el cumplimiento normativo. Este fue el caso de las Federal Sentencing Guidelines for Organizations (FSGO)¹⁰, en 1991, producto del convenio de lucha contra la corrupción de agentes públicos extranjeros en las transacciones comerciales e internacionales de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE) en 1997. Este convenio incluyó la cláusula de extraterritorialidad y la creación del Pacto Global de las Naciones Unidas en 1999 que recogía, entre otros, el compromiso ético de que se aplicaría a todas las empresas.

Siguiendo esta dinámica, los CE empezaron —alrededor del año 2000— un proceso de transformación. La época del escepticismo y la incredulidad ante la ética en los negocios había pasado y, tanto los gobiernos, como las empresas eran conscientes de que tenían que pasar a la acción. Para lograrlo, empezaron a incorporar, en el ADN de cada compañía, estos códigos; se pretendía que los CE se cumplieran de manera efectiva y fueran, además, compatibles con el negocio. Es así como, en el año 2004, se empezó a llevar a cabo la incorporación de estos principios, al amparo de FSGO, en donde se centró la atención en la evaluación de efectividad del *compliance*, el cambio de la obligatoriedad de la cultura ética por un compromiso real hacia ella, y la necesidad de proceder a la capacitación y la delimitación de responsabilidades por cada uno de los cargos.

Esta evolución de los CE nos permite establecer que dicho gran control preventivo no siempre tuvo una naturaleza tal. Su estructura actual y sus diversos componentes permiten descubrir que los CE fueron el resultado de actuaciones frente a unos supuestos fácticos concretos. Ello dio como resultado la materialización de controles preventivos para hechos futuros, lo que evitó la generación de posibles malas prácticas corporativas. En otras palabras, los contenidos de los CE surgieron en respuesta a frases como “estamos haciendo algo” y “esto no va a volver a ocurrir”; se convirtieron en una estrategia con la que se buscaba la estabilidad en los mercados y la confianza de los consumidores, inversionistas y demás grupos de interés vinculados a cualquier clase de empresa, compañía o persona jurídica.

¹⁰ DESIO, Paula. An overview of the Organizational Guidelines. Washington: United States Sentencing Commission, 2018. Disponible en: <https://www.uscc.gov/sites/default/files/pdf/guidelines-manual/2018/GLMFull.pdf>

A partir de todo lo anterior, se puede afirmar que la finalidad de la ética empresarial se ha constituido como el índice que refleja la credibilidad social de la empresa y, por tanto, de la confianza depositada en la misma por parte de todos aquellos grupos de interés. En definitiva, con la construcción de los CE, la intención es poner en marcha los recursos éticos o morales de los que dispone la empresa para generar confianza, y, con ello, sobre la base de la sostenibilidad, asegurar el futuro comercial de la compañía. Es decir, la ética en las organizaciones es, en esencia, una condición de posibilidad y de futuro; por ello, muchas empresas comenzaron a explorar, a partir de la creación de sus CE, el camino ético y los mejores medios para recorrerlo.¹¹

III. La actualidad de los códigos de ética: implantación como control preventivo

Se debe tener presente que, como consecuencia del proceso de desarrollo de los CE, estos siempre habían buscado proteger el patrimonio de un actor frente a la conducta de un grupo determinado: la hacienda pública frente a las acciones de los empresarios; el capital societario de los inversionistas frente al manejo efectuado por sus gerentes; el patrimonio de una compañía administrado por la alta gerencia frente a las irregularidades cometidas por sus empleados, etc. Con todo, en los últimos años, hemos sido testigos de cómo esa preocupación por la protección de un interés netamente económico ha ido evolucionando para incorporar un interés más personal: la protección de derechos humanos en el ejercicio de la actividad empresarial.

En la actualidad, los CE procuran incorporar diversos estándares de cultura ética, que representan la garantía de derechos fundamentales y/o colectivos en concordancia con la función social de las compañías. Es decir, se pretende alcanzar un equilibrio entre los intereses de la empresa y los intereses propios de los *stakeholders*¹².

¹¹ En este sentido: LOZANO AGUILAR, José Félix. Códigos éticos y auditorías éticas. En: Veritas. Junio, 2007. vol. 2, no. 17. p 225-251.

