

# CRIMINAL COMPLIANCE

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

Andy Carrión Zenteno



# CRIMINAL COMPLIANCE

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

---

Andy Carrión Zenteno

# CRIMINAL COMPLIANCE

© ECB Ediciones S. A. C.  
Año 2014

Derechos reservados  
D. Leg. 822 (22.04.96)

web: [www.raejurisprudencia.com.pe](http://www.raejurisprudencia.com.pe)  
correo electrónico: [tr.publicaciones@thomsonreuters.com](mailto:tr.publicaciones@thomsonreuters.com)

© Andy Carrión Zenteno  
Año 2015

Derechos reservados  
D. Leg. 822 (22.04.96)

Prohibida la reproducción total o parcial  
sin la autorización expresa de la editorial.  
Depósito legal - Ley 26905 (20.12.97)

Editorial: ECB Ediciones S. A. C.  
Domicilio: Av. San Borja Sur 1170  
San Borja, Lima - Perú  
Año 2015 - 300 ejemplares  
Hecho el depósito legal en la  
Biblioteca Nacional del Perú N° 2015-04241  
Registro ISBN: 978-612-4240-44-7  
Registro del Proyecto Editorial: 11501301500410

Primera edición - año 2014

Artistas gráficos:  
Andrea Muñoz, Patricia Cruzado,  
Alfredo Armenta, Adrián Orozco,  
Gilberto Corona, Paola Piñera

El editor agradece el apoyo brindado por:



THOMSON REUTERS

Impresión y encuadernación:  
Editorial Tínco S. A.  
Talleres Gráficos de Editorial Tínco S.A.  
Calle Arquímedes 114  
Urb. La Campiña - Chorrillos  
Teléfono: 719-1137 • 719-1139

*«The object of our study, then, is prediction  
[...] The prophecies of what the courts will do in fact, and  
nothing more pretentious, are what I mean by the law».*

*Oliver Wendell Holmes, Jr., The Path of Law (1897)*

## ÍNDICE

Abreviaturas .....	11
Introducción .....	15
<b>Capítulo I</b>	
<b>Antecedentes y cuestiones previas.....</b>	<b>21</b>
A. Origen .....	21
B. Evolución .....	22
I. Omnibus Trade and Competitiveness Act (1988) .....	24
II. International Antibribery and Fair Competition Act (1998) ...	26
C. Responsabilidad penal de la empresa .....	29
D. Órganos persecutores .....	32
I. Departamento de Justicia (DOJ) .....	34
II. Comisión de Títulos y Valores (SEC) .....	35
<b>Capítulo II</b>	
<b>Disposiciones antisoborno .....</b>	<b>37</b>
A. Introducción .....	37
B. <i>Offenses</i> .....	37
I. Tipo objetivo ( <i>actus reus</i> ) .....	38
II. Tipo subjetivo ( <i>mens rea</i> ) .....	54
C. <i>Defenses</i> .....	60
I. <i>Exception</i> .....	61
II. Defensas afirmativas ( <i>affirmative defenses</i> ).....	63
III. Procedimientos de opinión del Departamento de Justicia ...	66
D. Sanciones .....	67

**Capítulo III**

<b>Disposiciones contables</b> .....	69
A. Introducción.....	69
B. Tipo objetivo.....	70
I. Destinatarios de la norma.....	70
II. Libros y registros.....	72
C. Tipo subjetivo.....	77
D. Sanciones.....	78
I. Sanciones accesorias.....	78

**Capítulo IV**

<b>Compliance program</b> .....	81
A. Origen y evolución.....	81
B. Marco normativo.....	84
I. Federal Sentencing Guidelines.....	84
II. Sarbanes-Oxley Act.....	90
III. Dodd-Frank Act.....	91
IV. United States Attorneys' Manual.....	93
C. <i>Corporate Compliance Program</i> .....	93
I. Casos.....	95
II. Componentes del programa de ética y cumplimiento.....	102

<b>Anexo: Anti-Bribery and Books &amp; Records Provisions of The Foreign Corrupt Practices Act</b> .....	113
--	-----

Bibliografía.....	139
Índice analítico.....	151

## ABREVIATURAS

Alb. L. Rev.	Albany Law Review
Am.	American
Am. Bus. L. J.	American Business Law Journal
Am. Crim. L. Rev.	American Criminal Law Review
Am. J. Comp. L.	The American Journal of Comparative Law
Am. J. Crim. L.	American Journal of Criminal Law
Am. L. Rev.	American Law Review
Am. U. L. Rev.	American University Law Review
Antitrust L. J.	Antitrust Law Journal
Ariz. L. Rev.	Arizona Law Review
Asian-Pac. L. & Pol'y J.	Asian-Pacific Law & Policy Journal
Baylor L. Rev.	Baylor Law Review
Brook. J. Corp. Fin. & Com. L.	Brook Journal of Corporate, Financial & Commercial Law
Buff. Crim. L. Rev.	Buffalo Criminal Law Review
Bus. Law.	The Business Lawyer
Cal. L. Rev.	California Law Review
C. C.	Circuit Court
CCZ	Corporate Compliance Zeitschrift
CIA	Central Intelligence Agency
Cir.	Circuit
<i>cert. den.</i>	<i>certiorari denied</i>
Chi.-Kent L. Rev.	Chicago-Kent Law Review
Colum. Bus. L. Rev.	Columbia Business Law Review
Colum. L. Rev.	Columbia Law Review

Cornell Int'l L.J.	Cornell International Law Journal
Cornell L. Rev.	Cornell Law Review
Corp.	Corporation
D. C. Cir.	United States Court of Appeals for the District of Columbia Circuit
D. D. C.	United States District Court for the District of Columbia
DEA	Drug Enforcement Agency
Dick. L. Rev.	Dickinson Law Review
D. Mass.	United States District Court for the District of Massachusetts
D. Miss.	United States District Court for the District of Minnesota
DOJ	Department of Justice
Drake J. Agric. L.	Drake Journal of Agricultural Law
Emory L. J.	Emory Law Journal
etc.	etcétera
F.	Federal Report
FCPA	Foreign Corrupt Practices Act
Fla. L. Rev.	Florida Law Review
Fletcher F. World Aff.	The Fletcher Forum of World Affairs Journal
Fordham J. Corp. & Fin. L.	Fordham Journal of Corporate & Financial Law
Fordham L. Rev.	Fordham Law Review
F. Supp.	Federal Supplement
F. 2d	Federal Reporter, Second Series
Geo. L. J.	The Georgetown Law Journal
GRECO	Group of States against Corruption
Hastings Int'l & Comp. L. Rev.	Hastings International and Comparative Law Review
H. R.	United States House of Representatives
Iafca	International Antibribery and Fair Competition Act
Ind. L. J.	Indiana Law Journal
Ind. L. Rev.	Indiana Law Review
Int'l Fin. L. Rev.	International Financial Law Review
Int'l Tax & Bus. Law.	International Tax and Business Lawyer
Iowa L. Rev.	Iowa Law Review
J. Bus. & Tech. L.	Journal of Business and Technology Law

J. L. & Econ.	Journal of Law and Economics
JZ	Juristenzeitung
Loy. L. A. Int'l & Comp. L. Rev.	Loyola of Los Angeles International and Comparative Law Review
Mich. J. Int'l L.	Michigan Journal of International Law
Mich. L. Rev.	Michigan Law Review
Minn. L. Rev.	Minnesota Law Review
MschrKrim	Monatsschrift für Kriminologie und Strafrechtsreform
NAFTA L. & Bus. Rev. Am.	North American Free Trade Agreement: Law and Business Review of the Americas
N. C. J. Int'l L. & Com. Reg.	North Carolina Journal of International Law and Commercial Regulation
Nw. J. Int'l L. & Bus.	Northwestern Journal of International Law & Business
Nw. U. L. Rev.	Northwestern University Law Review
N. Y. U. Ann. Surv. Am. L.	New York University Annual Survey of American Law
N. Y. U. L. Rev.	New York University Law Review
No.	Number
NZG	Neue Zeitschrift für Gesellschaftsrecht
NZWSt	Neue Zeitschrift für Wirtschafts-, Steuer- und Unternehmensstrafrecht
OCDE	Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico
OECD	Organisation for the Economic Co-operation and Development
Ohio N. U. L. Rev.	Ohio Northern University Law Review
Ohio St. J. Crim. L.	Ohio State Journal of Criminal Law
Ohio St. L. J.	Ohio State Law Journal
Ohio St. L. J. Furthermore	Ohio State Law Journal Furthermore
OTCA	Omnibus Trade and Competitiveness Act
P.	Pacific Reporter
Pub.L.	Public Law
P. 2d	Pacific Reporter, Second Series
Rutgers L. Rev.	Rutgers Law Review
S. C. L. Rev.	South Carolina Law Review
S. Cal. L. Rev.	Southern California Law Review
S. Ct.	Supreme Court, Supreme Court Reporter

SEC	Securities and Exchange Commission
S. D. Fla.	United States District Court for the Southern District of Florida
S. D. Tex.	United States District Court for the Southern District of Texas
SOA	Sarbanes-Oxley Act
Stat.	Statute, Statutes at Large
StV	Strafverteidiger
Supp.	Supplement
Syracuse J. Intl L. & Com.	Syracuse Journal of International Law and Commerce
Tenn. L. Rev.	Tennessee Law Review
Tul. J. Intl & Comp. L.	Tulane Journal of International and Comparative Law
Tul. L. Rev.	Tulane Law Review
US	United States
USA	United State of America
USAM	United States Attorneys' Manual
USC	United States Code
UCLA	University of California, Los Angeles
UCLA L. Rev.	UCLA Law Review
USSC	United States Sentencing Commission
USSG	United States Sentencing Guidelines
v.	versus
Va. L. Rev.	Virginia Law Review
Vand. J. Transnatl L.	Vanderbilt Journal of Transnational Law
Vand. L. Rev.	Vanderbilt Law Review
vid.	véase
Virg. J. Intl L.	Virginia Journal of International Law
Wake Forest L. Rev.	Wake Forest Law Review
Wash. U. L. Q.	Washington University Law Quarterly
Wayne L. Rev.	Wayne Law Review
Wis. L. Rev.	Wisconsin Law Review
Yale L. J.	The Yale Law Journal

## INTRODUCCIÓN

Representémonos los siguientes escenarios: i) la empresa alemana *W* es imputada en Estados Unidos por delitos de corrupción cometidos fuera de territorio estadounidense; ii) la corporación suiza *X* se ve obligada a llegar a un acuerdo con la fiscalía y el supervisor bursátil estadounidense, tras ayudar y secundar a sus clientes en la comisión de actos de corrupción, pese a no tener *X* ningún tipo de vinculación directa con el territorio donde finalmente se le imputan los ilícitos; iii) una empresa de origen estadounidense es sancionada en dicho país luego de reconocer haber sobornado a funcionarios en Perú, Brasil y Argentina; iv) uno de los mayores bancos de inversión (*Y*) es incriminado en Estados Unidos por pagos corruptos a funcionarios en el extranjero; sin embargo, la disposición de un programa de cumplimiento anticorrupción efectivo propicia que las autoridades persecutoras se abstengan de formular cargos contra *Y*, consecuencia que igualmente se habría producido en los tres escenarios anteriores de haberse corroborado el adecuado funcionamiento de este sistema de prevención y detección de ilícitos.

Los supuestos descritos corresponden en realidad a los casos *Siemens AG*<sup>(1)</sup>, *Panalpina Inc.*<sup>(2)</sup>, *Dallas Airmotive Inc.*<sup>(3)</sup> y *Morgan & Stanley*<sup>(4)</sup>, respectivamente, y forman parte —a excepción de este último— del gran número de empresas que se vieron obligadas a pagar sumas millonarias a fin de evitar procesos judiciales en los Estados Unidos de América al haber sobornado a funcionarios en diversos países del mundo, ello a pesar de no haberse llevado a cabo ningún acto corruptor en el propio país en el cual luego serían incriminados. El fundamento legal de esta incursión global contra la corrupción la encontramos en la *Foreign Corrupt Practices Act*

---

(1) *United States v. Siemens Aktiengesellschaft*, N.º 08-cr-367-RJL (D. D. C., 12/12/2008); *United States v. Siemens S. A. (Argentina)* N.º 08-cr-368-RJL; *United States v. Siemens Bangladesh Limited*, N.º 08-cr-369-RJL; *United States v. Siemens S. A. (Venezuela)* N.º 08-cr-370-RJL; *United States Securities and Exchange Commission v. Siemens Aktiengesellschaft*, N.º 08-cv-02167 (D. D. C., 12/12/2008).

(2) *SEC v. Panalpina, Inc.*, N.º 10-cv-4334 (S. D. Tex., 04/11/2010).

(3) *United States v. Dallas Airmotive, Inc.*, N.º 3-14-cr-483 (S. D. Tex., 10/10/2014).

(4) *United States v. Stanley*, N.º 08-cr-597 (S. D. Tex., 03/09/2008).

(FCPA), que data de 1977, pero que ha cobrado protagonismo durante los últimos años por la intensificación de la actividad persecutora por parte de las autoridades estadounidenses, promovida, entre otros factores, por la flexibilización legislativa y, sobre todo, por la creciente interpretación extensiva de las disposiciones contenidas en este cuerpo normativo. Así, el círculo de destinatarios que deberían conformarlo únicamente las empresas que cotizan en las bolsas de valores de Estados Unidos (entre ellas, las empresas peruanas más importantes), las personas y empresas de ese país, y aquellas personas, sean naturales o jurídicas, cuyo acto corruptor tenga algún tipo de relación con el territorio estadounidense, se ha venido interpretando tan ampliamente que en la práctica cualquier empresa de acción internacional es pasible de ser sometida a la FCPA, tal como lo demuestra el caso Panalpina Inc.

Al incremento de la práctica anticorrupción le ha precedido, no obstante, el reforzamiento de la influencia estadounidense en la legislación internacional con el objeto de viabilizar la cooperación y, sobre todo, la vinculación de otros países en la lucha contra la corrupción. La instauración de esa política tuvo como resultado más notable la firma de la Convención para Combatir el Cohecho de Servidores Públicos Extranjeros en Transacciones Comerciales Internacionales, adoptada por la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE) —de la cual el Perú aspira a formar parte— y ratificada actualmente por las economías exportadoras más grandes. Tampoco nuestro país ha sido ajeno a dicha influencia. En el marco del tratado de libre comercio con Estados Unidos de América, nuestro legislador no solo ha tipificado el cohecho activo transnacional (artículo 397-A, Código Penal peruano), sino que ha ido un paso más allá al penalizar a su vez el soborno internacional pasivo (artículo 393-A, Código Penal peruano).

Pese a la cruzada legislativa internacional en la armonización de las medidas anticorrupción, los hechos han evidenciado la indiferencia de los Estados en hacer frente a esa problemática. Incluso aquellos países que adoptaron integral o parcialmente sus preceptos no han sido capaces de aplicarlos de manera eficaz debido a diversos motivos, desde la falta de voluntad política, hasta la propia carencia de instrumentos jurídicos idóneos para su consecución. Es precisamente esta deficiencia la que se ha convertido en uno de los factores decisivos asociados al incremento de la actividad persecutora casi unilateral por parte de los Estados Unidos, ello con la finalidad de resguardar y multiplicar la capacidad competitiva de sus empresas, pues es indudable que estas se encontrarían en una situación desventajosa al estar sometidas a leyes anticorrupción de gran alcance, mientras otras se beneficiarían de la tolerancia de sus respectivos países para acceder de este modo a negocios internacionales de forma ilícita.

La *Realpolitik* acabada de bosquejar no implica, sin embargo, que la importancia de la FCPA se reduzca únicamente al riesgo generado por su aplicación expansiva. La tradición estadounidense ofrece asimismo herramientas jurídicas novedosas derivadas de la particular síntesis entre prevención y represión. Siguiendo esa concepción, el legislador no se conforma con el efecto motivador o intimidatorio de la pena, sino que exige de los entes colectivos la participación activa en la lucha contra la criminalidad empresarial a través de la implementación interna de medidas de control y prevención. De este modo, si la empresa demuestra el eficiente funcionamiento de dicho programa preventivo al momento de cometido el ilícito, y coopera decididamente con las autoridades en dilucidar los hechos, podrá beneficiarse con la atenuación o exención de la sanción, en caso contrario se le impondrán las penas más elevadas. La propia Federal Sentencing Guidelines ha establecido estándares mínimos —parcialmente abstractos— que la organización empresarial deberá satisfacer para adscribir la efectividad al programa de cumplimiento, pero que en líneas generales se reconducen a la observancia de dos principios fundamentales<sup>(5)</sup>: i) el ejercicio de la debida diligencia para prevenir y detectar conductas ilícitas, y ii) la promoción de una cultura organizacional que fomente una conducta ética y un compromiso *to compliance with the law*. De ahí que la expresión técnica aceptada al abarcar los fundamentos que se pretenden resguardar legalmente sea la de «programa de ética y cumplimiento».

Pero esta figura jurídica, cada vez más influyente en la tradición jurídica continental, no es la única de interesantes perspectivas prácticas. Con base en el reconocimiento pragmático de la manipulación contable como elemento determinante en el pago de sobornos, la FCPA intenta asegurar la eficacia persecutora anticorrupción fomentando la transparencia y fiabilidad de los libros y registros corporativos, demandando de las empresas la instauración de un sistema de control contable que refleje con razonable detalle, exactitud y equidad las transacciones y disposiciones de sus activos<sup>(6)</sup>. Las consecuencias de estas disposiciones son de enorme trascendencia, sobre todo para resolver los clásicos problemas de imputación del directivo por conductas corruptas cometidas por sus subordinados o terceros. Así, si el directivo no cumple con sus obligaciones contables, será intrascendente demostrar si pudo prever o si conocía o no el comportamiento corrupto del empleado para poder sancionarlo, y contrariamente, se le podrá liberar de responsabilidad en tanto haya desempeñado correctamente sus deberes contables<sup>(7)</sup>. La incidencia

(5) USSG § 8B2.1(a).

(6) 15 U.S.C §§ 78m(b)(A); 15 U.S.C §§ 78m(b)(B).

(7) Nieto Martín, *Revista Penal* 11 (2003), p. 11 y 12.

de ese redireccionamiento estratégico anticorrupción también se verá reflejado en el ámbito procesal en la medida que ya no será necesario aportar pruebas del comportamiento corrupto para posibilitar que las empresas y sus directivos sean sancionados, esta vez, por transgredir las normas contables.

Finalmente, y como lo expresa su propia denominación, la FCPA sanciona los comportamientos corruptos en *stricto sensu*, pero enfocados únicamente en el cohecho activo, propio e impropio, de funcionarios extranjeros. Más allá de la ya mencionada interpretación extensiva a la que recurren usualmente las autoridades al aplicar estos preceptos, existe otro instituto jurídico del *common law* que representa un riesgo jurídico real para todos los destinatarios de la FCPA, a saber: la responsabilidad penal de la propia empresa. En efecto, de acuerdo con lo establecido por la doctrina de la *respondeat superior*, la empresa se hará responsable por las conductas corruptas de sus empleados y terceros, sin importar si tales comportamientos contaron con autorización o fueron reconocibles para los directivos, siempre y cuando se hayan ejecutado en el marco de la relación laboral y con la intención de favorecer a la empresa. De esta manera serán imputados al ente colectivo los delitos de sus miembros, sin diferenciar niveles independientes de responsabilidad, lo que los obliga a implementar programas de ética y cumplimiento para reducir los riesgos generados por su propia actividad empresarial asociados, en este caso, a la corrupción.

Obedeciendo a la estructura de la FCPA, el presente trabajo se inicia (I) con una breve exposición de su origen y evolución, para luego contextualizar su aplicación analizando la estructura de la responsabilidad penal de las empresas y la función que cumplen el Departamento de Justicia y la Comisión de Títulos y Valores estadounidenses como organismos competentes del *enforcement* de la FCPA. Seguidamente, nos encargaremos de (II) las disposiciones antisoborno y (III) las disposiciones contables, y finalmente abordaremos de manera algo extensa (IV) el programa de ética y cumplimiento anticorrupción. Dada la perspectiva práctica desde la que se enfoca este estudio, se ha procurado confrontar el desarrollo conceptual de los institutos jurídicos con su aplicación efectiva en casos concretos, los que provienen en su mayoría de acuerdos prejudiciales antes que de la propia actividad jurisprudencial. Ello se debe a que el sistema jurídico estadounidense de *plea bargaining* otorga un amplio poder discrecional a los organismos persecutores, tanto en la negociación como en el control y selección de casos que serán resueltos en los tribunales. Independientemente del marco normativo referencial objeto de análisis, la presente obra también pretende servir como un acercamiento introductorio al *common law*, cuya carencia de estudios en nuestro medio no se explica si

se considera su rol protagónico adquirido en el ordenamiento internacional, sobre todo en el ámbito de la criminalidad empresarial. No quisiera culminar estas líneas sin antes agradecer al profesor Urs Kindhäuser por sus enseñanzas y calidad humana, así como por brindarme la oportunidad de formar parte del Instituto de Derecho Penal de la Universidad de Bonn que tan exitosamente dirige, sin todo ello no habría sido posible la materialización de este libro.

*El autor*

## Capítulo I

### ANTECEDENTES Y CUESTIONES PREVIAS

#### A. ORIGEN

La Foreign Corrupt Practices Act (FCPA) se originó a raíz del mayor escándalo político acaecido en los Estados Unidos de América el siglo pasado: Watergate. Su descubrimiento público desencadenó una serie de investigaciones orientadas a desvelar actos ilegales y ciertos comportamientos indebidos en la política y en los negocios. Producto de ello, en la Comisión Especial del Senado estadounidense conformada para estos efectos, se detectaron un sinnúmero de hechos de corrupción, estafa, espionaje, hurto, entre otros, llevados a cabo por funcionarios y empresarios. Estas conductas ilegales fueron directa o indirectamente consentidas por el propio Gobierno, llegándose incluso a demostrar que las empresas financiaban no solo a partidos políticos, incluyendo al Partido Republicano, que dirigía Richard Nixon, sino también a miembros de gobiernos extranjeros<sup>(8)</sup>.

Paralelamente, la Comisión de Títulos y Valores de Estados Unidos (Securities and Exchange Commission, SEC) iniciaba una investigación contra las empresas listadas en las bolsas de ese país a fin de determinar si al realizar las contribuciones transgredieron las normas que regulaban dichas instituciones. La revelación de un cuantioso número de actos ilícitos y la magnitud que iban adquiriendo las investigaciones hicieron que la SEC activara al mismo tiempo el Voluntary Disclosure Program<sup>(9)</sup>, a fin de que las empresas informen voluntariamente de los actos ilegales en las que estuvieran comprometidas a cambio de que, bajo ciertas condiciones, no se inicien acciones penales o civiles contra ellas. Como resultado, más de cuatrocientas empresas reconocieron haber efectuado pagos cuestionables o ilegales a políticos, partidos políticos y a funcionarios de gobiernos extranjeros, ya sea a

---

(8) Sporkin, 18 Nw. J. Int'l L. & Bus. (1997-1998), p. 271.

(9) Securities and Exchange Commission, Report of the Securities and Exchange Commission on Questionable and Illegal Corporate Payments and Practices, 1976, pp. 6 y ss.

través de *slush funds* o falseando registros de contabilidad financiera para ocultar los desembolsos. El valor delictivo estimado ascendió a 300 millones de dólares. Dentro de estas empresas estuvieron incluidas las 170 industrias más reputadas y representativas de las 500 primeras existentes en ese entonces<sup>(10)</sup>.

