COLEGIO DE TRADUCTORES DEL PERÚ
Creado por Ley Nº 26684

MARÍA DEL CARMEN PIZARRO SABOGAL
CTP N.º 0051
Traductora Colegiada Certificada
Español – Inglés – Francés
Germán Schreiber 246, Oficina 202, San Isidro
Teléfono: 2080860
Correo electrónico: lexitrans@lexitrans.net
web: www.lexitrans.net

TRADUCCIÓN CERTIFICADA
TC N.º 1229-2019

PRINCIPIOS DE PROCESAMIENTO JUDICIAL DE ORGANIZACIONES COMERCIALES A NIVEL FEDERAL DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA

COLEGIO DE TRADUCTORES DEL PERÚ · CTP · 1996 ·

María del Carmen Pizarro Sabogal
CTP Nº 0051

Nº 0397791

Valor 3.50 Soles

VER INDICACIONES AL REVERSO

SECCIÓN 9-28.000: PRINCIPIOS DE PROCESAMIENTO JUDICIAL A NIVEL FEDERAL DE ORGANIZACIONES COMERCIALES

9-28.010	Principios fundamentales del procesamiento judicial corporativo
9-28.100	Funciones de los fiscales federales y dirigentes empresariales
9-28.200	Consideraciones generales de la responsabilidad corporativa
9-28.210	Enfoque sobre personas naturales infractoras
9-28.300	Factores por considerar
9-28.400	Inquietudes específicas sobre la política
9-28.500	Incidencia de los actos ilícitos dentro de las empresas
9-28.600	El historial de la empresa
9-28.700	El valor de la colaboración
9-28.710	Secreto profesional y protección del resultado del trabajo
9-28.720	Colaboración: divulgación de datos relevantes
9-28.730	Obstrucción de la investigación
9-28.740	Ofrecimiento de colaboración: exclusión del derecho a inmunidad
9-28.750	Supervisión respecto de los pedidos de renuncia al secreto profesional o a la protección del resultado del trabajo por parte de empresas en contravención a esta política
9-28.800	Programas de cumplimiento corporativo
9-28.900	Divulgaciones voluntarias
9-28.1000	Indemnización y medidas correctivas
9-28.1100	Consecuencias colaterales
9-28.1200	Alternativas civiles o regulatorias
9-28.1300	Pertinencia del procesamiento de personas naturales
9-28.1400	Selección de cargos
9-28.1500	Acuerdos de declaración de culpabilidad con empresas

María del Carmen Pizarro Sabogal
CTP Nº 0051

Artículo 9-28.010 – PRINCIPIOS FUNDAMENTALES DEL PROCESAMIENTO JUDICIAL CORPORATIVO

El procesamiento judicial de los delitos corporativos es una alta prioridad para el Departamento de Justicia. Al investigar las denuncias de actos ilícitos y presentar cargos, según sea pertinente, por una conducta delictiva, el Departamento promueve intereses públicos fundamentales. Estos intereses incluyen, entre otros actos: (1) proteger la integridad de nuestros mercados económicos y de capitales haciendo cumplir el estado de derecho; (2) proteger a los consumidores, inversionistas y entidades comerciales contra competidores que obtienen una ventaja indebida al infringir la ley; (3) prevenir violaciones de las leyes ambientales; y (4) disuadir las prácticas comerciales que permitirían o promoverían una conducta ilícita a expensas del interés público.

Una de las formas más efectivas para combatir las malas conductas empresariales es responsabilizar a todas las personas implicadas en la irregularidad. Dicha responsabilidad impide futuras actividades ilegales, incentiva cambios en el comportamiento corporativo, asegura que las partes apropiadas sean responsabilizadas por sus actos y promueve la confianza de la población en nuestro sistema de justicia.

María del Carmen Pizarro Sabogal
CTP Nº 0051

Los fiscales deben enfocarse en las irregularidades cometidas por las personas naturales desde el comienzo de cualquier investigación de una mala conducta empresarial. Al centrarnos en abrir un expediente contra las personas infractoras, logramos múltiples objetivos. En primer lugar, aumentamos nuestra capacidad para identificar el alcance total de la mala conducta empresarial. Debido a que una empresa solo actúa siendo representada por personas, investigar la conducta de las personas es la forma más eficiente y efectiva de determinar los hechos y el alcance de cualquier mala conducta empresarial. En segundo lugar, enfocarse en la persona aumenta la probabilidad de que aquellos que tengan conocimiento de la mala conducta empresarial sean identificados y proporcionen información sobre las personas involucradas, en cualquier nivel de una organización. En tercer lugar, maximizamos la probabilidad de que la resolución definitiva incluya cargos contra personas culpables y no solo contra la empresa.

[nuevo artículo – noviembre de 2015]

Artículo 9-28.100 – FUNCIONES DE LOS FISCALES FEDERALES Y DIRIGENTES EMPRESARIALES

Los directores y funcionarios corporativos tienen una obligación fiduciaria para con los accionistas de una sociedad (los verdaderos propietarios) y están obligados a brindar un trato honesto al público inversionista y a los consumidores en relación con las presentaciones reglamentarias y las declaraciones públicas de la empresa. El deber de un fiscal de hacer cumplir la ley requiere la investigación y el procesamiento judicial de los actos delictivos si se descubren. Al llevar a cabo esta misión con la diligencia y determinación necesarias para defender los principales intereses públicos mencionados anteriormente, los fiscales deben tener en cuenta la causa común que

compartimos con los dirigentes empresariales responsables que buscan promover la confianza. Asimismo, los fiscales deben tener en cuenta que la confianza en el Departamento de Justicia se ve afectada tanto por los resultados que alcanzamos como por las formas reales y percibidas en que llegamos a ellos. Por lo tanto, la forma en que realizamos nuestro trabajo como fiscales, incluido el profesionalismo y la cortesía que demostramos, nuestra voluntad de garantizar los hechos de una manera que fomente el cumplimiento corporativo y la autorregulación, y también nuestra apreciación de que los procesos corporativos pueden afectar a los inversionistas, empleados y otros, quienes no tienen culpa alguna, afecta la percepción pública de nuestra misión. Los fiscales federales debemos mantener la confianza del público en la forma en que ejercemos nuestro criterio de imputación. Este esfuerzo requiere el análisis reflexivo de todos los hechos y circunstancias presentados en un caso dado.

[artículo modificado - noviembre de 2015]

María del Carmen Pizarro Sabogal
CTP N° 0051

Artículo 9-28.200 – CONSIDERACIONES GENERALES DE LA RESPONSABILIDAD CORPORATIVA

A. Principio general: Las empresas no deben ser tratadas con indulgencia debido a su carácter artificial ni deben ser sometidas a un tratamiento más severo. La aplicación rigurosa de las leyes penales contra las personas jurídicas infractoras, según corresponda, trae consigo grandes beneficios para la aplicación de la ley y el público, particularmente en materia de delitos de cuello blanco. Presentar una acusación fiscal contra las empresas por irregularidades le permite al gobierno constituirse en una fuerza para el cambio positivo de la cultura corporativa, y una fuerza para prevenir, descubrir y sancionar delitos graves.

B. Comentario: En todos los casos relacionados con actos ilícitos cometidos por empresas, los fiscales deben considerar los factores analizados en estas directrices. [1] Al hacerlo, los fiscales deben tener en cuenta los beneficios públicos que pueden derivarse de formular una acusación contra una empresa en los casos apropiados. Por ejemplo, es probable que las empresas adopten medidas correctivas inmediatas cuando se presentan cargos por una conducta delictiva que es generalizada en una industria en particular, y por lo tanto, una acusación formal puede brindar una oportunidad única con fines disuasorios a gran escala. Además, una acusación formal en contra de una empresa puede tener efectos disuasorios específicos al cambiar la cultura de la empresa objeto de acusación y el comportamiento de sus empleados. Finalmente, algunos delitos que conllevan un riesgo sustancial de daño público significativo, por ejemplo, delitos ambientales o fraudes financieros radicales, pueden ser cometidos por una entidad comercial y, por lo tanto, puede haber un interés federal sustancial en acusar a una empresa en tales circunstancias.

En determinados casos, puede ser pertinente resolver un caso penal corporativo por otros medios que no sean la acusación formal. Los acuerdos de no procesamiento y aplazamiento del proceso judicial, por ejemplo, ocupan un punto intermedio importante entre declarar improcedente el proceso y obtener un fallo condenatorio en contra de una empresa. Estos acuerdos se analizan más adelante en JM 9-28.1100 (Consecuencias colaterales). Del mismo modo, las alternativas civiles y regulatorias

pueden ser apropiadas en algunos casos, tal como se explica en JM 9-28.1200 (Alternativas civiles o regulatorias).

Los fiscales tienen amplias facultades para determinar cuándo, a quién, cómo e incluso si procede abrir un proceso por infracciones de la ley penal federal. Al ejercer dicha facultad, los fiscales deben considerar las siguientes declaraciones de principios que resumen las consideraciones que deben sopesar y las prácticas que deben seguir para cumplir con sus responsabilidades en materia de enjuiciamiento. Los fiscales deben garantizar el cumplimiento de los fines generales del derecho penal; entre ellos, la imposición de una sanción adecuada para el demandado, la disuasión de conductas delictivas adicionales por parte del demandado, la disuasión de una conducta delictiva por terceros, la protección del público contra conductas peligrosas y fraudulentas, la rehabilitación e indemnización de las víctimas, teniendo en cuenta la naturaleza especial de la "persona" jurídica.

[1] Si bien estas pautas conciernen a las empresas, se aplican a la consideración del procesamiento judicial de todo tipo de organizaciones comerciales, incluidas las sociedades, las empresas individuales, las entidades gubernamentales y las asociaciones en participación.

[artículo modificado - noviembre de 2015]

María del Carmen Pizarro Sabogal
CTP Nº 0051

Artículo 9-28.210 – ENFOQUE SOBRE PERSONAS NATURALES INFRACTORAS

A. Principio general: El procesamiento judicial de una empresa no sustituye el procesamiento de las personas naturales penalmente responsables dentro o fuera de la empresa. Debido a que una empresa puede actuar únicamente siendo representada por personas naturales, la imposición de responsabilidad penal individual puede proporcionar el mejor instrumento de disuasión contra futuras actos ilícitos por parte de empresas. Se debe perseguir la responsabilidad penal individual demostrable, particularmente si se relaciona con funcionarios corporativos de alto nivel, incluso ante una oferta de una declaración de culpabilidad corporativa o algún otro acuerdo sobre los cargos contra la empresa, incluido el acuerdo de no procesamiento o aplazamiento del proceso judicial, o una resolución civil. En otras palabras, independientemente del arreglo corporativo final, se debe realizar una evaluación separada con respecto a las personas posiblemente responsables.

En ausencia de circunstancias extraordinarias o de una política departamental aprobada, como la Política de indulgencia en relación con las empresas de la División Antimonopolio, ninguna resolución corporativa debe eximir de responsabilidad penal a ninguna persona. En general, Estados Unidos de América no debería eximir a las personas de responsabilidad penal en función de un acuerdo conciliatorio y de exención de responsabilidad corporativa. Cualquier exención de responsabilidad penal de personas debido a circunstancias extraordinarias debe ser aprobada personalmente por escrito por el Fiscal General Adjunto o el Fiscal de los Estados Unidos.

B. Comentario: Al inicio de la investigación corporativa, es importante identificar a las personas responsables e identificar la naturaleza y el alcance de su conducta indebida. Los fiscales no deberían permitir que los retrasos en la investigación corporativa afecten la capacidad del Departamento de perseguir a personas posiblemente responsables. Debe hacerse todo lo posible para resolver un asunto corporativo dentro del plazo legalmente asignado, y los acuerdos de interrupción del plazo de prescripción deben ser la rara excepción. En situaciones en las que se prevé que un acuerdo de interrupción del plazo de prescripción es inevitable, se deben desplegar todos los esfuerzos para procesar a las personas culpables antes de que prescriba la acción penal o para preservar la capacidad de presentar cargos contra las personas mediante la interrupción del plazo de prescripción en virtud de un acuerdo o por resolución judicial.

Si una investigación de una conducta indebida cometida por una persona natural no ha concluido cuando se solicita la autorización para resolver el caso contra la empresa, el acta de autorización de procesamiento judicial debe incluir un análisis sobre las personas posiblemente responsables, una descripción del estado actual de la investigación con respecto a su conducta y el trabajo de investigación que queda pendiente y, de ser pertinente, un plan de investigación para resolver el asunto antes del final de cualquier plazo de prescripción. Si al final de la investigación se toma la decisión de presentar cargos o alguna otra resolución contra la empresa salvo presentar cargos penales o demandas civiles contra personas naturales responsables, debe dejarse constancia de los motivos de esa determinación, los cuales deben ser aprobados por el Fiscal General de los Estados Unidos o Fiscal General Adjunto cuya oficina manejó la investigación, o sus designados.

María del Carmen Pizarro Sabogal
CTP Nº 0051

Según la doctrina del responsable primario, una empresa puede ser considerada penalmente responsable por los actos ilegales de sus directores, funcionarios, empleados y agentes. Para responsabilizar a una empresa por estos actos, el gobierno debe establecer que las acciones del agente corporativo (i) estaban dentro del alcance de sus funciones y (ii) estaban destinadas, al menos en parte, a beneficiar a la empresa. En todos los casos que involucren irregularidades por parte de agentes corporativos, los fiscales no deben limitar su enfoque únicamente a personas naturales o la empresa, sino que deben considerar ambos como posibles objetivos.

Los agentes pueden actuar por diversos motivos, tanto para su engrandecimiento personal (directo e indirecto) como en beneficio de la empresa, y una empresa puede ser considerada responsable siempre que una de las motivaciones de su agente sea beneficiarla.

Véase Estados Unidos contra Potter, 463 F.3d 9, 25 (Corte Superior de los Estados Unidos para el Primer Circuito, 2006) (donde se indica que la prueba para determinar si un agente está actuando dentro del alcance de sus funciones es comprobar "si el agente está realizando el tipo de actos que está autorizado para realizar, y si esos actos están motivados, al menos en parte, por un intento de beneficiar a la empresa"). En *Estados Unidos contra Automated Medical Laboratories, Inc., 770 F.2d 399* (Corte Superior de los Estados Unidos para el Cuarto Circuito, 1985); por ejemplo, la Corte Superior de los Estados Unidos para el Cuarto Circuito ratificó la condena de una empresa por los actos del empleado de una subsidiaria a pesar de que la compañía

alegó que el empleado estaba actuando en su propio beneficio; es decir, su "naturaleza ambiciosa y su deseo de ascender a un cargo de mayor rango jerárquico". Id. en 407. El juzgado declaró lo siguiente: "Evidentemente, Partucci estaba actuando en parte para beneficiar a AML, ya que su ascenso dentro de la compañía dependía del bienestar de AML y su falta de dificultades con la FDA". Véase también *Estados Unidos contra Cincotta, 689 F.2d 238, 241-42* (Corte Superior de los Estados Unidos para el Primer Circuito, 1982) (donde se ratifica la condena de una compañía, a pesar del beneficio personal sustancial obtenido por sus inescrupulosos agentes, puesto que el esquema fraudulento requería dinero para pasarlo por la tesorería de la compañía y los bienes obtenidos de manera fraudulenta fueron revendidos a los clientes de la compañía en su propio nombre).

Además, la compañía no necesita beneficiarse forzosamente de los actos de su agente para ser considerada responsable. En el caso de *Automated Medical Laboratories*, la Corte Superior de los Estados Unidos para el Cuarto Circuito declaró lo siguiente:

María del Carmen Pizarro Sabogal
CTP Nº 0051

[E]l beneficio no es un "referente de la responsabilidad penal corporativa; en el mejor de los casos, el beneficio es un hecho probatorio, no operativo". Por lo tanto, si los actos del agente en última instancia redundaron en beneficio de la empresa es menos significativo que si el agente actuó con la intención de beneficiarla. Sin embargo, el propósito básico de exigir que un agente haya actuado con la intención de beneficiar a la empresa es aislar a esta última de la responsabilidad penal por las acciones de sus agentes que puedan ser perjudiciales para los intereses de la compañía o que se hayan llevado a cabo únicamente para fomentar los intereses de ese agente o de una parte que no sea la empresa.

770 F.2d en 407 (cita interna omitida) (citando Old Monastery Co. contra Estados Unidos, 147 F.2d 905, 908 (Corte Superior de los Estados Unidos para el Cuarto Circuito, 1945)).