¹² DÍAZ, Nelson. La creación del valor compartido: estrategia de sostenibilidad y desarrollo empresarial. En: Cultura Latinoamericana. Julio-Diciembre, 2015. no. 22. Recuperado de https://editorial.ucatolica.edu.co/ojsucatonica/revistas_ucatolica/index.php/RevClat/article/viewFile/1629/1505

Cada vez, es más común observar cómo los CE de grandes compañías dedican un espacio, de creciente importancia y trascendencia, en el que hacen hincapié en el cumplimiento de la Declaración Universal de los Derechos Humanos. Se busca allí que, a la persona, se le dispense siempre un trato y unas condiciones dignas, respetando la igualdad de oportunidades entre los trabajadores, gestionando políticas de igualdad como garantía de un trato ajustado entre hombres y mujeres, etc. Todos estos aspectos deben ser materializados en sus políticas y procedimientos como empresa.

De igual forma, en los CE, cada vez, adquiere más importancia la atención que se presta a los denominados derechos colectivos, de modo que se busca, a través de la responsabilidad social corporativa, la protección y atención al medio ambiente y las zonas rurales impactadas por la actividad empresarial. Se procura, además, incluir la protección de los derechos de los trabajadores como colectividad dándoles voz en la toma de algunas decisiones de la compañía.

Es evidente que se han presentado casos de violaciones de los derechos colectivos. Con todo, estas violaciones no ocurren, exclusivamente, en el escenario corporativo privado, sino que, también, se han producido en las esferas estatales o institucionales, así como a nivel social en general. Las mencionadas violaciones han llevado a la creación de movimientos de defensa de los derechos y al aumento de la conciencia colectiva sobre estos temas, no solo ante el actuar corporativo, sino en todos los aspectos de la actividad humana¹³.

Es esta la dinámica social actual. Las empresas han tenido que adaptarse a la necesidad de proteger e incorporar, en el ámbito de su actividad, estas medidas, ya que la protección efectiva de estos derechos es una exigencia social. La cultura ética al interior de la empresa dejó de ser un ideal para convertirse en una necesidad social, y, en este sentido, el *compliance* procura la protección y mejora de la empresa en

¹³ Ante la irrupción de graves abusos en décadas recientes, las organizaciones de la sociedad civil han llamado cada vez más la atención de las empresas para que respeten los estándares de derechos humanos. Muchas iniciativas de Responsabilidad Social Empresarial (RSE) se emprenden de modo selectivo, con base en lo que la empresa decide abordar voluntariamente. Sin embargo, un enfoque de derechos humanos requiere que las empresas respeten todos los derechos humanos y estipula un enfoque internacionalmente reconocido del respeto al ser humano respecto de las afectaciones sociales y ambientales de las empresas. El Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas adoptó los “Principios Rectores sobre las empresas y los derechos humanos: Puesta en práctica del marco de las Naciones Unidas para ‘proteger, respetar y remediar’”, en 2011. Este marco comprende las obligaciones del Estado de proteger frente a abusos de derechos humanos, la responsabilidad empresarial para respetarlos y un mayor acceso por parte de las víctimas a una remediación efectiva. Asimismo, en 2011, el Consejo estableció un Grupo de Trabajo sobre empresas y derechos humanos. BUSINESS & HUMAN RIGHTS. Empresas y Derechos Humanos: Breve Introducción [sitio web]. Disponible en: <https://www.business-humanrights.org/es/empresas-y-derechos-humanos-breve-introducción>

concordancia con los derechos y garantías de sus grupos de interés, valiéndose de los CE como reflejo de las exigencias actuales y de su deber ser corporativo.

IV. Reflexión final

Los CE han ido enriqueciéndose en el tiempo con elementos, circunstancias y condicionamientos que, para el ciudadano corporativo actual, parecen bastante obvios. Sin embargo, fue necesario que la evolución y el tiempo, a través de las prácticas empresariales no reguladas, mostraran que era indispensable un compendio normativo que materializara los derechos, las garantías y las buenas costumbres que deben ser necesariamente asumidas por las empresas y las personas jurídicas. Este conjunto normativo constituye un deber ser ineludible: ya sea porque es propio de la actividad comercial, porque es una demanda de experiencia adquirida; o porque forma parte del bloque de constitucionalidad de un Estado (como es el tema de los Derechos Humanos), que las compañías deben asumir, necesariamente, en su actividad.