Todos estos hechos evidenciaron la naturalidad con que las grandes empresas recurrían a pagos ilegales para obtener negocios y contratos, tanto dentro como fuera del territorio estadounidense. Si bien es cierto que la SEC afirmó en su informe final de 1976 que esta situación «podía ser controlada y no representa[ba] un problema para el sistema económico»<sup>(11)</sup>, contrariamente, el entonces presidente estadounidense Jimmy Carter estaba convencido de que dichas conductas «socava[ba]n la integridad y estabilidad de los gobiernos»<sup>(12)</sup>. Esta última apreciación fue compartida por la House of Representatives<sup>(13)</sup>, en cuyo informe de 1977 advertían que los sobornos a funcionarios extranjeros iban en contra de las «expectativas y valores morales de la sociedad americana» y que la mediación de la corrupción para obtener contratos «erosiona[ba] la confianza pública en la integridad del sistema del libre mercado», puesto que de esta manera «ser[í]a premiada la corrupción en lugar de la eficiencia». Del contenido de las conclusiones vertidas se dedujo la necesidad de tomar medidas adecuadas para contrarrestar esta suerte de decaimiento social que minaba «la integridad del sistema de negocios americano»<sup>(14)</sup> y, sobre todo, la viabilidad del capitalismo por medios legales. Este fue el escenario que propició el nacimiento de la FCPA.

## B. EVOLUCIÓN

La FCPA fue promulgada por el Congreso de Estados Unidos y refrendada por el presidente Jimmy Carter el 19 de diciembre de 1977, y se constituyó así en el primer cuerpo legislativo en prohibir la corrupción de funcionarios extranjeros. Esta versión primigenia tuvo como destinatarios a todas las empresas anotadas en las bolsas de va-

---

(10) House Report N.º 95-640 (1977) p. 5; Sporkin, 18 Nw. J. Int'l L. & Bus. (1997-1998), p. 272; Lindsey, 35 Ohio N. U. L. Rev. (2009), p. 961

(11) Securities and Exchange Commission, Report of the Securities and Exchange Commission on Questionable and Illegal Corporate Payments and Practices, 1976, p. 56.

(12) Al refrendar la FCPA, el presidente Carter agregó además: «I share Congress belief that bribery is ethically repugnant and competitively unnecessary. Corrupt practices between corporations and public officials overseas undermine the integrity and stability of governments and harm our relations with other countries. Recent revelations of widespread overseas bribery have eroded public confidence in our basic institutions». Véase Carter, «Foreign Corrupt Practices and Investment Disclosure Bill», 20 de diciembre de 1977 (<http://www.presidency.ucsb.edu/ws/?pid=7036>).

(13) House Report N.º 95-640 (1977), p. 4.

(14) Senate Report N.º 45-114 (1977), p. 4.

lores de Estados Unidos, a aquellas compañías cuya principal actividad empresarial la desarrollaban en territorio estadounidense (*principal place of business*), como también a ciudadanos y residentes de ese país que laboraban para las empresas mencionadas. Contrariamente, las subsidiarias en el extranjero de las compañías americanas<sup>(15)</sup> no eran consideradas explícitamente por la norma a pesar de haberse deliberado previamente esta posibilidad por la House of Representatives, quedando finalmente descartada por los problemas jurídicos y diplomáticos que eventualmente acarrearía una norma de tal alcance extraterritorial<sup>(16)</sup>. No obstante, la FCPA posibilitaba que la empresa matriz estadounidense respondiera penalmente en la medida que propusiera o permitiera de forma expresa o implícita actos de corrupción cometidos por sus filiales o subsidiarias<sup>(17)</sup>.

Los elementos problemáticos de esta ley, traducidos en la ambigüedad de sus preceptos<sup>(18)</sup>, su dudosa aplicación extraterritorial, el reducido círculo de destinatarios de la norma y la sanción unilateral de la corrupción internacional por parte de los Estados Unidos de América, restaron eficacia a la FCPA<sup>(19)</sup>. Por otro lado, y a pesar de la aplicación solo parcial de los preceptos anticorrupción, el sector empresarial criticó duramente la posición desventajosa en la que se encontraba<sup>(20)</sup>, ya que las empresas extranjeras no poseían una ley anticorrupción equiparable a la FCPA, viendo de esta manera reducida su capacidad competitiva en los mercados internacionales<sup>(21)</sup>. Si bien es cierto que no se pudo demostrar empíricamente que

(15) House Report N.º 95-640 (1977), p. 11 y 12.

(16) House Conference Report N.º 95-831, p. 14: «(...) *the conferees recognized the inherent jurisdictional, enforcement, and diplomatic difficulties raised by the inclusion of foreign subsidiaries of U.S. companies in the direct prohibitions of the bill.*»

(17) La Corte Suprema de Estados Unidos advirtió en *Anderson v. Abbott*, 321 U.S. 233, 362 (1944) que frente a estos casos «la responsabilidad restringida es la regla y no la excepción». Detalladamente sobre la responsabilidad de las empresas matrices por conductas ilegales de sus filiales, Brown, 50 *Baylor L. Rev.* (1998), pp. 17 y ss.

(18) Greanias/Windsor, *The Foreign Corrupt Practices Act*, p. 97: «every major piece of new legislation comes repiete with language that will gain definition with time and practice (...) The difference with the Foreign Corrupt Practices Act is that (...) these various words and phrases are themselves not going to admit of definition»; Georges, 14 *Cornell Intl L. J.* (1981), pp. 59 y ss.

(19) Hasta el año 1987 la SEC tuvo a su cargo un reducido número de casos vinculados a la FCPA, véase Witherpoon, 87 *Dick. L. Rev.* (1983), pp. 546 y ss.; Longobardi, 20 *Vand. J. Transatl L.* (1987), pp. 485 y ss.

(20) United States General Accounting Office, *Impact of Foreign Corrupt Practices Act on U.S. Business: Comptroller General's Report to The Congress* 6 (4 de marzo de 1981): «(...) many companies believe the cost of complying with the act exceeds the benefits derived. The act has also been cited as causing U.S. companies to lose foreign business».

(21) Véase Pitt/Groskauffman, 78 *Geo. L. J.* (1989-1990), p. 1586; Georges, 14 *Cornell Intl L. J.* (1981), pp. 57 y ss.; Longobardi, 20 *Vand. J. Transatl L.* (1987), p. 446: «The United States alone polices the competitive tactics that its domestic corporations use abroad. This puts United States companies at a distinct disadvantage in doing business with foreign entities. In many nations, foreign entities not only accept bribes as a business practice but expect payment before they will complete any transaction».

esto efectivamente sucediese<sup>(22)</sup>, el clima de confusión e inseguridad sembrado entre las empresas y demás sectores vinculados hicieron temer que el daño sea considerable, emprendiéndose posteriormente la necesaria modificación de la FCPA.

## I. Omnibus Trade and Competitiveness Act (1988)

Tras muchos intentos infructuosos, la primera reforma de la FCPA se produjo en 1988 con la Omnibus Trade and Competitiveness Act<sup>(23)</sup> (OTCA). Mientras la emisión originaria de la FCPA estuvo inspirada en la reinstauración de valores morales<sup>(24)</sup> para hacer sostenible el libre mercado, esta primera enmienda legislativa encuentra su motivación en consideraciones de orden estrictamente financiero y económico, esto es, para fortalecer la libre competencia<sup>(25)</sup>. Con la OTCA, la estructura de la FCPA permanece básicamente invariable, las únicas innovaciones ocurren en la modificación de la definición de «pagos permitidos», en la variación de los requisitos del tipo subjetivo y, finalmente, en el endurecimiento de las consecuencias jurídicas contenidas en esta ley<sup>(26)</sup>.

Ya en la redacción original de la FCPA se excluyeron del abanico de conductas punibles los pagos de facilitación (*facilitating payments*) o pagos de engrase (*grease payments*) cuando la prestación se ubicaba dentro de las obligaciones esenciales, sea esta *ministerial* o *clerical*. La OTCA fue un paso más allá y descartó explícitamente de sanción los pagos de rutina destinados a la administración del aparato estatal extranjero, como la obtención de licencias y permisos, la tramitación de solicitudes de visa y permiso de trabajo, y el otorgamiento de servicios policiales, energéticos, entre otros<sup>(27)</sup>. No fueron estimados como «pagos de rutina» aquellos que se sufragan a funcionarios para reclamar una deuda que un Estado tiene con una empresa o un particular, tal como se desprende de *United States v. Herzberg*<sup>(28)</sup>. En el presente caso, tanto la empresa como la persona individual llegaron a un acuerdo con las autoridades persecutoras al declararse culpables de transgredir la FCPA por haber sobornado a un funcionario de República Dominicana, ello sin importar que el

(22) Georges, 14 Cornell Int'l L. J. (1981), pp. 63 y ss.; Primoff, 9 Syracuse J. Int'l L. & Com. (1982), pp. 325 y ss.; Longobardi, 20 Vand. J. Transnat'l L. (1987), pp. 435 y ss.

(23) Pub. L. N.º 100-418, 102 Stat. 1107, 1415-25 (1988).

(24) Esta afirmación ha llevado incluso a muchos estudiosos a caracterizar la FCPA como la «*post Water-gate morality*», Windsor/Getz, 33 Cornell Int'l L. J. (2000), p. 743; Davis, 67 N.Y.U. Ann. Surv. Am. L. (2011-2012), p. 499.

(25) Davis, 67 N.Y.U. Ann. Surv. Am. L. (2011-2012), pp. 498 y ss.

(26) Detalladamente, Brennan, 15 N. C. J. Int'l L. & Com. Reg. (1990), pp. 236 y ss.; Golumbic/Adams, 39 Am. J. Crim. L. (2011-2012), pp. 10 y s.; Krever, 33 N.C.J. Int'l L. & Com. Reg. (2007-2008), pp. 88 y ss.

(27) 15 U.S.C. §§ 78dd-1(f)(3), 78-dd-2(h)(4) (1988).

(28) *United States v. Herzberg*, N.º 94-cr-254 (D. N. J., 1994).

soborno haya sido cometido para cobrar una deuda que ese país tenía a favor a los imputados. El acuerdo resulta controvertido puesto que la finalidad del pago no se orientaba a obtener o sostener un negocio, sino a recuperar una deuda impaga. Quizá sea este el motivo por el cual la penalidad, contrariamente a las que normalmente se suelen imponer en estos casos, solo ascendió a 20 000 dólares, y para el accionista se redujo a 5000 dólares y dos años de libertad condicional<sup>(29)</sup>.

Por el lado de la vertiente subjetiva, se variaron los estándares del dolo comprendidos en la redacción primigenia de la FCPA. Así, en el supuesto de que un tercero efectúe un pago a un funcionario extranjero en interés de la empresa, ya no bastaba con que el directivo tuviera alguna razón para saber (*reason to know*)<sup>(30)</sup> de que ello sucederá, sino que ahora se exigía un conocimiento positivo inequívoco, a sabiendas, de que el tercero efectivamente dirigirá el pago al funcionario (*knowing standard*)<sup>(31)</sup>. Paradójicamente, pese a la restricción del estándar cognitivo, se siguió admitiendo en esta constelación de casos la ceguera intencionada (*willful blindness*)<sup>(32)</sup> como elemento fundamentador del dolo. Esta tendencia fue reconocida por los tribunales estadounidenses de manera sostenida desde el caso *United States v. Jewell*<sup>(33)</sup>, en el que se condenó a un conductor por transportar marihuana en un compartimento secreto de un auto, a pesar de no pertenecerle el vehículo e ignorar que la droga se encontraba en su interior. Para el tribunal estadounidense resultó suficiente la «ceguera intencionada» para sancionarle penalmente. Con relación a la FCPA, entonces, no se pueden sustraer de responsabilidad penal aquellas empresas y directivos que decidan ignorar las señales o indicios de sospecha de un comportamiento corruptor a su favor llevado a cabo por un tercero o por una de sus filiales.

Finalmente, la OTCA endureció las consecuencias jurídicas de la FCPA. Las sanciones para las empresas se incrementaron de 1 a 2 millones de dólares y para las personas naturales de 10 000 hasta 100 000 dólares. Adicionalmente, la SEC podía imponer una multa civil de hasta 10 000 dólares. La pena privativa de libertad para las personas naturales se mantuvo en cinco años.

(29) Véase, *Corr/Lawler*, 32 Vand. J. Transnatl L. (1999), p. 1278 y 1279; *Mathews*, 18 Nw. J. Int'l L. & Bus. (1977-1998), p. 316.

(30) Tampoco bastaba para transgredir la FCPA la *simple negligence* o *mere foolishness*, House Conference Report N.º 100-576 (1988), pp. 919 y ss.

(31) 15 U.S.C. §§ 78dd-1(f)(2)(A), 78dd-2(h)(3)(A) (1988): «A person's state of mind is 'knowing' with respect to conduct, a circumstance, or a result if (i) such person is aware that such person is engaging in such conduct, that such circumstance exists, or that such result is substantially certain to occur; or (i) such person has a firm belief that such circumstance exists or that such result is substantially certain to occur».

(32) Detalladamente sobre la *willful blindness*, véase *Marcus*, 102 Yale L. J. (1992-1993), p. 2232; específicamente, con relación a la FCPA, *Nobles/Maistrellis*, 1 NAFTA L. & Bus. Rev. Am. (1995), pp. 14 y ss.

(33) *United States v. Jewell*, 532 F. 2d 697 (9th Cir.), cer. denied, 426 U.S. 951 (1976).

Haciendo una evaluación de las reformas bosquejadas introducidas por la OTCA se concluye que estas no contribuyeron a la aplicación exitosa de la FCPA. Si, además, se consideran los casos cristalizados en la lucha anticorrupción, apreciaremos que en los tres últimos años de la Administración Carter, luego de la promulgación de la FCPA, se investigaron tan solo doce casos, mientras que durante los ocho años del Gobierno de Ronald Reagan la cifra fue de 23. Con George W. Bush este número se elevó a 35; sin embargo, ya en el Gobierno de Bill Clinton se apreció una extraordinaria explosión de investigaciones ligadas a la corrupción internacional, tan solo entre febrero de 1993 y octubre de 1999 se llegaron a 225 casos<sup>(34)</sup>, incremento debido fundamentalmente a la política internacional impulsada por el gobierno de turno antes que a las reformas promovidas por la OTCA.

Adicionalmente, la falta de una directriz normativa llevó a que la SEC y el Departamento de Justicia de Estados Unidos (DOJ, por sus siglas en inglés) orienten su acción persecutoria principalmente contra empresas estadounidenses, poniendo en evidencia las falencias no superadas por la OTCA. En este sentido, a fin de menguar el impacto negativo en el plano competitivo, las autoridades propusieron excepciones dentro de la propia ley anticorrupción. Así lo demuestra la inclusión del siguiente precepto: «15 U.S.C. §78 m(b)(3)(A) En lo que respecta a asuntos relacionados con la seguridad nacional de los Estados Unidos, no se impondrá ninguna obligación ni responsabilidad (...) a ninguna persona que actúe en cooperación con el jefe de cualquier departamento o dependencia federal responsable de dichos asuntos». De esta manera, se reducía el riesgo penal de aquellas empresas que trabajasen con agencias gubernamentales como, por ejemplo, la CIA o la DEA<sup>(35)</sup>.

## II. International Antibribery and Fair Competition Act (1998)

Con el inicio del Gobierno de Bill Clinton se dio un cambio decisivo en la política estadounidense contra la corrupción internacional<sup>(36)</sup>. El aseguramiento del crecimiento económico y el impulso de su internacionalización promovidos por esta Administración implicaba al mismo tiempo la intensificación de la influencia reguladora por parte de los Estados Unidos de América. Hasta ese momento la práctica corroboraba que la FCPA solo valía, salvo excepciones, en el papel. El posterior giro radical vino de la mano de investigaciones de casos de corrupción que comprometieron a grandes empresas como, por solo mencionar un ejemplo,

(34) George/Lacey/Birmele, 32 Vand. J. Transnatl L. (1999), p. 13.

(35) Nagel, *Entwicklung und Effektivität internationaler Maßnahmen zur Korruptionsbekämpfung*, p. 103 y 104.

(36) Hall, 2 Tul. J. Int'l & Comp. L. (1994), pp. 290 y ss.

Lockheed Aircraft Corporation<sup>(37)</sup>, caso en el cual se impuso por primera vez una pena privativa de libertad a un directivo por la transgresión de la FCPA.

Pese al incremento inicial del número de investigaciones, pronto se advirtió que la falta de un marco legal internacional limitaría los esfuerzos de lucha contra la corrupción, activada hasta ese entonces unilateralmente por Estados Unidos. Para superar ese obstáculo, desde la asunción de su mandato, Bill Clinton decidió intensificar las relaciones con otros países<sup>(38)</sup> a través de organizaciones internacionales como la Organización de los Estados Americanos, la Organización de las Naciones Unidas, la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE), entre otras, a fin de viabilizar la cooperación y, sobre todo, la vinculación de los países contra la corrupción internacional. Esta nueva política tuvo como resultado más notable la firma de la Convención para Combatir el Cohecho de Servidores Públicos Extranjeros en Transacciones Comerciales Internacionales en el marco de la OCDE, adoptada posteriormente por la Conferencia Negociadora el 21 de noviembre de 1997 y ratificada actualmente por las 34 economías exportadoras más grandes.

De la suscripción del mencionado convenio resultó la obligación de reformular algunos preceptos contenidos en la FCPA<sup>(39)</sup>. Con ese objetivo se emitió la

---

(37) *United States v. Lockheed Corp., Suleiman A. Nassar and Allen R. Love*, Crim. N.º 94-cr-22016 (N. D. Ga. Atlanta Division, 1994). Esta compañía se declaró culpable ante las autoridades estadounidenses por haber sobornado con 1,2 millones de dólares a una asesora egípcia, quien luego sería miembro del Legislativo, como contraprestación por la obtención de un contrato para la venta de aviones militares, acuerdo por el cual la firma recibiría posteriormente 79 millones de dólares. Descubierta el soborno, uno de los altos directivos fue condenado a 18 meses de pena privativa de libertad y a pagar la multa de 125 000 dólares, mientras que la propia empresa tuvo que pagar una suma adicional de 25 millones de dólares.

(38) La presión ejercida por el Ejecutivo estadounidense para lograr tal fin lo personificó el Secretario de Estado Warren Christopher, como se desprende de su intervención del 20 de octubre de 1993: «I think the time is long over due (...) and I'll try to make sure that the United States firmly and aggressively raises this issue ant the OECD (...). We'll try to purpose other initiatives to combat corruption in connection with international institutions and development agencies». Véase Bialos/Husisian, *The Foreign Corrupt Practices Act: Coping with Corruption in Transitional Economies*, p. 137.

(39) El Comité del Senado estadounidense fundamentó en su Senate Report N.º 105-277 (1998), p. 2, la importancia de la reforma de la FCPA: «Since the passage of the FCPA, American businesses have operated at a disadvantage relative to foreign competitors who have continued to pay bribes without fear of penalty. Such bribery is estimated to affect overseas procurements valued in the billions of dollars each year. Indeed, some of our trading partners have explicitly encouraged such bribes by permitting businesses to claim them as tax-deductible business expenses. It is impossible to calculate with certainty the losses suffered by U.S. businesses due to bribery by our foreign competitors. The Commerce Department has stated that it has learned of significant allegations of bribery by foreign firms in approximately 180 international commercial contracts since mide-1994, contracts that were valued at nearly \$80 billion. This legislation, coupled with implementation of the OECD Convention by our major trading partners, will go a long way towards leveling the playing field for U.S. businesses in international contracts».

International Antibribery and Fair Competition Act (Iafca)<sup>(40)</sup>, refrendada por el entonces presidente Bill Clinton el 10 de noviembre de 1998 —vigente desde el 15 de febrero de 1999— y que incluía ciertas enmiendas normativas que fortalecieron la eficacia de la ley anticorrupción y potencializaron su importancia internacional.

Una de las modificaciones más trascendentales promovida por este cuerpo normativo se reconduce a la ampliación del círculo de destinatarios de la FCPA. La versión originaria incluía restrictivamente a aquellas empresas listadas en las bolsas de valores (*issuers*) y a todas las personas y empresas estadounidenses con actividades financieras en dicho territorio (*domestic concerns*). Con la Iafca se ampliaron los destinatarios a aquellas personas, sean naturales o jurídicas, cuyo acto corruptor tenga algún tipo de relación con el espacio estadounidense. Era suficiente para ser considerada una persona jurídica «perseguable» que la empresa se haya conformado de acuerdo con las normas del derecho extranjero. Si se toman en cuenta las versiones de la FCPA antes reseñadas, hasta ahora no se había dado este paso decisivo de incluir a personas y empresas extranjeras dentro del alcance de la ley. La incorporación de los nuevos destinatarios no era más que una ratificación de la nueva política estadounidense de fortalecimiento de la libre competencia.

Por otro lado, con relación a la finalidad del acto corruptor, la reforma de 1998 tipificó aquellos pagos orientados a obtener una «ventaja indebida» (*improper advantage*)<sup>(41)</sup>. La indefinición de este término no dejaba claro, sin embargo, si también se transgredía la FCPA cuando el soborno no tiene por propósito obtener algún provecho relacionado con la firma de un contrato o su aseguramiento en conexión, por ejemplo, con el otorgamiento de una ventaja tributaria<sup>(42)</sup>. Los tribunales estadounidenses resolvieron esta disyuntiva sosteniendo que dichas contribuciones no transgreden necesariamente la FCPA. Para que ello suceda se debe demostrar, en el caso concreto, la repercusión que tiene el pago al funcionario sobre el negocio emprendido o a emprender<sup>(43)</sup>.

Finalmente, la Iafca también modificó el alcance del concepto de «funcionario extranjero», haciéndolo extensivo a todas aquellas personas que sean miembros o representantes de alguna organización internacional pública<sup>(44)</sup>. Al mismo tiempo, se

(40) Publ. L. N.º 105-366, 112 Stat. 3302 (1998).

(41) Brown, 26 N. C. J. Int'l L. & Com. Reg. (2000-2001), p. 248.

(42) Nagel, *Entwicklung und Effektivität internationaler Maßnahmen zur Korruptionsbekämpfung*, p. 185.

(43) *United States v. David Kay and Douglas Murphy*, 359 F.3d 738 (5<sup>th</sup> Cir., 2004).

(44) La definición de «organización internacional pública» la encontramos en los siguientes apartados: 15 U.S.C. §§ 78dd-1 (f)(1)(B), 78dd-2(h)(2)(B); 78dd-3 (f)(2)(B).

prohibió cualquier prestación que se realice tanto a candidatos para un puesto público extranjero, como a partidos políticos y a sus miembros, con la finalidad de influir en la toma de decisiones para la obtención o el mantenimiento de algún tipo de negocio.

### C. RESPONSABILIDAD PENAL DE LA EMPRESA

La inclusión de la responsabilidad penal de la empresa en la Convención para Combatir el Cohecho de Servidores Públicos Extranjeros en Transacciones Comerciales Internacionales de la OCDE no representó ninguna novedad para la tradición jurídica de Estados Unidos, motivo por el cual la elaboración de la Iafca concentró sus esfuerzos en trasladar este tipo de responsabilidad a las empresas extranjeras, quienes según esta ley serán ahora sujetos de imputación por corrupción de acuerdo con los criterios establecidos para ello en el derecho estadounidense. De ahí la importancia de detenernos brevemente en el análisis de esta influyente figura jurídica antes de abordar propiamente las instituciones contenidas en la FCPA.

La responsabilidad penal de la empresa<sup>(45)</sup> tiene larga data en el derecho estadounidense<sup>(46)</sup>. Ya en 1909 la Corte Suprema de Estados Unidos reconoció este instituto jurídico en el *leading case* *New York Central & Hudson River Railroad Co. v. U.S.* fundamentando su decisión básicamente en consideraciones de orden político-criminal:

We see no valid objection in law, and every reason in public policy, why the corporation which profits by the transaction, and can only act through its agents and officers, shall be held punishable by fine because of the knowledge and intent of its agents to whom it has intrusted authority to act in the subject-matter of making and

(45) En el derecho estadounidense el término *corporation* no solo abarca grandes organizaciones, sino también empresas medianas y pequeñas, tal como lo definen los tribunales estadounidenses: «(...) artificial person or legal entity created by or under the authority of the laws of a state or nation (...) ordinarily consisting of an association of numerous individuals, who subsist as a body politic under a special denomination, which is regarded in law as having a personality and existence distinct from that of its several members, and which is, by the same authority, vested with the capacity of continuous succession, irrespective of changes in its membership, either in perpetuity or for a limited term of years, and of acting as a unit or single individual in matters relating to the common purpose of the association, within the scope of the powers and authorities conferred upon such bodies by law». *Dartmouth College v. Woodward*, 17 U.S. (4 Wheat.) 518, 636, 657, 4 L. Ed. 629. Con más referencias, véase Erhardt, *Unternehmensdelinquenz und Unternehmensstrafe. Sanktionen gegen juristische Personen nach deutschem und US-amerikanischem Recht*, p. 95.