[artículo actualizado - noviembre de 2018]

Artículo 9-28.300 - FACTORES POR CONSIDERAR

A. Principio general: En general, los fiscales aplican los mismos factores para determinar si debe imputar cargos a una compañía como lo hacen con respecto a las personas naturales. Véase JM 9-27.220 y siguientes. Por lo tanto, el fiscal debe sopesar todos los factores que normalmente se consideran en el buen ejercicio del juicio procesal: la suficiencia de pruebas; la configuración de la apariencia del buen derecho en el juicio; las probables consecuencias disuasorias, de rehabilitación y de otro tipo de la condena; y la adecuación de los enfoques de carácter no penal. Véase id. Sin embargo, debido a la naturaleza de la "persona" jurídica, existen algunos factores adicionales. Al llevar a cabo una investigación, determinar si presentar cargos y negociar una declaración de culpabilidad u otros acuerdos, los fiscales deben considerar los siguientes factores para tomar una decisión sobre el tratamiento adecuado de un objetivo corporativo:

1. La naturaleza y la gravedad del delito, incluido el riesgo de daño al público, y las políticas y prioridades aplicables, si las hubiere, que rigen el procesamiento de las empresas por categorías particulares de delitos (véase JM 9-28.400);

2. la proliferación de la conducta indebida dentro de la empresa, incluida la complicidad de los directivos o la condonación de las malas acciones por parte de estos (véase JM 9-28.500);

3. el historial de conductas indebidas similares cometidas por la empresa, incluidos los procesos penales, civiles y regulatorios previos contra ella (véase JM 9-28.600);

4. la disposición de la empresas para prestar colaboración, incluso en cuanto a posibles actos indebidos de sus agentes (véase JM 9-28.700);

5. la adecuación y efectividad del programa de cumplimiento de la empresa en el momento del delito, así como en el momento de una decisión acusatoria (véase JM 9-28.800);

6. la divulgación oportuna y voluntaria de los actos indebidos por parte de la empresa (véase JM 9-28.900);

7. las acciones correctivas adoptadas por la empresa, lo que incluye, entre otros aspectos, cualquier esfuerzo para implementar un programa de cumplimiento corporativo adecuado y efectivo o para mejorar uno existente, para reemplazar la administración responsable, aplicar medidas disciplinarias o cesar las relaciones laborales con los infractores, o para pagar la indemnización (véase JM 9-28.1000);

8. las consecuencias colaterales, incluso si existe un daño desproporcionado para los accionistas, los jubilados, los trabajadores y otras personas que no hayan demostrado ser personalmente culpables, así como el impacto en el público derivado del procesamiento (véase JM 28-21.1100);

9. la idoneidad de los recursos, tales como acciones civiles o regulatorias, incluidos los recursos derivados de la colaboración de la empresa con agencias gubernamentales relevantes (véase JM 9-28.1200); y

10. la idoneidad de procesar a las personas naturales responsables del hecho delictivo cometido por la empresa (véase JM 9-28.1300).

B. Comentario: Los factores enumerados en este artículo tienen la intención de ser considerados como ejemplos de aquellos que deben ser evaluados y no son una lista exhaustiva de consideraciones posiblemente relevantes. Algunos de estos factores pueden no aplicarse a casos específicos, y en algunos casos un factor puede anular a todos los demás. Por ejemplo, la naturaleza y la gravedad del delito pueden justificar el procesamiento judicial independientemente de los otros factores. En la mayoría de los casos, sin embargo, ningún factor único será concluyente. Además, las políticas nacionales de aplicación de la ley en diversas áreas de cumplimiento legislativo pueden requerir que se otorgue mayor o menor peso a determinados factores que a

María del Carmen Pizarro Sabogal
CTP Nº 0051

otros. Evidentemente, los fiscales deben ejercer su juicio reflexivo y pragmático al aplicar y equilibrar estos factores, con la finalidad de lograr un resultado justo y equitativo y promover el respeto por la ley.

[artículo actualizado - noviembre de 2018]

9-28.400 - INQUIETUDES ESPECÍFICAS SOBRE LA POLÍTICA

A. Principio general: La naturaleza y la gravedad del delito, así como el riesgo de daños al público por la conducta delictiva, son obviamente factores primarios para determinar si se debe imputar cargos contra una empresa. Además, la conducta corporativa, particularmente la de las empresas nacionales y multinacionales, necesariamente se cruza con las políticas federales de aplicación de la ley de naturaleza económica, tributaria y penal. Al aplicar estos Principios, los fiscales deben considerar las prácticas y políticas de la División apropiada del Departamento, y deben cumplir con esas políticas en la medida requerida por los hechos presentados.

B. Comentario: Al determinar si se debe imputar cargos contra una empresa, los fiscales deben tener en cuenta las prioridades federales de aplicación de la ley como se analizó anteriormente. Véase JM 9-27.230. Del mismo modo, sin embargo, los fiscales deben conocer los objetivos específicos de política y los programas de incentivos establecidos por las respectivas Divisiones y agencias reguladoras. Por lo tanto, mientras que a las personas naturales se les puede otorgar grados de beneficio incrementales (que van desde inmunidad a cargos menores hasta consideraciones para la imposición de sentencias) por entregarse, formular declaraciones en contra de su interés penal y colaborar en la investigación de su propio delito y el de otros llevada a cabo por el gobierno, el mismo enfoque puede no ser apropiado en todas las circunstancias con respecto a las empresas. Como ejemplo, es completamente apropiado en muchas investigaciones que un fiscal considere la conducta de la empresa previa a la acusación; por ejemplo, divulgación voluntaria, colaboración, subsanación o indemnización, para determinar si se busca una acusación fiscal. Sin embargo, esto no necesariamente sería apropiado en una investigación antimonopolio, en la cual las infracciones de la normativa antimonopolio, por definición, constituyen el núcleo de los negocios de la corporación. Con esto en mente, la División Antimonopolio ha establecido una política firme, entendida en la comunidad empresarial, de que la indulgencia para las empresas solo se otorga a la primera empresa que revele información completa al gobierno. Como otro ejemplo, la División de Impuestos tiene una fuerte preferencia por procesar a personas naturales responsables, en lugar de personas jurídicas, por delitos fiscales corporativos. Por lo tanto, al determinar si se debe imputar cargos o no a una empresa, los fiscales deben consultar con las Divisiones Penal, Antimonopolio, Tributaria, Ambiental y de Recursos Naturales y Seguridad Nacional, según corresponda.

[artículo actualizado - julio de 2019]

María del Carmen Pizarro Sabogal
CTP Nº 0051

9-28.500 – INCIDENCIA DE LOS ACTOS ILÍCITOS DENTRO DE LAS EMPRESAS

A. Principio general: una empresa solo puede actuar siendo representada por personas naturales y, por lo tanto, se la considera responsable de los actos de dichas personas que se le atribuyen de manera justa. Formular cargos contra una empresa incluso por una falta leve puede ser apropiado cuando el acto delictivo fue generalizado y fue realizado por un gran número de trabajadores, o por todos los trabajadores en un cometido particular dentro de la empresa, o fue respaldado por la alta gerencia. Por otro lado, puede no ser adecuado considerar penalmente responsable a una empresa, particularmente a una que ha implementado un sólido programa de cumplimiento, bajo una estricta teoría de responsabilidad vicaria para el acto aislado individual de un empleado deshonesto. Existe, por supuesto, un amplio espectro entre estos dos extremos, y un fiscal debe ejercer sólidas facultades discrecionales al evaluar la incidencia de los actos ilícitos dentro de una empresa.

B. Comentario: De estos factores, el más importante es la función y la conducta de la gerencia. Aunque los actos de incluso empleados subalternos pueden originar responsabilidad penal, una empresa está dirigida por su gerencia y esta es responsable de una cultura corporativa en la que se desalienta o fomenta tácitamente la conducta delictiva. Como se indicó en el comentario a las Directrices para la imposición de penas:

> La incidencia [es] específica de cada caso y [dependerá] del número y grado de responsabilidad de las personas naturales [con] autoridad sustancial (…) que participaron, respaldaron o ignoraron deliberadamente el delito. Se debe observar un menor número de personas naturales para que se configure la incidencia si esas personas naturales ejercieron un grado relativamente alto de autoridad. La incidencia puede configurarse dentro de una organización como un todo o dentro de una unidad de una organización.

Artículo 8C2.5 de las Directrices de imposición de penas de los Estados Unidos (USSG), cmt. (n. 4).

[artículo nuevo, agosto de 2008]

María del Carmen Pizarro Sabogal
CTP Nº 0051

9-28.600 – EL HISTORIAL DE LA EMPRESA

A. Principio general: Los fiscales pueden considerar el historial de conductas similares de una empresa, incluidos los procesos penales, civiles y regulatorios previos en su contra, para determinar si se deben presentar cargos penales y la mejor manera de resolver los casos.

B. Comentario: Se espera que una empresa, al igual que una persona natural, aprenda de sus errores. Un historial de conductas indebidas similares puede ser prueba de una cultura corporativa que fomentó, o al menos toleró, tales faltas, independientemente de los programas de cumplimiento. El procesamiento penal

de una empresa puede ser particularmente apropiado cuando la compañía estuvo anteriormente sujeta a orientación, advertencias o sanciones no penales, o cargos penales anteriores, y no tomó las medidas adecuadas para prevenir futuras conductas ilícitas o continuó cometiendo actos indebidos a pesar de las advertencias o medidas coercitivas tomadas en su contra. La estructura corporativa en sí misma (por ejemplo, la creación o existencia de subsidiarias o divisiones operativas) no es decisiva en este análisis, y las medidas coercitivas tomadas contra la empresa o cualquiera de sus divisiones, subsidiarias y afiliadas pueden considerarse, si es pertinente. Véase el Artículo 8C2.5 (c) de las Directrices de imposición de penas de los Estados Unidos, cmt. (n. 6).

[artículo nuevo - agosto de 2008]

9-28.700 - EL VALOR DE LA COLABORACIÓN

María del Carmen Pizarro Sabogal
CTP N° 0051

La colaboración es un factor atenuante, por el cual una empresa, al igual que cualquier otro sujeto de una investigación penal, puede obtener beneficios en un caso que de otra manera sería objeto de acusación fiscal y enjuiciamiento. Por supuesto, la decisión de no colaborar por parte de una empresa (o persona natural) no es en sí misma prueba de una conducta indebida, al menos cuando la falta de colaboración no implica una conducta delictiva o no demuestra conciencia de culpabilidad (por ejemplo, incita a cometer perjurio o brindar declaraciones falsas, o negarse a cumplir con las peticiones legales de presentación de pruebas). Por lo tanto, la falta de colaboración, en sí misma, no respalda ni exige la presentación de cargos con respecto a una empresa más que con respecto a una persona.

A. Principio general: Para que una empresa reciba algún tipo de consideración por colaboración en virtud del presente artículo, esta debe identificar a todas las personas naturales sustancialmente involucradas o responsables del acto indebido en cuestión, independientemente de su cargo, condición o antigüedad, e informar al Departamento todos los hechos relevantes relacionados con esa conducta. Si una empresa que busca beneficiarse por prestar colaboración rechaza obtener información sobre tales hechos o proporcionar al Departamento información objetiva completa sobre las personas sustancialmente involucradas o responsables de la conducta indebida, su cooperación no se considerará un factor atenuante en este artículo. Asimismo, si una empresa es procesada, el Departamento tampoco apoyará una reducción relacionada con la colaboración al momento de emitir sentencia. Véase U.S.S.G. § 8C2.5 (g), cmt. (n. 13) ("Una prueba principal de si la organización ha revelado toda la información pertinente" necesaria para recibir una reducción relacionada con la colaboración en el cálculo del nivel del delito cometido por esta "es si la información es suficiente (...) para identificar (...) a la(s) persona(s) responsable(s) de la conducta delictiva".) [1]

Si la empresa no puede identificar a todas las personas relevantes o proporcionar información objetiva completa a pesar de sus esfuerzos de buena fe para cooperar plenamente, la organización aún puede acogerse a los beneficios de la colaboración. Véase el Artículo 8C2.5 (g) de las Directrices de imposición de penas de los Estados Unidos, cmt. (n. 13) ("[La] colaboración que se evaluará es la colaboración que preste la misma organización, no la colaboración de las personas naturales dentro de la

organización. Si, debido a la falta de colaboración de personas particulares, ni la organización ni el personal encargado de la aplicación de la ley puede identificar a las personas culpables dentro de la organización a pesar de los esfuerzos de la organización para cooperar plenamente, la organización aún puede recibir los beneficios por la colaboración total". Por ejemplo, puede haber circunstancias en las que, a pesar de sus mejores esfuerzos para llevar a cabo una investigación exhaustiva, una empresa realmente no puede acceder a ciertas pruebas o está prohibida por ley a divulgarlas al gobierno. En tales circunstancias, la empresa que pretende prestar colaboración tendrá la carga de explicarle al fiscal las restricciones que enfrenta.

Para ser claros, una empresa no está obligada a renunciar a su secreto profesional o a la protección del resultado del trabajo del abogado para acogerse a los beneficios de la colaboración. Véase JM 9-28.720. El alcance de los beneficios que se obtengan por colaboración dependerá de todos los diversos factores que se han aplicado tradicionalmente al realizar esta evaluación (por ejemplo, la oportunidad de la colaboración, la diligencia, la minuciosidad y el ritmo de la investigación interna y la naturaleza proactiva de la colaboración).

María del Carmen Pizarro Sabogal
CTP N° 0051

B. Comentario: Al investigar las irregularidades cometidas por una empresa o dentro de esta, un fiscal puede encontrar varios obstáculos derivados de la naturaleza de la propia empresa. Puede ser difícil determinar los actos que realizó cada persona en nombre de la empresa. Las estructuras jerárquicas y la responsabilidad pueden compartirse entre las divisiones o departamentos operativos, y los registros y el personal pueden esparcirse por todo Estados Unidos o incluso entre varios países. En caso de que la conducta delictiva haya persistido durante un periodo prolongado de tiempo, el personal culpable o con conocimiento del hecho ilícito puede haber sido ascendido, transferido o despedido, o puede haber renunciado o haberse jubilado. En consecuencia, la colaboración de una empresa puede ser decisiva para identificar actores potencialmente relevantes y localizar pruebas relevantes, entre otros aspectos, y para hacerlo con prontitud.

Esta dinámica, es decir, la dificultad de determinar qué sucedió, dónde están las pruebas y qué personas tomaron o promovieron acciones corporativas presuntamente ilegales, puede tener consecuencias negativas tanto para el gobierno como para la empresa que es el sujeto o el objetivo de una investigación gubernamental. Más específicamente, debido a los principios de atribución corporativa relacionados con las acciones de los funcionarios y empleados corporativos, véase JM 9.28-210, la incertidumbre sobre quién autorizó o dirigió la presunta mala conducta empresarial puede perjudicar a una empresa. Por ejemplo, según la ley, puede no ser relevante cuál de los distintos posibles ejecutivos o líderes en una cadena de mando aprobó o autorizó una conducta delictiva; sin embargo, esa información, si se conoce, podría influir en la idoneidad de una disposición particular sin acusar a la empresa. Puede no ser de interés para una empresa o el gobierno que se tome una decisión de imputación en ausencia de dicha información, lo que podría ocurrir si, por ejemplo, el plazo de prescripción fuera relevante y la autorización de cualquiera de los funcionarios fuera suficiente para justificar un cargo conforme a ley.

Por estas y muchas otras razones, la colaboración puede ser un recurso favorable tanto para el gobierno como para la empresa. La colaboración beneficia al gobierno al permitir que los fiscales y agentes federales, por ejemplo, eviten demoras prolongadas, lo que compromete su capacidad de descubrir y abordar rápidamente el alcance total de los delitos corporativos generalizados. Con la colaboración de la empresa, el gobierno puede reducir las pérdidas tangibles, limitar el daño a la reputación y preservar los activos para la indemnización. Del mismo modo, la colaboración puede beneficiar a la empresa, y en última instancia a los accionistas, empleados y otras víctimas a menudo inocentes, al permitir que el gobierno concentre sus recursos de investigación de una manera que pueda acelerar la investigación y que sea menos probable que perturbe las operaciones comerciales legítimas de la empresa. Además, la colaboración puede beneficiar a la empresa al brindarle la oportunidad de obtener beneficios por sus esfuerzos.

El requisito de que las empresas presten plena colaboración en lo que respecta a las personas no significa que los abogados del Departamento deban esperar a que la empresa entregue la información sobre las personas naturales infractoras y luego simplemente aceptar lo que las empresas le proporcionan. Por el contrario, los abogados del Departamento deben investigar de manera proactiva a las personas en cada etapa del proceso, antes, durante y después de cualquier colaboración corporativa. Los abogados del Departamento deben revisar con firmeza cualquier información provista por las empresas y compararla con los resultados de su propia investigación, para asegurarse de que la información suministrada sea completa y no busque minimizar, exagerar o tergiversar el comportamiento o el papel de cualquier persona o grupo de personas.

María del Carmen Pizarro Sabogal
CTP Nº 0051

Los abogados del Departamento deben esforzarse por obtener de la compañía tanta información como sea posible sobre las personas responsables antes de resolver el caso corporativo. De igual forma, la colaboración continua de la empresa con respecto a las personas puede ser necesaria después de la resolución. De ser así, el acuerdo de resolución corporativa debe incluir una disposición que requiera que la empresa brinde información sobre todas las personas involucradas o responsables de la conducta indebida, y que sea lo suficientemente explícito como para que el hecho de no proporcionar la información genere consecuencias específicas, como sanciones estipuladas y/o un incumplimiento sustancial.

[citado en JM 9-47.120]

[artículo actualizado - noviembre de 2018]

[1] Desde luego, además de la colaboración en una investigación, el Departamento promueve la divulgación voluntaria temprana de actos delictivos, véase JM 9-28.900, incluso antes de que la empresa conozca todos los hechos, y no espera que tales revelaciones tempranas sean completas. Sin embargo, el Departamento espera que, en tales circunstancias, la compañía adopte medidas oportunas para llevar a cabo una investigación adecuada y proporcione actualizaciones de hechos al Departamento en los plazos previstos.