La esencia de los CE radica en que no introducen un nuevo actuar corporativo, solo reflejan, de manera preventiva, aquellos valores, criterios, principios y lineamientos de una empresa en el ámbito de las exigencias de la sociedad y de los mercados. Esto, para que todos aquellos que se relacionan con la empresa conozcan su CE y comprendan la obvia necesidad de cumplirlo, ya que, en la “era del conocimiento”, es necesario recordar y demostrar hasta el comportamiento más básico para hacerlo exigible.

Bibliografía

ASSOCIATION OF CERTIFIED FRAUD EXAMINERS. Report to the Nations: 2018 Global Study on occupational fraud and abuse. Austin: ACFE, 2018.

BERGHOFF, Hartmut. From the Watergate Scandal to the Compliance Revolution: The Fight Against Corporate Corruption in the United States and Germany, 1972-2012. En: Bulletin of the GHI. Septiembre–

Diciembre, 2013, no. 53. Recuperado de https://www.ghi-dc.org/fileadmin/user_upload/GHI_Washington/Publications/Bulletin53/bu53_007.pdf

BUSINESS & HUMAN RIGHTS. Empresas y Derechos Humanos: Breve introducción [sitio web]. [Consultado el 8 de julio de 2019] Disponible en: <https://www.business-humanrights.org/es/empresas-y-derechos-humanos-breve-introducción>

COHEN, Daniel., DEY, Aiyasha y LYS, Thomas. Trends in Earnings Management and Informativeness of Earnings Announcements in the Pre- and Post- Sarbanes Oxley Periods. Evanstons: En: SSRN. Febrero, 2005. Recuperado de https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=658782

CRIMINAL DIVISION OF THE U.S. DEPARTAMENT OF JUSTICE AND THE ENFORCEMENT DIVISION OF THE US SECURITIES AND EXCHANGE COMMISSION [en línea]. A Resource Guide to the U.S. Foreign Corrupt Practices Act. Washington D.C.: 2012. [Consultado el 8 de julio de 2019] Disponible en: <https://www.justice.gov/sites/default/files/criminal-fraud/legacy/2015/01/16/guide.pdf>

DESIO, Paula. An overview of the Organizational Guidelines. Washington: United States Sentencing Commission, 2018. Disponible en <https://www.ussc.gov/sites/default/files/pdf/guidelines-manual/2018/GLMFull.pdf>

DÍAZ, Nelson. La creación del valor compartido: estrategia de sostenibilidad y desarrollo empresarial. En: Cultura Latinoamericana. Julio–Diciembre, 2015. no. 22. Recuperado de https://editorial.ucatolica.edu.co/ojsucatolica/revistas_ucatolica/index.php/RevClat/article/viewFile/1629/1505

HOUSE OF REPRESENTATIVES. Unlawful Corporate Payments Act of 1977: Report N° 95-640 [en línea]. Washington D.C.: House of Representatives, 1977. Disponible en: <https://www.justice.gov/sites/default/files/criminal-fraud/legacy/2010/04/11/houseprt-95-640.pdf>

JOSEPHSON, Michael. History of the Integrity, Ethics and Compliance Movement: A cautionary tale for CEOs and corporate directors. En: Ethikos. Enero–Febrero, 2014. Vol. 28, no. 1. Recuperado de <https://www.corporatecompliance.org/portals/1/PDF/Resources/ethikos/past-issues/2014/scce-2014-01-ethikos-josephson.pdf>.

LOZANO AGUILAR, José Félix. Códigos éticos y auditorías éticas. En: Veritas. Junio, 2007. Vol. 2, no. 17.

STEER, John. The Federal Sentencing Guidelines for Organizations: A Blueprint for an Effective Internal Control System [diapositivas]. En: SCCE Utilities and Energy Compliance and Ethics Conference (25, Febrero, 2013, Houston, Estados Unidos). U.S. Sentencing Commission. Disponible en: https://assets.corporatecompliance.org/Portals/1/PDF/Resources/past_handouts/Utilities-Energy-Compliance-Ethics/2013/Monday/101print2.pdf