(46) Bucy, 75 Minn. L. Rev. (1990-1991), pp. 1095 y ss.; Henning, 63 Tenn. L. Rev. (1995-1996), pp. 793 y ss.; sobre la evolución en la doctrina y jurisprudencia, véase Laufer, *Corporate Bodies and Guilty Minds, The Failure of Corporate Criminal Liability*, pp. 3 y ss.; Brickley, 60 Wash. U. L. Q. (1982-1983), pp. 393 y ss.; Walsh/Pyrrich, 47 Rutgers L. Rev. (1994-1995), pp. 610 y ss.

fixing rates of transportation, and whose knowledge and purposes may well be attributed to the corporation for which the agents act. While the law should have regard to the rights of all, and to those of corporations no less than to those of individuals, it cannot shut its eyes to the fact that the great majority of business transactions in modern times are conducted through these bodies, and particularly that interstate commerce is almost entirely in their hands, and to give them immunity from all punishment because of the old and exploded doctrine that a corporation cannot commit a crime would virtually take away the only means of effectually controlling the subject-matter and correcting the abuses aimed at<sup>(47)</sup>.

En el plano dogmático, el tribunal se sirvió de la doctrina civil de la *respondeat superior*<sup>(48)</sup>, según la cual una persona jurídica es penalmente responsable por las conductas que ejecuten sus empleados en el marco de la relación laboral<sup>(49)</sup> y con la intención de beneficiar a la empresa (*with intent to benefit the corporation*)<sup>(50)</sup>, tornándose intrascendente para estos efectos la posición que ocupa el trabajador dentro de la institución<sup>(51)</sup>. De esta manera, las acciones delictivas de los empleados son directamente imputadas a la empresa sin diferenciar niveles independientes de responsabilidad penal<sup>(52)</sup>, transformando así la vinculación directivo-empresa en una más amplia de empleados-empresa, y redireccionando con ello la atención jurídica al control de los riesgos generados por la empresa en su conjunto<sup>(53)</sup>.

La propuesta originaria sostenida por el Tribunal Supremo de Estados Unidos de responsabilizar penalmente a la empresa por el comportamiento de otro, llamada en *stricto sensu vicarious liability*<sup>(54)</sup>, se ha mantenido hasta la actualidad sin sufrir

(47) *New York Central & Hudson River Railroad Co. v. United States* 212 (1909), p. 495 y 496.

(48) *New York Central & Hudson River Railroad Co. v. United States*, 212 (1909), p. 481: «Applying the principle governing civil liability, we go only a step farther in holding that the act of the agent, while exercising the authority delegated to him to make rates for transportation, may be controlled, in the interest of public policy, by imputing his act to his employer and imposing penalties upon the corporation for which he is acting in the premises».

(49) *United States v. Thompson-Powell Drilling Co.*, 196 F. Supp. 571 (N. D. Tex., 1961).

(50) *Currier v. United States*, 166 F.2d 346, 348 (3<sup>ra</sup> Cir., 1948).

(51) Ehrhardt, *Unternehmensdelinquenz und Unternehmensstrafe. Sanktionen gegen juristische Personen nach deutschem und US-amerikanischem Recht*, p. 95 y 96.

(52) Laufer, 43 Emory L. J. (1994), pp. 659 y ss.; Moore, 34 Ariz. L. Rev. (1992), pp. 758 y ss.

(53) La empresa seguirá siendo considerada «autora» del delito de acuerdo con la teoría de la *vicarious liability* aun en aquellos casos contradictorios en los que resulte ser propiamente «víctima» de la conducta de sus empleados; véase, Michaels, 1 Ohio St. J. Crim. L. (2003-2004), pp. 553 y ss.

(54) Fletcher, *Rethinking Criminal Law*, pp. 647 y ss.; James, 28 Tul. L. Rev. (1953-1954), pp. 161 y ss.

cambios sustanciales<sup>(55)</sup>, amparada en el argumento de que tal responsabilidad contribuye a la prevención de delitos cometidos desde la empresa. En este sentido, la función del efecto intimidatorio que una pena de tales características provoca se materializa fundamentalmente en las medidas organizativas que adopta la empresa a fin de que no se deriven delitos vinculados con sus actividades.

En efecto, de acuerdo con la forma en la que son concebidas la división de trabajo y la estructura jerárquica en organizaciones complejas, se aprecia que generalmente los directivos, ya sea por la delegación de funciones o por la posición que ocupan dentro de esta, no participan directamente en la configuración delictiva. Más allá de existir la posibilidad de responsabilizarlos acudiendo a complejos criterios dogmáticos de imputación, entre ellos por no haber efectuado una adecuada labor de control o vigilancia, la sanción penal de la propia empresa la obliga a asumir la responsabilidad por comportamientos delictivos tanto de empleados como de directivos, siendo ya intrascendente la complejidad estructural y la forma en que la empresa se organice. Por esta razón, las empresas se ven incentivadas a incorporar en su seno programas de cumplimiento a fin de evitar activamente posibles infracciones delictivas<sup>(56)</sup>.

Contrariamente a lo sostenido por la jurisprudencia, la literatura estadounidense se ha decantado por restringir la responsabilidad empresarial solo a ciertas formas de comisión del delito. Un sector doctrinal, por ejemplo, tiende a reconocer una *corporate criminal liability* únicamente cuando el delito guarde conexión directa con la conducta desenvuelta por los órganos de dirección (*superior agent-rule*), mientras que planteamientos más recientes se inclinan o por vincular la responsabilidad al proceso en que se toman las decisiones dentro de una determinada empresa (*inner circle*), o por reencauzar la responsabilidad a una culpabilidad empresarial fundada en criterios de *due diligence*<sup>(57)</sup>. Para otro sector teórico, esta última propuesta solo fungiría como una objeción a la responsabilidad cuando se posea un sistema preventivo, aun en casos en los cuales la empresa haya participado en la comisión del delito, por lo cual proponen reconducir la determinación de la responsabilidad a la etapa de graduación

(55) Por solo mencionar algunas sentencias de importancia que corroboran lo afirmado: *United States v. Cincotta*, 689 F. 2d 238 (1<sup>st</sup> Cir., 1982); *United States v. One Parcel of Land*, 965 F. 2d 311 (7<sup>th</sup> Cir., 1992), p. 316; *United States v. Sun-Diamond Growers of California*, 964 F. Supp. 486 (D. D. C., 1997), p. 490.

(56) Walsh/Pyrish, 47 Rutgers L. Rev. (1994-1995), pp. 636 y ss. Ilustrativamente, *United States v. Twentieth Century Fox Film Corp.*, 882 F.2d 656 (2<sup>nd</sup> Cir., 1989), p. 661: «It is this rule of vicarious liability that encourages companies to establish compliance programs. Were we to import "reasonable diligence" into the lay of criminal contempt, corporations could more easily distance themselves from the wayward acts of their agents – a prospect that threatens the very authority of the court that criminal contempt is designed to preserve».

(57) Coffe, 79 Mich. L. Rev. (1981), pp. 445 y ss.

de la pena a efectos de valorar las medidas correctivas adoptadas por la empresa una vez descubierta la infracción<sup>(58)</sup>. Más allá de los esfuerzos emprendidos por la doctrina a favor de instaurar criterios más o menos seguros y restrictivos de la responsabilidad penal de la empresa, sus propuestas no han logrado imponerse en la jurisprudencia.

Finalmente, las consecuencias que se derivan de esta especial responsabilidad penal entrañan un riesgo significativo para las empresas, pudiendo provocar incluso su propia desaparición por el solo hecho de estar sometidas a un proceso judicial. Un caso paradigmático que corrobora lo afirmado es el de *Arthur Andersen LLP*<sup>(59)</sup>, una de las empresas auditoras más grandes del mundo declarada culpable en primera instancia<sup>(60)</sup> por el delito de obstrucción a la justicia al haber destruido documentos que, según la acusación fiscal, tenían como finalidad prevenir y alertar a la empresa Enron de sus problemas financieros y contables frente a la investigación promovida en ese entonces por el supervisor bursátil. Previamente, la sola circunstancia de haber trascendido públicamente que la empresa auditora afrontaría un proceso judicial obligó tanto a clientes como a trabajadores a huir a otras empresas. Ya en la máxima instancia, la *Supreme Court*<sup>(61)</sup> absolvió a Arthur Andersen LLP del cargo imputado, pero esta decisión judicial llegó tres años demasiado tarde, para entonces ya la empresa había colapsado y 28 000 empleados —tan solo en Estados Unidos— habían perdido sus puestos de trabajo<sup>(62)</sup>.

#### D. ÓRGANOS PERSECUTORES

Los órganos competentes del *enforcement* de la FCPA lo conforman el Departamento de Justicia (DOJ) y la Comisión de Títulos y Valores de Estados Unidos (SEC). Ambas instituciones trabajan estrechamente con la Oficina Federal de Investigaciones (FBI) en los requerimientos necesarios para la investigación conjunta de violaciones a la FCPA. El rol protagónico del DOJ y de la SEC en la tradición jurídica estadounidense está determinado por su sistema de *plea bargaining*<sup>(63)</sup>. Esta configuración procesal orientada al principio de oportunidad ofrece la posibilidad de llegar a un

---

(58) Ehrhart; *Unternehmensdelinquenz und Unternehmensstrafe. Sanktionen gegen juristische Personen nach deutschem und US-amerikanischem Recht*, p. 115 y 116; Fisse, 56 S. Cal. L. Rev. (1982-1983), pp. 1195 y ss.; Forschler, 78 Cal. L. Rev. (1990), p. 1299 y 1306; Maxwell, 29 UCLA L. Rev. (1981-1982), pp. 483 y ss.

(59) Para un estudio detallado de este caso, véase Buell, 81 Ind. L. J. (2006), pp. 479 y ss.; Brickey, 81 Wash. U. L. Q. (2003), pp. 917 y ss.; Michaels, 1 Ohio St. J. Crim. L. (2003-2004), pp. 556 y ss.

(60) *United States v. Arthur Andersen LLP*, 374 F.3d 281 (5<sup>th</sup> Cir., 2002).

(61) *Arthur Andersen v. United States*, 544 U.S. 696 (U.S., 2005).

(62) Sobre este y otros casos similares de procesos penales contra empresas en Estados Unidos, Pogdor, 85 Chi.-Kent L. Rev. (2010), pp. 77 y ss.

(63) Brown/Bunnell, 43 Am. Crim. L. Rev. (2006), pp. 1063 y ss.

acuerdo previo al juicio entre el acusado y los órganos persecutores sobre los cargos y distintos aspectos del proceso. Ello implica que serán estas autoridades las que decidan, de acuerdo con el interés público, qué casos se resolverán judicialmente y cuáles no, independientemente de la suficiencia probatoria<sup>(64)</sup>.

Las amplias atribuciones de las agencias persecutores, propias del *common law* y decisivamente influenciadas por el análisis económico del derecho<sup>(65)</sup>, posibilita la optimización de los recursos institucionales fomentando los acuerdos prejudiciales. Es más que evidente que no se dispondrían de fiscales necesarios para afrontar todos los procesos, aunado al resultado incierto que ello conlleva. Este dilema de carencia de recursos se manifiesta en sistemas procesales guiados por el principio de legalidad, donde la sola concurrencia de indicios suficientes obliga a llevar el hecho potencialmente ilícito a juicio. Desde la perspectiva estadounidense, y con relación a los delitos empresariales, esta «propensión al juicio» pondría en peligro a terceros inocentes, ya sean los accionistas, trabajadores y clientes<sup>(66)</sup>, como lo sucedido ejemplificativamente con el caso *Arthur Andersen LLP*.

Por el lado de las empresas, el interés por llegar a un acuerdo prejudicial será aún mucho mayor. Junto al inmenso riesgo reputacional ocasionado por el solo hecho de verse sometido a un proceso judicial, las empresas corren el peligro de perder sus licencias de exportación, contratos estatales, el acceso al negocio de títulos valores, la exclusión de convocatorias de licitaciones y negocios con Estados Unidos<sup>(67)</sup> y, como consiguiente, también con la Unión Europea<sup>(68)</sup>, entre otras consecuencias que pueden acarrear la extinción de la empresa<sup>(69)</sup>. Estos motivos, conjuntamente con las sanciones de una eventual sentencia condenatoria, transforman la mera «potestad» del acuerdo prejudicial en una «obligación» para la supervivencia de la empresa.

(64) Lafave, 18 Am. J. Comp. L. (1970), pp. 532 y ss.; Myers, 25 Mich. J. Int'l L. (2003), pp. 233 y ss.; Orland, 1 Brook. J. Corp. Fin. & Com. L. (2006-2007), pp. 52 y ss. Por regla general, las decisión de los órganos persecutores de abstenerse de presentar cargos no es sujeto de revisión judicial, véase *Inmates of Attica Correctional Facility v. Nelson Rockefeller*, 477 F. 2d 375 – (Court of Appeals 2<sup>nd</sup> Cir. 1973), p. 380.

(65) Landes, 14 J. L. & Econ. (1971), pp. 61 y ss.

(66) Greenblum, 105 Colum. L. Rev. (2005), p. 1887; Rashkover, 89 Cornell L. Rev. (2003-2004), p. 551; Bucy, 44 Am. Crim. L. Rev. (2007), p. 1301; Bharara, 44 Am. Crim. L. Rev. (2007), pp. 73 y ss.; Silbert/Joannou, 43 Am. Crim. L. Rev. (2006), pp. 1227 y ss.

(67) Duncan, 1 Asian-Pac. L. & Poly J. (2000), p. 26; Low/Bjorklund/Atkinson, 38 Virg. J. Int'l L. (1998), pp. 261 y ss.; Perkel, 40 Am. L. Rev. (2003), pp. 703 y ss.

(68) Directive 2004/18/EC of the European Parliament and of the Council of 31<sup>st</sup> March 2004 on the coordination of procedures for the award of public works contracts, public supply contracts and public service contracts; Official Journal L 134 , 30/04/2004, p. 0014-0240: article 45.

(69) Greenblum, 105 Colum. L. Rev. (2005), p. 1888.

## I. Departamento de Justicia (DOJ)

Las competencias del DOJ y la SEC no están estrictamente delimitadas una de la otra, sino más bien transversalmente complementadas. El Departamento de Justicia posee la atribución jurídica de perseguir penalmente las infracciones a las disposiciones anticorrupción y a las disposiciones contables, así como la persecución civil de transgresiones a las disposiciones anticorrupción por parte de las empresas que no sean consideradas como *issuers*. En detalle, se pueden enumerar sus competencias en tres grupos definidos<sup>(70)</sup>: i) la investigación penal contra empresas emisoras de valores por transgresión de las disposiciones anticorrupción y de contabilidad; ii) la investigación civil y penal contra empresas y ciudadanos estadounidenses que trasgredan las disposiciones anticorrupción; y iii) la investigación civil y penal contra empresas y personas extranjeras por violación de las disposiciones anticorrupción.

Desde la emisión de la Federal Prosecution of Corporation (Holder Memorandum) en 1999<sup>(71)</sup>, los criterios utilizados por la fiscalía para la acusación de empresas sospechosas de transgredir las normas no están relegados al arbitrio de cada fiscal, sino más bien agrupados en directrices (*memorandums*) elaboradas por el propio Departamento de Justicia<sup>(72)</sup>. Conjuntamente con la forma y gravedad de comisión del ilícito, el así llamado Holder Memorandum consideró preponderante para posponer (*deferred prosecution agreements*, DPA) o impedir el proceso judicial (*non prosecution agreements*, NPA)<sup>(73)</sup> la detección oportuna del ilícito y su comunicación voluntaria a las autoridades, la implementación de medidas adecuadas para superar los inconvenientes que posibilitaron la comisión de la infracción, entre otras.

Posteriormente, tras los escándalos Enron y Andersen, se modificaron las directrices fiscales con el Thompson Memorandum<sup>(74)</sup>, y de este modo se favoreció a una mayor cantidad de acuerdos prejudiciales con base en el incremento de la importancia de la colaboración por parte de la empresa<sup>(75)</sup>, pero sujeto a la renuncia de derechos de los trabajadores a la confidencialidad abogado-cliente (*attorney-client*)

(70) Yannett/Schürle, en *Wirtschaftsstrafrecht. Handbuch für die Unternehmens- und Anwaltspraxis*, p. 1130 y 1131; Koehler, 43 *Ind. L. Rev.* (2010), pp. 389 y ss.

(71) El antecedente primigenio se remite hasta el Speedy Trial Act de 1974.

(72) Baker, 89 *Cornell L. Rev.* (2003-2004), p. 327; Laufer/Strudler, 37 *Am. Crim. L. Rev.* (2000), pp. 1302 y ss.; Wray/Hur, 43 *Am. Crim. L. Rev.* (2006), pp. 1099 y ss.

(73) Pormenorizadamente, sobre los DPA y NPA véase Bharara, 44 *Am. Crim. L. Rev.* (2007), pp. 53 y ss.; Greenblum, 105 *Colum. L. Rev.* (2005), pp. 1860 y ss.

(74) Bharara, 44 *Am. Crim. L. Rev.* (2007), pp. 78 y ss.; Wray/Hur, 43 *Am. Crim. L. Rev.* (2006), pp. 1095 y ss.

(75) Griffin, 82 *N. Y. U. L. Rev.* (2007), pp. 311 y ss.

o al no sufragio de los gastos de defensa (*work-product privilege*)<sup>(76)</sup>. La disposición de un programa de cumplimiento efectivo promovido por la dirección de la empresa también jugó un rol determinante en esta directriz<sup>(77)</sup>. Pese a contar con algunas virtudes, las deficiencias y críticas a este *memorandum* llevaron a su modificación a través del McNulty Memorandum, que fue finalmente sustituida por el Filip Memorandum e incluida en el United States Attorneys' Manual.

En conclusión, los variados aspectos que los fiscales considerarán contra la instauración de un proceso judicial se pueden agrupar en los siguientes criterios: la naturaleza y gravedad de comisión de la infracción, la persistencia de los actos ilícitos, el historial corporativo, el descubrimiento oportuno del delito, la colaboración con las autoridades, la existencia de un efectivo programa de ética y cumplimiento, los remedios aplicados por la empresa, los efectos colaterales, la individualización de las personas responsables y la adecuación de los remedios considerados normativamente<sup>(78)</sup>.

## II. Comisión de Títulos y Valores (SEC)

La competencia de la Comisión de Títulos y Valores de Estados Unidos se encuentra restringida a la persecución civil y administrativa de las empresas emisoras, sus funcionarios, directores, empleados, agentes o accionistas, tanto en los casos de transgresión de las disposiciones anticorrupción como las normas de contabilidad<sup>(79)</sup>. Las investigaciones contra este tipo de empresas son llevadas a cabo generalmente de forma conjunta con el DOJ, lo que trae como consecuencia que en muchos casos la empresa investigada llegue a acuerdos paralelos con la SEC y el DOJ.

Al igual que el DOJ, las autoridades de la SEC<sup>(80)</sup> disponen desde el 2012 de sus propias directrices para la investigación y acusación de empresas sospechosas de transgredir la FCPA contenidas en el SEC's Enforcement Manual, entre cuyos criterios orientadores se pueden mencionar: los estatutos o normas potencialmente infringidos, la gravedad y magnitud de la potencial transgresión, la vulnerabilidad

(76) Wray/Hur, 43 Am. Crim. L. Rev. (2006), pp. 1135 y ss.

(77) Brickley, 8 Buff. Crim. L. Rev. (2004-2005), p. 237.

(78) DOJ/SEC, *Resource Guide*, p. 53.

(79) Rashkover, 89 Cornell L. Rev. (2003-2004), pp. 537 y ss. Para un análisis crítico de las funciones de la SEC véase, Black, 73 Ohio St. L. J. (2012), pp. 1093 y ss.

(80) A causa del incremento vertiginoso de casos abordados por la SEC en tiempos recientes, se creó el año 2010 una división especializada exclusiva para casos relacionados con la FCPA, encargada de investigar y, al mismo tiempo, de coordinar con otras instituciones nacionales e internacionales la aplicación de los dispositivos de la FCPA; véase Black, 73 Ohio St. L. J. (2012), pp. 110 y ss.

o riesgo del grupo potencialmente perjudicado, la cooperación con las autoridades, la aceptación de los cargos, si la conducta transgresora sigue en curso, si la conducta es pasible de ser investigada eficientemente y antes del vencimiento del plazo de prescripción, entre otros<sup>(81)</sup>.

---

(81) DOJ/SEC, *Resource Guide*, pp. 53, 77; Rashkover, 89 Cornell L. Rev. (2004), p. 539; Brickey, 8 Buff. Crim. L. Rev. (2004-2005), p. 241 y 242.

## Capítulo II DISPOSICIONES ANTISOBORNO

### A. INTRODUCCIÓN

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

Una de las diferencias fundamentales entre las normas peruanas de corrupción internacional y las contenidas en la FCPA radica en que la *antibribery provision* sanciona únicamente el cohecho activo de funcionarios extranjeros, mientras que nuestro Código Penal prevé adicionalmente, en el artículo 393-A, la sanción del «funcionario o servidor público de otro Estado o funcionario de organismo internacional público (...)». Más allá de ello, tanto el Código Penal peruano —a través del artículo 397-A, incorporado por la Ley N.º 29316 de 13 de enero de 2009, precisamente en el marco del Tratado del Libre Comercio con Estados Unidos— como la FCPA coinciden en sancionar el cohecho activo internacional.

### B. OFFENSES

En lo que sigue, serán abordados las variantes y los tipos de conductas que caracterizan a las disposiciones antisoborno. Previamente, es necesario advertir que la división anclada en nuestra tradición jurídica entre un tipo objetivo y otro tipo subjetivo es conocida en el *common law*, con las diferencias sustanciales propias que conlleva, como *actus*

*reus* y *mens rea*, respectivamente. Con *actus reus*, también llamado *voluntary act*, será abarcada la descripción objetiva del delito que debe configurar el autor a través de un comportamiento voluntario, ya sea por acción u omisión. Contrariamente, la *mens rea*, también denominada *guilty mind*, describe la relación subjetiva con el hecho<sup>(82)</sup>. Si se llegan a satisfacer los elementos objetivos y subjetivos nos encontraremos frente a una *offense*. Con ello se califica ya una conducta como punible en tanto no se interponga una *defense* que pueda conducir a su justificación, exclusión o, según sea el caso, a la aminoración de la pena. La orientación procesal del derecho penal estadounidense juega un rol determinante en la división de estas dos categorías. Así, mientras que todos los elementos que fundamenten la imputación de un delito son denominados *offenses*, que deben ser probados en el proceso por los órganos persecutores; las circunstancias excluyentes o atenuantes constituyen las *defenses*, y serán utilizados por el imputado para persuadir al tribunal de su inocencia<sup>(83)</sup>. Este enfoque refleja la tradición angloamericana del proceso penal caracterizado como uno de disputa (*trial by combat*)<sup>(84)</sup>.

## I. Tipo objetivo (*actus reus*)

La descripción de la conducta infractora de las disposiciones anticorrupción es idéntica para fundamentar su persecución civil y penal. El hecho de que las diferencias entre una y otra no sean evidentes para el derecho estadounidense, al menos en cuanto se refiere al *enforcement* de la FCPA, implica que el análisis de este y demás apartados incluyan consideraciones tanto del DOJ como de la SEC en la interpretación del tipo.