9-28.710 – SECRETO PROFESIONAL Y PROTECCIÓN DEL RESULTADO DEL TRABAJO

El secreto profesional y la protección del resultado del trabajo del abogado cumplen una función extremadamente importante en el sistema legal estadounidense. El secreto profesional es uno de los privilegios más antiguos y sacrosantos de la ley. Véase Upjohn contra Estados Unidos, 449 U.S. 383, 389 (1981). Como ha declarado la Corte Suprema, "[s]u objetivo es fomentar la comunicación plena y honesta entre los abogados y sus clientes y así promover intereses públicos más amplios en la observancia de la ley y la administración de justicia". *Id.* El valor de promover la capacidad de una empresa para buscar asesoría legal honesta e integral es particularmente importante en el entorno empresarial mundial contemporáneo, donde las empresas a menudo enfrentan obligaciones legales y regulatorias complejas y dinámicas impuestas por el gobierno federal y también por gobiernos estatales y extranjeros. La doctrina del resultado del trabajo cumple objetivos igualmente importantes.

María del Carmen Pizarro Sabogal
CTP Nº 0051

Por estas razones, renunciar a la protección del secreto profesional y del resultado del trabajo nunca ha sido un requisito previo conforme a las pautas de procesamiento del Departamento para que una empresa sea vista como colaboradora. Sin embargo, una amplia gama de comentaristas y miembros de la comunidad jurídica estadounidense y el sistema de justicia penal han afirmado que las políticas del Departamento se han utilizado, ya sea de manera deliberada o involuntaria, para obligar a las entidades comerciales a renunciar al secreto profesional y a la protección del resultado de trabajo. Todos están de acuerdo en que una empresa puede renunciar libremente a sus propios privilegios si así lo decide; de hecho, tales renuncias se observan de manera rutinaria cuando las empresas son víctimas de sus empleados u otras personas, llevan a cabo una investigación interna y luego revelan los detalles de la investigación a los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley en un esfuerzo por buscar el procesamiento judicial de los infractores. No obstante, la tesis de una amplia gama de juristas es que la posición del Departamento sobre la renuncia al secreto profesional y a la protección del resultado del trabajo ha promovido un entorno en el que esta protección se está menoscabando indebidamente en perjuicio de todos.

El Departamento entiende que el secreto profesional y la protección del resultado del trabajo del abogado son componentes esenciales del sistema legal estadounidense reconocidos desde hace mucho tiempo. Lo que el gobierno busca y necesita para llevar adelante su misión legítima (y de hecho, esencial) de aplicación de la ley no es renunciar a esas protecciones, sino más bien los hechos de los cuales la empresa tiene conocimiento sobre la presunta conducta delictiva objeto de análisis. Además, si bien una empresa sigue siendo libre de difundir comunicaciones entre el abogado y cliente o el resultado del trabajo de naturaleza no fáctica o "esencial", si y solo si la empresa elige voluntariamente hacerlo, los fiscales no deben solicitar tales renuncias y se les instruye no hacerlo. El factor decisivo es si la empresa ha revelado los hechos sobre los eventos, como se explica más adelante en este documento.

[artículo nuevo - agosto de 2008]

9-28.720 - COLABORACIÓN: DIVULGACIÓN DE DATOS RELEVANTES

Renunciar al secreto profesional o a la protección del resultado del trabajo no es requisito para acogerse a los beneficios de la colaboración. En cambio, el tipo de colaboración que es más valiosa para resolver las acusaciones de conducta indebida de una empresa y sus funcionarios, directores, empleados o agentes es la divulgación de los hechos relevantes relacionados con dicha conducta. En este sentido, el análisis es paralelo al de un demandado no corporativo, donde la colaboración generalmente requiere la divulgación de hechos relevantes y no de los debates entre una persona y sus abogados.

Por lo tanto, cuando el gobierno investiga posibles irregularidades corporativas, busca los hechos relevantes. Por ejemplo, ¿cómo y cuándo ocurrió la presunta conducta indebida? ¿Quién la promovió o aprobó? ¿Quién fue responsable por la comisión de dicho acto? A este respecto, la investigación de una empresa difiere poco de la investigación de una persona natural. En ambos casos, el gobierno necesita conocer los hechos para lograr un resultado justo y equitativo. La parte investigada puede optar por cooperar divulgando los hechos, y el gobierno puede otorgar beneficios por las divulgaciones de dicha parte. Si una empresa desea acogerse a los beneficios de dicha colaboración, que luego se puede considerar con todos los demás esfuerzos y circunstancias cooperativas al evaluar la forma justa de proceder, entonces la empresa, como cualquier persona, debe revelar los hechos relevantes de los que tiene conocimiento. [1]

María del Carmen Pizarro Sabogal
CTP Nº 0051

(a) Divulgación de hechos relevantes: hechos recopilados a través de la investigación interna

Las personas y las empresas a menudo toman conocimiento de los hechos de diferentes maneras. Una persona conoce los hechos de su conducta indebida o la de terceros a través de su propia experiencia y percepciones. Una empresa es una construcción artificial que, por definición, no puede tener conocimiento personal de los hechos. Algunos de esos hechos pueden reflejarse en medios documentales o electrónicos como correos electrónicos, documentos sobre transacciones o contables y otros registros. Por lo general, la empresa determina los hechos a través de una investigación interna. Es la empresa la que decide exactamente cómo se recopilan los hechos y quién se encargará de hacerlo. Muchas empresas optan por recopilar información sobre posibles conductas indebidas a través de abogados, un proceso que puede conferir privilegios de secreto profesional o protección del resultado del trabajo de los abogados a al menos parte de la información recopilada. Otras empresas pueden elegir un método de recopilación de información que no tenga ese efecto, por ejemplo, disponer que las declaraciones de los empleados u otros testigos se recopilen después de las entrevistas realizadas por personas que no son abogados. Independientemente del proceso por el que opte la compañía, la medida clave de colaboración del gobierno debe seguir siendo la misma que para una persona natural: ¿la parte ha revelado oportunamente los hechos relevantes sobre la presunta conducta indebida? Esa es la pregunta clave al asignar beneficios de colaboración por la divulgación de información, no si la empresa divulga materiales relacionados con el secreto profesional o el resultado del trabajo. En

consecuencia, una compañía debería recibir los mismos beneficios por revelar hechos contenidos en materiales que no están protegidos por el secreto profesional o el resultado del trabajo de los abogados que los que recibiría por revelar hechos idénticos contenidos en materiales que sí cuentan con la citada protección.[2] En este punto, el Informe del Comité Judicial de la Cámara, presentado en relación con el proyecto de ley sobre el secreto profesional aprobado por la Cámara de Representantes (H.R. 3013), concuerda con el enfoque requerido en este artículo:

> [U]n (…) abogado de los Estados Unidos puede fundar los beneficios por colaboración en los hechos que se revelan, pero está prohibido de tomar como base los beneficios por colaboración si los materiales cuentan o no con la protección del secreto profesional o del resultado del trabajo de los abogados. Como resultado, una entidad que divulgue la información requerida voluntariamente debería recibir el mismo número de beneficios por colaboración por revelar hechos que están contenidos en materiales no protegidos por el secreto profesional o resultado del trabajo de los abogados que recibiría por revelar hechos idénticos contenidos en materiales que sí cuentan con la mencionada protección. No debe haber diferencias en una valoración de la colaboración (es decir, ni un beneficio ni una multa) en función de si los materiales divulgados cuentan o no con la protección del secreto profesional o del resultado del trabajo de los abogados.

Informe de la Cámara de Representantes n.º 110-445 en 4 (2007).

En resumen, la empresa puede acogerse a los beneficios de colaboración, independientemente de si elige renunciar a la protección del secreto profesional o del resultado del trabajo en el proceso, si proporciona todos los datos relevantes sobre las personas que participaron en la conducta indebida. Pero si la empresa no revela dichos hechos, no tendrá derecho a recibir ningún beneficio por colaboración.

Cabe destacar dos puntos finales y relacionados sobre la divulgación de hechos, aunque deberían ser obvios. En primer lugar, el gobierno no puede obligar, y la empresa no tiene la obligación de revelar información (aunque el gobierno obviamente puede obligar a divulgar determinados registros y testimonios de testigos a través de citaciones). En segundo lugar, el hecho de que una empresa no brinde información relevante sobre la conducta indebida individual por sí sola no significa que esta será procesada. Simplemente significa que no tendrá derecho a beneficio de reducción de pena por colaboración. Si la empresa enfrenta cargos dependerá, como sucede en cualquier caso, de la suficiencia de pruebas, la configuración de la apariencia del buen derecho y todos los demás factores identificados en JM 9-28.300. Si no hay pruebas suficientes para justificar la acusación fiscal, después de que se haya culminado la investigación pertinente, o si los otros factores pesan en contra de la acusación, entonces la empresa no debe ser procesada, independientemente de si ha obtenido beneficios por colaboración. También sucede lo contrario: el gobierno puede imputar cargos incluso a la empresa más colaborativa de conformidad con estos Principios si, al

María del Carmen Pizarro Sabogal
CTP Nº 0051

sopesar y equilibrar los factores aquí descritos, el fiscal determina que se requiere presentar cargos en interés de la justicia. Dicho de otra manera, incluso el esfuerzo más sincero y exhaustivo para colaborar no necesariamente puede absolver a una empresa que, por ejemplo, ha cometido un fraude atroz, orquestado y generalizado. La colaboración es un posible factor mitigante, pero no es concluyente por sí solo.

(b) Asesoría jurídica y resultado del trabajo de los abogados

Independientemente del (y generalmente precediendo el) proceso de recopilación de datos en una investigación interna, una empresa, a través de sus funcionarios, empleados, directores u otros, puede haber consultado con un asesor corporativo con respecto a las implicaciones legales de la presunta conducta indebida en cuestión. Las comunicaciones de este tipo, que son independientes del componente de recopilación de hechos de una investigación interna y se realizan con el propósito de buscar ofrecer asesoramiento legal, constituyen el núcleo del secreto profesional. Tales comunicaciones pueden tener un efecto favorable en el comportamiento corporativo, facilitando, por ejemplo, el esfuerzo de la empresa para cumplir con regímenes legales y regulatorios complejos y en evolución. [3] Excepto por lo establecido en los puntos (b)(i) y (b)(ii) siguientes, una empresa no necesita revelar y los fiscales no pueden solicitar la divulgación de tales comunicaciones como una condición para que la empresa pueda acogerse a los beneficios de la colaboración.

Del mismo modo, el resultado de trabajo de los abogados de naturaleza no fáctica o básica; por ejemplo, las impresiones mentales o las teorías legales de un abogado, constituyen el núcleo de la doctrina del resultado del trabajo de un abogado. Una empresa no necesita divulgar, y los fiscales no pueden solicitar, la divulgación de dicho resultado del trabajo de un abogado como una condición para que la empresa pueda acogerse a los beneficios de la colaboración.

(i) Defensa con asesoramiento legal en el presente contexto

Ocasionalmente, una empresa o uno de sus empleados pueden presentar una defensa con asesoramiento legal con base en las comunicaciones con el abogado interno o externo que se sostuvieron antes o simultáneamente con la conducta subyacente en cuestión. En tales situaciones, el acusado debe presentar una base fáctica legítima para respaldar la presentación de la defensa con asesoramiento legal. Véase, por ejemplo, *Pitt contra el Distrito de Columbia,* 491 F.3d 494, 504-05 (Corte Superior de Estados Unidos para el Circuito del Distrito de Columbia, 2007*); Estados Unidos contra Wenger*, 427 F.3d 840, 853-54 (Corte Superior de los Estados Unidos para el Décimo Circuito, 2005); *Estados Unidos contra Cheek*, 3 F.3d 1057, 1061-62 (Corte Superior de los Estados Unidos para el Séptimo Circuito, 1993). No se le puede pedir al Departamento que cumpla su responsabilidad ante la opinión pública de investigar presuntos delitos corporativos, o de moderar lo que de otra manera sería el curso apropiado de acción judicial, simplemente aceptando sin disuasión una afirmación no comprobada de que un abogado,

María del Carmen Pizarro Sabogal
CTP Nº 0051

tal vez incluso un abogado no identificado, aprobó prácticas posiblemente ilegales.

En consecuencia, cuando se ha presentado una defensa con asesoramiento legal, los fiscales pueden solicitar la divulgación de las comunicaciones que supuestamente la respaldan.

(ii) Comunicaciones para promover un delito o fraude

Las comunicaciones entre una empresa (a través de sus funcionarios, empleados, directores o agentes) y el abogado corporativo que se sostienen para promover un delito o fraude están, bajo un precedente establecido, fuera del alcance y la protección del secreto profesional. Véase *Estados Unidos contra Zolin*, 491 U.S. 554, 563 (1989); *Estados Unidos contra BDO Seidman, LLP*, 492 F.3d 806, 818 (Corte Superior de los Estados Unidos para el Séptimo Circuito, 2007). Como resultado, el Departamento puede solicitar adecuadamente dichas comunicaciones si en efecto existen.

[citado en JM 9-47.120]

[artículo actualizado - noviembre de 2017]

[1] Este artículo de los Principios se centra únicamente en la divulgación de los hechos y cuestiones relacionadas con el secreto profesional que pueden estar implicadas en ellos. Existen otras dimensiones de colaboración más allá de la simple divulgación de hechos, como proporcionar documentos no confidenciales y otras pruebas, poner a disposición testigos para entrevistas y ayudar en la interpretación de registros comerciales complejos.

[2] A modo de ejemplo, el personal corporativo suele ser entrevistado durante una investigación interna. Si las entrevistas son realizadas por un abogado de la empresa, algunas notas y memorandos generados a partir de las entrevistas pueden estar sujetos, al menos en parte, a la protección del secreto profesional y/o del resultado del trabajo del abogado. Para obtener beneficios por colaboración a cambio de proporcionar información objetiva, la empresa no necesita entregar, y los fiscales no pueden solicitar, notas o memorandos protegidos generados en las entrevistas realizadas por el abogado de la empresa. Sin embargo, para acogerse a tales beneficios, la empresa necesita presentar, y los fiscales pueden solicitar información objetiva relevante, incluida información objetiva relevante adquirida a través de esas entrevistas, a menos que se haya proporcionado la misma información, así como pruebas relevantes no confidenciales como registros contables y comerciales y correos electrónicos entre empleados o agentes que no son abogados.

[3] Estas comunicaciones confidenciales no se limitan necesariamente a las que ocurren simultáneamente con la conducta indebida subyacente. Incluirían, por ejemplo, asesoramiento legal proporcionado por un abogado corporativo en un informe de investigación interna. Una vez más, la medida clave de colaboración es la divulgación de información objetiva conocida por la empresa, no la divulgación de asesoramiento legal o teorías dictadas en relación con la conducta en cuestión (salvo las dos excepciones señaladas en JM 9-28.720(b)(i-ii)).

María del Carmen Pizarro Sabogal
CTP N° 0051

9-28.730 - OBSTRUCCIÓN DE LA INVESTIGACIÓN

Otro factor que debe ser evaluado por el fiscal es si la empresa ha cometido una conducta destinada a impedir la investigación. Los ejemplos de tal conducta podrían incluir: instrucciones inapropiadas para los empleados o sus asesores, tales como instrucciones para no decir la verdad u ocultar hechos relevantes; formular declaraciones o presentar documentos que contengan afirmaciones engañosas u omisiones sustanciales; y entrega incompleta o extemporánea de registros.

Sin embargo, al evaluar la colaboración, los fiscales no deben tener en cuenta si una empresa está anticipando o reembolsando los honorarios de los abogados o brindando asesoría a empleados, funcionarios o directores bajo investigación o acusación. Del mismo modo, los fiscales no pueden solicitar que una empresa se abstenga de realizar dichos actos. Esta prohibición no tiene por objeto evitar que un fiscal formule preguntas sobre la representación de una empresa o sus empleados, funcionarios o directores que ejerce un abogado, cuando sea apropiado según la ley. [1] Tampoco tiene la intención de limitar el alcance aplicable de las leyes sobre obstrucción penal de la justicia, tales como el inciso como el artículo 1503 del título 18 del Código de los Estados Unidos de América. Si el pago de los honorarios del abogado se realizó de una manera que de otro modo constituiría una obstrucción penal a la justicia; por ejemplo, si los honorarios se anticiparon con la condición de que un empleado se ciña a una versión de los hechos que la empresa y el empleado sabían que era falsa, estos Principios no excluirían (y no podrían excluir) la aplicación de tales prohibiciones penales.

María del Carmen Pizarro Sabogal
CTP Nº 0051

Por otro lado, el simple hecho de que una empresa participe en un acuerdo de defensa conjunta no supone que esta no podrá acogerse a los beneficios de la colaboración, y los fiscales no pueden solicitar que una empresa se abstenga de celebrar tales acuerdos. Naturalmente, la empresa tal vez desee evitar ponerse en la posición de imposibilitada, en virtud de una defensa conjunta particular o un acuerdo similar, de proporcionar algunos hechos relevantes al gobierno y, por lo tanto, limitar su capacidad para acogerse a los beneficios de colaboración. Tal podría ser el caso si la empresa recopila hechos de empleados que celebraron un acuerdo de defensa conjunta con la empresa, y que luego pueden tratar de evitar que la empresa revele los hechos de los que ha tomado conocimiento. Las empresas pueden optar por abordar esta situación elaborando o participando en acuerdos de defensa conjunta, en la medida que elijan celebrarlos, que brinden la flexibilidad que consideren conveniente.

Finalmente, en ocasiones puede ser conveniente que el gobierno considere si la empresa ha compartido con terceros información confidencial sobre la investigación que el gobierno le proporcionó. En situaciones apropiadas, como ocurre con las personas naturales, el gobierno puede solicitar de forma pertinente que, si una empresa desea obtener beneficios por colaboración, la información proporcionada por el gobierno a la empresa no se transmita a terceros, por ejemplo, cuando la divulgación de dicha información podría conllevar la fuga de sujetos individuales, la destrucción de pruebas o la desaparición u ocultación de activos.

[artículo nuevo - setiembre de 2008]

[1] Las preguntas sobre el estado de representación de una empresas y sus empleados, incluso cómo se pagan los honorarios de los abogados y quién asume el costo, a veces surgen en el curso de una investigación bajo ciertas circunstancias; por ejemplo, para evaluar casos de conflictos de intereses. Esta guía no pretende prohibir tales consultas específicas.

9-28.740 - OFRECIMIENTO DE COLABORACIÓN: EXCLUSIÓN DEL DERECHO A INMUNIDAD

La oferta de colaboración de una empresa o la colaboración en sí misma no le da derecho automáticamente a inmunidad de procesamiento judicial ni a una resolución favorable de su caso. Una empresa no debería tener la oportunidad de eludir su responsabilidad simplemente al poner a disposición de la justicia a sus directores, funcionarios, empleados o agentes. Por lo tanto, la disposición de una empresa a cooperar no es determinante; ese factor, si bien es relevante, debe considerarse junto con todos los demás factores.

[artículo nuevo - agosto de 2008]

María del Carmen Pizarro Sabogal
CTP Nº 0051

9-28.750 - SUPERVISIÓN RESPECTO DE LOS PEDIDOS DE RENUNCIA AL SECRETO PROFESIONAL O A LA PROTECCIÓN DEL RESULTADO DEL TRABAJO POR PARTE DE EMPRESAS EN CONTRAVENCIÓN A ESTA POLÍTICA

El Departamento pone de manifiesto su compromiso con las prácticas de los abogados que son compatibles con las políticas del Departamento como las establecidas en este documento en relación con los beneficios por colaboración y el debido respeto por el secreto profesional y la protección del resultado del trabajo. Se alienta a los abogados de las empresas que consideran que los fiscales están violando dicha guía a plantear sus inquietudes a los supervisores, incluido el fiscal general de los Estados Unidos o el fiscal general adjunto. Al igual que cualquier otra acusación de falta de ética profesional de un abogado, tales denuncias están sujetas a una posible investigación a través de los mecanismos establecidos.

[artículo renumerado - noviembre de 2015]

9-28.800 - PROGRAMAS DE CUMPLIMIENTO CORPORATIVO

A. Principio general: Los programas de cumplimiento son establecidos por la gerencia de la empresa para prevenir y detectar conductas indebidas y para garantizar que las actividades empresariales se lleven a cabo de acuerdo con las leyes, reglamentos y normas penales y civiles aplicables. El Departamento fomenta la autorregulación corporativa, incluidas las divulgaciones voluntarias al gobierno de cualquier problema que una empresa descubra por sí misma. Véase JM 9-28.900. Sin embargo, la existencia de un programa de cumplimiento no es suficiente, en sí mismo, para justificar la no presentación de cargos contra una empresa por actos delictivos

cometidos por sus funcionarios, directores, empleados o agentes. Además, la naturaleza de algunos delitos puede ser tal que las políticas nacionales de aplicación de la ley exijan el procesamiento judicial de las empresas a pesar de la existencia de un programa de cumplimiento.

B. Comentario: La existencia de un programa de cumplimiento corporativo, incluso uno que prohibió específicamente la conducta en cuestión, no exime a la empresa de responsabilidad penal en virtud de la doctrina de la responsabilidad vicaria. Véase *Estados Unidos contra Basic Constr. Co.*, 711 F.2d 570, 573 (Corte Superior de los Estados Unidos para el Cuarto Circuito, 1983) ("[U]na empresa puede ser considerada penalmente responsable por infracciones a la normativa antimonopolio cometidas por sus empleados si estos actuaban dentro del alcance de su autoridad, o autoridad aparente, y en beneficio de la empresa, incluso si (...) tales actos fueron en contra de la política corporativa o instrucciones expresas". Como se explicó en *Estados Unidos contra Potter*, 463 F.3d 9 (Corte Superior de los Estados Unidos para el Primer Circuito, 2006), una empresa no puede "evitar la responsabilidad mediante la adopción de normas abstractas" que prohíban a sus agentes participar en actos ilegales, porque "[i]ncluso una directiva específica a un agente o empleado o los esfuerzos honestos para controlar tales normas no eximen automáticamente a la empresa por los actos ilícitos de los agentes". *Id.* en 25-26. Véase también *Estados Unidos contra Hilton Hotels Corp.*, 467 F.2d 1000, 1007 (Corte Superior de Estados Unidos para el Noveno Circuito, 1972) (donde se señala que una empresa "no podría ser exculpada únicamente por emitir instrucciones generales sin comprometerse a hacer cumplir esas instrucciones por medios que sean acordes con los riesgos evidentes); *Estados Unidos contra Beusch*, 596 F.2d 871, 878 (Corte Superior de los Estados Unidos para el Noveno Circuito, 1979) ([U]na empresa puede ser responsable de los actos de sus empleados realizados en contra de las instrucciones y políticas expresas, pero (...) la existencia de tales instrucciones y las políticas pueden ser consideradas para determinar si el empleado en efecto actuó para beneficiar a la empresa").

María del Carmen Pizarro Sabogal
CTP Nº 0051

Si bien el Departamento reconoce que ningún programa de cumplimiento puede prevenir toda actividad delictiva de los empleados de una empresa, los factores críticos en la evaluación de cualquier programa son si el programa está diseñado adecuadamente para la máxima efectividad en la prevención y detección de irregularidades cometidas por los empleados y si la administración corporativa está haciendo cumplir el programa o está alentando o presionando tácitamente a los empleados para que participen en una conducta indebida para lograr los objetivos comerciales. El Departamento no tiene requisitos formulados con respecto a los programas de cumplimiento corporativo. Las preguntas fundamentales que cualquier fiscal debe hacer son: ¿Está bien diseñado el programa de cumplimiento de la empresa? ¿El programa se aplica con seriedad y de buena fe? ¿Funciona el programa de cumplimiento de la empresa? Al responder estas preguntas, el fiscal debe considerar la exhaustividad del programa de cumplimiento; el alcance y la generalización de la conducta delictiva; el número y el rango de los empleados corporativos implicados; la gravedad, duración y frecuencia de la conducta indebida; y cualquier acción correctiva tomada por la empresa, lo cual incluye, por ejemplo, las acciones disciplinarias contra infractores pasados descubiertos por el programa de cumplimiento previo, y las modificaciones a los programas de cumplimiento corporativo en vista de la experiencia adquirida [1]. Los fiscales también deben considerar la

prontitud de cualquier divulgación de actos indebidos al gobierno. Al evaluar los programas de cumplimiento, los fiscales pueden considerar si la empresa ha establecido mecanismos de gestión empresarial que puedan detectar y prevenir efectivamente la conducta indebida. Por ejemplo, ¿los directores de la compañía realizan una revisión independiente de las acciones corporativas propuestas en lugar de ratificar incuestionablemente las recomendaciones de los funcionarios?, ¿las funciones de auditoría interna se llevan a cabo a un nivel suficiente para garantizar su independencia y precisión?, y ¿han establecido los directores un sistema de información y presentación de informes en la organización diseñado razonablemente para proporcionar a la gerencia y a los directores información oportuna y precisa que les permita llegar a una decisión informada sobre el cumplimiento de la ley por parte de la organización? Véase, por ejemplo, Demanda derivada seguida contra Caremark Int'l Inc., 698 A.2d 959, 968-70 (Del. Ch. 1996).

Por lo tanto, los fiscales deben intentar determinar si el programa de cumplimiento de una empresa es simplemente un "programa en papel" o si fue diseñado, implementado, revisado y modificado, según corresponda, de manera efectiva. Además, los fiscales deben determinar si la empresa ha proporcionado personal suficiente para auditar, documentar, analizar y utilizar los resultados de los esfuerzos de cumplimiento de la empresa. Los fiscales también deben determinar si los empleados de la empresa están adecuadamente informados sobre el programa de cumplimiento y si están convencidos del compromiso de la empresa en relación con este. Esto permitirá al fiscal tomar una decisión informada sobre si la empresa ha adoptado e implementado un programa de cumplimiento verdaderamente efectivo que, cuando sea coherente con otras políticas federales de aplicación de la ley, puede conllevar una decisión de imputar cargos solo a los empleados y agentes de la empresa o mitigar los cargos o sanciones contra esta última.

María del Carmen Pizarro Sabogal
CTP Nº 0051

Los programas de cumplimiento deben estar diseñados para detectar los tipos particulares de conducta indebida que es más probable que ocurran en el giro de negocios de una empresa en particular. Muchas empresas operan en marcos reguladores complejos fuera de la experiencia normal de los fiscales penales. En consecuencia, los fiscales deben consultar con las agencias federales y estatales relevantes con la experiencia necesaria para evaluar la idoneidad del diseño y la implementación de un programa. Por ejemplo, las juntas bancarias, de seguros y médicas estatales y federales, el Departamento de Defensa, el Departamento de Salud y Servicios Humanos, la Agencia de Protección Ambiental y la Comisión de Bolsa y Valores tienen una experiencia considerable con los programas de cumplimiento y pueden ser útiles para un fiscal en la evaluación de dichos programas. Asimismo, la División de Fraude de la Sala Penal, la Unidad de Litigios Comerciales de la Sala Civil y la Unidad de Delitos Ambientales de la Sala de Asuntos Ambientales y Recursos Naturales pueden ayudar a las Fiscalías de los Estados Unidos a encontrar las oficinas de la agencia apropiadas para tal consulta.

[artículo modificado - julio de 2019]

[1] Para una revisión detallada de estos y otros factores relacionados con los programas de cumplimiento corporativo, véase el Artículo 8B2.1 de las Directrices de imposición de penas de los Estados Unidos.

9-28.900 - DIVULGACIONES VOLUNTARIAS

En conjunto con las agencias reguladoras y otros departamentos del Poder Ejecutivo, el Departamento alienta a las empresas, como parte de sus programas de cumplimiento, a realizar investigaciones internas y revelar los hechos relevantes a las autoridades competentes. Algunas agencias, como la Comisión de Bolsa y Valores y la Agencia de Protección Ambiental, así como la Sala de Asuntos Ambientales y Recursos Naturales del Departamento, tienen programas formales de divulgación voluntaria en los que los datos aportados sobre la misma empresa, junto con las medidas correctivas y los criterios adicionales, pueden calificar a la empresa para recibir amnistía o una reducción de la pena. La División Antimonopolio tiene como política ofrecer amnistía a la primera empresa que revela información sobre sí misma y acepta colaborar.

Incluso en ausencia de un programa formal, los fiscales pueden considerar la divulgación oportuna y voluntaria de una empresa como un factor independiente y al evaluar la colaboración general de la empresa y la idoneidad de su programa de cumplimiento y el compromiso de su administración con el citado programa. Véase JM 9-28.700 y 9-28.800. No obstante, iniciar un proceso puede ser apropiado a pesar de la divulgación voluntaria de una empresa. Dicha determinación debe basarse en una consideración de todos los factores establecidos en estos Principios. Véase JM 9-28.300.

[artículo nuevo - noviembre de 2015]

María del Carmen Pizarro Sabogal
CTP Nº 0051

9-28.1000 – INDEMNIZACIÓN Y MEDIDAS CORRECTIVAS

A. Principio general: Aunque ni una empresa ni un objetivo individual pueden evitar un proceso judicial simplemente pagando una suma de dinero, un fiscal puede considerar la disposición de la empresa para indemnizar el daño y las medidas que ya se han adoptado para hacerlo. Un fiscal también puede considerar otras medidas correctivas, como mejorar un programa de cumplimiento existente o aplicar medidas disciplinarias a los infractores, para determinar si se debe imputar cargos contra la empresa y cómo resolver los casos penales corporativos.

B. Comentario: Al determinar si procesar o no a una empresa, el gobierno puede considerar si esta ha adoptado medidas correctivas significativas. La respuesta de una empresa a una conducta indebida dice mucho acerca de su voluntad de garantizar la no reincidencia. Por lo tanto, las empresas que reconocen completamente la gravedad de su mala conducta y aceptan su responsabilidad deben adoptar medidas para implementar los cambios de personal, operativos y organizativos necesarios para crear conciencia entre los empleados de que no tolerará una conducta delictiva.

Entre los factores que los fiscales deberían considerar y sopesar están si la empresa aplicó medidas disciplinarias adecuadas a los infractores, una vez que la empresa identifica a esos empleados como culpables de la mala conducta. La disciplina de los empleados es una tarea difícil para muchas organizaciones debido al elemento humano involucrado y, a veces, debido a la antigüedad de los empleados en cuestión.

Aunque las empresas deben ser justas con sus empleados, también deben estar comprometidas, en todos los niveles de la empresa, con los más altos estándares de comportamiento legal y ético. La disciplina interna efectiva puede ser un poderoso elemento de disuasión contra el comportamiento inapropiado de los empleados de una empresa. Los fiscales deben estar convencidos de que la atención de la empresa se centre en la integridad y la credibilidad de sus medidas correctivas y disciplinarias en lugar de en la protección de los infractores.

Además de la disciplina de los empleados, otros dos factores utilizados en la valoración de los esfuerzos correctivos de una empresa son la indemnización y la reforma. Al igual que con las personas naturales, la decisión de iniciar o no un proceso judicial debe depender de la capacidad del objetivo de pagar la indemnización. Sin embargo, los esfuerzos de una empresa para pagar la indemnización incluso antes de cualquier mandato judicial son prueba de su aceptación de responsabilidad y, de acuerdo con las prácticas y políticas de la División apropiada del Departamento encargada de hacer cumplir leyes penales específicas, pueden considerarse para determinar si presentar cargos penales. Del mismo modo, aunque la ineficacia de un programa de cumplimiento corporativo es un factor que debe tomarse en cuenta al decidir si presentar cargos contra una empresa, el rápido reconocimiento de esa empresa de los defectos en el programa y sus esfuerzos para mejorarlo también son factores que deben considerarse en cuanto a la resolución adecuada de la causa.

[artículo renumerado - noviembre de 2015]

María del Carmen Pizarro Sabogal
CTP Nº 0051

9-28.1100 - CONSECUENCIAS COLATERALES

A. Principio general: Los fiscales pueden considerar las consecuencias colaterales de una condena o acusación penal corporativa al determinar si imputar un delito penal contra la empresa y cómo resolver los casos penales corporativos.

B. Comentario: Uno de los factores para determinar si se debe acusar a una persona natural o una empresa es si la pena probable es apropiada dada la naturaleza y la gravedad del delito. En el contexto corporativo, los fiscales pueden tener en cuenta las posibles consecuencias sustanciales para los empleados, inversionistas, jubilados y clientes de una empresa, muchos de los cuales, dependiendo del tamaño y la naturaleza de la organización y su papel en sus operaciones, no han desempeñado ningún papel en la conducta delictiva, no ha tenido conocimiento de ello o no han podido evitarlo. Los fiscales también deben conocer las sanciones no penales que pueden acompañar a un cargo penal, como la posible suspensión o prohibición de participar en contratos gubernamentales o programas financiados por el gobierno federal, como los programas de atención médica. Determinar si tales sanciones no penales son apropiadas o requeridas en un caso particular es responsabilidad de la agencia competente, y es una decisión que se tomará de acuerdo con las leyes, reglamentos y políticas aplicables.

Casi todas las condenas de una empresa, como casi todas las condenas de una persona natural, tendrán un impacto en terceros inocentes, y la simple existencia de tal efecto no es suficiente para impedir el procesamiento judicial de la empresa. Por lo

tanto, al evaluar la relevancia de las consecuencias colaterales, varios factores ya analizados, como la generalización de la conducta delictiva y la idoneidad de los programas de cumplimiento de la corporación, deben considerarse al determinar el peso que se le dará a este factor. Por ejemplo, la balanza puede inclinarse a favor de someter a un procesamiento judicial a las empresas en situaciones en las que el alcance de la conducta indebida en un caso es generalizado y sostenido dentro de una división corporativa (o se extiende por todas las esferas de la organización corporativa). En tales casos, la posible injusticia de infligir un castigo por los delitos de la empresa a los accionistas puede ser mucho menos preocupante cuando esos accionistas han recibido considerables beneficios, incluso sin saberlo, de una actividad delictiva difundida o generalizada. Del mismo modo, cuando los niveles superiores de la gerencia de la empresa o los accionistas de una sociedad anónima cerrada participaron en el acto indebido o tuvieron conocimiento de este, y la conducta en cuestión fue aceptada como una forma de realizar negocios durante un periodo prolongado, la inhabilitación puede considerarse como una consecuencia no colateral, sino una consecuencia directa y completamente apropiada de la falta cometida por la empresa.