El delito de corrupción de funcionarios extranjeros no exige para su configuración que sea el autor quien directamente pague el soborno, este se hace también responsable cuando para cumplir dicho fin medie un tercero o cuando simplemente lo autoriza. Que estas acciones den como resultado la efectiva influencia en cualquier

---

(82) Lafave, *Substantive Criminal Law*, tomo I, pp. 421 y ss.; Fletcher, *Rethinking Criminal Law*, pp. 420 y ss.; del mismo, *Basic Concepts of Criminal Law*, pp. 43 y ss. La diferenciación jurisprudencial más notable de estas instituciones la podemos apreciar en la sentencia del caso *State v. Elton*, 680 P.2d 727, 728 (Utah, 1984): «The Utah Criminal Code follows the common law establishing the basic proposition that a person cannot be found guilty of a criminal offense unless he harbors a requisite criminal state of mind or unless the prohibited act is based on strict liability (...) Thus, for an act to constitute a crime, the act must be prohibited and the defendant must be shown to have possessed a culpable or criminal state of mind, a *mens rea*, with respect to each element of the offense, unless the offense involves a strict liability offense. An established first principle of the criminal law, with few exceptions, is that the doing of a wrongful act without the requisite culpable mental state does not constitute crime (...) Nor does the harboring of a criminal mental state, not translated into a prohibited act, constitute a crime».

(83) Robinson, 82 Colum. L. Rev. (1982), pp. 241 y ss.; del mismo, 93 Yale L. J. (1984), pp. 609 y ss.

(84) Dubber, *Einführung in das US-amerikanische Strafrecht*, p. 139.

acto o decisión del funcionario que se trate tampoco es una condición necesaria para la imputación del delito. Así, la mera promesa o autorización de pago es una condición suficiente para la punibilidad de la conducta, sin que para ello se exija la real contraprestación por parte del agente público.

El DOJ y la SEC han venido aplicando la norma en ese sentido, tal como se desprende de *US v. Montesanto Company*<sup>(85)</sup>. En este caso, la empresa implicada se obligó a llegar a un acuerdo con el DOJ al autorizar a uno de sus ejecutivos un pago ilegal a un alto funcionario del Ministerio de Medio Ambiente de Indonesia con el objetivo de influir en la revocación de una norma lesiva para los intereses de la empresa Montesanto. Producto de las investigaciones, se llegó a corroborar el pago al funcionario extranjero, pero sin que este haya efectivizado finalmente la contraprestación acordada con el intermediario.

## 1. Destinatarios de la norma

Legislativamente, el círculo de destinatarios de la FCPA se encuentra reducido a tres grupos definidos: las empresas listadas en las bolsas de Estados Unidos (*issuers*), las personas y empresas de ese país (*domestic concerns*) y cualquier persona (*any person*), sea natural o jurídica, cuyo acto corruptor tenga algún tipo de relación con el territorio estadounidense. El método interpretativo del que se sirven el DOJ y la SEC para determinar los destinatarios mencionados no es necesariamente el literal. Todo lo contrario, los parámetros manejados son extraordinariamente amplios, razón por la cual se hace necesario apoyar el estudio de estas normas con las decisiones y precisiones que las autoridades estadounidenses han ido desarrollando en el transcurso de la aplicación de la FCPA.

### a) Emisores

El dispositivo 15 U.S.C. §§78dd-1 señala como destinatarios de la FCPA a las entidades emisoras. Llevan esta denominación aquellas empresas nacionales o extranjeras que posean valores registrados en las bolsas de los Estados Unidos o que deban consignar informes periódicos a la SEC. A estos efectos resulta intrascendente el tipo de valores a disposición de la compañía. Aun así, su determinación será complementada con el artículo 30-A de la Securities Exchange

(85) *United States v. Montesanto Company*, 05-cr-00008 (D. D. C., 06/01/2005); *SEC v. Montesanto Company*, 05-cv-14 (D. D. C., 2005).

Act de 1934<sup>(86)</sup>. Este precepto no solo comprende a las empresas como tales, sino también a sus funcionarios, directores, empleados, agentes o a cualquier accionista del ente emisor que actúe en su nombre, utilice el correo o cualquier otro medio o instrumento de comercio interestatal de forma corrupta. También serán considerados emisores las instituciones estatales y personas naturales que posean valores en la bolsa.

A pesar de la descripción minuciosa desarrollada por la norma en la delimitación del término *issuer*, los órganos persecutores estadounidenses han entendido que su interpretación debe ser lo más amplia posible. En el caso *Montedison S.p.A.*<sup>(87)</sup>, esta empresa italiana fue obligada a cancelar la suma de 300 000 dólares tras haber pagado sobornos únicamente en Italia. La SEC consideró a *Montedison* como *issuer* en el sentido de la FCPA al haber negociado *depository receipts* en las bolsas estadounidenses. Así interpretada la norma, se debe entender entonces que también serán considerados sujetos afectos a la FCPA aquellas empresas que se procuren medios financieros en el mercado de capitales estadounidense, siendo irrelevante en este sentido si poseen una sede en dicho país o no.

## b) Empresas nacionales

De acuerdo con el precepto 15 U.S.C. §§78dd-2 se entiende por *domestic concerns* a las personas naturales de Estados Unidos<sup>(88)</sup>, residentes extranjeros en ese país y a las empresas constituidas de acuerdo con las normas del derecho

---

(86) Securities Exchange Act, § 30A: «The term “security” means any note, stock, treasury stock, security future, security-based swap, bond, debenture, evidence of indebtedness, certificate of interest or participation in any profit-sharing agreement, collateral-trust certificate, preorganization certificate or subscription, transferable share, investment contract, voting-trust certificate, certificate of deposit for a security, fractional undivided interest in oil, gas, or other mineral rights, any put, call, straddle, option, or privilege on any security, certificate of deposit, or group or index of securities (including any interest therein or based on the value thereof), or any put, call, straddle, option, or privilege entered into on a national securities exchange relating to foreign currency, or, in general, any interest or instrument commonly known as a “security”, or any certificate of interest or participation in, temporary or interim certificate for, receipt for, guarantee of, or warrant or right to subscribe to or purchase, any of the foregoing».

(87) *SEC v. Montedison S.p.A.*, 96-cv-02631 (RWR) (D. D. C.). Para un estudio exhaustivo del caso citado, véase Brown, 22 *Hastings Int'l & Comp. L. Rev.* (1998-1999), pp. 441 y ss.

(88) La potestad jurídica del Gobierno de los Estados Unidos de América para juzgar a sus ciudadanos que cometan delitos en el extranjero es uno de los principios más antiguos reconocido por la jurisprudencia constitucional estadounidense: «It is conceded that the legislation of every country is territorial; that beyond its own territory, it can only affect its own subjects or citizens (...) The rights of war may be exercised on the high seas, because war is carried on upon the high seas; but the pacific rights of sovereignty must be exercised within the territory of the sovereign». *Rose v. Himely*, 8 U.S. (4 Cranch) 241, 279 (1808).

estadounidense<sup>(89)</sup> o, asimismo, que tengan su sede principal dentro de ese territorio. También son destinatarios sus funcionarios, directores, empleados, agentes y accionistas, independientemente de su nacionalidad.

Antes de la reforma emprendida en 1998 era una condición necesaria para la transgresión de la FCPA que en la conducta incriminada haya mediado la utilización de los correos o de la *interne commerce*<sup>(90)</sup> para promover el acto corruptor. Posteriormente, con la International Antibribery and Fair Competition Act, se anuló este requisito tanto para las empresas nacionales como para las empresas listadas en las bolsas, de tal manera que en adelante responderán por corrupción independientemente de si la conducta se llevó a cabo o se promovió dentro de la jurisdicción estadounidense. Esto significa que las empresas de Estados Unidos también se hacen responsables por los comportamientos de sus empleados en el extranjero, aun cuando no se transfiera el dinero corruptor desde ese país. La misma consecuencia se sigue al no exigirse para la imputación la participación de un ciudadano estadounidense en el acto corruptor realizado en el extranjero.

No obstante que el protagonismo de este dispositivo se concentra en las personas y empresas estadounidenses como destinatarias de la FCPA, los órganos persecutores han sostenido que su aplicación también es pasible de extenderse a personas y empresas extranjeras. El primer caso que dio cuenta de este razonamiento interpretativo del 15 U.S.C. §§ 78-dd(2)(a) fue *US v. King and Barquero*<sup>(91)</sup>, en el cual un ciudadano de la República de Costa Rica fue calificado de *agent* de la empresa Owl Securities & Investments Ltda., reprochándole penalmente la conducta de haber sobornado a funcionarios extranjeros y a miembros de partidos políticos a fin de obtener concesiones del gobierno de aquel entonces para la construcción de instalaciones portuarias, un aeropuerto internacional y un balneario.

### c) Cualquier persona

Con seguridad, este es uno de los dispositivos de mayor significado e importancia para los actores extranjeros, ya que con la denominación *any person* los afectados por

(89) Tal como se define en la sección 101 de la Ley de Inmigración y Nacionalidad, 8 U.S.C. § 101.

(90) 15 U.S.C. §§ 78dd-2(h)(5): «The term “interstate commerce” means trade, commerce, transportation, or communication among the several States, or between any foreign country and any State or between any State and any place or ship outside thereof, and such term includes the intrastate use of

(A) a telephone or other interstate means of communication, or

(B) any other interstate instrumentality».

(91) *United States v. Robert Richard King and Pablo Barquero Hernandez*, N.º 01-cr-190 (W. D. Mo., 27/06/2001).

la FCPA se extienden a todas las personas que no sean ciudadanos estadounidenses y a los entes colectivos conformados de acuerdo con el derecho extranjero, aun sin poseer la condición de emisores<sup>(92)</sup>. De igual forma, su alcance abarcará a las empresas extranjeras distribuidoras, comerciales, empresas conjuntas (*joint venture*), entre otras, cuando cometan el acto corruptor en Estados Unidos. Lo mismo rige para las empresas que se procuren o negocien medios financieros en la bolsas de dicho país sin ser necesariamente *issuers*.

Con relación a la legitimidad de los tribunales estadounidenses para someter bajo su jurisdicción a personas y empresas extranjeras, esta se fundamenta en la exigencia de una conexión mínimamente física entre las personas naturales o jurídicas y el territorio estadounidense. De acuerdo con la FCPA, la conexión se derivará de la utilización del correo o cualquier otro medio de comunicación interestatal. Las condiciones materiales para la determinación de la conexión física no son especialmente rigurosas, por lo que puede ser incluso suficiente que medie una simple transferencia<sup>(93)</sup>, una comunicación telefónica o el envío de un correo electrónico —con servidor ubicado en Estados Unidos<sup>(94)</sup>— en el acto corruptor para que las autoridades de ese país asuman su persecución civil y penal, a pesar de no concurrir otro tipo de contacto empresarial con ese país<sup>(95)</sup>.

La particular interpretación de la territorialidad encuentra su explicación en lo sostenido por el legislador en los considerandos institucionales del dispositivo en cuestión: «The territorial basis for jurisdiction should be broadly interpreted so that an extensive physical connection to the bribery act is not required»<sup>(96)</sup>. Si se sigue esta definición, entonces nos encontramos ante la explícita prescindencia de la conexión física como criterio fundamentador de la jurisdicción estadounidense, incorporándose de esta manera al grupo de destinatarios de la FCPA a todas aquellas personas naturales y jurídicas que solo establezcan algún tipo de negocio, por

---

(92) Esta norma fue aplicada por primera vez el año 2004 contra una filial británica de la empresa Suiza ABB Ltda. al pagar sobornos en Nigeria para procurarse contratos en el mercado petrolero. Como consecuencia, cada una de las empresas se obligó a pagar la suma de 5,5 millones de dólares, véase *United States v. ABB Vetco Gray Inc. and ABB Vetco Gray (UK) Ltda.* N.º 04-cr-279 (22/06/2004).

(93) *United States v. Statoil, ASA.*, N.º 06-cr-960 (S. D. N. Y., 2006).

(94) En el caso *United States v. Magyar Telecom, Plc*, 11-cr-597 (E. D. Va., 2011) el Departamento de Justicia fundamentó la jurisdicción estadounidense con base en dos correos electrónicos enviados a través de una cuenta de Hotmail, con servidor principal en Virginia, EE. UU., en los que se incluía información del soborno planeado a funcionarios de Macedonia. Otro caso similar, *SEC v. Straub*, F. Supp. 2d (2013), 11-cv-09645 (RJS).

(95) *United States v. Kay*, 513 F.3d 432 (2007). Detalladamente, *Berger/Sheehy/Davis/Yannett*, 26 Int'l Fin. L. Rev. (2007), p. 76.

(96) Senate Report N.º 105-277 (1998), p. 6.

mínimo sea, con *issuers* o *domestic concerns*, sin importar el lugar desde donde desarrollen sus actividades empresariales.

Es de muy reciente data el caso más significativo resuelto por las autoridades en ese sentido. El 2010, la Securities and Exchange Commission llegó a un acuerdo de persecución diferida (*deferred prosecution agreement*) con la empresa Panalpina Inc.<sup>(97)</sup>, subsidiaria de la empresa suiza de servicios carga global y logística Panalpina World Transport (Holding) Ltda., para el pago de 11,3 millones de dólares por la violación de las disposiciones anticorrupción de la FCPA. El regulador bursátil imputó a ambas empresas, entre otras infracciones, el haber pagado sobornos a funcionarios extranjeros en nombre de muchos de sus clientes, algunos considerados *issuers*, a fin de obviar reglas y normas locales asociadas a la importación de bienes y materiales a numerosas jurisdicciones extranjeras. Por su parte, el Departamento de Justicia estadounidense también presentó una acusación criminal contra Panalpina Inc. por ayudar y secundar a ciertos clientes en la violación de las disposiciones sobre libros y registros de la FCPA. La empresa admitió que entre 2002 y 2007 pagó miles de sobornos por un total de 27 millones de dólares a funcionarios extranjeros en al menos siete países, incluidos Angola, Azerbaiyán, Brasil, Kazajistán, Nigeria, Rusia y Turkmenistán. Los propios clientes de Panalpina reconocieron que las compañías aprobaron o condonaron los sobornos falseando la información de los pagos ilícitos en sus libros y registros contables bajo la denominación de gastos corrientes<sup>(98)</sup>.

#### d) ¿Funcionario extranjero?

A diferencia de lo tipificado en el artículo 393-A del Código Penal peruano, que sanciona expresamente al «funcionario o servidor público de otro Estado o funcionario de organismo internacional público», la configuración normativa de la FCPA no faculta a las autoridades estadounidenses a procesar a funcionarios extranjeros involucrados en casos de corrupción<sup>(99)</sup>, a excepción de los supuestos en los que el propio funcionario actúe como intermediario del acto corruptor, tal como sucedió con un empleado del Banco Mundial que facilitó el pago a un miembro de la misma institución internacional y a otros funcionarios del Gobierno de Kenia<sup>(100)</sup>.

(97) *SEC v. Panalpina, Inc.*, 10-cv-4334 (S.D. Tex., 04/11/2010).

(98) *SEC v. Panalpina, Inc.*, 10-cv-4334 (S. D. Tex., 04/11/2010).

(99) En *United States v. Blondek*, 741 F.Supp. 116, 117 (N. D. Tex., 1990) se determinó que los funcionarios extranjeros «[may] not be charged with violating the FCPA itself, since the [FCPA] does not criminalize the receipt of a bribe by a foreign official». En el mismo sentido, *United States v. Castle*, 925 F.2d 831 (5<sup>th</sup> Cir., 1991): «We hold that foreign officials may not be prosecuted under 18 U.S.C. § 371 for conspiring to violate the FCPA».

(100) *United States v. Basu*, N.º 02-cr-475 (D. D. C., 26/11/2002); *United States v. Sengupta*, N.º 02-cr-40 (D.

Más allá de esta singular constelación de casos, hasta ahora la labor de sancionar los delitos cometidos por los funcionarios ha sido relegada a la iniciativa de los propios gobiernos donde se perpetra el delito. Esta aparente premisa de pasividad no significa, sin embargo, que no se pueda recurrir a otros instrumentos legales para posibilitar y efectivizar la persecución y juzgamiento de agentes extranjeros. Al menos de esta forma lo están comenzando a entender las autoridades estadounidenses.

El 2010 un funcionario que se desempeñaba como director de asuntos internacionales en la empresa de telecomunicaciones del Gobierno de Haití —Telecommunications D'Haiti (Haiti Teleco)— fue imputado por aceptar sobornos de tres empresas de telecomunicaciones estadounidenses. Con la finalidad de encubrir el origen de esos fondos, el funcionario admitió la utilización de empresas intermediarias para lavar el dinero recibido ilegalmente, hecho por el cual fue condenado a 48 meses de prisión y al pago total de 3 millones de dólares<sup>(101)</sup>.

Más recientemente, en el marco de las investigaciones del caso *United States v. Tomas Alberto Clarke Bethancourt, et al.*<sup>(102)</sup>, se arrestó en Estados Unidos a una funcionaria del Banco de Desarrollo Económico y Social de Venezuela (Bandes) por haber recibido, según la imputación fiscal, al menos cinco millones de dólares en sobornos a cambio de ordenar negocios con corredores de una firma privada. Al igual que en el caso anterior, el Departamento de Justicia no atribuyó a la funcionaria venezolana cargos relacionados con las disposiciones de la FCPA, como si sucedió con los otros investigados, sino que se le atribuyó, entre otras infracciones, el delito de lavado de dinero por las transacciones realizadas producto del soborno.

Los casos reseñados no hacen más que corroborar la creciente agresividad de las autoridades estadounidenses en la persecución de la corrupción internacional<sup>(103)</sup>, de lo cual se deduce que los funcionarios, así como otros agentes que

---

D. C., 30/01/2002).

(101) *United States v. Esquenazi*, N.º 09-cr-21010 (S. D. Fla., 05/08/2011).

(102) Comunicado de prensa del Departamento de Justicia de Estados Unidos de 30 de agosto de 2013 (13-MAG-0683).

(103) Así lo hizo saber el propio asistente fiscal en un comunicado de prensa emitido por el Departamento de Justicia de Estados Unidos el 7 de mayo de 2013: «Today's announcement is a wake-up call to anyone in the financial services industry who thinks bribery is the way to get ahead. The defendants in this case allegedly paid huge bribes so that foreign business would flow to their firm. Their return on investment now comes in the form of criminal charges carrying the prospect of prison time. We will not stand by while brokers or others try rig the system to line their pockets, and will continue to vigorously enforce the FCPA and money

participen directa o indirectamente en este delito, no son necesariamente inmunes a su persecución, ya que los órganos persecutores pueden valerse de otras leyes que no adolecen de las mismas limitaciones que la FCPA y que, incluso, suelen ser más efectivas en su influjo internacional. El delito de lavado de dinero<sup>(104)</sup> es un claro ejemplo de lo señalado, pues abarca una amplia gama de conductas que sobrepasa con creces las estrictas formulaciones típicas anticorrupción. Otros dispositivos complementarios de importancia que serán tomados en cuenta son la Conspiracy<sup>(105)</sup>, Travel Act<sup>(106)</sup>, Mail Fraud<sup>(107)</sup>, Wire Fraud<sup>(108)</sup> y la Racketeer Influenced Corrupt Organizations Act<sup>(109)</sup>.

## 2. Autoridad extranjera

Las normas anticorrupción sancionan únicamente las infracciones cuyo sujeto pasivo lo constituyan agentes públicos extranjeros. La FCPA detalla los tipos de funcionarios idóneos para cumplir con dicha denominación. Así, de acuerdo con el precepto 15 U.S.C. §78dd-1(f)(1)(A) se entiende por funcionario

---

laundering statutes across all industries».

(104) Money Laundering Control Act, 18 U.S.C. §§ 1956, 1957.

(105) 18 U.S.C. § 371: «If two or more persons conspire either to commit any offense against the United States, or to defraud the United States, or any agency thereof in any manner or for any purpose, and one or more of such persons do any act to effect the object of the conspiracy, each shall be fined under this title or imprisoned not more than five years, or both». De entre todos los casos donde se aplicó esta norma, el más representativo es el de Siemens (Argentina); véase *United States v. Sharef*, N.º 11-cr-1056 (S. D. N. Y., 2011).

(106) 18 U.S.C. § 1952:

«(a) Whoever travels in interstate or foreign commerce or uses the mail or any facility in interstate or foreign commerce, with intent to— (1) distribute the proceeds of any unlawful activity; or (...) (3) otherwise promote, manage, establish, carry on, or facilitate the promotion, management, establishment, or carrying on, of any unlawful activity, and thereafter performs or attempts to perform— (A) an act described in paragraph (1) or (3) shall be fined under this title, imprisoned not more than 5 years, or both (...)

(b)(...) ‘unlawful activity’ means

(...)

(2) extortion, bribery, or arson in violation of the laws of the State in which committed or of the United States, (...).

(107) 18 U.S.C. § 1341: «Whoever, having devised or intending to devise any scheme or artifice to defraud, (...) for the purpose of executing such scheme or artifice or attempting so to do, places in any post office or authorized depository for mail matter, any matter or thing whatever to be sent or delivered by the Postal Service, or deposits or causes to be deposited any matter or thing whatever to be sent or delivered by any private or commercial interstate carrier, or takes or receives there from, any such matter or thing, or knowingly causes to be delivered by mail (...) shall be fined under this title or imprisoned not more than 20 years, or both (...).

(108) 18 U.S.C. § 1343: «Whoever (...) transmits or causes to be transmitted by means of wire, radio, or television communication in interstate or foreign commerce, any writings, signs, signals, pictures, or sounds for the purpose of executing such scheme or artifice, shall be fined under this title or imprisoned not more than 20 years, or both».

(109) 18 U.S.C. §§ 1961-1964.

extranjero a «cualquier funcionario o empleado de un gobierno extranjero o de algún departamento, dependencia o instrumento del mismo, o de una organización internacional pública, o de alguna persona que actúe a título oficial para dicho gobierno, departamento, dependencia o instrumento, o en nombre de este, o para dicha organización internacional pública o en nombre de la misma». Con la *Iafca* se extendió su alcance a quienes cumplen labores temporales o eventuales para un determinado gobierno, aun cuando sean organizaciones privadas o, incluso, personas privadas.

#### a) Funcionario extranjero

Según la *FCPA*, el concepto de funcionario extranjero no se agota en el ejercicio de una labor en el ámbito de la Administración Pública. De ello se sigue que la «función», así como el «rango» ostentado en la institución no son criterios válidos para delimitar el alcance de este elemento normativo, lo que no implica excluir a los funcionarios en *stricto sensu* como sujetos pasivos del delito de corrupción<sup>(110)</sup>. En primer término, cumplen con esta denominación, conjuntamente con los empleados del Poder Ejecutivo a nivel nacional, regional y local, los elegidos al Parlamento y los propios funcionarios de este poder del Estado. También serán comprendidos los miembros de las fuerzas policiales y militares. A estos efectos, no es indispensable que los funcionarios laboren en algún área dependiente directamente de cualquiera de estos organismos gubernamentales; antes bien, la conexión puede ser tan flexible que en ocasiones resulta suficiente una mera relación laboral indirecta o instrumental.

En efecto, la SEC y el DOJ se han encargado de desarrollar estas directrices normativas de manera que también son sujetos pasivos idóneos los empresarios, administradores y otros empleados de empresas en posesión o bajo control del Estado, además de las empresas privado-estatales. Este estándar interpretativo fue aplicado en *United States v. York International Corporation*<sup>(111)</sup>, donde las autoridades impusieron a la empresa en mención el pago de 10 millones de dólares, la incorporación de programas de cumplimiento, entre otras penalidades, como parte del acuerdo de persecución diferida, por autorizar los sobornos a través de dos de sus subsidiarias a funcionarios del Gobierno de Irak en el marco del programa Oil for Food, de las Naciones Unidas. En el presente caso, la lectura del término *funcionario* no se concentró en trabajadores gubernamentales, sino en empresas

(110) Latamente, Cohen/Holland/Wolf, 63 *Bus. Law.* (2007-2008), pp. 1243 y ss.

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

de capital de ese país a las que se efectuaron directamente los pagos ilegales. Ya con anterioridad se bosquejaron los principios de este argumento en dos casos representativos donde los sobornos fueron dirigidos a una empresa mexicana<sup>(112)</sup> y a otra de Trinidad y Tobago<sup>(113)</sup>.