María del Carmen Pizarro Sabogal
CTP N° 0051

Por otro lado, en caso de que las consecuencias colaterales de una condena corporativa para terceros inocentes fueran significativas, sería apropiado considerar un acuerdo de no procesamiento o aplazamiento del proceso judicial con condiciones diseñadas, entre otras medidas, para promover el cumplimiento de la ley aplicable y para prevenir la reincidencia. Dichos acuerdos son una tercera opción, además de una acusación penal, por un lado, y el desistimiento, por el otro. El desistimiento del proceso puede permitir que un infractor corporativo escape sin consecuencias. Obtener una condena puede producir un resultado que perjudica gravemente a terceros inocentes que no desempeñaron ningún papel en la conducta delictiva. En circunstancias apropiadas, un acuerdo de no procesamiento o aplazamiento del proceso judicial puede ayudar a restaurar la integridad de las operaciones de una empresa y preservar la viabilidad financiera de una empresa que ha participado en una conducta delictiva, a la vez que preserva la capacidad del gobierno de procesar a una empresa renuente que incumplió sustancialmente el acuerdo. Estos acuerdos también cumplen otros objetivos importantes, como la indemnización inmediata para las víctimas [1]. La idoneidad de un cargo penal contra una empresa, o alguna alternativa más leve, debe evaluarse de manera pragmática y razonada que produzca un resultado justo, teniendo en cuenta, entre otros aspectos, la necesidad del Departamento de promover y garantizar el respeto de la ley.

[artículo renumerado y revisado - noviembre de 2015]

[1] Los fiscales deben tener en cuenta que en el caso de empresas nacionales o multinacionales, se deben desplegar esfuerzos para determinar la existencia de otros asuntos dentro del Departamento relacionados con la empresa en cuestión. En algunos casos, los acuerdos multidistritales o a gran escala pueden ser de interés para la policía y la ciudadanía. Dichos acuerdos solo pueden celebrarse con la aprobación de cada distrito afectado o el funcionario del Departamento correspondiente.

Véase JM 9-27.641.

9-28.1200 - ALTERNATIVAS CIVILES O REGULATORIAS

A. Principio general: Los fiscales deben considerar si las alternativas no penales reprimirían, sancionarían y rehabilitarían adecuadamente a una empresa que ha cometido una conducta ilícita. Al evaluar la idoneidad de las alternativas no penales al procesamiento; por ejemplo, acciones civiles o regulatorias, el fiscal debe considerar todos los factores relevantes, tales como:

1. Las sanciones disponibles bajo los medios alternativos de resolución del caso;
2. la probabilidad de que se imponga una sanción efectiva; y
3. el efecto de la solución no penal sobre los intereses federales de aplicación de la ley.

Véase también JM 1-12.100 - Coordinación de sanciones de resolución corporativa en investigaciones paralelas y/o conjuntas y procesos derivados de la misma conducta ilícita.

[artículo actualizado - mayo de 2018]

María del Carmen Pizarro Sabogal
CTP Nº 0051

9-28.1300 - PERTINENCIA DEL PROCESAMIENTO DE PERSONAS NATURALES

A. Principio general: Al decidir si procesar o no a una empresa, los fiscales deben considerar si los cargos contra las personas responsables de la malversación de la empresa cumplirán adecuadamente los objetivos del procesamiento federal.

B. Comentario: La evaluación de la idoneidad del procesamiento judicial a personas naturales por mala conducta empresarial debe hacerse caso por caso y a la luz de los factores analizados en estos Principios. Por lo tanto, al decidir la medida más apropiada para la empresa, es decir, el procesamiento corporativo, un acuerdo de no procesamiento o aplazamiento del proceso judicial, u otra alternativa, un fiscal debe considerar el impacto del proceso iniciado contra las personas responsables, junto con los demás factores mencionados en JM 9-28.300 (Factores por considerar).

[artículo nuevo - noviembre de 2015]

9-28.1400 - SELECCIÓN DE CARGOS

A. Principio general: Una vez que un fiscal ha decidido presentar cargos contra una empresa, el fiscal, al menos presuntamente, debe imputar, o recomendar que el gran jurado impute, el delito más grave que sea coherente con la naturaleza de la conducta indebida del demandado y que probablemente dé lugar a una condena sustentable.

B. Comentario: Una vez que se toma la decisión de presentar cargos, se aplican las mismas normas que rigen la imputación de cargos contra personas naturales. Estas normas requieren "una aplicación fiel y honesta de las Directrices para la imposición de penas" y una "evaluación individualizada de la medida en que los cargos particulares se ciñen a las circunstancias específicas del caso, si son coherentes con

los propósitos del código penal federal y si maximizan el impacto de los recursos federales sobre los actos delictivos". Véase JM 9-27.300. Al determinar estos aspectos, "resulta conveniente que el fiscal general considere, entre otros, factores tales como la serie de directrices [consultivas] para la imposición de penas en función de los cargos, si la pena que corresponde a la posible sentencia (...) es proporcional a la gravedad de la conducta del acusado y si el cargo cumple con los propósitos del derecho penal como sanción, protección del público, disuasión específica y general y rehabilitación". *Id.*

[artículo renumerado - noviembre de 2015]

9-28.1500 - ACUERDOS DE DECLARACIÓN DE CULPABILIDAD CON EMPRESAS

A. Principio general: Al negociar acuerdos de declaración de culpabilidad con empresas, al igual que con personas naturales, los fiscales generalmente deben buscar una declaración de culpa de un delito apropiado. Además, los términos del acuerdo de declaración de culpabilidad deben contener disposiciones apropiadas para garantizar la sanción, la disuasión, la rehabilitación y el cumplimiento del acuerdo de declaración de culpabilidad en el contexto corporativo. En ausencia de circunstancias extraordinarias o de una política departamental aprobada, como la Política de indulgencia corporativa de la División Antimonopolio, ningún acuerdo corporativo debe brindar protección contra la responsabilidad penal o civil de ninguna persona. Véase también JM 9-16.050, 5-11.114.

María del Carmen Pizarro Sabogal
CTP Nº 0051

B. Comentario: Los fiscales pueden celebrar acuerdos de declaración de culpabilidad con empresas por las mismas razones y bajo las mismas restricciones que se aplican a los acuerdos de declaración de culpabilidad con personas naturales. Véase JM 9-27.400-530. Esto significa, entre otras cuestiones, que a la empresa generalmente se le debe exigir que se declare culpable del delito imputado más grave y fácilmente comprobable. Además, cualquier desviación negociada o variación recomendada de las Directrices consultivas para la imposición de penas debe justificarse de acuerdo con las Directrices o el artículo 3553 del título 18 del Código de los Estados Unidos y debe ser revelado al juzgado que dicta la sentencia. Se debe procurar que una empresa se dé cuenta de que declararse culpable de cargos penales constituye una admisión de culpabilidad y no simplemente una resolución de una distracción incómoda de su negocio. Al igual que con las personas naturales, las declaraciones de culpabilidad deben estructurarse de modo tal que la empresa no pueda "declararse no culpable o incluso inocente de todo cargo". Véase JM 9-27.420(b)(4), 9-27.440, 9-27.500. Por consiguiente, por ejemplo, debe dejarse constancia de una base fáctica suficiente para la declaración de culpabilidad para evitar posteriores afirmaciones corporativas de inocencia.

Un acuerdo corporativo de declaración de culpabilidad también debe contemplar disposiciones que reconozcan la naturaleza de la "persona" jurídica y que garanticen el cumplimiento de los principios de sanción, disuasión y rehabilitación. En el contexto corporativo, la sanción y la disuasión generalmente se logran mediante cuantiosas multas, indemnización obligatoria y adopción de medidas de cumplimiento apropiadas, que incluyen, si es necesario, la supervisión judicial continua o el uso de especialistas

o monitores corporativos. Véase los artículos 8B1.1, 8C2.1, y siguientes de las Directrices de imposición de penas de los Estados Unidos. Además, cuando la empresa es un contratista del gobierno, puede ser apropiada la inhabilitación permanente o temporal. Si la empresa hubiera participado en fraude contra el gobierno (por ejemplo, fraude relacionado con la contratación), un fiscal no puede negociar el derecho de una agencia a excluir o inhabilitar a la empresa demandada.

Al negociar un acuerdo de declaración de culpabilidad, los fiscales también deben considerar el valor disuasorio del procesamiento de personas dentro de la empresa. Por lo tanto, un factor que un fiscal debe considerar al determinar si debe celebrar un acuerdo de culpabilidad es si la empresa está buscando inmunidad para sus empleados y funcionarios o si está dispuesta a colaborar en la investigación de personas culpables como se describe en el presente. En ausencia de circunstancias extraordinarias o de una política departamental aprobada, como la Política de indulgencia corporativa de la División Antimonopolio, ningún acuerdo corporativo debe incluir un acuerdo para desestimar los cargos contra oficinas individuales o empleados, ni brindarles inmunidad civil o penal. Cualquier liberación de este tipo debido a circunstancias extraordinarias debe ser aprobada personalmente por escrito por el Fiscal General Adjunto correspondiente o el Fiscal de los Estados Unidos.

María del Carmen Pizarro Sabogal
CTP N° 0051

Desde luego, la rehabilitación requiere que la empresa se comprometa a respetar la ley en el futuro. Por lo tanto, es apropiado exigir a la empresa, como condición de libertad condicional, que implemente un programa de cumplimiento o que plantee reformas a uno existente. Como se analizó anteriormente, los fiscales pueden consultar con las agencias estatales y federales apropiadas y las unidades del Departamento de Justicia para garantizar que un programa de cumplimiento propuesto sea adecuado y cumpla con los estándares y las mejores prácticas de la industria. Véase JM 9-28.800.

En los acuerdos de declaración de culpabilidad en los que la empresa acepta colaborar, el fiscal debe asegurarse de que la cooperación sea totalmente veraz. Para ello, el fiscal debe solicitar que la empresa divulgue información pertinente y documentos de hechos relevantes, ponga a disposición empleados y agentes para los interrogatorios, presente estados financieros certificados apropiados, acuerde auditorías gubernamentales o de terceros, y adopte cualquier otra medida que sea necesaria para garantizar que se divulgue todo el alcance de las conductas indebidas corporativas y que el personal responsable sea identificado y, si corresponde, procesado. Véase generalmente JM 9-28.700. Al tomar tales medidas, los fiscales del Departamento deben reconocer que las comunicaciones abogado-cliente a menudo son esenciales para los esfuerzos de una empresa para cumplir con regímenes regulatorios y legales complejos, y que, como se explicó en detalle anteriormente, la colaboración no se mide por la renuncia del secreto profesional y de la protección del resultado del trabajo, sino que se mide, como una cuestión fundamental, por la divulgación de hechos sobre la conducta indebida de personas naturales, así como otras consideraciones identificadas en este documento, como poner a disposición testigos para entrevistas y ayudar en la interpretación de documentos complejos o registros comerciales.

[artículo renumerado y modificado - noviembre de 2015]

Estos Principios solo imparten orientación interna del Departamento de Justicia. No pretenden servir de referencia, ni constituyen la base ni podrán basarse en ellos para crear ningún derecho, sustantivo o procesal, exigible por ley por cualquier parte en cualquier asunto civil o penal. Tampoco se imponen limitaciones a las prerrogativas de litigio legales del Departamento de Justicia.

<9-27.000 - Principios de procesamiento judicial a nivel federal hasta 9-34.000 - Preparación de informes sobre condenados para la Comisión de Libertad Condicional>

ttps://www.justice.gov/jm/jm-9-28000-principles-federal-prosecution-business-organizations

---

MAR/DGG-jcj
181229A19

La Traductora Colegiada Certificada, miembro del Colegio de Traductores del Perú (CTP) que suscribe, declara que la presente Traducción Certificada, que consta de 28 página(s), es una versión fiel y correcta al castellano del documento adjunto en idioma inglés que se ha tenido a la vista.
Se certifica la fidelidad de la traducción mas no se asume responsabilidad por la autenticidad o el contenido del documento en lengua origen.
Firmado en Lima, a los 15 días del mes de enero de 2020

María del Carmen Pizarro Sabogal
CTP Nº 0051

9-28.000 - PRINCIPLES OF FEDERAL PROSECUTION OF BUSINESS ORGANIZATIONS

9-28.010 Foundational Principles of Corporate Prosecution

9-28.100 Duties of Federal Prosecutors and Duties of Corporate Leaders

9-28.200 General Considerations of Corporate Liability

9-28.210 Focus on Individual Wrongdoers

9-28.300 Factors to Be Considered

9-28.400 Special Policy Concerns

9-28.500 Pervasiveness of Wrongdoing Within the Corporation

9-28.600 The Corporation's Past History

9-28.700 The Value of Cooperation

9-28.710 Attorney-Client and Work Product Protections

9-28.720 Cooperation: Disclosing the Relevant Facts

9-28.730 Obstructing the Investigation

9-28.740 Offering Cooperation: No Entitlement to Immunity

9-28.750 Oversight Concerning Demands for Waivers of Attorney-Client Privilege or Work Product Protection By Corporations Contrary to This Policy

9-28.800 Corporate Compliance Programs

9-28.900 Voluntary Disclosures

9-28.1000 Restitution and Remediation

9-28.1100 Collateral Consequences

9-28.1200 Civil or Regulatory Alternatives

9-28.1300 Adequacy of Prosecution of Individuals

9-28.1400 Selecting Charges

9-28.1500 Plea Agreements with Corporations

9-28.010 - FOUNDATIONAL PRINCIPLES OF CORPORATE PROSECUTION

The prosecution of corporate crime is a high priority for the Department of Justice. By investigating allegations of wrongdoing and bringing charges where appropriate for criminal misconduct, the Department promotes critical public interests. These interests include, among other things: (1) protecting the integrity of our economic and capital markets by enforcing the rule of law; (2) protecting consumers, investors, and business entities against competitors who gain unfair advantage by violating the law; (3) preventing violations of environmental laws; and (4) discouraging business practices that would permit or promote unlawful conduct at the expense of the public interest.

One of the most effective ways to combat corporate misconduct is by holding accountable all individuals who engage in wrongdoing. Such accountability deters future illegal activity, incentivizes changes in corporate behavior, ensures that the proper parties are held responsible for their actions, and promotes the public's confidence in our justice system.

Prosecutors should focus on wrongdoing by individuals from the very beginning of any investigation of corporate misconduct. By focusing on building cases against individual wrongdoers, we accomplish multiple goals. First, we increase our ability to identify the full extent of corporate misconduct. Because a corporation only acts through individuals, investigating the conduct of individuals is the most efficient and effective way to determine the facts and the extent of any corporate misconduct. Second, a focus on individuals increases the likelihood that those with knowledge of the corporate misconduct will be identified and provide information about the individuals involved, at any level of an organization. Third, we maximize the likelihood that the final resolution will include charges against culpable individuals and not just the corporation.

[new November 2015]

9-28.100 - DUTIES OF FEDERAL PROSECUTORS AND DUTIES OF CORPORATE LEADERS

Corporate directors and officers owe a fiduciary duty to a corporation's shareholders (the corporation's true owners) and they owe duties of honest dealing to the investing public and consumers in connection with the corporation's regulatory filings and public statements. A prosecutor's duty to enforce the law requires the investigation and prosecution of criminal wrongdoing if it is discovered. In carrying out this mission with the diligence and resolve necessary to vindicate the important public interests discussed above, prosecutors should be mindful of the common cause we share with responsible corporate leaders who seek to promote trust and confidence. Prosecutors should also be mindful that confidence in the Department is affected both by the results we achieve and by the real and perceived ways in which we achieve them. Thus, the manner in which we do our job as prosecutors—including the professionalism and civility we demonstrate, our willingness to secure the facts in a manner that encourages corporate compliance and self-regulation, and also our appreciation that corporate prosecutions can harm blameless investors, employees, and others—affects public perception of our mission. Federal prosecutors must maintain public confidence in the way in which we exercise our charging discretion. This endeavor requires the thoughtful analysis of all facts and circumstances presented in a given case.

[revised November 2015]

9-28.200 - GENERAL CONSIDERATIONS OF CORPORATE LIABILITY

A. General Principle: Corporations should not be treated leniently because of their artificial nature nor should they be subject to harsher treatment. Vigorous enforcement of the criminal laws against corporate wrongdoers, where appropriate, results in great benefits for law enforcement and the public, particularly in the area of white collar crime. Indicting corporations for wrongdoing enables the government to be a force for positive change of corporate culture, and a force to prevent, discover, and punish serious crimes.

B. Comment: In all cases involving corporate wrongdoing, prosecutors should consider the factors discussed in these guidelines.[1] In doing so, prosecutors should be aware of the public benefits that can flow from indicting a corporation in appropriate cases. For instance, corporations are likely to take immediate remedial steps when one is indicted for criminal misconduct that is pervasive throughout a particular industry, and thus an indictment can provide a unique opportunity for deterrence on a broad scale. In addition, a corporate indictment may result in specific deterrence by changing the culture of the indicted corporation and the behavior of its employees. Finally, certain crimes that carry with them a substantial risk of great public harm—*e.g.*, environmental crimes or sweeping financial frauds—may be committed by a business entity, and there may therefore be a substantial federal interest in indicting a corporation under such circumstances.

In certain instances, it may be appropriate to resolve a corporate criminal case by means other than indictment. Non-prosecution and deferred prosecution agreements, for example, occupy an important middle ground between declining prosecution and obtaining the conviction of a corporation. These agreements are discussed further in JM 9-28.1100 (Collateral Consequences). Likewise, civil and regulatory alternatives may be appropriate in certain cases, as discussed in JM 9-28.1200 (Civil or Regulatory Alternatives).

Prosecutors have substantial latitude in determining when, whom, how, and even whether to prosecute for violations of federal criminal law. In exercising that discretion, prosecutors should consider the following statements of principles that summarize the considerations they should weigh and the practices they should follow in discharging their prosecutorial responsibilities. Prosecutors should ensure that the general purposes of the criminal law—appropriate punishment for the defendant, deterrence of further criminal conduct by the defendant, deterrence of criminal conduct by others, protection of the public from dangerous and fraudulent conduct, rehabilitation, and restitution for victims—are adequately met, taking into account the special nature of the corporate "person."

[1] While these guidelines refer to corporations, they apply to the consideration of the prosecution of all types of business organizations, including partnerships, sole proprietorships, government entities, and unincorporated associations.

[revised November 2015]

9-28.210 - FOCUS ON INDIVIDUAL WRONGDOERS

A. General Principle: Prosecution of a corporation is not a substitute for the prosecution of criminally culpable individuals within or without the corporation. Because a corporation can act only through individuals, imposition of individual criminal liability may provide the strongest deterrent against future corporate wrongdoing. Provable individual criminal culpability should be pursued, particularly if it relates to high-level corporate officers, even in the face of an offer of a corporate guilty plea or some other disposition of the charges against the corporation, including a deferred prosecution or non-prosecution agreement, or a civil resolution. In other words, regardless of the ultimate corporate disposition, a separate evaluation must be made with respect to potentially liable individuals.

Absent extraordinary circumstances or approved departmental policy such as the Antitrust Division's Corporate Leniency Policy, no corporate resolution should provide protection from criminal liability for any individuals. The United States generally should not release individuals from criminal liability based on corporate settlement releases. Any such release of individuals from criminal liability due to extraordinary circumstances must be personally approved in writing by the relevant Assistant Attorney General or United States Attorney.

B. Comment: It is important early in the corporate investigation to identify the responsible individuals and determine the nature and extent of their misconduct. Prosecutors should not allow delays in the corporate investigation to undermine the Department's ability to pursue potentially culpable individuals. Every effort should be made to resolve a corporate matter within the statutorily allotted time, and tolling agreements should be the rare exception. In situations where it is anticipated that a tolling agreement is unavoidable, all efforts should be made either to prosecute culpable individuals before the limitations period expires or to preserve the ability to charge individuals by tolling the limitations period by agreement or court order.

If an investigation of individual misconduct has not concluded by the time authorization is sought to resolve the case against the corporation, the prosecution authorization memorandum should include a discussion of the potentially liable individuals, a description of the current status of the investigation regarding their conduct and the investigative work that remains to be done, and, when warranted, an investigative plan to bring the matter to resolution prior to the end of any statute of limitations period. If a decision is made at the conclusion of the investigation to pursue charges or some other resolution with the corporation but not to bring criminal charges or civil claims against culpable individuals, the reasons for that determination must be memorialized and approved by the United States Attorney or Assistant Attorney General whose office handled the investigation, or their designees.

Under the doctrine of *respondeat superior*, a corporation may be held criminally liable for the illegal acts of its directors, officers, employees, and agents. To hold a corporation liable for these actions, the government must establish that the corporate agent's actions (i) were within the scope of his duties and (ii) were intended, at least in part, to benefit the corporation. In all cases involving wrongdoing by corporate agents, prosecutors should not limit their focus solely to individuals or the corporation, but should consider both as potential targets.

Agents may act for mixed reasons—both for self-aggrandizement (direct and indirect) and for the benefit of the corporation, and a corporation may be held liable as long as one motivation of its agent is to benefit the corporation. *See United States v. Potter*, 463 F.3d 9, 25 (1st Cir. 2006) (stating that the test to determine whether an agent is acting within the scope of employment is "whether the agent is performing acts of the kind which he is authorized to perform, and those acts are motivated, at least in part, by an intent to benefit the corporation."). In *United States v. Automated Medical Laboratories, Inc.*, 770 F.2d 399 (4th Cir. 1985), for example, the Fourth Circuit affirmed a corporation's conviction for the actions of a subsidiary's employee despite the corporation's claim that the employee was acting for his own benefit, namely his "ambitious nature and his desire to ascend the corporate ladder." *Id.* at 407. The court stated, "Partucci was clearly acting in part to benefit AML since his advancement within the corporation depended on AML's well-being and its lack of difficulties with the FDA." *Id.*; *see also United States v. Cincotta*, 689 F.2d 238, 241-42 (1st Cir. 1982) (upholding a corporation's conviction, notwithstanding the substantial personal benefit reaped by its miscreant agents, because the fraudulent scheme required money to pass through the corporation's treasury and the fraudulently obtained goods were resold to the corporation's customers in the corporation's name).

Moreover, the corporation need not even necessarily profit from its agent's actions for it to be held liable. In *Automated Medical Laboratories*, the Fourth Circuit stated:

[B]enefit is not a "touchstone of criminal corporate liability; benefit at best is an evidential, not an operative, fact." Thus, whether the agent's actions ultimately redounded to the benefit of the corporation is less significant than whether the agent acted with the intent to benefit the corporation. The basic purpose of requiring that an agent have acted with the intent to benefit the corporation, however, is to insulate the corporation from criminal liability for actions of its agents which may be *inimical* to the interests of the corporation or which may have been undertaken solely to advance the interests of that agent or of a party other than the corporation.

770 F.2d at 407 (internal citation omitted) (quoting *Old Monastery Co. v. United States*, 147 F.2d 905, 908 (4th Cir. 1945)).

[updated November 2018]

9-28.300 - FACTORS TO BE CONSIDERED

A. General Principle: Generally, prosecutors apply the same factors in determining whether to charge a corporation as they do with respect to individuals. *See* JM 9-27.220 et seq. Thus, the prosecutor must weigh all of the factors

normally considered in the sound exercise of prosecutorial judgment: the sufficiency of the evidence; the likelihood of success at trial; the probable deterrent, rehabilitative, and other consequences of conviction; and the adequacy of noncriminal approaches. *See id.* However, due to the nature of the corporate "person," some additional factors are present. In conducting an investigation, determining whether to bring charges, and negotiating plea or other agreements, prosecutors should consider the following factors in reaching a decision as to the proper treatment of a corporate target:

1. the nature and seriousness of the offense, including the risk of harm to the public, and applicable policies and priorities, if any, governing the prosecution of corporations for particular categories of crime (*see* JM 9-28.400);
2. the pervasiveness of wrongdoing within the corporation, including the complicity in, or the condoning of, the wrongdoing by corporate management (*see* JM 9-28.500);
3. the corporation's history of similar misconduct, including prior criminal, civil, and regulatory enforcement actions against it (*see* JM 9-28.600);
4. the corporation's willingness to cooperate, including as to potential wrongdoing by its agents (*see* JM 9-28.700);
5. the adequacy and effectiveness of the corporation's compliance program at the time of the offense, as well as at the time of a charging decision (*see* JM 9-28.800);
6. the corporation's timely and voluntary disclosure of wrongdoing (*see* JM 9-28.900);
7. the corporation's remedial actions, including, but not limited to, any efforts to implement an adequate and effective corporate compliance program or to improve an existing one, to replace responsible management, to discipline or terminate wrongdoers, or to pay restitution (*see* JM 9-28.1000);
8. collateral consequences, including whether there is disproportionate harm to shareholders, pension holders, employees, and others not proven personally culpable, as well as impact on the public arising from the prosecution (*see* JM 9-28.1100);
9. the adequacy of remedies such as civil or regulatory enforcement actions, including remedies resulting from the corporation's cooperation with relevant government agencies (*see* JM 9-28.1200); and
10. the adequacy of the prosecution of individuals responsible for the corporation's malfeasance (*see* JM 9-28.1300).

B. Comment: The factors listed in this section are intended to be illustrative of those that should be evaluated and are not an exhaustive list of potentially relevant considerations. Some of these factors may not apply to specific cases, and in some cases one factor may override all others. For example, the nature and seriousness of the offense may be such as to warrant prosecution regardless of the other factors. In most cases, however, no single factor will be dispositive. In addition, national law enforcement policies in various enforcement areas may require that more or less weight be given to certain of these factors than to others. Of course, prosecutors must exercise their thoughtful and pragmatic judgment in applying and balancing these factors, so as to achieve a fair and just outcome and promote respect for the law.

[updated November 2018]

9-28.400 - SPECIAL POLICY CONCERNS

A. **General Principle:** The nature and seriousness of the crime, including the risk of harm to the public from the criminal misconduct, are obviously primary factors in determining whether to charge a corporation. In addition, corporate conduct, particularly that of national and multi-national corporations, necessarily intersects with federal economic, tax, and criminal law enforcement policies. In applying these Principles, prosecutors must consider the practices and policies of the appropriate Division of the Department, and must comply with those policies to the extent required by the facts presented.

B. **Comment:** In determining whether to charge a corporation, prosecutors should take into account federal law enforcement priorities as discussed above. *See* JM 9-27.230. In addition, however, prosecutors must be aware of the specific policy goals and incentive programs established by the respective Divisions and regulatory agencies. Thus, whereas natural persons may be given incremental degrees of credit (ranging from immunity to lesser charges to sentencing considerations) for turning themselves in, making statements against their penal interest, and cooperating in the government's investigation of their own and others' wrongdoing, the same approach may not be appropriate in all circumstances with respect to corporations. As an example, it is entirely

proper in many investigations for a prosecutor to consider the corporation's pre-indictment conduct, *e.g.*, voluntary disclosure, cooperation, remediation or restitution, in determining whether to seek an indictment. However, this would not necessarily be appropriate in an antitrust investigation, in which antitrust violations, by definition, go to the heart of the corporation's business. With this in mind, the Antitrust Division has established a firm policy, understood in the business community, that corporate leniency is available only to the first corporation to make full disclosure to the government. As another example, the Tax Division has a strong preference for prosecuting responsible individuals, rather than entities, for corporate tax offenses. Thus, in determining whether or not to charge a corporation, prosecutors must consult with the Criminal, Antitrust, Tax, Environmental and Natural Resources, and National Security Divisions, as appropriate.

[updated July 2019]

9-28.500 - PERVASIVENESS OF WRONGDOING WITHIN THE CORPORATION

A. **General Principle:** A corporation can only act through natural persons, and it is therefore held responsible for the acts of such persons fairly attributable to it. Charging a corporation for even minor misconduct may be appropriate where the wrongdoing was pervasive and was undertaken by a large number of employees, or by all the employees in a particular role within the corporation, or was condoned by upper management. On the other hand, it may not be appropriate to impose liability upon a corporation, particularly one with a robust compliance program in place, under a strict *respondeat superior* theory for the single isolated act of a rogue employee. There is, of course, a wide spectrum between these two extremes, and a prosecutor should exercise sound discretion in evaluating the pervasiveness of wrongdoing within a corporation.
B. **Comment:** Of these factors, the most important is the role and conduct of management. Although acts of even low-level employees may result in criminal liability, a corporation is directed by its management and management is responsible for a corporate culture in which criminal conduct is either discouraged or tacitly encouraged. As stated in commentary to the Sentencing Guidelines:

> Pervasiveness [is] case specific and [will] depend on the number, and degree of responsibility, of individuals [with] substantial authority ... who participated in, condoned, or were willfully ignorant of the offense. Fewer individuals need to be involved for a finding of pervasiveness if those individuals exercised a relatively high degree of authority. Pervasiveness can occur either within an organization as a whole or within a unit of an organization.

USSG § 8C2.5, cmt. (n. 4).

[new August 2008]

9-28.600 - THE CORPORATION'S PAST HISTORY

A. **General Principle:** Prosecutors may consider a corporation's history of similar conduct, including prior criminal, civil, and regulatory enforcement actions against it, in determining whether to bring criminal charges and how best to resolve cases.
B. **Comment:** A corporation, like a natural person, is expected to learn from its mistakes. A history of similar misconduct may be probative of a corporate culture that encouraged, or at least condoned, such misdeeds, regardless of any compliance programs. Criminal prosecution of a corporation may be particularly appropriate where the corporation previously had been subject to non-criminal guidance, warnings, or sanctions, or previous criminal charges, and it either had not taken adequate action to prevent future unlawful conduct or had continued to engage in the misconduct in spite of the warnings or enforcement actions taken against it. The corporate structure itself (*e.g.*, the creation or existence of subsidiaries or operating divisions) is not dispositive in this analysis, and enforcement actions taken against the corporation or any of its divisions, subsidiaries, and affiliates may be considered, if germane. *See* USSG § 8C2.5(c), cmt. (n. 6).

[new August 2008]

9-28.700 - THE VALUE OF COOPERATION

Cooperation is a mitigating factor, by which a corporation—just like any other subject of a criminal investigation—can gain credit in a case that otherwise is appropriate for indictment and prosecution. Of course, the decision not to cooperate by a corporation (or individual) is not itself evidence of misconduct, at least where the lack of cooperation does not involve criminal misconduct or demonstrate consciousness of guilt (*e.g.*, suborning perjury or false statements, or refusing to comply with lawful discovery requests). Thus, failure to cooperate, in and of itself, does not support or require the filing of charges with respect to a corporation any more than with respect to an individual.

A. General Principle: In order for a company to receive any consideration for cooperation under this section, the company must identify all individuals substantially involved in or responsible for the misconduct at issue, regardless of their position, status or seniority, and provide to the Department all relevant facts relating to that misconduct. If a company seeking cooperation credit declines to learn of such facts or to provide the Department with complete factual information about the individuals substantially involved in or responsible for the misconduct, its cooperation will not be considered a mitigating factor under this section. Nor, if a company is prosecuted, will the Department support a cooperation-related reduction at sentencing. *See* U.S.S.G. § 8C2.5(g), cmt. (n. 13) ("A prime test of whether the organization has disclosed all pertinent information" necessary to receive a cooperation-related reduction in its offense level calculation "is whether the information is sufficient … to identify … the individual(s) responsible for the criminal conduct.").[1]

If the company is unable to identify all relevant individuals or provide complete factual information despite its good faith efforts to cooperate fully, the organization may still be eligible for cooperation credit. *See* U.S.S.G. § 8C2.5(g), cmt. (n. 13) ("[T]he cooperation to be measured is the cooperation of the organization itself, not the cooperation of individuals within the organization. If, because of the lack of cooperation of particular individual(s), neither the organization nor law enforcement personnel are able to identify the culpable individual(s) within the organization despite the organization's efforts to cooperate fully, the organization may still be given credit for full cooperation."). For example, there may be circumstances where, despite its best efforts to conduct a thorough investigation, a company genuinely cannot get access to certain evidence or is legally prohibited from disclosing it to the government. Under such circumstances, the company seeking cooperation will bear the burden of explaining the restrictions it is facing to the prosecutor.

To be clear, a company is not required to waive its attorney-client privilege or attorney work product protection to be eligible to receive cooperation credit. *See* JM 9-28.720. The extent of the cooperation credit earned will depend on all the various factors that have traditionally applied in making this assessment (*e.g.,* the timeliness of the cooperation, the diligence, thoroughness and speed of the internal investigation, and the proactive nature of the cooperation).

B. Comment: In investigating wrongdoing by or within a corporation, a prosecutor may encounter several obstacles resulting from the nature of the corporation itself. It may be difficult to determine which individual took which action on behalf of the corporation. Lines of authority and responsibility may be shared among operating divisions or departments, and records and personnel may be spread throughout the United States or even among several countries. Where the criminal conduct continued over an extended period of time, the culpable or knowledgeable personnel may have been promoted, transferred, or fired, or they may have quit or retired. Accordingly, a corporation's cooperation may be critical in identifying potentially relevant actors and locating relevant evidence, among other things, and in doing so expeditiously.

This dynamic—*i.e.*, the difficulty of determining what happened, where the evidence is, and which individuals took or promoted putatively illegal corporate actions—can have negative consequences for both the government and the corporation that is the subject or target of a government investigation. More specifically, because of corporate attribution principles concerning actions of corporate officers and employees, *see* JM 9.28-210, uncertainty about who authorized or directed apparent corporate misconduct can inure to the detriment of a corporation. For example, it may not matter under the law which of several possible executives or leaders in a chain of command approved of or authorized criminal conduct; however, that information if known might bear on the propriety of a particular disposition short of indictment of the corporation. It may not be in the interest of a corporation or the government for a charging decision to be made in the absence of such information, which might occur if, for example, a statute of limitations were relevant and authorization by any one of the officials were enough to justify a charge under the law.

For these reasons and more, cooperation can be a favorable course for both the government and the corporation. Cooperation benefits the government by allowing prosecutors and federal agents, for example, to avoid protracted delays, which compromise their ability to quickly uncover and address the full extent of widespread corporate crimes.