De los casos aludidos se desprende que los términos *agency* e *instrumentality* contenidos en la norma para delinear los límites del sujeto pasivo ya no responderán a su comprensión restrictiva, sino a la más flexible que su interpretación permita. Así, será suficiente para cumplir la condición de «pública» que la empresa sea de propiedad estatal o se encuentre bajo su control (*state controlled entities*) o influencia (*substantial control executed*). Para la determinación de una empresa «controlada» basta con que el Estado extranjero sea el socio mayoritario de forma directa o indirecta. Este último criterio fue aplicado por el DOJ en el caso *Willbros Group Inc.*<sup>(114)</sup>, en el cual los trabajadores de una *joint venture* —cuyo propietario mayoritario lo conformaba el Estado y el minoritario, capitales privados— fueron catalogados como funcionarios extranjeros.

La consideración «pública» de una corporación determinada por la suficiente influencia estatal se explica en situaciones en las que un gobierno no posea la mayoría de acciones de una empresa, pero preserve el poder decisonal sobre los directores o, en su defecto, sobre el manejo regular de la propia empresa (*golden shares*). En caso de que el inversor estatal disponga, por ejemplo, de un mínimo de acciones, pero mantenga incólume su derecho de veto en una *joint venture*, se dará por supuesta la capacidad estatal de ejercer el control empresarial, de tal manera que los empleados de la *joint venture* serán categorizados como funcionarios extranjeros<sup>(115)</sup>.

Una vez analizados los puntos problemáticos, resulta más sencillo reconocer que cualquier empleado de una empresa estatal será automáticamente agente extranjero en el sentido de la FCPA. La propia jurisprudencia estadounidense lo ha corroborado en *United States v. Lindsey*<sup>(116)</sup>, en el cual fueron acusados una

(112) *United States v. C.E. Millier Corp., et al.*, N.º 82-cr-788 (C. D. Cal., 17/09/1982).

(113) *SEC v. Sam P. Wallace Co., Inc., et al.*, N.º 81-cv-1915 (D. D. C., 31/08/1982); *United States v. Sam P. Wallace Co., Inc.*, 83-cr-34 (D. P. R., 23/02/1983).

(114) *United States v. Willbros Group Inc., et al.* N.º 08-cr-00287 (14/05/2008).

(115) Yannett/Schürle, en *Wirtschaftsstrafrecht. Handbuch für die Unternehmens- und Anwaltspraxis*, p. 1134.

(116) *United States v. Noriega, Lindsey Manufacturing Co. et al.*, N.º 10-cr-01031 (C. D. Cal., 28/02/2011); asimismo, el caso *United States v. Carson, et al.*; N.º 09-cr-00 077-JVS (C. D. Cal., 18/05/2011).

empresa estadounidense y dos de sus gerentes por sobornos a empleados de una compañía eléctrica mexicana (Comisión Federal de Electricidad). El tribunal aprovechó esta decisión para establecer criterios de determinación del carácter «estatal» de la empresa<sup>(117)</sup>.

Con la International Antibribery and Fair Competition Act de 1998 se amplió, asimismo, el concepto de funcionario extranjero a quienes laboren en representación o para una organización internacional pública, cuya definición la encontramos en los apartados 15 U.S.C. §§ 78dd-1 (f)(1)(B), 78dd-2(h)(2)(B) y 78dd-3 (f)(2)(B) de la FCPA. De acuerdo con esos preceptos, formarán parte de las organizaciones internacionales aquellas que jurídicamente se correspondan con lo señalado en el artículo 1 de la International Organizations Immunities Act<sup>(118)</sup> y las que

---

(117) En detalle: «The foreign state's extent of ownership of the entity; the foreign state's degree of control over the entity (including whether key officers and directors of the entity are, or are appointed by, government officials); the foreign state's characterization of the entity and its employees; the circumstances surrounding the entity's creation; the purpose of the entity's activities; the entity's obligations and privileges under the foreign state's law; the exclusive or controlling power vested in the entity to administer its designated functions; the level of financial support by the foreign state (including subsidies, special tax treatment, government-mandated fees, and loans); the entity's provision of services to the jurisdiction's residents; whether the governmental end or purpose sought to be achieved is expressed in the policies of the foreign government; and the general perception that the entity is performing official or governmental functions». DOJ/SEC. Resource Guide, p. 20; *United States v. Esquenazi*, N.º 09-cr-21010 (S. D. Fla., 05/08/2011); *United States v. Carson*, N.º 09-cr-77 (C. D. Cal., 18/05/2011).

(118) La sección 22 U.S.C. § 288 se encarga de definirla como sigue: «For the purposes of this subchapter, the term "international organization" means a public international organization in which the United States participates pursuant to any treaty or under the authority of any Act of Congress authorizing such participation or making an appropriation for such participation, and which shall have been designated by the President through appropriate Executive order as being entitled to enjoy the privileges, exemptions, and immunities provided in this subchapter(...)». En consecuencia, serán reconocidas como instituciones internacionales pasivas de corrupción: African Development Bank, African Development Fund, African Union, Asian Development Bank, Border Environmental Cooperation Commission, Caribbean Organization, Commission for Environmental Cooperation, Commission for Labor Cooperation, Commission for Study of Alternatives to the Panama Canal, Council of Europe in Respect of the Group of States Against Corruption, Customs Cooperation Council, European Bank for Reconstruction and Development, European Space Agency, Food and Agriculture Organization, Global Fund to Fight AIDS, Tuberculosis and Malaria, Great Lakes Fishery Commission, Council of Europe in Respect of the Group of States Against Corruption (GRECO), Hong Kong Economic and Trade Offices, Inter-American Defense Board, Inter-American Development Bank, Inter-American Institute for Cooperation for Agriculture, Inter-American Investment Corporation, Inter-American Statistical Institute, Inter-American Tropical Tuna Commission, International Maritime Organization, International Atomic Energy Agency, International Bank for Reconstruction and Development, International Boundary and Water Commission-United States and Mexico, International Center for Settlement of Investment Disputes, International Civil Aviation Organization, International Coffee Organization, International Committee of the Red Cross, International Cotton Advisory Committee, International Cotton Institute, International Criminal

explícitamente sean definidas por el presidente de los Estados Unidos a través de la así llamada *executive order*.

Con todo, de acuerdo con la casuística promovida por el DOJ y la SEC, serán funcionarios extranjeros en el sentido de la FCPA, por solo mencionar algunos ejemplos, médicos de hospitales<sup>(119)</sup> y clínicas<sup>(120)</sup> estatales, empleados de un banco estatal<sup>(121)</sup>, empleados de empresas estatales de petróleos<sup>(122)</sup>, y de aceros, directores de un fondo de salud regional<sup>(123)</sup>, funcionarios de una empresa de servicios e ingeniería<sup>(124)</sup>, familiares de políticos<sup>(125)</sup>, periodistas de medios de comunicación estatales, entre otros.

---

Police Organization (Interpol), International Development Association, International Development Law Institute, International Fertilizer Development Center, International Finance Corporation, International Food Policy Research Institute, International Found for Agriculture Development, International Hydrographic Bureau, International Joint Commission-United States and Canada, International Labor Organization, International Maritime Satellite Organization, International Monetary Fund, International Organization for Migration, International Pacific Halibut Commission, International Secretariat for Volunteer Service, International Telecommunication Union, International Telecommunication Satellite Organization (Intelsat), International Union for Conservative of Nature and Natural Resources, International Wheat Advisory Committee (International Wheat Council), ITER International Fusion Energy Organization, Interparliamentary Union, Israel-United States Binational Industrial Research and Development Foundation, Korean Peninsula Energy Development Organization, Multinational Force and Observers, Multilateral Investment Guarantee Agency, North American Development Bank, North Pacific Anadromous Fish Commission, North Pacific Marine Science Organization, Organization for African Unity (OAU), Organization for American States (OAS, incluyendo The Pan American Union), Organization for Eastern Caribbean States, Organization for Economic Cooperation and Development (OECD), Organization for the Prohibition of Chemical Weapons, Pacific Salmon Commission, Pan American Health Organization, South Pacific Commission, United International Bureau for the Protection of Intellectual Property, United Nations, United Nations Educational, Scientific, and Cultural Organization (Unesco), United Nations Industrial Development Organization, Universal Post Union, World Meteorological Organization, World Tourism Organization y World Trade Organization (WTO).

(119) Así, por ejemplo, en el caso *United States v. AGA Medical Corporation*, N.º 08-cr-00172 (03/06/2008), donde médicos de un hospital chino recibieron pagos ilegales de una subsidiaria estadounidense.

(120) *SEC v. Syncor Int'l Corp.*, N.º 02-cr-1244 (C. D. Cal., 10/12/2002).

(121) *SEC v. International Business Machines Corp.*, N.º 00-cv-030400 (D. D. C., 21/12/2000).

(122) En el caso *United States v. Baker Hughes Services International Inc.*, N.º 07-cr-00129 (11/04/2007), se sancionó a la empresa en mención por sobornar con 4 millones de dólares a un funcionario de mando medio de una empresa de petróleos en Kazajistán.

(123) *SEC v. Schering-Plough Corp.*, N.º 04-cv-00945 (D. D. C., 09/06/2004).

(124) *SEC v. ABB Ltd.*, N.º 04-cv-1141 (D. D. C., 06/07/2004).

(125) *SEC v. BellSouth Corporation*, N.º 02-cv-0113 (N. D. Ga.).

**b) Partidos extranjeros, autoridad del partido o candidato a un cargo político**

Una caracterización muy particular de la FCPA en comparación con diversos ordenamientos nacionales anticorrupción radica, como ya se ha advertido, en la inclusión de los partidos políticos extranjeros, sus funcionarios, y los candidatos a cargos públicos como sujetos pasivos del delito. La instauración de esta disposición es el resultado de un análisis pragmático de la complejidad del fenómeno de la corrupción, pues amplía el círculo de sujetos pasivos del delito a actores políticos o candidatos que por su especial posición social e institucional están en la capacidad de influenciar efectivamente en las decisiones partidarias y gubernamentales. De esta manera, la conducta ilícita que para la mayoría de ordenamientos jurídicos se subsume como figura típica independiente de financiación ilegal de partidos políticos será considerada por la FCPA como comportamiento corrupto. De ello se desprende que las donaciones destinadas a partidos políticos, autoridades de partidos o a candidatos a un cargo político que no sean adecuadamente reportadas e incluidas en sus libros de registros contables, serán apreciadas por las autoridades estadounidenses como acciones de alto riesgo de corrupción internacional en el sentido de la FCPA<sup>(126)</sup>.

**c) Cualquier persona**

Conforme a la FCPA, son sujetos pasivos del delito de corrupción internacional aquellas empresas y personas que no necesariamente sean consideradas funcionarios extranjeros, partidos extranjeros y sus autoridades, o candidatos a un cargo político. Esta extensión de los sujetos pasivos permite sancionar a las empresas cuando realicen pagos a «cualquier persona, a sabiendas que todo el dinero o parte del mismo o artículo de valor se ofrecerá, entregará o prometerá, directa o indirectamente, a cualquier funcionario extranjero, a cualquier partido político extranjero o funcionario de ese partido, o a cualquier candidato a un cargo político extranjero (...)»<sup>(127)</sup>. En el caso *US v. Marubeni Corporation*<sup>(128)</sup>, por ejemplo,

---

(126) Algunos autores recomiendan incluso abstenerse de realizar cualquier tipo de pagos a los sujetos pasivos definidos en este acápite, véase Tarun, *The Foreign Corrupt Practices Act Handbook. A Practical Guide for Multinational General Counsel, Transactional Lawyers and White Collar Criminal Practitioners*, p. 4.

(127) 15 U.S.C. § 78dd-1(a)(3); 15 U.S.C. §§ 78dd-2(a)(3), 78dd-3(a)(3).

(128) *United States v. Marubeni Corporation*, N.º 12-cr-00022 (17/01/2012).

cuatro compañías de una *joint venture* se valieron de dos agentes —un abogado inglés y una empresa japonesa— para sobornar a funcionarios del Gobierno de Nigeria y acceder así a contratos de producción de gas. Como resultado de esas infracciones, las cuatro empresas multinacionales y la intermediaria japonesa se declararon culpables de corrupción y se obligaron a pagar penalidades por cerca de 1,7 billones de dólares. El abogado inglés y otros vinculados a estos hechos recibieron penas efectivas de cárcel, a pesar de no ser funcionarios extranjeros ni pertenecer a partido político alguno.

En esta constelación de casos, el fundamento de la imputación civil y penal radica en el conocimiento que posee el autor con relación a la conducta infractora del tercero o intermediario. En virtud de la FCPA, una persona cumple con ese requisito cognitivo cuando es consciente de la alta probabilidad de la existencia de la circunstancia corruptora, independientemente de que crea que actualmente esa circunstancia no existe<sup>(129)</sup>.

### 3. Objeto del delito

La FCPA prohíbe «promover una oferta, un pago, una promesa de pago o autorización del pago de cualquier suma, oferta, regalo, promesa de dar o autorización de dar cualquier cosa de valor (...)»<sup>(130)</sup> a un funcionario extranjero. De la formulación normativa y de la jurisprudencia que la secunda se aprecia que la referencia al objeto de la ventaja estará determinada por su naturaleza material. El valor mínimo del objeto en cuestión requerido para configurar el delito de corrupción internacional no está sujeto a sumas específicas, por lo que una conducta puede comenzar a tener relevancia penal y civil incluso desde el primer dólar<sup>(131)</sup>. Las autoridades persecutoras han procedido siguiendo ese principio. La SEC, por ejemplo, sancionó a la empresa Delta & Pine Land Company<sup>(132)</sup> por desembolsar la suma de 43 000 dólares en pagos ilegales a

(129) El Congreso estadounidense dejó sentada esta posición en su H. R. Rep. N.º 100-576 (1988), pp. 920 y ss.: «[T]he so-called 'head-in-the-sand' problem—variously described in the pertinent authorities as 'conscious disregard, 'willful blindness' or 'deliberate ignorance'—should be covered so that management officials could not take refuge from the Act's prohibitions by their unwarranted obliviousness to any action (or inaction), language or other 'signaling device' that should reasonably alert them of the 'high probability' of an FCPA violation».

(130) 15 U.S.C. § 78dd-1(a); 15 U.S.C. §§ 78dd-2(a), 78dd-3(a).

(131) O'Melveny & Myers LLP, *Foreign Corrupt Practices Act, An O'Melveny Handbook*, p. 8.

(132) *SEC v. Delta & Pine Land Company and Turk Deltapine, Inc.*, N.º 07-cv-01352 (RWR) (U. S. D. C., D. D. C., 25/07/2007).

funcionarios del Ministerio de Agricultura y Asuntos Rurales del Gobierno de Turquía para favorecerse con reportes gubernamentales y así poder mantener negocios en ese país. En otra investigación similar<sup>(133)</sup>, si bien el pago global del soborno ascendió a 200 000 dólares, la SEC concentró su investigación en desembolsos individualizados que no sobrepasaban los cien dólares<sup>(134)</sup>.

Contrariamente, el «regalo» como objeto del delito ha merecido una interpretación menos restrictiva en la medida que son aceptados los pequeños obsequios a los funcionarios cuando se otorguen de forma abierta, sean registrados previamente en la contabilidad, tengan como finalidad la sola muestra de afecto y gratitud, y siempre y cuando se encuentre permitido bajo las leyes locales. Dentro de este grupo también estarán categorizados los artículos de valor nominal como el taxi, comidas, objetos promocionales de las empresas, entre otros<sup>(135)</sup>. No obstante, se debe advertir que la inocuidad de los regalos solo operará cuando no sean lujosos o extravagantes, en cuyo caso podrían constituirse en objetos indiciarios de corrupción<sup>(136)</sup>. Esto ha sido puesto en evidencia en el caso *US v. ABB*<sup>(137)</sup>, donde se sancionó a una multinacional por haber otorgado personal de seguridad, servicios de limosina, paseos de compras, afiliación a clubes exclusivos, financiar servicios de telefonía y entregar dinero en efectivo a funcionarios de Nigeria, Angola y Kazajistán.

Por otro lado, la casuística muestra que la financiación de viajes y entretenimiento son igualmente potenciales conductas configuradoras de corrupción. Así, en *US v. UTStarcom Inc*<sup>(138)</sup>, la empresa de telecomunicaciones UTStarcom desembolsó 7 millones de dólares en sufragar alrededor de 225 excursiones de clientes y funcionarios de una empresa de capital chino para obtener contratos de negocios en ese país. Además del delito de corrupción, se le imputó a UTStarcom haber transgredido las disposiciones de contabilidad al no consignar los gastos efectuados de acuerdo con lo exigido por la FCPA.

(133) *SEC v. The Dow Chemical Company*, N.º 07-cv-00336 (D. D. C., 13/02/2007).

(134) Rübenthal, NZWiSt 11 (2012) p. 403.

(135) DOJ/SEC, *Resource Guide*, p. 15.

(136) En *SEC v. Rae Sys. Inc.* N.º 10-cv-2093 (D. D. C., 10/12/2010) se reprochó a Rae Sys la entrega de abrigos de piel y otros regalos extravagantes. El mismo razonamiento se trasladó al caso *SEC v. Daimler AG*, N.º 10-cv-473 (D. D. C., 01/04/2010) por el regalo de un Mercedes blindado valorizado en 300 mil dólares, *United States v. Daimler AG*, N.º 10-cr-63 (D. D. C., 22/03/2010).

(137) *United States v. ABB Vetco Gray Inc., et al.*, N.º 04-cr-279 (S. D. Tex., 22/06/2004); *SEC v. ABB Ltd.*, N.º 04-cv-1141 (D. D. C., 06/07/2004).

(138) *SEC v. UTStarcom, Inc.*, N.º 09-cv-6094 (N. D. Cal., 31/12/2009); *Non-Pros. Agreement, In re UTStarcom Inc.* (31/12/2009).

Finalmente, tampoco las contribuciones de caridad con fines corruptos escapan al alcance de la FCPA<sup>(139)</sup>. La idoneidad de los donativos como objeto del soborno no es ciertamente una tarea que implique la determinación de estándares precisos, por lo que su delimitación dependerá en gran medida de nivel de riesgo que represente la actividad empresarial y la conexión ulterior de las subvenciones caritativas. Pese a su dificultad, el DOJ se ha esforzado en elaborar un conjunto de criterios orientadores basados en la *due diligence*<sup>(140)</sup> a fin de prevenir eventuales conductas infractoras derivadas de estas contribuciones, algunas de las cuales son, por ejemplo: certificaciones por parte de los receptores sobre el cumplimiento de la FCPA<sup>(141)</sup>, establecimiento de un proceso de *due diligence* para corroborar que ningún funcionario de la entidad caritativa esté relacionado con el gobierno en cuestión<sup>(142)</sup>, requerimiento de que el beneficiario proporcione los estados financieros auditados<sup>(143)</sup>, acuerdo escrito con el destinatario que restringe el uso de los fondos<sup>(144)</sup>, medidas que garanticen que los fondos se transfieran a una cuenta bancaria válida<sup>(145)</sup>, confirmación de que los compromisos caritativos se cumplen previamente a desembolsar los fondos<sup>(146)</sup> y el monitoreo continuo de la eficacia del programa elaborado<sup>(147)</sup>.

## II. Tipo subjetivo (*mens rea*)

Tal como se encuentra concebido el *common law*, las empresas son pasibles de ser sancionadas civil y penalmente con la sola comprobación de la realización del tipo objetivo. Si luego de ello concurre o no el elemento subjetivo requerido, ya no es una cuestión que concierna a la persona jurídica como tal, sino que solo será trascendente para la imputación del delito a la persona natural.

(139) En un caso concreto se sancionó a una compañía farmacéutica que utilizó los pagos a una entidad caritativa para inducir al funcionario extranjero a establecer relaciones comerciales, *SEC v. Schering-Plough Corp.*, N.º 04-cv-945 (D.D.C., 09/06/2004); Admin. Proceeding Order, *In the Matter of Schering-Plough Corp.*, Exchange Act Release N.º 49838 (09/06/2004).

(140) DOJ/SEC, *Resource Guide*, p. 19.

(141) U.S. Dept. of Justice, FCPA Op. Release 95-01 (11/01/1995).

(142) U.S. Dept. of Justice, FCPA Op. Release 95-01 (11/01/1995).

(143) U.S. Dept. of Justice, FCPA Op. Release 95-01 (11/01/1995).

(144) U.S. Dept. of Justice, FCPA Op. Release 97-02 (05/11/1997); U.S. Dept. of Justice, FCPA Op. Release 06-01 (16/10/2006).

(145) U.S. Dept. of Justice, FCPA Op. Release 06-01 (16/10/2006).

(146) U.S. Dept. of Justice, FCPA Op. Release 06-01 (16/10/2006).

(147) U.S. Dept. of Justice, FCPA Op. Release 06-01 (16/10/2006).

En otras palabras, no será requerido el dolo para la imputación penal y civil de la empresa<sup>(148)</sup>.

Distinto es el caso de la persona individualmente concebida. Aquí, la FCPA exige en la determinación de la ilicitud de la conducta, además de la realización del tipo objetivo (*actus reus*), la concurrencia del elemento subjetivo del delito, entendido en el derecho penal estadounidense como *mens rea*<sup>(149)</sup>. Para su configuración, la norma ha incorporado distintos componentes subjetivos a confluír cumulativamente y que se encuentran caracterizados por su flexibilidad interpretativa de cara al hecho concreto. Así, se requiere, en primer lugar, que la infracción haya sido cometida de forma deliberada; en segundo lugar, que el ofrecimiento, pago, promesa o autorización resulte de la finalidad de aprovecharse de la posición que ostenta el funcionario, y tercero, que se induzca al funcionario extranjero a que realice u omita un acto en infracción de su deber legítimo para obtener una ventaja indebida. En los casos en los que el pago al funcionario se efectúe a través de un tercero, será exigido, como cuarto elemento del dolo, el conocimiento de la traslación del objeto corruptor hacia el funcionario.

## 1. Deliberadamente

La FCPA no define qué es lo que se debe entender por «deliberadamente», solo explicita su condición necesaria para la subsunción típica del hecho<sup>(150)</sup>. Su contenido se desprende, en defecto, de la práctica judicial según la cual la conducta debe ser voluntaria, intencional y cometida con propósito antijurídico<sup>(151)</sup>.

(148) 15 U.S.C. §§ 78dd-1(c)(2)(A), 78dd-2(g)(2)(A), y 78dd-3(3)(2) (A); 15 U.S.C. § 78ff(c)(1)(A), § 78ff(c)(2)(A); además, 15 U.S.C. § 78dd-2(g)(1)(A); § 78dd-2(g)(2)(A); 15 U.S.C. § 78dd-3(e)(1)(A); § 78dd-3(e)(2)(A).

(149) De acuerdo con el § 2.02 [2] del Mode Penal Code estadounidense el elemento *mens rea* se subdivide en cuatro formas específicas: «purposely, knowingly, recklessly, negligently». La clasificación del MPC buscó reducir la ingente terminología usada por el *common law* para referirse al elemento subjetivo, no siempre fácilmente delimitables unas de otras, como, por ejemplo: *intentionally, feloniously, purposely, designedly, maliciously, willfully, wantonly, fraudulently, corruptly, scienter, with specific intent, with general intent, with gross neglect, with gross negligence, y with culpable negligence*, véase Perkins/Boyce, *Criminal Law*, pp. 832 y ss.

(150) 15 USC § 78ff(c)(2): «(A) Any officer, director, employee, or agent of an issuer, or stockholder acting on behalf of such issuer, who willfully violates subsection (a) or (g) of section 78dd-1 of this title shall be fined not more than \$100,000, or imprisoned not more than 5 years, or both».

(151) Conducta con el «knowledge that [a defendant] was doing a “bad” act under the general rules of law» *United States v. Kay*, 513 F.3d 432, 448 (5<sup>th</sup> Cir., 2007); *United States v. Jefferson*, N.º 07-cr-209 (E. D. Va., 30/07/2009); *United States v. Green*, N.º 08-cr-59 (C. D. Cal., 11/09/2009); *United States v. Bourke*, N.º 05-cr-518 (S. D. N. Y., July 2009); *United States v. Mead*, N.º 98-cr-240 (D. N. J., Oct. 1998).

De acuerdo con ello, para transgredir las normas anticorrupción resulta necesario que el autor actúe con el conocimiento de que su conducta es ilegal<sup>(152)</sup>, sin ser trascendente para estos efectos la consciencia o el conocimiento específico de las normas de la FCPA<sup>(153)</sup>.