With cooperation by the corporation, the government may be able to reduce tangible losses, limit damage to reputation, and preserve assets for restitution. At the same time, cooperation may benefit the corporation—and ultimately shareholders, employees, and other often blameless victims—by enabling the government to focus its investigative resources in a manner that may expedite the investigation and that may be less likely to disrupt the corporation's legitimate business operations. In addition, cooperation may benefit the corporation by presenting it with the opportunity to earn credit for its efforts.

The requirement that companies cooperate completely as to individuals does not mean that Department attorneys should wait for the company to deliver the information about individual wrongdoers and then merely accept what companies provide. To the contrary, Department attorneys should be proactively investigating individuals at every step of the process—before, during, and after any corporate cooperation. Department attorneys should vigorously review any information provided by companies and compare it to the results of their own investigation, in order to best ensure that the information provided is indeed complete and does not seek to minimize, exaggerate, or otherwise misrepresent the behavior or role of any individual or group of individuals.

Department attorneys should strive to obtain from the company as much information as possible about responsible individuals before resolving the corporate case. In addition, the company's continued cooperation with respect to individuals may be necessary post-resolution. If so, the corporate resolution agreement should include a provision that requires the company to provide information about all individuals substantially involved in or responsible for the misconduct, and that is explicit enough so that a failure to provide the information results in specific consequences, such as stipulated penalties and/or a material breach.

[cited in JM 9-47.120]

[updated November 2018]

[1] Of course, in addition to cooperation in an investigation, the Department encourages early voluntary disclosure of criminal wrongdoing, *see* JM 9-28.900, even before all facts are known to the company, and does not expect that such early disclosures would be complete. However, the Department does expect that, in such circumstances, the company will move in a timely fashion to conduct an appropriate investigation and provide timely factual updates to the Department.

9-28.710 - ATTORNEY-CLIENT AND WORK PRODUCT PROTECTIONS

The attorney-client privilege and the attorney work product protection serve an extremely important function in the American legal system. The attorney-client privilege is one of the oldest and most sacrosanct privileges under the law. *See Upjohn v. United States*, 449 U.S. 383, 389 (1981). As the Supreme Court has stated, "[i]ts purpose is to encourage full and frank communication between attorneys and their clients and thereby promote broader public interests in the observance of law and administration of justice." *Id.* The value of promoting a corporation's ability to seek frank and comprehensive legal advice is particularly important in the contemporary global business environment, where corporations often face complex and dynamic legal and regulatory obligations imposed by the federal government and also by states and foreign governments. The work product doctrine serves similarly important goals.

For these reasons, waiving the attorney-client and work product protections has never been a prerequisite under the Department's prosecution guidelines for a corporation to be viewed as cooperative. Nonetheless, a wide range of commentators and members of the American legal community and criminal justice system have asserted that the Department's policies have been used, either wittingly or unwittingly, to coerce business entities into waiving attorney-client privilege and work-product protection. Everyone agrees that a corporation may freely waive its own privileges if it chooses to do so; indeed, such waivers occur routinely when corporations are victimized by their employees or others, conduct an internal investigation, and then disclose the details of the investigation to law enforcement officials in an effort to seek prosecution of the offenders. However, the contention, from a broad array of voices, is that the Department's position on attorney-client privilege and work product protection waivers has promoted an environment in which those protections are being unfairly eroded to the detriment of all.

The Department understands that the attorney-client privilege and attorney work product protection are essential and long-recognized components of the American legal system. What the government seeks and needs to advance its legitimate (indeed, essential) law enforcement mission is not waiver of those protections, but rather the facts known to the corporation about the putative criminal misconduct under review. In addition, while a corporation remains free to convey non-factual or "core" attorney-client communications or work product—if and only if the corporation voluntarily chooses to do so—prosecutors should not ask for such waivers and are directed not to do so. The critical factor is whether the corporation has provided the facts about the events, as explained further herein.

[new August 2008]

9-28.720 - COOPERATION: DISCLOSING THE RELEVANT FACTS

Eligibility for cooperation credit is not predicated upon the waiver of attorney-client privilege or work product protection. Instead, the sort of cooperation that is most valuable to resolving allegations of misconduct by a corporation and its officers, directors, employees, or agents is disclosure of the relevant *facts* concerning such misconduct. In this regard, the analysis parallels that for a non-corporate defendant, where cooperation typically requires disclosure of relevant factual knowledge and not of discussions between an individual and his attorneys.

Thus, when the government investigates potential corporate wrongdoing, it seeks the relevant facts. For example, how and when did the alleged misconduct occur? Who promoted or approved it? Who was responsible for committing it? In this respect, the investigation of a corporation differs little from the investigation of an individual. In both cases, the government needs to know the facts to achieve a just and fair outcome. The party under investigation may choose to cooperate by disclosing the facts, and the government may give credit for the party's disclosures. If a corporation wishes to receive credit for such cooperation, which then can be considered with all other cooperative efforts and circumstances in evaluating how fairly to proceed, then the corporation, like any person, must disclose the relevant facts of which it has knowledge.[1]

(a) Disclosing the Relevant Facts—Facts Gathered Through Internal Investigation

Individuals and corporations often obtain knowledge of facts in different ways. An individual knows the facts of his or others' misconduct through his own experience and perceptions. A corporation is an artificial construct that cannot, by definition, have personal knowledge of the facts. Some of those facts may be reflected in documentary or electronic media like emails, transaction or accounting documents, and other records. Often, the corporation gathers facts through an internal investigation. Exactly how and by whom the facts are gathered is for the corporation to decide. Many corporations choose to collect information about potential misconduct through lawyers, a process that may confer attorney-client privilege or attorney work product protection on at least some of the information collected. Other corporations may choose a method of fact-gathering that does not have that effect—for example, having employee or other witness statements collected after interviews by non-attorney personnel. Whichever process the corporation selects, the government's key measure of cooperation must remain the same as it does for an individual: has the party timely disclosed the relevant facts about the putative misconduct? That is the operative question in assigning cooperation credit for the disclosure of information—*not* whether the corporation discloses attorney-client or work product materials. Accordingly, a corporation should receive the same credit for disclosing facts contained in materials that are not protected by the attorney-client privilege or attorney work product as it would for disclosing identical facts contained in materials that are so protected.[2] On this point the Report of the House Judiciary Committee, submitted in connection with the attorney-client privilege bill passed by the House of Representatives (H.R. 3013), comports with the approach required here:

> [A]n ... attorney of the United States may base cooperation credit on the facts that are disclosed, but is prohibited from basing cooperation credit upon whether or not the materials are protected by attorney-client privilege or attorney work product. As a result, an entity that voluntarily discloses should receive the same amount of cooperation credit for disclosing facts that happen to be contained in materials not protected by attorney-client privilege or attorney work product as it would receive for disclosing identical facts that are contained in materials protected by attorney-client privilege or attorney work product. There should be no differentials in an assessment of cooperation (*i.e.*, neither a credit nor a penalty) based

upon whether or not the materials disclosed are protected by attorney-client privilege or attorney work product.

H.R. Rep. No. 110-445 at 4 (2007).

In short, the company may be eligible for cooperation credit regardless of whether it chooses to waive privilege or work product protection in the process, if it provides all relevant facts about the individuals who were involved in the misconduct. But if the corporation does not disclose such facts, it will not be entitled to receive any credit for cooperation.

Two final and related points bear noting about the disclosure of facts, although they should be obvious. First, the government cannot compel, and the corporation has no obligation to make, such disclosures (although the government can obviously compel the disclosure of certain records and witness testimony through subpoenas). Second, a corporation's failure to provide relevant information about individual misconduct alone does not mean the corporation will be indicted. It simply means that the corporation will not be entitled to mitigating credit for that cooperation. Whether the corporation faces charges will turn, as it does in any case, on the sufficiency of the evidence, the likelihood of success at trial, and all of the other factors identified in JM 9-28.300. If there is insufficient evidence to warrant indictment, after appropriate investigation has been completed, or if the other factors weigh against indictment, then the corporation should not be indicted, irrespective of whether it has earned cooperation credit. The converse is also true: The government may charge even the most cooperative corporation pursuant to these Principles if, in weighing and balancing the factors described herein, the prosecutor determines that a charge is required in the interests of justice. Put differently, even the most sincere and thorough effort to cooperate cannot necessarily absolve a corporation that has, for example, engaged in an egregious, orchestrated, and widespread fraud. Cooperation is a potential mitigating factor, but it alone is not dispositive.

(b) Legal Advice and Attorney Work Product

Separate from (and usually preceding) the fact-gathering process in an internal investigation, a corporation, through its officers, employees, directors, or others, may have consulted with corporate counsel regarding or in a manner that concerns the legal implications of the putative misconduct at issue. Communications of this sort, which are both independent of the fact-gathering component of an internal investigation and made for the purpose of seeking or dispensing legal advice, lie at the core of the attorney-client privilege. Such communications can naturally have a salutary effect on corporate behavior—facilitating, for example, a corporation's effort to comply with complex and evolving legal and regulatory regimes.[3] Except as noted in subparagraphs (b)(i) and (b)(ii) below, a corporation need not disclose and prosecutors may not request the disclosure of such communications as a condition for the corporation's eligibility to receive cooperation credit.

Likewise, non-factual or core attorney work product—for example, an attorney's mental impressions or legal theories—lies at the core of the attorney work product doctrine. A corporation need not disclose, and prosecutors may not request, the disclosure of such attorney work product as a condition for the corporation's eligibility to receive cooperation credit.

(i) Advice of Counsel Defense in the Instant Context

Occasionally a corporation or one of its employees may assert an advice-of-counsel defense, based upon communications with in-house or outside counsel that took place prior to or contemporaneously with the underlying conduct at issue. In such situations, the defendant must tender a legitimate factual basis to support the assertion of the advice-of-counsel defense. *See*, *e.g.*, *Pitt v. Dist. of Columbia*, 491 F.3d 494, 504-05 (D.C. Cir. 2007); *United States v. Wenger*, 427 F.3d 840, 853-54 (10th Cir. 2005); *United States v. Cheek*, 3 F.3d 1057, 1061-62 (7th Cir. 1993). The Department cannot fairly be asked to discharge its responsibility to the public to investigate alleged corporate crime, or to temper what would otherwise be the appropriate course of prosecutive action, by simply accepting on faith an otherwise unproven assertion that an attorney—perhaps even an unnamed attorney—approved potentially unlawful practices. Accordingly, where an advice-of-counsel defense has been asserted, prosecutors may ask for the disclosure of the communications allegedly supporting it.

(ii) Communications in Furtherance of a Crime or Fraud

Communications between a corporation (through its officers, employees, directors, or agents) and corporate counsel that are made in furtherance of a crime or fraud are, under settled precedent, outside the scope and protection of the attorney-client privilege. *See United States v. Zolin*, 491 U.S. 554, 563 (1989); *United States v. BDO Seidman, LLP*, 492 F.3d 806, 818 (7th Cir. 2007). As a result, the Department may properly request such communications if they in fact exist.

[cited in JM 9-47.120]

[updated November 2017]

[1] This section of the Principles focuses solely on the disclosure of facts and the privilege issues that may be implicated thereby. There are other dimensions of cooperation beyond the mere disclosure of facts, such as providing non-privileged documents and other evidence, making witnesses available for interviews, and assisting in the interpretation of complex business records.

[2] By way of example, corporate personnel are usually interviewed during an internal investigation. If the interviews are conducted by counsel for the corporation, certain notes and memoranda generated from the interviews may be subject, at least in part, to the protections of attorney-client privilege and/or attorney work product. To receive cooperation credit for providing factual information, the corporation need not produce, and prosecutors may not request, protected notes or memoranda generated by the interviews conducted by counsel for the corporation. To earn such credit, however, the corporation does need to produce, and prosecutors may request, relevant factual information—including relevant factual information acquired through those interviews, unless the identical information has otherwise been provided—as well as relevant non-privileged evidence such as accounting and business records and emails between non-attorney employees or agents.

[3] These privileged communications are not necessarily limited to those that occur contemporaneously with the underlying misconduct. They would include, for instance, legal advice provided by corporate counsel in an internal investigation report. Again, the key measure of cooperation is the disclosure of factual information known to the corporation, not the disclosure of legal advice or theories rendered in connection with the conduct at issue (subject to the two exceptions noted in JM 9-28.720(b)(i-ii)).

9-28.730 - OBSTRUCTING THE INVESTIGATION

Another factor to be weighed by the prosecutor is whether the corporation has engaged in conduct intended to impede the investigation. Examples of such conduct could include: inappropriate directions to employees or their counsel, such as directions not to be truthful or to conceal relevant facts; making representations or submissions that contain misleading assertions or material omissions; and incomplete or delayed production of records.

In evaluating cooperation, however, prosecutors should not take into account whether a corporation is advancing or reimbursing attorneys' fees or providing counsel to employees, officers, or directors under investigation or indictment. Likewise, prosecutors may not request that a corporation refrain from taking such action. This prohibition is not meant to prevent a prosecutor from asking questions about an attorney's representation of a corporation or its employees, officers, or directors, where otherwise appropriate under the law.[1] Neither is it intended to limit the otherwise applicable reach of criminal obstruction of justice statutes such as 18 U.S.C. § 1503. If the payment of attorney fees were used in a manner that would otherwise constitute criminal obstruction of justice—for example, if fees were advanced on the condition that an employee adhere to a version of the facts that the corporation and the employee knew to be false—these Principles would not (and could not) render inapplicable such criminal prohibitions.

Similarly, the mere participation by a corporation in a joint defense agreement does not render the corporation ineligible to receive cooperation credit, and prosecutors may not request that a corporation refrain from entering into such agreements. Of course, the corporation may wish to avoid putting itself in the position of being disabled, by virtue of a particular joint defense or similar agreement, from providing some relevant facts to the government and thereby limiting

its ability to seek such cooperation credit. Such might be the case if the corporation gathers facts from employees who have entered into a joint defense agreement with the corporation, and who may later seek to prevent the corporation from disclosing the facts it has acquired. Corporations may wish to address this situation by crafting or participating in joint defense agreements, to the extent they choose to enter them, that provide such flexibility as they deem appropriate.

Finally, it may on occasion be appropriate for the government to consider whether the corporation has shared with others sensitive information about the investigation that the government provided to the corporation. In appropriate situations, as it does with individuals, the government may properly request that, if a corporation wishes to receive credit for cooperation, the information provided by the government to the corporation not be transmitted to others—for example, where the disclosure of such information could lead to flight by individual subjects, destruction of evidence, or dissipation or concealment of assets.

[new September 2008]

[1] Questions regarding the representation status of a corporation and its employees, including how and by whom attorneys' fees are paid, sometimes arise in the course of an investigation under certain circumstances—for example, to assess conflict-of-interest issues. This guidance is not intended to prohibit such limited inquiries.

9-28.740 - OFFERING COOPERATION: NO ENTITLEMENT TO IMMUNITY

A corporation's offer of cooperation or cooperation itself does not automatically entitle it to immunity from prosecution or a favorable resolution of its case. A corporation should not be able to escape liability merely by offering up its directors, officers, employees, or agents. Thus, a corporation's willingness to cooperate is not determinative; that factor, while relevant, needs to be considered in conjunction with all other factors.

[new August 2008]

9-28.750 - **OVERSIGHT CONCERNING DEMANDS FOR WAIVERS OF ATTORNEY-CLIENT PRIVILEGE OR WORK PRODUCT PROTECTION BY CORPORATIONS CONTRARY TO THIS POLICY**

The Department underscores its commitment to attorney practices that are consistent with Department policies like those set forth herein concerning cooperation credit and due respect for the attorney-client privilege and work product protection. Counsel for corporations who believe that prosecutors are violating such guidance are encouraged to raise their concerns with supervisors, including the appropriate United States Attorney or Assistant Attorney General. Like any other allegation of attorney misconduct, such allegations are subject to potential investigation through established mechanisms.

[renumbered November 2015]

9-28.800 - CORPORATE COMPLIANCE PROGRAMS

A. General Principle: Compliance programs are established by corporate management to prevent and detect misconduct and to ensure that corporate activities are conducted in accordance with applicable criminal and civil laws, regulations, and rules. The Department encourages such corporate self-policing, including voluntary disclosures to the government of any problems that a corporation discovers on its own. *See* JM 9-28.900. However, the existence of a compliance program is not sufficient, in and of itself, to justify not charging a corporation for criminal misconduct undertaken by its officers, directors, employees, or agents. In addition, the nature of some crimes may be such that national law enforcement policies mandate prosecutions of corporations notwithstanding the existence of a compliance program.