## 2. De forma corrupta

Las normas anticorrupción de la FCPA se transgreden únicamente si la prestación o la promesa se da en sentido corrupto. Para que ello suceda, el autor debe dirigir su conducta, mediando un motivo (*evil motive*) o intención de daño (*evil purpose*), al aprovechamiento de la posición que ostenta el funcionario extranjero —*corrupt intent*—<sup>(154)</sup>, independientemente de si resulta exitoso o no<sup>(155)</sup>. La jurisprudencia estadounidense tuvo la oportunidad de abordar en el caso *US v. Liebo*<sup>(156)</sup> las particularidades de la «intención corrupta»: Richard H. Liebo, vicepresidente del área de aeronáutica de la empresa de armamentos Napco International, fue acusado de sobornar a funcionarios nigerianos con la finalidad obtener contratos con ese país en la venta de aviones de guerra. En cuanto a los hechos, en el transcurso de las negociaciones entre la empresa estadounidense y el Gobierno nigeriano, Liebo ofreció al capitán de ese país, Tiemogo, reconocer su esfuerzo en el caso de que apoye la propuesta de Napco, lo que efectivamente sucedió, obteniendo incluso contratos adicionales a los inicialmente planteados. Concluidas las negociaciones, Liebo abonó 30 000 dólares a la cuenta de la novia del amigo (Barke) de la sobrina de Tiemogo, suma que luego fue transferida en parte al mismo funcionario nigeriano. Posteriormente, ante las intenciones de Barke, quien trabajaba para entonces

(152) «As a general matter, when used in the criminal context, a “willful” act is one undertaken with a “bad purpose”. In other words, in order to establish a “willful” violation of a statute, the Government must prove that the defendant acted with knowledge that his conduct was unlawful». *Bryan v. United States*, 524 U.S. 184 (1998), pp. 191 y 192.

(153) *United States v. Kay*, 513 F. Suppl. 3d (2007), pp. 449 y ss.

(154) H. R. Rep. N.º 95-640 (1977), pp. 7 y 8: «The word “corruptly” is used in order to make clear that the offer, payment, promise, or gift, must be intended to induce the recipient to misuse his official position; for example, wrongfully to direct business to the payor or his client, to obtain preferential legislation or regulations, or to induce a foreign official to fail to perform an official function. The word “corruptly” connotes an evil motive or purpose such as that required under 18 U.S.C. 201(b) which prohibits domestic bribery. As in 18 U.S.C. 201(b), the word “corruptly” indicates an intent or desire wrongfully to influence the recipient. It does not require that the act [be] fully consummated or succeed in producing the desired outcome».

(155) *Stichting Ter Behartiging Van de Belangen Van Oudaandeelhouders In Het Kapitaal Van Saybolt International B.V. v. Schreiber*, 327 F. Suppl. 3d 173, 181 (2<sup>nd</sup> Cir., 2003); *United States v. Viktor Kozeny, Frederic Bourke Jr., and David Pinkerton*, N.º 05-cr-00518 (S. D. N. Y., 12/05/2005).

(156) *United States v. Liebo*, 923 F.2d 1308, 1311 (8<sup>th</sup> Cir., 1991). Para un estudio detallado del caso, véase Beverley, 14 Dick. J. Int’l L. (1996), pp. 207 y ss.

en Estados Unidos, de retornar a su país para contraer matrimonio, Liebo ofreció correr con los gastos del viaje, consiguiendo posteriormente dos contratos similares a los anteriores. Ya en el juicio, Liebo argumentó a su favor que los boletos de vuelo solo constituían regalos a Barke y que no fueron financiados con la intención corrupta de hacerse ilícitamente de alguna ventaja. El tribunal objetó el argumento de defensa sosteniendo que la compra de los boletos de vuelo se realizó momentos antes de los nuevos negocios y que Barke se encontraba en una relación cercana con el funcionario nigeriano Liebo, lo que jugó un rol determinante en el otorgamiento de los contratos adicionales obtenidos por la empresa Napco.

Por otro lado, en el ámbito teórico la intención como tipo de dolo es caracterizada en nuestro medio jurídico por la concurrencia del conocimiento y la voluntad<sup>(157)</sup> para su materialización (dolo directo de primer grado); sin embargo, de cara a la FCPA resulta suficiente la ignorancia deliberada. La propia FCPA reconoce el conocimiento probable de una circunstancia como elemento del dolo: «Cuando se requiere el conocimiento de la existencia de una circunstancia particular para un delito, se establece dicho conocimiento si una persona es consciente de que existe una gran probabilidad de la existencia de dicha circunstancia, a no ser que la persona crea realmente que dicha circunstancia no existe»<sup>(158)</sup>. Esta concepción normativa, que desde la perspectiva dogmática continental formaría parte de la imprudencia, tiene enormes consecuencias prácticas, ya que abre la posibilidad a que los fiscales no se vean obligados a demostrar el conocimiento que el autor efectivamente poseía, sino que solo se limitarán a acreditar que la persona debió contar con la alta probabilidad del quebrantamiento de la norma en el caso concreto, habiendo evitado informarse voluntariamente de forma debida de las circunstancias delictivas<sup>(159)</sup>.

Con relación a la FCPA, entonces, se presenta la ignorancia deliberada cuando se decidan ignorar las señales o indicios de sospecha de un comportamiento corruptor<sup>(160)</sup>. El caso *US v. Bourke*<sup>(161)</sup>, uno de los pocos en ser resueltos por los tribunales estadounidenses, da cuenta precisamente de la aplicación de esta doctrina. Frederic Bourke Jr. fue hallado culpable por su participación en la entrega de sobornos a

---

(157) A pesar de resultar poco relevante para la práctica, la doctrina especializada tiende a reconocer únicamente el elemento cognitivo como constitutivo del dolo. Acertadamente, véase Kindhäuser, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, pp. 123 y ss.; del mismo, *ZStW* 96 (1984), pp. 1 y ss.

(158) 15 U.S.C. §§ 78dd-1(f)(2)(B).

(159) *United States v. Carillo*, 269 F.3d 761, 769 (7<sup>th</sup> Cir., 2001).

(160) *United States v. Carani*, 492 F.3d 867, 873 (7<sup>th</sup> Cir., 2007).

(161) *United States v. Bourke*, N.º 05-cr-518 (S. D. N. Y., 12/11/2009).

funcionarios de alto rango del Gobierno de Azerbaiyán a fin de propiciar —infructuosamente— la privatización y posterior venta de la empresa de petróleos estatal Socar. La participación de Bourke en la trama corrupta se redujo a la de inversor, no siendo él quien sobornó directamente a los funcionarios extranjeros, sino su socio Kozeny. Bourke quiso hacer valer esa circunstancia a su favor, manifestando el desconocimiento de los pagos ilegales realizados por su socio. Este argumento fue finalmente rechazado por el tribunal bajo el razonamiento de que en caso sea cierto lo afirmado por el acusado, este se encontraba al tanto de la alta probabilidad de la entrega de sobornos para la consecución del negocio y que evitó consciente y voluntariamente confirmar esos hechos<sup>(162)</sup>.

### 3. Ventaja indebida

La vertiente subjetiva demanda adicionalmente, de forma cumulativa, la orientación a obtener una ventaja indebida. Previo a 1998, la FCPA solo prescribía que el acto corruptor se cometa con la finalidad de obtener o retener algún negocio, descartando aquellas conductas dirigidas a recibir un tratamiento impositivo favorable, a evitar el ingreso de competidores al mercado, entre otras. Posteriormente, con la International Antibribery and Fair Competition Act se incorporó aquellos pagos destinados a obtener una ventaja indebida (*improper advantage*)<sup>(163)</sup>. Esta reforma buscó compatibilizar sus preceptos con la Convención para Combatir el Cohecho de Servidores Públicos Extranjeros en Transacciones Comerciales Internacionales de la OCDE, así como ampliar el ámbito de aplicación de la propia FCPA. No obstante, la vaguedad terminológica de la nueva norma no dejaba claro sus límites interpretativos y si, además, bajo su definición, podían subsumirse aquellas conductas que tengan por propósito obtener algún beneficio relacionado con la firma de un contrato o de su aseguramiento en conexión, por ejemplo, con el otorgamiento de una ventaja tributaria<sup>(164)</sup>, la evasión de impuestos o la obtención de la excepción de la aplicación de alguna norma local.

Los tribunales estadounidenses se han encargado de responder a esas interrogantes de la mano del caso *US v. Kay and Douglas Murphy*<sup>(165)</sup>, en el cual extendieron

(162) El tribunal apoyó su argumento en pruebas aportadas por la fiscalía evidenciando el riesgo de que la privatización de una empresa estatal del Gobierno comunista de Azerbaiyán solo sea factible mediante actos corruptos, Debevoise & Plimpton LLP Update, *United States v. Bourke: Red Flags and the Perils of Conscious Avoidance*. Vol 1, N.º 1 (agosto 2009).

(163) Brown, 26 N. C. J. Int'l L. & Com. Reg. (2000-2001), p. 288.

(164) Nagel, *Entwicklung und Effektivität internationaler Maßnahmen zur Korruptionsbekämpfung*, p. 185.

(165) *United States v. David Kay and Douglas Murphy*, N.º 4-01-914, (S. D. Tex., 16/04/2002); *United States v. David Kay and Douglas Murphy* Appeal 359 F.3d 738 (5<sup>th</sup> Cir., 2004).

la interpretación de la norma incluso más allá de su tenor literal. A Murphy y Kay, presidente y vicepresidente de la empresa American Rice Inc., respectivamente, se les acusó de haber pagado a funcionarios del Gobierno de Haití con el objeto de obtener una reducción de los impuestos aduaneros y de tráfico para la exportación de sus productos. Ante la cuestión de si dicha conducta podría ser considerada como idónea de corrupción, los acusados argumentaron que los desembolsos no tenían la finalidad de retener u obtener algún negocio, sino que sirvieron únicamente para reducir los impuestos ya vencidos. El tribunal de última instancia sostuvo, adhiriéndose en parte a la acusación fiscal, que cualquier tipo de pago que minime los costos del negocio en marcha crea una situación ventajosa inequitativa de cara a los competidores y que, asimismo, esta ventaja facilita indirectamente a la empresa la obtención o retención de un negocio<sup>(166)</sup>.

Previamente a lo definido por el tribunal, ya la SEC se había pronunciado en ese mismo sentido en el caso civil *US v. Eric Mattson and James W. Harris*<sup>(167)</sup>, donde se acusó a dos exempleados de la empresa Baker Hughes Incorporation por autorizar a una de sus filiales en Indonesia a efectuar pagos ilegales a funcionarios de ese país para obtener una reducción en la tasa de impuestos. La interpretación normativa de la SEC se vio notablemente fortalecida con lo desarrollado posteriormente por el tribunal en *US v. Kay and Douglas Murphy*<sup>(168)</sup>. A partir de los casos descritos la SEC y el DOJ no han hecho más que seguir consolidando el desarrollo teleológico de lo que se debe entender por ventaja indebida<sup>(169)</sup>.

---

(166) «Avoiding or lowering taxes reduces operating costs and thus increases profit margins, thereby freeing up funds that the business is otherwise legally obligated to expend. And this, in turn, enables it to take any number of actions to the disadvantage of competitors. Bribing foreign officials to lower taxes and customs duties certainly can provide an unfair advantage over competitors and thereby be of assistance to the payor in obtaining or retaining business. (...) [W]e hold that Congress intended for the FCPA to apply broadly to payments intended to assist the payor, either directly or indirectly, in obtaining or retaining business for some person, and that bribes paid to foreign tax officials to secure illegally reduced customs and tax liability constitute a type of payment that can fall within this broad coverage». *United States v. David Kay and Douglas Murphy* Appeal 359 F.3d (5<sup>th</sup> Cir., 2004).

(167) *SEC v. Eric L. Mattson and James W. Harris*, N.º H-01-3106. (S. D. Tex., 11/09/2001).

(168) De cara a los casos futuros, el tribunal dejó sentado de manera general que el alcance de la FCPA también abarca hechos como los abordados, pero sujetos al establecimiento de la relación entre el aporte corruptor y las consecuencias ventajosas para el negocio. Con ello, el tribunal establece que el pago de sobornos para obtener o retener un negocio no concurre únicamente frente a la posibilidad o proyecto de un negocio identificable; *United States v. David Kay and Douglas Murphy* Appeal 359 F.3d 738 (5<sup>th</sup> Cir., 2004).

(169) *Sec v. The Dow chemical Co.*, N.º 3-cv-12567 (D. D. C., 2007); *In re Bristow Grp., Inc.* Administrative Proceeding N.º 3-12833 (D. D. C., 2007); *United States & SEC v. KPMG Siddharta Siddharta & Harsono and Sonny Harsono*, N.º H-01-3105 (S. D. Tex., 11/09/2001).

#### 4. Conocimiento

Las empresas no solo se hacen responsables por realizar o autorizar pagos ilegales a través de sus filiales, sino también cuando para ello se sirven directa o indirectamente de un tercero<sup>(170)</sup>. De acuerdo con la FCPA, la imputación subjetiva en esta constelación de casos está condicionada al conocimiento por parte del autor del efectivo ofrecimiento o promesa del objeto de valor al funcionario extranjero<sup>(171)</sup>. El estándar del conocimiento aplicado por los órganos persecutores y los tribunales ya ha sido desarrollado ampliamente en los acápites anteriores, baste aquí enfatizar que el autor debe ser consciente de la alta probabilidad (*high probability*) de la existencia de la circunstancia corruptora, es decir, deberá estar convencido que es muy probable que el intermediario ofrecerá o prometerá al funcionario el objeto corruptor. Los casos donde el autor obre con mera ignorancia deliberada serán considerados igualmente como conductas dolosas, salvo que haya hecho infructuosamente todo lo posible por informarse del hecho antijurídico.

#### C. DEFENSES

El derecho penal estadounidense se caracteriza por reunir bajo la categoría de *defenses* a las instituciones conocidas en nuestra tradición jurídica como causas de justificación y exculpación, debido en gran medida a su orientación procesal, donde por cuestiones prácticas resulta intrascendente la división entre injusto y culpabilidad, pues tanto las causas de justificación como las de exculpación conllevan finalmente a la exclusión de responsabilidad, sin ser para ello necesario ahondar en su diferenciación teórica<sup>(172)</sup>. Los mismos tribunales recurren en sus decisiones indistintamente a los términos *justification* y *excuse*<sup>(173)</sup> para referirse a las *defenses*.

(170) *SEC v. Johnson & Johnson*, N.º 11-cv-686 (D. D. C., 08/04/2011); *United States v. DePuy, Inc.*, N.º 11-cr-99 (D. D. C., 08/04/2011); *SEC v. ABB, Ltd.*, N.º 10-cv-1648 (D. D. C., 29/09/2010); *United States v. ABB Inc.*, N.º 10-cr-664 (S. D. Tex., 29/09/2010); *United States v. Int'l Harvester Co.*, N.º 82-cr-244 (S. D. Tex., 17/11/1982).

(171) 15 U.S.C. § 78dd-1 (a)(3): «Any person, while knowing that all or a portion of such money or thing of value will be offered, given, or promised, directly or indirectly, to any foreign official, to any foreign political party or official thereof, or to any candidate for foreign political office, for purposes of (...)».

(172) El *Mode Penal Code* considera de forma diferenciada las causas de justificación y de exculpación, sin embargo, prescinde de un desarrollo teórico general que distinga ambas figuras trasladando su caracterización particular al contenido de cada uno de los delitos. Véase MPC § 1.13(9)(a)-(c).

(173) Véase *State v. Cozzens*, 490 N.W.2d 184, 189 (Neb. 1992): «(...) the justification or choice of evils defense operates to legally excuse conduct that would otherwise subject a person to criminal sanctions». No obstante, se debe resaltar que existen esfuerzos teóricos por delimitar ambas categorías, véase Fletcher, *Rethinking Criminal Law*, pp. 759 y ss.; Graff, 10 *Loy. L. A. Int'l & Comp. L. J.* (1988), pp. 1 y ss.; Dressler, 33 *Wayne L. Rev.* (1986-1987), p. 1155; Byrd, 33 *Wayne L. Rev.* (1986-1987), pp. 1289 y ss.

En sentido estricto, las *defenses* se diferencian de las *affirmative defenses* en su generalidad. Así, mientras las *defenses* son pasibles de invocarse remitiéndose al ordenamiento jurídico en su totalidad, las *affirmative defenses* abarcan una materia específica, reguladas usualmente en leyes especiales, tal como sucede con las normas contenidas en la FCPA.

La FCPA regula explícitamente los medios de defensa a invocar frente a las imputaciones por corrupción. En este caso, y debido a la propia naturaleza del *common law*, serán las empresas, sus órganos directivos o los trabajadores quienes deberán aportar los medios probatorios que impliquen una *defense* y que pueda conducir en el caso concreto a la exclusión o liberación de la responsabilidad civil o penal. Serán considerados como medios de defensa los pagos permitidos por el ordenamiento jurídico del país donde se realicen (*local law defense*) y aquellos desembolsos efectuados con la finalidad de promocionar un producto o servicio para cumplir una obligación contractual (*reasonable and bona fide business expenditure*). Adicionalmente, la FCPA consigna como una especial causa de atipicidad (*exception*)<sup>(174)</sup> los pagos de facilitación, ello cuando la prestación se consigna dentro de las obligaciones esenciales para el funcionamiento administrativo-gubernamental.

## I. *Exception*

### 1. Pagos de facilitación

No todos los pagos a un agente extranjero están prohibidos por la FCPA. Se exceptuarán aquellos «cuyo propósito sea facilitar, agilizar o conseguir la realización de un acto gubernamental de rutina»<sup>(175)</sup>. El origen del precepto se entronca en el reconocimiento de las diversas formas de manifestación del fenómeno de la corrupción, puesto que existen algunos países donde no es posible la prestación de servicios sin un pago fuera del legalmente exigido<sup>(176)</sup>. La norma considera con ciertos reparos esta incuestionable realidad a fin de no menguar la competitividad de las empresas listadas en las bolsas estadounidenses, admitiendo

(174) Nieto Martín, Revista Penal 11 (2003), p. 11.

(175) 15 U.S.C. § 78 dd-1(b).

(176) House Report N.º 95-640 (1977), p. 8: «While payments made to assure or to speed the proper performance of a foreign official's duties may be reprehensible in the United States, the committee recognizes that they are not necessarily so viewed elsewhere in the world and that it is not feasible for the United States to attempt unilaterally to eradicate all such payments. As a result, the committee has not attempted to reach such payments».

la posibilidad de realizarlos únicamente cuando se enmarquen dentro de las actividades ordinarias y de práctica común. Así, se considerarán como pagos de facilitación<sup>(177)</sup>, por ejemplo, aquellos que se efectúen para obtener permisos, licencias, tramitar documentos gubernamentales, recibir protección policial, solventar los servicios de comunicación, energía y agua, tramitar visas y órdenes de trabajo, entre otros similares<sup>(178)</sup>.

Será decisivo para la calificación del pago de facilitación determinar, en primer lugar, si el funcionario extranjero habría estado igualmente obligado a la prestación del servicio sin la realización del pago. Los supuestos en los que sea el funcionario quien tome directa o indirectamente la decisión de adjudicar nuevos negocios o mantener los ya iniciados no serán incluidos dentro de esta excepcionalidad normativa<sup>(179)</sup>. La determinación del pago de facilitación no dependerá, en segundo lugar, de la cantidad que represente el desembolso, sino fundamentalmente de la intención con la que se ha efectuado. En sendas investigaciones, las autoridades han sancionado a empresas que actuaron fuera de este ámbito interpretativo. En Argentina, por ejemplo, la filial de la empresa Helmerich & Payne Inc. pagó a funcionarios de aduanas para, entre otros propósitos, asegurar despachos de equipos y materiales —prohibidos de importación bajo la ley local— que carecían de las certificaciones requeridas y

(177) Latamente, *Díamant/Mrdjenovic*, 73 Ohio St. L. J. (2012), pp. 19 y ss.

(178) 15 U.S.C. §78 dd-1(f)(3)(A): «The term "routine governmental action" means only an action which is ordinarily and commonly performed by a foreign official in

(i) obtaining permits, licenses, or other official documents to qualify a person to do business in a foreign country;

(ii) processing governmental papers, such as visas and work orders;

(iii) providing police protection, mail pick-up and delivery, or scheduling inspections associated with contract performance or inspections related to transit of goods across country;

(iv) providing phone service, power and water supply, loading and unloading cargo, or protecting perishable products or commodities from deterioration; or

(v) actions of a similar nature».

(179) 15 U.S.C. § 78 dd-1(f)(3)(B); 15 U.S.C. §§ 78dd-2(h)(4)(B), 78dd-3(f)(4)(B). En la decisión del caso *United States v. Kay*, 359 F.3d 738, 750-51 (5<sup>th</sup> Cir., 2004) la Corte precisó los límites del pago de facilitación de la siguiente manera: «A brief review of the types of routine governmental actions enumerated by Congress shows how limited Congress wanted to make the grease exceptions. Routine governmental action, for instance, includes "obtaining permits, licenses, or other official documents to qualify a person to do business in a foreign country", and "scheduling inspections associated with contract performance or inspections related to transit of goods across country". Therefore, routine governmental action does not include the issuance of every official document or every inspection, but only (1) documentation that qualifies a party to do business and (2) scheduling an inspection—very narrow categories of largely non-discretionary, ministerial activities performed by mid- or low-level foreign functionaries».

abonar un importe inferior al eventualmente aplicable. Lo mismo sucedió con su filial venezolana donde efectuaron pagos a funcionarios fuera de los legalmente exigidos para posibilitar la importación y exportación de equipos y, asimismo, para evitar la inspección íntegra de los bienes. Ambos hechos condujeron a la sanción de la empresa matriz en Estados Unidos<sup>(180)</sup>.

Por otro lado, el legislador se ha encargado de remarcar en la exposición de motivos de la FCPA que los pagos de rutina no deberán efectuarse con la finalidad de obtener o retener un negocio<sup>(181)</sup>, sino con la única finalidad de estimular el funcionamiento expeditivo de las obligaciones inherentes a los agentes extranjeros encargados de prestar un servicio estatal. El DOJ ha venido aplicando esa precisión de manera restrictiva. Por ejemplo, en la investigación contra Westinhouse Air Brake Technologies Corp.<sup>(182)</sup> por haber sobornado a funcionarios del órgano de control ferroviario de la India, los persecutores estadounidenses entendieron que los pagos no tenían únicamente la finalidad de concesión de certificados de exportación, sino también la obtención de negocios y la reducción de controles tributarios. Finalmente, ante la aceptación de los cargos imputados por parte de la empresa, esta se obligó al pago de 300 000 dólares y a la implementación de un riguroso sistema de cumplimiento.

De la constelación de casos analizados se extrae que la distinción entre los pagos de rutina y aquellos que no lo son puede implicar distintas variantes que dificultan su adecuada delimitación. Ante esta situación, atizada por las múltiples formas de manifestación de la corrupción, no se espera que las autoridades interpreten este dispositivo a favor del investigado.

## II. Defensas afirmativas (*affirmative defenses*)

### 1. Permiso de la ley local

Imputado el delito de corrupción, el acusado podrá hacer valer probatoriamente la circunstancia que «el pago, regalo, ofrecimiento o promesa de cualquier cosa de

---

(180) Non-Pros. Agreement, *In re Helmerich & Payne, Inc.* (29/07/2009); Admin. Proceeding Order, *In the Matter of Helmerich & Payne, Inc.*, Exchange Act Release N.º 60400 (30/07/2009).

(181) House Report N.º 95-640 (1977), p. 8: «However, where the payment is made to influence the passage of law, regulations, the placement of government contracts, the formulation of policy or other discretionary governmental functions, such payments would be prohibited».

(182) Non-Pros. Agreement, *In re Westinghouse Air Brake Technologies Corporation (Wabtec)* (08/02/2008).

valor que se haya hecho sea legítimo en virtud de las leyes y reglamentos escritos del país del funcionario extranjero, partido político extranjero o funcionario de ese partido o candidato»<sup>(183)</sup>. De este dispositivo se desprende el requerimiento expreso de una norma legitimadora de la prestación, teóricamente, irregular. Por tanto, el mero silencio normativo o la costumbre no serán suficientes en la satisfacción de esta defensa afirmativa<sup>(184)</sup>.

Ya de inicio resulta dudosa la relevancia práctica de la norma en cuestión. Que una conducta sea considerada ilegal cuando su viabilidad se encuentra reconocida por la propia legislación resulta por demás contradictorio. Quizá esto encuentre explicación en el intento de preservar la competitividad de las empresas listadas en las bolsas estadounidenses ante ordenamientos jurídicos más tolerantes con la corrupción, o simplemente frente a países cuya estructura normativa sea distinta a la de Estados Unidos de América. De cualquier modo, es poco probable que algún país legalice los sobornos en la modalidad que sea. Pese a ello, hay un margen exiguo para su aplicación cuando, por ejemplo, las leyes demandan pagos a las empresas para ingresar al mercado local en atención a su condición de «extranjeras» o cuando la ley estipula el pago de un determinado porcentaje de lo recaudado por una empresa de peajes. Aún así, se seguirá manteniendo la excepcionalidad aplicativa de la regla porque, a pesar del reconocimiento de las diversas realidades legislativas, la mayoría de países coinciden en prohibir la corrupción.

Pero ¿qué sucede con aquellos casos en los cuales la legislación se ve sobrepasada por la costumbre y, por ende, no es posible llevar adelante algún tipo de negocio sin el pago de sobornos? El propio legislador ha previsto ya esta situación en la Omnibus Trade and Competitiveness Act de 1988<sup>(185)</sup> afirmando que la petición de un pago por parte de un funcionario no constituye un medio de defensa, pues es finalmente la propia empresa, a través de sus representantes, la que tiene la posibilidad de decidir conscientemente si efectúa dicho pago corrupto o no<sup>(186)</sup>.

(183) 15 U.S.C. § 78dd-1(c)(1).

(184) House Conference Report N.º 100-576 (1988), p. 922 «The Conferees wish to make clear that the absence of written laws in a foreign official's country would not by itself be sufficient to satisfy this defense. In interpreting what is "lawful under the written laws and regulations", the Conferees intend that the normal rules of legal construction would apply».

(185) House Conference Report N.º 100-576 (1988), p. 10.

(186) A ello agrega el Senado estadounidense, House Conference Report N.º 100-576 (1988), p. 11: «That the payment may have been first proposed by the recipient rather than the U.S. company does not alter the corrupt purpose on the part of the person paying the bribe. On the other hand true extortion situations would not be covered by this provision since a payment to an official to keep an oil rig from being dynamited should not be held to be made with the requisite corrupt purposes».

La jurisprudencia estadounidense también se ha encargado de abordar esta problemática en *US v. Kozeny*<sup>(187)</sup>. En el presente caso, el coacusado Frederic Bourke Jr. quiso hacer valer a su favor el argumento, entre otros planteados, de que los pagos ilegales imputados estarían permitidos por el ordenamiento local, pues no se sanciona el soborno cuando es efectuado por extorsión, además agregó en su defensa que de acuerdo con las leyes de Azerbaiyán la autodenuncia ante las autoridades pertinentes conlleva automáticamente a la liberación de cualquier responsabilidad. El tribunal rechazó los argumentos de defensa aseverando que, en principio, los sobornos no estarían explícitamente permitidos de acuerdo con las leyes locales de ese país y que la práctica legal de liberar de responsabilidad ante las autodenuncias no son normas legitimadoras de la corrupción; asimismo, afirmó que la extorsión económica, a diferencia de la extorsión propia (*true extortion*), no constituye genuinamente una excepción de acuerdo con la FCPA<sup>(188)</sup>.

## 2. Pagos razonables y de buena fe

La segunda defensa afirmativa regulada por la FCPA permite los pagos «razonable[s] y de buena fe, como gastos de viaje y alojamiento, incurridos por un funcionario extranjero (...), y [que] haya estado directamente relacionado con la promoción, demostración o explicación de productos o servicios; o la ejecución o realización de un contrato con un gobierno extranjero u organismo del mismo»<sup>(189)</sup>. Al rol preponderante que juega la razonabilidad del pago para la invocación de este medio de defensa subyace la dificultad de su determinación. No obstante, un criterio válido para su precisión es la «necesidad» de la asunción del pago para la consecución del negocio. En este sentido, no se puede negar que para la firma de algunos contratos resulta «necesaria» la presencia de los funcionarios extranjeros en el lugar mismo de la producción, prestación del servicio o administración de la empresa que en su caso se trate. Otro de los criterios a considerar es la magnitud del negocio y su relación con los pagos desembolsados.

De acuerdo con estos lineamientos no serán considerados razonables, por ejemplo, el financiamiento de paseos turísticos, estancias en centros

---

(187) *United States v. Kozeny*, 582 F. Supp. 2d 535, 537-40 (S. D. N. Y., 2008).

(188) El propio tribunal manifiesta que constituirá válidamente una *defense* cuando no se tiene margen decisional para rehusarse libremente al pago ilegal. Según el derecho estadounidense, esto se origina frente al temor fundado de encontrarse en un estado de necesidad que amenace la propia vida o salud de la persona si no se realiza el pago corrupto y que no exista otra opción de evitar el peligro. Con más referencias, véase *Yannett/Schürle*, en *Wirtschaftsstrafrecht. Handbuch für die Unternehmens- und Anwaltspraxis*, p. 1138.

(189) 15 U.S.C. §§ 78dd-1(c)(2), 78dd-2(c)(2), 78dd-3(c)(2).

vacacionales o complejos turísticos, los viajes de cónyuges y familiares<sup>(190)</sup>, entre otras prestaciones. Precisamente, esta última limitación fue abordada por el Departamento de Justicia en 1999 en *US v. Metcalf & Eddy Inc.*<sup>(191)</sup> En este caso, se acusó a Metcalf & Eddy Inc. de facilitar el viaje en primera clase a los Estados Unidos de América de un funcionario egipcio y su familia, así como de asumir los costos de manutención, hospedaje y otros con el propósito de influenciar en el otorgamiento de un contrato a favor de los imputados. El DOJ hizo válida su acusación sosteniendo, entre otras cosas, que los pagos en efectivo para la manutención diaria sobrepasaban la cantidad razonable (150 por ciento), lo que se debía entender, por tanto, como un pago ilegal puesto que el funcionario tampoco estaba obligado a restituir dicho monto. Finalmente, se reprochó a la empresa que al momento de ocurridos los hechos no dispusiera de un programa de cumplimiento que instruyera a sus empleados en el respeto de las normas contenidas en la FCPA.

Las autoridades estadounidenses también han tenido oportunidad de pronunciarse respecto al abono de viajes de turismo y diversión en el marco de la investigación contra la empresa de telecomunicaciones Lucent Technologies, Inc.<sup>(192)</sup> Esta empresa consignó en sus libros de contabilidad el financiamiento de viajes de capacitación e inspección de funcionarios extranjeros a Estados Unidos, sin embargo, en los hechos se organizaron viajes de entretenimiento, diversión y turismo a destinos como Hawái, Las Vegas, el Gran Cañón, las cataratas del Niágara, Disney World, Universal Studios y la ciudad de Nueva York. Según la SEC, los desplazamientos fueron autorizados y abonados por la filial china de Lucent Technologies, Inc., mientras que de los preparativos y de la logística se encargó la propia empresa matriz en Estados Unidos. Realizadas las imputaciones, la empresa llegó a un acuerdo penal con el DOJ pagando un millón de dólares por transgredir las disposiciones anticorrupción; y a un acuerdo civil con la SEC, con el pago de 1,5 millones de dólares por violar las disposiciones contables de la FCPA. En el marco del acuerdo, la empresa se comprometió a mejorar su estructura de control interno y a implementar un riguroso programa de cumplimiento anticorrupción.

(190) El financiamiento de viajes de entretenimiento a amigos cercanos al funcionario destinados a obtener contratos y otros beneficios también transgreden la FCPA, vid, *United States v. Liebo*, 923 F.2d 1308, 1311 8<sup>th</sup> Cir., 1991; Judgment, *United States v. Liebo*, N.º 89-cr-76 (D. Minn., 31/01/1992).

(191) *United States v. Metcalf & Eddy, Inc.*, N.º 99-cv-12566 (D. Mass., 1999).

(192) *SEC v. Lucent Technologies Inc.*, N.º 07-cv-2301 (D. D. C., 21/12/2007); Non- Pros. Agreement, *In re Lucent Technologies* (14/11/2007).

### III. Procedimientos de opinión del Departamento de Justicia

Independientemente de las defensas afirmativas, concurre igualmente la posibilidad de evitar la persecución penal a través de los procedimientos de opinión de la FCPA, cuyo *órgano* competente de emitirlos es el Departamento de Justicia de Estados Unidos. Este particular instituto preventivo concede a los *domestic concerns* y a los *issuers* la posibilidad de someter a consulta ante el DOJ si la ejecución de una conducta futura específica podría infringir o no las disposiciones anticorrupción de la FCPA<sup>(193)</sup>.

La valoración del DOJ consignada en su comunicado de opinión tiene un singular efecto preconstitutivo, pues con su generación se presumirá la inocuidad de la conducta, pero —y esto es lo particular— de forma «refutable». Ello quiere decir que, de judicializarse el caso, será el tribunal quien deberá evaluar de forma definitiva la presunción favorecedora del comunicado de opinión a través de la preponderancia de la evidencia. Frente a este supuesto, si la información presentada ante el DOJ se corresponde con los hechos tal y como realmente sucedieron y con el detalle requerido, el tribunal ratificará por regla general su contenido.

Para la eficacia del procedimiento de opinión será decisiva la autenticidad y exactitud de los datos aportados. Solo el traslado de información relevante de la conducta dudosa y de las circunstancias particulares que la rodean pueden posibilitar la valoración *ex ante* del hecho. Por tal motivo, no está permitido plantear cuestiones puramente hipotéticas. Igual de ineficaz será la activación del procedimiento de opinión luego de sucedidos los hechos (*ex post*), pues su aplicación está normativamente reducida a hechos futuros, caso contrario se enerva la presunción de inocuidad de la conducta. Cumplidos los requerimientos, la protección jurídica se despliega *únicamente* para la persona o empresa solicitantes y no para terceros, aun así estos *últimos* hayan participado de alguna manera en los mismos hechos motivo de la consulta.

Pese a la importancia del instituto jurídico bajo análisis, el número de casos sometidos a consulta no han sido numerosos debido principalmente, en algunos

---

(193) 28 C. F. R. 50. 18 (Attorney General Order N.º 878-80) «Sec. 80.8: The Attorney General or his designee shall, within 30 days after receiving a request that complies with the foregoing procedure, respond to the request by issuing an opinion that states whether the prospective conduct, would, for purposes of the Department of Justice's present enforcement policy, violate 15 U.S.C. 78dd-1 and 78dd-2. The Department of Justice may also take such other positions or action as it considers appropriate. Should the Department request additional information, the Department's response shall be made within 30 days after receipt of such additional information».

casos, al temor de las empresas a poner en juego su credibilidad y, en otros, para evitar una sobreexposición riesgosa ante las autoridades. Sin embargo, el reducido número de comunicados de opinión emitidos hasta el momento gozan de una particular importancia pues transmiten las líneas interpretativas del Departamento de Justicia a la hora de evaluar la licitud de una determinada conducta.

#### D. SANCIONES

Las sanciones por la violación de la FCPA están determinadas de acuerdo con las normas transgredidas, ya sean las disposiciones antisoborno o las de contabilidad. Ambas pueden dar origen a la imposición de sanciones civiles o penales tanto a personas naturales como a las propias empresas. No todas las consecuencias jurídicas se encuentran precisadas en la propia FCPA, algunas están complementadas en otros cuerpos normativos como la Federal Sentencing Guidelines, la Sarbanes-Oxley Act o la Alternative Fines Act.

En cuanto a las disposiciones antisoborno, su quebrantamiento por parte de las empresas implicará para estas una pena de multa de hasta dos millones de dólares por cada lesión cometida<sup>(194)</sup>. Adicionalmente, la Alternative Fines Act exigirá una multa equivalente al doble de la ganancia obtenida como consecuencia de la conducta ilícita o la retribución del soborno, impidiendo de este modo la disposición de la ventaja adquirida ilícitamente. Asimismo, la sanción penal para las personas naturales detrás de la empresa, ya sean sus funcionarios, directores, accionistas, empleados o agentes, ascenderá hasta cien mil dólares por transgresión, así como un máximo de cinco años de pena privativa de libertad<sup>(195)</sup>.

De la violación de las disposiciones antisoborno se originarán, igualmente, sanciones civiles que incluyen la imposición de multas, la absorción de ganancias y el cobro de intereses al tiempo de la emisión de la sentencia o acuerdo prejudicial<sup>(196)</sup>. Del mismo modo, la sanción civil a las empresas como a sus funcionarios, directores, accionistas, empleados o agentes por cada lesión a estas normas ascenderá a un máximo de dieciséis mil dólares<sup>(197)</sup>. Según a la FCPA,

(194) 15 U.S.C. § 78 ff (c)(1)(A), 15 U.S.C. §§ 78dd-2(g)(1)(A), 78dd-3(e)(1)(A).

(195) 15 U.S.C. §§ 78dd-2(g)(2)(A), 78dd-3(e)(2)(A), 78ff(c)(2)(A).

(196) *SEC v. The Titan Corp.*, N.º 05-cv-411 (D. D. C., 01/03/2005).

(197) En la FCPA la sanción civil consignada asciende a un máximo de 10 000 dólares; sin embargo, la SEC ha elevado dicha cantidad apoyándose en la Debt Collection Improvement Act, cuya sección 17 C.F.R. § 201.1004

las empresas no podrán asumir directa o indirectamente el pago de la multa de las personas naturales<sup>(198)</sup>.

En la práctica, las penalidades impuestas a las empresas por los órganos persecutores a través de acuerdos prejudiciales superan con creces los límites establecidos en la propia FCPA. En el 2007, por ejemplo, la firma de petróleos Baker Hughes se vio obligada a pagar 44 millones de dólares. Tan solo un año después, la multa impuesta a la empresa Siemens AG ascendió a la descomunal cifra de 800 millones de dólares. Posteriormente, las empresas KBR/Halliburton, BAE Systems y Snamprogetti Netherlands B.V./ENI S.p.A. fueron sancionadas con el pago de 579, 400 y 365 millones de dólares, respectivamente. Por solo mencionar algunos ejemplos de las multas más elevadas por transgresiones conjuntas a las disposiciones antisoborno y contables.

---

dispone: «As required by the Debt Collection Improvement Act of 1996, the maximum amounts of all civil monetary penalties under the Securities Act of 1933, the Securities Exchange Act of 1934, the Investment Company Act of 1940, the Investment Advisers Act of 1940, and certain penalties under the Sarbanes-Oxley Act of 2002 are adjusted for inflation in accordance with Table IV to this subpart. The adjustments set forth in Table IV apply to violations occurring after March 3, 2009».

(198) 15 U.S.C. § 78 dd-2(g)(3).

## Capítulo III DISPOSICIONES CONTABLES

### A. INTRODUCCIÓN

La Foreign Corrupt Practices Act no solo sanciona comportamientos corruptos en *stricto sensu*, sino que contiene adicionalmente disposiciones que obligan a los *issuers* a «preparar y mantener libros, registros y cuentas que pongan de manifiesto, en razonable detalle, y con exactitud y equidad, las transacciones y disposiciones de los activos (...)»<sup>(199)</sup> y [a] desarrollar y mantener un sistema de controles de contabilidad interna (...)»<sup>(200)</sup>. Estos dispositivos, reunidos bajo la denominación de *accounting provisions*, tienen la finalidad de complementar la eficacia de la persecución de la corrupción fomentando normativamente la transparencia de los libros y registros corporativos como la fiabilidad de los sistemas de control interno<sup>(201)</sup>.

El origen de estas normas se enmarca en el reconocimiento pragmático de que los pagos de sobornos se realizan generalmente a través de fondos ocultos que simplemente no llegaban a figurar en la contabilidad de las empresas o que se encubren con negocios ficticios<sup>(202)</sup>, falseando de esta manera la información transmitida por los emisores al regulador bursátil<sup>(203)</sup>. Con las *accounting provisions* se cubre precisamente este vacío legislativo incrementando los deberes de transparencia y de control empresarial<sup>(204)</sup>.

(199) 15 U.S.C §§ 78m(b)(A).

(200) 15 U.S.C §§ 78m(b)(B).

(201) Senate Report N.º 95-114, p. 7; House Conference Report N.º 94-831, p. 10.

(202) Nieto Martín, Revista Penal II (2003), p. 11. La modalidad de los pagos de sobornos también jugó un rol determinante en la delimitación del alcance de los *domestic concerns*, tal como fue recogido por la House Report N.º 95-640 (1977), p. 12: «By so defining domestic concern, the committee intends to reach not only all U.S. companies other than those subject to SEC jurisdiction, but also foreign subsidiaries of any U.S. corporation. The committee found it appropriate to extend the coverage of the bill to non-U.S. based subsidiaries because of the extensive use of such entities as a conduit for questionable or improper foreign payments authorized by their domestic parent».

(203) Senate Report N.º 95-114, p. 3.

(204) Como consecuencia, las empresas matrices deberán asumir un papel activo en el control de la contabilidad de sus filiales: «But a U.S. company which 'looks the other way' in order to be able to raise the defense

Otra de las virtudes de la regulación contable es que enfrenta uno de los problemas jurídicos quizá más complejos de la dogmática jurídico-penal, a saber, la incriminación del directivo por casos de corrupción cometidos por sus subordinados o terceros<sup>(205)</sup>. Es sabido que tal como se encuentran estructuradas las grandes corporaciones no resulta nada sencillo demostrar que los directivos autorizaron o tenían conocimiento de los pagos de sobornos a funcionarios extranjeros. Las disposiciones contables permiten enfocar la solución a este problema precisamente desde la perspectiva contable, pues si el directivo «ha cumplido correctamente con sus obligaciones de control contable y auditoría interna, habrá actuado con la diligencia debida (*reasonable detail/reasonable assurances*) y no será responsable por el comportamiento de su empleado; y si no los ha cumplido, ya no es preciso detenerse a demostrar si conocía o no su comportamiento, pues siempre será posible la sanción por violación de las obligaciones contables»<sup>(206)</sup>.

Las consecuencias de esta facilitación de la persecución de los delitos de corrupción se verá también reflejada, primero, en el ámbito procesal, en la medida que ya no será necesario aportar pruebas de la comisión de este ilícito para posibilitar que las empresas y sus directivos sean sancionados<sup>(207)</sup>, y segundo, en el ámbito de la punibilidad, puesto que tampoco quedarán sin sanción aquellos casos en los cuales los pagos corruptos no fueron a parar a agentes que no cumplan con los requisitos de un «funcionario extranjero» en el sentido de la FCPA.

## B. TIPO OBJETIVO

### I. Destinatarios de la norma

La FCPA divide las *accounting provision* en disposiciones de libros y registros (*books and records provision*) y de control interno (*internal control provision*). Según la sección 15 U.S.C. §78m(b)(2), están obligados a cumplir con ambas normas «todo

---

that they were ignorant of bribes made by a foreign subsidiary, could be in violation of section 102 requiring companies to devise and maintain adequate accounting controls. Under the accounting section no off-the-books accounting fund could be lawfully maintained, either by a U.S. parent or by a foreign subsidiary, and no improper payment could be lawfully disguised». Senate Report N.º 95-114, p. 11.

(205) Fundamental, Nieto Martín, *Revista Penal* 11 (2003), pp. 11 y ss.

(206) Nieto Martín, *Revista Penal* 11 (2003), pp. 11 y 12.

(207) Por las razones expuestas, no debe sorprender que en la práctica sean las disposiciones contables las que se aplican con mayor frecuencia antes que las disposiciones anticorrupción, véase Rübenthal, *NZWiSt* 1 (2013), p. 6.

emisor que tenga una clase de valores registrados (...) y todo emisor que deba presentar informes» periódicos a la SEC. Entonces, a diferencia de las disposiciones anticorrupción, que son aplicables sin distinción tanto a emisores, empresas nacionales o cualquier otro, las disposiciones contables tendrán como destinatarios únicamente a los emisores, sin importar para estos efectos en qué lugar se ubique su sede o si dispone o no de negocios en el extranjero.

En los casos, por demás frecuentes, en los que cuenten con filiales en el extranjero o formen parte de una *joint venture*, la responsabilidad de los emisores se extiende a asegurar que las empresas bajo su control cumplan con las disposiciones contables<sup>(208)</sup>, caso contrario se derivarán para aquellas responsabilidades civiles o penales, tal como se desprende ilustrativamente del caso *SEC v. RAE Sys.*<sup>(209)</sup> En esta investigación se hizo responsable a la empresa matriz asentada en Estados Unidos de transgredir las disposiciones contables por pagos corruptos efectuados por dos empresas chinas con las que había conformado una *joint venture*. El DOJ y la SEC argumentaron que los desembolsos ilícitos realizados únicamente en China fueron registrados en la contabilidad de sus socios bajo una denominación inexacta y que la empresa matriz no adoptó los controles adecuados a pesar de las señales que evidenciaban irregularidades en la obtención de los negocios<sup>(210)</sup>.

Por otro lado, de acuerdo con las disposiciones contables, en los supuestos en los que el emisor posea una participación mayoritaria en la subsidiaria o filial inmediata, no solo se hará responsable de los errores de esta, sino también de las empresas de segundo, tercero, cuarto y hasta quinto nivel (*fifth-tier foreign subsidiary*) cuando los datos no hayan sido incorporados correctamente en su contabilidad y a causa de ello se quebranten las disposiciones de libros y registros<sup>(211)</sup>. No se derivarán, en cambio, las mismas responsabilidades cuando los emisores dispongan del cincuenta por ciento o menos de participación en las empresas subordinadas<sup>(212)</sup>. En este supuesto, la tarea que encomienda la ley a los emisores es la de «usar su

(208) DOJ/SEC, *Resource Guide*, p. 43.

(209) *SEC v. RAE Sys. Inc.*, N.º 10-cv-2093 (D. D. C., 10/12/2010); Non-Pros. Agreement, *In re RAE Sys. Inc.* (10/12/2010).

(210) Frente a las autoridades resultan de especial importancia los informes anuales consolidados reportados a la SEC, en los cuales igualmente deben consignarse los informes contables de sus subsidiarias y filiales, véase, *SEC v. International Business Machines (IBM) Corp.*, Litigation Release N.º 16839 (21/12/2000).

(211) Rübenstahl, *NZWSt* 1 (2013), p. 7; *SEC v. The Dow Chemical Co.* N.º 7-cv-00336 (13/02/2007).

(212) 15 U.S.C. §78m(b)(6). La H. R. Rep. N.º 100-576 (1988), p. 917, reconoció la dificultad de extender la responsabilidad frente a este tipo de empresas: «it is unrealistic to expect a minority owner to exert a disproportionate degree of influence over the accounting practices of a subsidiary».

influencia, en la medida razonable según las circunstancias del emisor, para hacer que dicha firma nacional o extranjera elabore y mantenga un sistema de controles de contabilidad interna»<sup>(213)</sup>, de realizar creíblemente esos esfuerzos se dará por cumplida su obligación normativa.

Aparentemente, más complejo es el problema de si las propias empresas subsidiarias e individuos que actúen en su nombre pueden transgredir de forma directa las disposiciones contables, puesto que, tal como se encuentra formulada la FCPA en el apartado respectivo, pueden ser sujetos activos únicamente los emisores. La respuesta a esta cuestión la otorga la disposición 15 U.S.C. §78t(e)<sup>(214)</sup>, que permite ampliar explícitamente el círculo de sujetos activos. La práctica persecutoria estadounidense ha venido aplicando esta norma imputando a terceros la violación de las normas contables cuando actúan a título de complicidad (*aiding and abetting*) tanto en la violación de las disposiciones de libros y registros como en las de control interno<sup>(215)</sup>. La variante de casos en los cuales el tercero no tenga ningún grado de vinculación con el emisor y sus empresas subordinadas también serán pasibles de sanción recurriendo a otros preceptos complementarios como la Securities and Exchange Act Rule 13b2-1<sup>(216)</sup>.