B. Comment: The existence of a corporate compliance program, even one that specifically prohibited the very conduct in question, does not absolve the corporation from criminal liability under the doctrine of *respondeat superior. See United States v. Basic Constr. Co*., 711 F.2d 570, 573 (4th Cir. 1983) ("[A] corporation may be held criminally

responsible for antitrust violations committed by its employees if they were acting within the scope of their authority, or apparent authority, and for the benefit of the corporation, even if ... such acts were against corporate policy or express instructions."). As explained in *United States v. Potter*, 463 F.3d 9 (1st Cir. 2006), a corporation cannot "avoid liability by adopting abstract rules" that forbid its agents from engaging in illegal acts, because "[e]ven a specific directive to an agent or employee or honest efforts to police such rules do not automatically free the company for the wrongful acts of agents." *Id.* at 25-26. *See also United States v. Hilton Hotels Corp.*, 467 F.2d 1000, 1007 (9th Cir. 1972) (noting that a corporation "could not gain exculpation by issuing general instructions without undertaking to enforce those instructions by means commensurate with the obvious risks"); *United States v. Beusch*, 596 F.2d 871, 878 (9th Cir. 1979) ("[A] corporation may be liable for acts of its employees done contrary to express instructions and policies, but ...the existence of such instructions and policies may be considered in determining whether the employee in fact acted to benefit the corporation.").

While the Department recognizes that no compliance program can ever prevent all criminal activity by a corporation's employees, the critical factors in evaluating any program are whether the program is adequately designed for maximum effectiveness in preventing and detecting wrongdoing by employees and whether corporate management is enforcing the program or is tacitly encouraging or pressuring employees to engage in misconduct to achieve business objectives. The Department has no formulaic requirements regarding corporate compliance programs. The fundamental questions any prosecutor should ask are: 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? In answering these questions, the prosecutor should consider the comprehensiveness of the compliance program; the extent and pervasiveness of the criminal misconduct; the number and level of the corporate employees involved; the seriousness, duration, and frequency of the misconduct; and any remedial actions taken by the corporation, including, for example, disciplinary action against past violators uncovered by the prior compliance program, and revisions to corporate compliance programs in light of lessons learned [1] Prosecutors should also consider the promptness of any disclosure of wrongdoing to the government. In evaluating compliance programs, prosecutors may consider whether the corporation has established corporate governance mechanisms that can effectively detect and prevent misconduct. For example, do the corporation's directors exercise independent review over proposed corporate actions rather than unquestioningly ratifying officers' recommendations; are internal audit functions conducted at a level sufficient to ensure their independence and accuracy; and have the directors established an information and reporting system in the organization reasonably designed to provide management and directors with timely and accurate information sufficient to allow them to reach an informed decision regarding the organization's compliance with the law. *See*, *e.g.*, *In re Caremark Int'l Inc. Derivative Litig.*, 698 A.2d 959, 968-70 (Del. Ch. 1996).

Prosecutors should therefore attempt to determine whether a corporation's compliance program is merely a "paper program" or whether it was designed, implemented, reviewed, and revised, as appropriate, in an effective manner. In addition, prosecutors should determine whether the corporation has provided for a staff sufficient to audit, document, analyze, and utilize the results of the corporation's compliance efforts. Prosecutors also should determine whether the corporation's employees are adequately informed about the compliance program and are convinced of the corporation's commitment to it. This will enable the prosecutor to make an informed decision as to whether the corporation has adopted and implemented a truly effective compliance program that, when consistent with other federal law enforcement policies, may result in a decision to charge only the corporation's employees and agents or to mitigate charges or sanctions against the corporation.

Compliance programs should be designed to detect the particular types of misconduct most likely to occur in a particular corporation's line of business. Many corporations operate in complex regulatory environments outside the normal experience of criminal prosecutors. Accordingly, prosecutors should consult with relevant federal and state agencies with the expertise to evaluate the adequacy of a program's design and implementation. For instance, state and federal banking, insurance, and medical boards, the Department of Defense, the Department of Health and Human Services, the Environmental Protection Agency, and the Securities and Exchange Commission have considerable experience with compliance programs and can be helpful to a prosecutor in evaluating such programs. In addition, the Fraud Section of the Criminal Division, the Commercial Litigation Branch of the Civil Division, and the Environmental Crimes Section of the Environment and Natural Resources Division can assist United States Attorneys' Offices in finding the appropriate agency office(s) for such consultation.

[revised July 2019]

[1] For a detailed review of these and other factors concerning corporate compliance programs, see USSG § 8B2.1

9-28.900 - VOLUNTARY DISCLOSURES

In conjunction with regulatory agencies and other executive branch departments, the Department encourages corporations, as part of their compliance programs, to conduct internal investigations and to disclose the relevant facts to the appropriate authorities. Some agencies, such as the Securities and Exchange Commission and the Environmental Protection Agency, as well as the Department's Environmental and Natural Resources Division, have formal voluntary disclosure programs in which self-reporting, coupled with remediation and additional criteria, may qualify the corporation for amnesty or reduced sanctions. The Antitrust Division has a policy of offering amnesty to the first corporation that self-discloses and agrees to cooperate.

Even in the absence of a formal program, prosecutors may consider a corporation's timely and voluntary disclosure, both as an independent factor and in evaluating the company's overall cooperation and the adequacy of the corporation's compliance program and its management's commitment to the compliance program. *See* JM 9-28.700 and 9-28.800. However, prosecution may be appropriate notwithstanding a corporation's voluntary disclosure. Such a determination should be based on a consideration of all the factors set forth in these Principles. *See* JM 9-28.300.

[new November 2015]

9-28.1000 - RESTITUTION AND REMEDIATION

A. General Principle: Although neither a corporation nor an individual target may avoid prosecution merely by paying a sum of money, a prosecutor may consider the corporation's willingness to make restitution and steps already taken to do so. A prosecutor may also consider other remedial actions, such as improving an existing compliance program or disciplining wrongdoers, in determining whether to charge the corporation and how to resolve corporate criminal cases.

B. Comment: In determining whether or not to prosecute a corporation, the government may consider whether the corporation has taken meaningful remedial measures. A corporation's response to misconduct says much about its willingness to ensure that such misconduct does not recur. Thus, corporations that fully recognize the seriousness of their misconduct and accept responsibility for it should be taking steps to implement the personnel, operational, and organizational changes necessary to establish an awareness among employees that criminal conduct will not be tolerated.

Among the factors prosecutors should consider and weigh are whether the corporation appropriately disciplined wrongdoers, once those employees are identified by the corporation as culpable for the misconduct. Employee discipline is a difficult task for many corporations because of the human element involved and sometimes because of the seniority of the employees concerned. Although corporations need to be fair to their employees, they must also be committed, at all levels of the corporation, to the highest standards of legal and ethical behavior. Effective internal discipline can be a powerful deterrent against improper behavior by a corporation's employees. Prosecutors should be satisfied that the corporation's focus is on the integrity and credibility of its remedial and disciplinary measures rather than on the protection of the wrongdoers

In addition to employee discipline, two other factors used in evaluating a corporation's remedial efforts are restitution and reform. As with natural persons, the decision whether or not to prosecute should not depend upon the target's ability to pay restitution. A corporation's efforts to pay restitution even in advance of any court order is, however, evidence of its acceptance of responsibility and, consistent with the practices and policies of the appropriate Division of the Department entrusted with enforcing specific criminal laws, may be considered in determining whether to bring criminal charges. Similarly, although the inadequacy of a corporate compliance program is a factor to consider when deciding whether to charge a corporation, that corporation's quick recognition of the flaws in the program and its efforts to improve the program are also factors to consider as to the appropriate disposition of a case.

[renumbered November 2015]

9-28.1100 - COLLATERAL CONSEQUENCES

A. General Principle: Prosecutors may consider the collateral consequences of a corporate criminal conviction or indictment in determining whether to charge the corporation with a criminal offense and how to resolve corporate criminal cases.

B. Comment: One of the factors in determining whether to charge a natural person or a corporation is whether the likely punishment is appropriate given the nature and seriousness of the crime. In the corporate context, prosecutors may take into account the possibly substantial consequences to a corporation's employees, investors, pensioners, and customers, many of whom may, depending on the size and nature of the corporation and their role in its operations, have played no role in the criminal conduct, have been unaware of it, or have been unable to prevent it. Prosecutors should also be aware of non-penal sanctions that may accompany a criminal charge, such as potential suspension or debarment from eligibility for government contracts or federally funded programs such as health care programs. Determining whether or not such non-penal sanctions are appropriate or required in a particular case is the responsibility of the relevant agency, and is a decision that will be made based on the applicable statutes, regulations, and policies.

Almost every conviction of a corporation, like almost every conviction of an individual, will have an impact on innocent third parties, and the mere existence of such an effect is not sufficient to preclude prosecution of the corporation. Therefore, in evaluating the relevance of collateral consequences, various factors already discussed, such as the pervasiveness of the criminal conduct and the adequacy of the corporation's compliance programs, should be considered in determining the weight to be given to this factor. For instance, the balance may tip in favor of prosecuting corporations in situations where the scope of the misconduct in a case is widespread and sustained within a corporate division (or spread throughout pockets of the corporate organization). In such cases, the possible unfairness of visiting punishment for the corporation's crimes upon shareholders may be of much less concern where those shareholders have substantially profited, even unknowingly, from widespread or pervasive criminal activity. Similarly, where the top layers of the corporation's management or the shareholders of a closely-held corporation were engaged in or aware of the wrongdoing, and the conduct at issue was accepted as a way of doing business for an extended period, debarment may be deemed not collateral, but a direct and entirely appropriate consequence of the corporation's wrongdoing.

On the other hand, where the collateral consequences of a corporate conviction for innocent third parties would be significant, it may be appropriate to consider a non-prosecution or deferred prosecution agreement with conditions designed, among other things, to promote compliance with applicable law and to prevent recidivism. Such agreements are a third option, besides a criminal indictment, on the one hand, and a declination, on the other. Declining prosecution may allow a corporate criminal to escape without consequences. Obtaining a conviction may produce a result that seriously harms innocent third parties who played no role in the criminal conduct. Under appropriate circumstances, a deferred prosecution or non-prosecution agreement can help restore the integrity of a company's operations and preserve the financial viability of a corporation that has engaged in criminal conduct, while preserving the government's ability to prosecute a recalcitrant corporation that materially breaches the agreement. Such agreements achieve other important objectives as well, like prompt restitution for victims.[1] The appropriateness of a criminal charge against a corporation, or some lesser alternative, must be evaluated in a pragmatic and reasoned way that produces a fair outcome, taking into consideration, among other things, the Department's need to promote and ensure respect for the law.

[renumbered and revised November 2015]

[1] Prosecutors should note that in the case of national or multi-national corporations, efforts should be made to determine the existence of other matters within the Department relating to the corporation in question. In certain instances, multi-district or global agreements may be in the interest of law enforcement and the public. Such agreements may only be entered into with the approval of each affected district or the appropriate Department official. *See* JM 9-27.641.

9-28.1200 - CIVIL OR REGULATORY ALTERNATIVES

A. General Principle: Prosecutors should consider whether non-criminal alternatives would adequately deter, punish, and rehabilitate a corporation that has engaged in wrongful conduct. In evaluating the adequacy of non-criminal alternatives to prosecution—*e.g.*, civil or regulatory enforcement actions—the prosecutor should consider all relevant factors, including:

1. the sanctions available under the alternative means of disposition;
2. the likelihood that an effective sanction will be imposed; and
3. the effect of non-criminal disposition on federal law enforcement interests.

See also JM 1-12.100 - Coordination of Corporate Resolution Penalties in Parallel and/or Joint Investigations and Proceedings Arising from the Same Misconduct.

[updated May 2018]

9-28.1300 - ADEQUACY OF THE PROSECUTION OF INDIVIDUALS

A. General Principle: In deciding whether to charge a corporation, prosecutors should consider whether charges against the individuals responsible for the corporation's malfeasance will adequately satisfy the goals of federal prosecution.

B. Comment: Assessing the adequacy of individual prosecutions for corporate misconduct should be made on a case-by-case basis and in light of the factors discussed in these Principles. Thus, in deciding the most appropriate course of action for the corporation – *i.e.,* a corporate indictment, a deferred prosecution or non-prosecution agreement, or another alternative – a prosecutor should consider the impact of the prosecution of responsible individuals, along with the other factors in JM 9-28.300 (Factors to be Considered).

[new November 2015]

9-28.1400 - SELECTING CHARGES

A. General Principle: Once a prosecutor has decided to charge a corporation, the prosecutor at least presumptively should charge, or should recommend that the grand jury charge, the most serious offense that is consistent with the nature of the defendant's misconduct and that is likely to result in a sustainable conviction.

B. Comment: Once the decision to charge is made, the same rules as govern charging natural persons apply. These rules require "a faithful and honest application of the Sentencing Guidelines" and an "individualized assessment of the extent to which particular charges fit the specific circumstances of the case, are consistent with the purposes of the Federal criminal code, and maximize the impact of Federal resources on crime." *See* JM 9-27.300. In making this determination, "it is appropriate that the attorney for the government consider, *inter alia*, such factors as the [advisory] sentencing guideline range yielded by the charge, whether the penalty yielded by such sentencing range ...is proportional to the seriousness of the defendant's conduct, and whether the charge achieves such purposes of the criminal law as punishment, protection of the public, specific and general deterrence, and rehabilitation." *Id.*

[renumbered November 2015]

9-28.1500 - PLEA AGREEMENTS WITH CORPORATIONS

A. General Principle: In negotiating plea agreements with corporations, as with individuals, prosecutors should generally *seek* a plea to an appropriate offense. In addition, the terms of the plea agreement should contain appropriate provisions to ensure punishment, deterrence, rehabilitation, and compliance with the plea agreement in the corporate context. Absent extraordinary circumstances or approved departmental policy such as the Antitrust Division's Corporate Leniency Policy, no corporate resolution should provide protection from criminal or civil liability for any individuals. *See also* JM 9-16.050, 5-11.114.

B. Comment: Prosecutors may enter into plea agreements with corporations for the same reasons and under the same constraints as apply to plea agreements with natural persons. *See* JM 9-27.400-530. This means, *inter alia*, that the corporation should generally be required to plead guilty to the most serious, readily provable offense charged. In addition, any negotiated departures or recommended variances from the advisory Sentencing Guidelines must be justifiable under the Guidelines or 18 U.S.C. § 3553 and must be disclosed to the sentencing court. A corporation should be made to realize that pleading guilty to criminal charges constitutes an admission of guilt and not merely a resolution of an inconvenient distraction from its business. As with natural persons, pleas should be structured so that the corporation may not later "proclaim lack of culpability or even complete innocence." *See* JM 9-27.420(b)(4), 9-27.440, 9-27.500. Thus, for instance, there should be placed upon the record a sufficient factual basis for the plea to prevent later corporate assertions of innocence.

A corporate plea agreement should also contain provisions that recognize the nature of the corporate "person" and that ensure that the principles of punishment, deterrence, and rehabilitation are met. In the corporate context, punishment and deterrence are generally accomplished by substantial fines, mandatory restitution, and institution of appropriate compliance measures, including, if necessary, continued judicial oversight or the use of special masters or corporate monitors. *See* USSG §§ 8B1.1, 8C2.1, *et seq*. In addition, where the corporation is a government contractor, permanent or temporary debarment may be appropriate. Where the corporation was engaged in fraud against the government (*e.g.*, contracting fraud), a prosecutor may not negotiate away an agency's right to debar or delist the corporate defendant.

In negotiating a plea agreement, prosecutors must also consider the deterrent value of prosecutions of individuals within the corporation. Therefore, one factor that a prosecutor should consider in determining whether to enter into a plea agreement is whether the corporation is seeking immunity for its employees and officers or whether the corporation is willing to cooperate in the investigation of culpable individuals as outlined herein. Absent extraordinary circumstances or approved departmental policy such as the Antitrust Division's Corporate Leniency Policy, no corporate resolution should include an agreement to dismiss charges against, or provide civil or criminal immunity for, individual offices or employees. Any such release due to extraordinary circumstances must be personally approved in writing by the relevant Assistant Attorney General or United States Attorney.

Rehabilitation, of course, requires that the corporation undertake to be law-abiding in the future. It is, therefore, appropriate to require the corporation, as a condition of probation, to implement a compliance program or to reform an existing one. As discussed above, prosecutors may consult with the appropriate state and federal agencies and components of the Justice Department to ensure that a proposed compliance program is adequate and meets industry standards and best practices. *See* JM 9-28.800.

In plea agreements in which the corporation agrees to cooperate, the prosecutor should ensure that the cooperation is entirely truthful. To do so, the prosecutor should request that the corporation make appropriate disclosures of relevant factual information and documents, make employees and agents available for debriefing, file appropriate certified financial statements, agree to governmental or third-party audits, and take whatever other steps are necessary to ensure that the full scope of the corporate wrongdoing is disclosed and that the responsible personnel are identified and, if appropriate, prosecuted. *See generally* JM 9-28.700. In taking such steps, Department prosecutors should recognize that attorney-client communications are often essential to a corporation's efforts to comply with complex regulatory and legal regimes, and that, as discussed at length above, cooperation is not measured by the waiver of attorney-client privilege and work product protection, but rather is measured, as a threshold issue, by the disclosure of facts about individual misconduct, as well as other considerations identified herein, such as making witnesses available for interviews and assisting in the interpretation of complex documents or business records.

[renumbered and revised November 2015]

These Principles provide only internal Department of Justice guidance. They are not intended to, do not, and may not be relied upon to create any rights, substantive or procedural, enforceable at law by any party in any matter civil or criminal. Nor are any limitations hereby placed on otherwise lawful litigative prerogatives of the Department of Justice.

‹ 9-27.000 - Principles Of Federal Prosecution up 9-34.000 - Preparation Of Reports On Convicted Prisoners For The Parole Commission ›