## II. Libros y registros

El precepto de libros y registros está contenido en la sección 15 U.S.C §§ 78m(b)(A) de la FCPA y obliga a todos los emisores a «preparar y mantener libros, registros y cuentas que pongan de manifiesto, en razonable detalle, y con exactitud y equidad, las transacciones y disposiciones de los activos (...)». La concepción y alcance de los elementos normativos señalados en la norma no están determinados por su interpretación restrictiva. En cuanto al término *registros*, por ejemplo, la FCPA se sirve de la sección 15 U.S.C. § 78c(a)(37) para definirla como las cuentas, correspondencia, memorándums, cintas, discos,

(213) 15 U.S.C. § 78m(b)(6).

(214) 15 U.S.C. § 78t(e): «Prosecution of persons who aid and abet violations: For purposes of any action brought by the Commission under paragraph (1) or (3) of section 78u (d) of this title, any person that knowingly or recklessly provides substantial assistance to another person in violation of a provision of this chapter, or of any rule or regulation issued under this chapter, shall be deemed to be in violation of such provision to the same extent as the person to whom such assistance is provided».

(215) *SEC v. Elkin, et al.*, N.º 10-cv-661 (D. D. C., 28/04/2010); *United States v. Elkin*, N.º 10-cr-15 (W. D. Va., 03/08/2010); *SEC v. Nature's Sunshine Products, Inc., et al.*, N.º 09-cv-672 (D. Utah, 31/07/2009); Admin. Proceeding Order, *In re Watts Water Technologies, Inc. and Leesen Chang*, Exchange Act Release N.º 65555 (SEC 13/10/2011).

(216) *SEC v. Monty Fu, C.A.*, N.º 07-cv-01735 (28/09/2007); *US v. Syncor Taiwan, Inc.*, N.º 02-cr-1244 (C. D. Cal., 2002).

documentos, libros y demás documentos o información transcrita de cualquier tipo, ya sea expresada en lenguaje ordinario o automatizado. En la misma dirección, la propia jurisprudencia ha entendido que un simple protocolo informal de la sesión de la junta directiva referido a la asignación de opción sobre acciones puede ser un objeto idóneo de valoración de las cuentas de la empresa<sup>(217)</sup>. De ello se deduce que las autoridades otorgarán validez probatoria a toda información relevante hallada en la documentación empresarial a fin de demostrar potenciales defectos y errores en la contabilidad<sup>(218)</sup>.

## 1. Detalle razonable

Uno de los componentes esenciales para cumplir con las exigencias impuestas por las disposiciones contables es la de dar cuenta de las transacciones y disposiciones de los activos de la empresa en «razonable detalle»<sup>(219)</sup>. La sección 15 U.S.C. § 78m(b)(7) de la FCPA desarrolla este elemento normativo definiéndolo como «el nivel de detalle y el grado de seguridad que satisfarían a autoridades prudentes en la realización de sus propios asuntos»<sup>(220)</sup>. Si bien es cierto que no se puede extraer de la norma citada parámetros rigurosos para su delimitación, el Congreso estadounidense ha dejado claro que «los libros de registros del emisor deben reflejar las transacciones de conformidad con los métodos de registros de eventos económicos aceptados y prevenir con eficacia las cajas paralelas fuera de los libros y los pagos de sobornos»<sup>(221)</sup>.

En la determinación del grado de fidelidad de la contabilidad, las autoridades tomarán en cuenta todos los factores relevantes, desde las propias cuentas hasta el costo de la implementación y mantenimiento de un sistema de *compliance*. La dificultad para reflejar con exactitud los movimientos y transacciones, por el motivo que sea, no será una justificación válida cuando de ella se derive alguna irregularidad.

(217) *United States v. Jensen*, 532 F. Suppl. 2d (2008), pp. 1196 y ss.

(218) Serafini, 41 Am. Crim. L. Rev. (2004), p. 727. En este orden de ideas, también contravendrá las normas contables, siguiendo lo determinado por la jurisprudencia, señalar en la cuenta de gastos sobre agasajos a clientes a una persona que no estuvo presente en dicho acto o que simplemente haya estado presente sin ser mencionado, *United States v. Jensen*, 532 F. Suppl. 2d (2008), pp. 1198 y ss.

(219) La prevalencia de la introducción del criterio de la razonabilidad en desmedro de otro más estricto fue fundamentado por el Congreso de Estados Unidos en H. R. Rep. N.º 94-831, p. 10: «to the accurate and fair requirement in light of the concern that such a standard, if unqualified, might connote a degree of exactitude and precision which is unrealistic».

(220) 15 U.S.C. § 78m(b)(7): «For the purpose of paragraph (2) of this subsection, the terms “reasonable assurances” and “reasonable detail” mean such level of detail and degree of assurance as would satisfy prudent officials in the conduct of their own affairs.»

(221) H. R. Rep. N.º 94-831, p. 10.

Más allá de que el criterio de la razonabilidad haya sido incluido legislativamente a raíz de la imposibilidad de la perfección contable<sup>(222)</sup>, es el emisor el que debe realizar todos los esfuerzos en asegurarse que sus activos sean utilizados de manera adecuada para los fines corporativos<sup>(223)</sup>.

Por otro lado, no representa mayor dificultad calificar una conducta de antijurídica cuando las cuentas de la empresa presentan errores sustanciales, ya sea a través del ocultamiento de transacciones, manipulación, falsificación o cualquier otra conducta tendente a reflejar de forma inexacta la contabilidad de la empresa. Por lo tanto, será considerado ilícito omitir consignar expresamente en los libros y registros las ventajas irregulares ofrecidas a los funcionarios extranjeros<sup>(224)</sup>, ello a pesar de no haberse demostrado la conducta corruptora en *stricto sensu*.

Es precisamente en este sentido que el alcance de las disposiciones contables es mucho más amplio que en las disposiciones antisoborno. Mientras estas se encuentran enunciadas de forma prohibitiva, aquellas formulan normas de mandato exigiendo un comportamiento positivo de parte del empresario —posición de garante— de evitar activamente el resultado lesivo. Independientemente de las importantes consecuencias dogmáticas que de aquí se derivan, en la práctica los dispositivos contables representan un mayor riesgo civil y penal para los emisores por las expectativas que estas normas depositan en el empresario. A ello aporta la complejidad y el excesivo costo logístico que implica para las agencias encargadas del *enforcement* de la FCPA obtener pruebas del soborno en países extranjeros, distinto a lo que sucede con las normas contables, pues presentan menos obstáculos a la SEC y al DOJ remitirse a los libros contables y examinar al mismo tiempo el correcto funcionamiento de los controles internos, independientemente de la ubicación de la empresa, para sancionarla<sup>(225)</sup>.

---

(222) La exigencia general de las autoridades es que la contabilidad se administre de acuerdo con los *generally accepted accounting principles* (GAAP), véase Wimmer, *Haftungsrisiken und Compliance Maßnahmen nach dem «Foreign Corrupt Practices Act» der USA*, p. 64.

(223) Senate Report N.º 95-114, p. 7.

(224) Según a las directrices de la SEC y del DOJ se contraviene las disposiciones de libros y registros cuando los sobornos se consignan en la contabilidad como: comisiones, honorarios de asesoría, ventas, estudios o financiamientos científicos, viajes y entretenimiento, reembolsos, descuentos, entre otros, DOJ/SEC, *Resource Guide*, p. 39.

(225) Yannett/Schürle, en *Wirtschaftsstrafrecht. Handbuch für die Unternehmens- und Anwaltspraxis*, p. 141; Ashe, 73 *Fordham L. Rev.* (2004-2005), pp. 2916 y ss.

### III. Control interno

Estas disposiciones, también llamadas *disposiciones de compliance*, obligan a los emisores al establecimiento de mecanismos internos de control a fin de detectar tempranamente potenciales conductas corruptas o, en su defecto, impedir su realización. Para ello, según la sección 15 U.S.C. §78m(b)(2)(B) de la FCPA, la empresa debe «desarrollar y mantener un sistema de controles de contabilidad interna suficientes para proporcionar seguridades razonables de lo siguiente: i) las transacciones se ejecuten de conformidad con la autorización general o específica de la administración; ii) las transacciones se registren según sea necesario a) para permitir la preparación de estados financieros conforme a principios contables de aceptación general u otros criterios aplicables a dichos estados, y b) para mantener la contabilidad de los activos; iii) el acceso a los activos se permita solamente de acuerdo con la autorización general o específica de la administración; y iv) la contabilidad registrada de los activos se compare con los activos existentes a intervalos razonables y se tomen las medidas pertinentes con respecto a las diferencias que existan».

La norma define los controles internos como los procesos utilizados por las empresas para ofrecer garantías razonables sobre la fiabilidad de la información financiera, así como del proceso de preparación de los estados financieros<sup>(226)</sup>. Estas disposiciones no ofrecen, sin embargo, un modelo predeterminado que la empresa se obligue a implementar. Antes bien, será aceptado el sistema de control que, en relación con la actividad empresarial concreta, sea apropiado para el cumplimiento de los objetivos señalados por el precepto<sup>(227)</sup>.

La flexibilidad organizacional promovida por la norma se verá directamente reflejada en el diseño del programa de cumplimiento, pues esta deberá estructurarse en relación con el nivel de riesgo al que los emisores se vean expuestos. Así, las empresas que se desenvuelvan en un ambiente de negocios de riesgo elevado de corrupción deberán implementar un sistema de cumplimiento mucho más intenso, acorde con este requerimiento contextual. Otros de los componentes adicionales a considerar por la empresa en la concepción de su sistema preventivo son: el tipo de industria o negocio al que se dedica, los países sobre los cuales desarrolla sus actividades, los niveles de regulación existente, el tipo de clientes con los cuales se interrelaciona, entre otros<sup>(228)</sup>.

(226) DOJ/SEC, *Resource Guide*, p. 40.

(227) H. R. Rep. N.º 94-831, p. 10: «The Senate bill contained a provision requiring issuers to devise and maintain adequate systems of internal accounting controls sufficient to provide reasonable assurances that, among other things, transactions are recorded as necessary to maintain accountability for assets».

(228) DOJ/SEC, *Resource Guide*, p. 40.

Para la SEC y el DOJ será trascendente para el sistema de control interno y, por lo tanto, para el programa de cumplimiento, además de los elementos ya mencionados, la forma en que la empresa aborde las cuestiones referidas a la integridad y a la ética. De igual modo, jugarán un rol importante la evaluación de los riesgos, las actividades de control que aseguren que las directivas de gestión se llevan a cabo de manera efectiva (autorizaciones, delegación de funciones, etcétera), el funcionamiento interno de los sistemas de información y comunicación y, finalmente, el monitoreo empresarial<sup>(229)</sup>.

La determinación precisa de cada uno de estos componentes y los parámetros adicionales que las autoridades judiciales y órganos persecutores tomarán en cuenta a la hora de evaluar el programa de cumplimiento, así como las sanciones que de ella se derivan no se deducen de la propia FCPA. La Federal Sentencing Guidelines, por ejemplo, otorga los lineamientos para la atenuación de la pena cuando se disponga de un sistema de cumplimiento efectivo, y el incremento de la sanción cuando se haya omitido su instauración<sup>(230)</sup>. Por su parte, la Sarbanes-Oxley Act<sup>(231)</sup>, promulgado el 2002 a consecuencia de los escándalos financieros más grandes de los últimos tiempos que involucraron a empresas como Enron<sup>(232)</sup> y WorldCom<sup>(233)</sup>, regula la inclusión de medidas de control y prevención interna de la empresa, delimita las funciones del *chief executive officer* y del *chief financial officer*, entre otras medidas que de no ser implementadas y satisfechas pueden derivar en la responsabilidad penal y civil de la empresa y de sus directivos<sup>(234)</sup>.

La importancia de los preceptos para la configuración de la institución del *compliance* y los diversos elementos adicionales que le dan contenido serán abordados en un apartado independiente. Por ahora, basta con resaltar que la FCPA solo ofrece un marco referencial básico orientado a la prevención de delitos de corrupción y a asegurar el manejo efectivo de la contabilidad empresarial a través de la implementación de sistemas de vigilancia y de control interno<sup>(235)</sup>.

---

(229) Ídem.

(230) Fiorelli, 39 Wake Forest L. Rev. (2004) pp. 565 y s.; Robinson, 91 Nw. U. L. Rev. (1996-1997) p. 1231 y s.; Engelhart, NZG (2011), pp. 126 y ss.; Hopson/Graham Koehler, CCZ (2008), p. 208; Kölbl, MschrKrim 91 (2008), p. 32; Busmann/Matschke, CCZ (2009), p. 133.

(231) Brickey, 81 Wash. U. L. Q. (2003), pp. 357 y ss.; del mismo, 8 Buff. Crim. L. Rev. (2004), pp. 221 y ss.; Moohr, 55 Fla. L. Rev. (2003), pp. 937 y ss.; Henning, 8 Buff. Crim. L. Rev. (2004-2005), pp. 323 y ss.; críticamente desde la perspectiva alemana, Hefendehl, JZ 1 (2004), pp. 18 y ss.; Schünemann, 8 Buff. Crim. L. Rev. (2004-2005), pp. 45 y ss.

(232) SEC v. Andrew S. Fastow, N.º H-02-3127; Brickey, 81 Wash. U. L. Q. (2003), pp. 357 y ss.

(233) SEC v. WorldCom, N.º 02-cv-4963.

(234) Menzies, Sarbanes-Oxley Act, p. 78.

(235) Hay un número significativo de casos resueltos por las autoridades estadounidenses por omisión o defecto en la implementación de los sistemas preventivos, véase SEC v. Siemens AG, N.º 08-cv-2167 (D. D. C., 12/12/2008);

### C. TIPO SUBJETIVO

En la vertiente subjetiva, las infracciones a las normas contables cometidas dolosamente, ya sea por acción u omisión, darán como resultado la imposición de sanciones penales. Así, la manipulación dolosa de los libros contables o el conocimiento de la implementación defectuosa del sistema de control interno serán calificadas como transgresiones de orden jurídico-penal<sup>(236)</sup>. Al igual que sucede con las disposiciones antisoborno, también serán consideradas las conductas como dolosas cuando concurren la ignorancia deliberada o el descuido consciente con relación a las circunstancias decisivas del hecho<sup>(237)</sup>.

En cuanto al fundamento subjetivo de la responsabilidad civil, se hará responsable al emisor no solo por las infracciones dolosas o imprudentes (*recklessness*), sino igualmente cuando no posea el conocimiento de las deficiencias contables o de control interno que deriven en el quebrantamiento de las disposiciones contables, lo que significa que se imputará civilmente al empresario y a sus órganos de dirección la mera causación del resultado (*causing*)<sup>(238)</sup>.

Este último parámetro de responsabilidad civil es aplicado especialmente en los supuestos en los cuales el emisor consolide el balance de cuentas de sus subsidiarias ignorando sus errores de contabilidad. El caso *SEC v. ITT Co.*,<sup>(239)</sup> resulta muy ilustrativo en ese sentido. En la investigación dirigida por la SEC se imputó a la empresa ITT Co. haber influenciado en las especificaciones de una licitación pública para un proyecto de construcción de gran envergadura a través de retribuciones monetarias a funcionarios chinos. Los pagos se llevaron a cabo íntegramente por su filial china Nanjing Goulds Pumps Ltda. con la ayuda de un tercero y sin el conocimiento de la empresa madre asentada en los Estados Unidos de América. Los desembolsos ilícitos fueron consignados finalmente en

*United States v. Siemens AG*, N.º 08-cr-367 (D. D. C., 12/12/2008); *SEC v. Biomet, Inc.*, N.º 12-cv-454 (D. D. C., 26/03/2012); *United States v. Biomet, Inc.*, N.º 12-cr-80 (D. D. C., 26/03/2012); *SEC v. Alcatel-Lucent, S.A.*, N.º 10-cv-24620 (S. D. Fla., 27/12/2010); *United States v. Alcatel-Lucent, S.A.*, N.º 10-cr-20907 (S. D. Fla., 27/12/2010); *SEC v. Daimler AG*, N.º 10-cv-473 (D. D. C., 01/04/2010); *United States v. Daimler AG*, N.º 10-cr-63 (D. D. C., 22/03/2010). (236) 15 U.S.C. §78m(b)(5).

(237) *United States v. King*, 351 F.3d 859, (8<sup>th</sup> Cir., 2003), p. 11 y 12.

(238) Esta figura jurídica, conocida en el derecho estadounidense como *strict liability*, es considerada, después del dolo y de la imprudencia, como una tercera variante de la imputación subjetiva que solo entra en consideración para fundamentar sanciones de orden civil o administrativo. Su aplicabilidad ha sido reconocida por la *Supreme Court* como por la SEC en diversas sentencias e investigaciones, respectivamente. *United States v. Balint*, 258 U.S. 250 (1922); *United States v. Dotterweich*, 320 U.S. 277 (1943); *SEC v. McNulty*, 137 F.3d 732 (2<sup>nd</sup> Cir., 1998); *SEC v. Pillor*, N.º 06-4906 (D. C. N. Cal., 15/08/2006).

(239) *SEC v. ITT Co.*, 09-cv-00272 (D. D. C., 11/02/2009).

la contabilidad consolidada como «comisiones», irregularidad posteriormente advertida por la empresa ITT Co. a través de sus canales internos de control, lo que motivó a comunicar voluntariamente sobre estos hechos a la SEC. No obstante, en el acuerdo negociado con la SEC se impuso una sanción civil a la empresa ITT Co. que fue sustancialmente reducida a raíz la colaboración mostrada por la empresa en la detección de dicha infracción.

#### D. SANCIONES

Con relación a las disposiciones contables, su contravención dolosa supondrá para la empresa la penalidad máxima de 25 millones de dólares<sup>(240)</sup>. A los sujetos individuales como funcionarios, directores, accionistas, empleados o agentes de la empresa les corresponderá una sanción de hasta 5 millones de dólares y una pena de privativa de libertad máxima de veinte años<sup>(241)</sup>. Civilmente, la empresa podrá ser sancionada hasta con 725 000 dólares y la persona individual con 150 000 dólares<sup>(242)</sup>, ambas por cada lesión cometida. Es por demás resaltable el parámetro elevado de estas sanciones a diferencia de las estipuladas para las normas antisoborno. Esto se debe a que el legislador estadounidense ha entendido que la mejor forma de combatir la corrupción se logra concentrando el efecto disuasorio (*deterrence*) en el afianzamiento de los deberes de transparencia y control empresarial antes que en las mismas conductas corruptas, característica que se verá reflejada, como contrapartida, en la importancia del establecimiento y valoración del sistema preventivo en la empresa.

##### I. Sanciones accesorias

Las consecuencias que originan la inobservancia de las disposiciones antisoborno y contables no solo se concentran en los ámbitos civil y penal, sino que igualmente pueden derivar en sanciones económicas y jurídicas adicionales de gran impacto para la empresa. La sola emisión de una sentencia condenatoria por corrupción —y no por la violación de las disposiciones contables—, por ejemplo, es motivo suficiente para la exclusión de la empresa de contratos estatales y convocatorias de licitaciones con Estados Unidos<sup>(243)</sup>. Además, las empresas

(240) 15 U.S.C. § 78ff(a).

(241) 15 U.S.C. § 78ff(a).

(242) 15 U.S.C. § 78u(d)(3)(B)(iii).

(243) Duncan, 1 *Asian-Pac. L. & Poly J.* (2000), p. 26; Low/Bjorklund/Atkinson, 38 *Virg. J. Intl L.* (1998), pp. 261 y ss.; Perkel, 40 *Am. L. Rev.* (2003), pp. 703 y ss.

corren el riesgo de perder sus licencias de exportación, su participación en el negocio de títulos valores o los proyectos encaminados con las instituciones estatales, entre otras consecuencias<sup>(244)</sup>.

---

(244) Los riesgos para con la Unión Europea son aún mayores. Una sentencia firme por corrupción, independientemente de dónde haya sido emitida, significa la exclusión absoluta de negocios con este conglomerado de países, véase Directive 2004/18/EC of the European Parliament and of the Council of 31 March 2004 on the coordination of procedures for the award of public works contracts, public supply contracts and public service contracts; Official Journal L 134, (30/04/2004), p. 0114-0240:

«Article 45.

Personal situation of the candidate or tenderer

1. Any candidate or tenderer who has been the subject of a conviction by final judgment of which the contracting authority is aware for one or more of the reasons listed below shall be excluded from participation in a public contract:

(a) participation in a criminal organisation, as defined in Article 2(1) of Council Joint Action 98/733/JHA(20);  
(b) corruption, as defined in Article 3 of the Council Act of 26 May 1997(21) and Article 3(1) of Council Joint Action 98/742/JHA(22) respectively;

(c) fraud within the meaning of Article 1 of the Convention relating to the protection of the financial interests of the European Communities(23);

(d) money laundering, as defined in Article 1 of Council Directive 91/308/EEC of 10 June 1991 on prevention of the use of the financial system for the purpose of money laundering(24).

(...».

## Capítulo IV COMPLIANCE PROGRAM

### A. ORIGEN Y EVOLUCIÓN

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

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

---

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

---

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

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

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

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

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

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

## B. MARCO NORMATIVO

### I. Federal Sentencing Guidelines

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

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

---

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

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

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

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

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

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

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

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

(266) En la sentencia se cuestionan específicamente los dispositivos 18 U.S.C. § 3553 (b)(1) y 18 U.S.C. § 3742 (e). Previo al caso *Booker*, el Tribunal Supremo ya se había encargado de emitir otras sentencias analizando el marco constitucional de la Federal Sentencing Guidelines, *Jones v. United States*, 526 U.S. 227 (1999); *Apprendi v. New Jersey*, 120 S. Ct. 2348 (2000); *Harris v. United States*, 536 U.S. 545 (2002); *Blakely v. Washington*, 124 S. Ct. 2531 (2004). (267) 28 U.S.C. § 991 (b): «The purposes of the United States Sentencing Commission are to—

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

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

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

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

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

(268) USSG § 8A1.2 cmt. n.3(K)(1991).

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

### 1. Reforma de 2004

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

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

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

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

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

(280) USSG, § 8B2.1, (2004), p. 503.

(281) USSG § 8B2.1 cmt. n.1 (2004).

(282) USSG § 8B2.1(b)(7) (2004).

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

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

## 2. Reforma de 2010

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

---

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

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

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

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

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

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

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

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

(288) USSG § 8B2.1 (b) 7.

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

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

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

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

## II. Sarbanes-Oxley Act

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

### III. Dodd-Frank Act

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

---

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

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

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

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

(313) 15 U.S.C. § 78u-6(b)(1).

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

## IV. United States Attorneys' Manual

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

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

### C. CORPORATE COMPLIANCE PROGRAM

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

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

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

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

(318) 15 U.S.C §§ 78m(b)(B).

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

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

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

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

---

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

(321) USSG § 8B2.1(a).

(322) USSG § 8B2.1 Cmt. 2. (C).

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

## I. Casos

### 1. Siemens AG

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

---

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

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

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

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

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

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

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

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

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

## 2. Kellogg Brown & Root LLC

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

---

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

### 3. Morgan & Stanley

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

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

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

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

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

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

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

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

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

## II. Componentes del programa de ética y cumplimiento

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

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

(345) USSG §8B2.1 (b) (1).

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

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

(346) SOA Sección 406 (c) (1).

(347) SOA Sección 406 (c) (2).

(348) La *Securities and Exchange Commission* - 17 C.F.R. §29.406 (c) - impone deberes adicionales a los emisores en la formulación de sus códigos de ética, vinculados fundamentalmente al aseguramiento de la publicidad, socialización de la información, identificación detallada de ámbitos de competencia laboral, entre otros.

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

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

## 2. Supervisión de alto nivel

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

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

---

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

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

(351) USSG § 8B2.1. (b)(2)(A).

(352) USSG § 8B2.1. (b)(2)(A).

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

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

### 3. Identificación de riesgos

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

(353) 15 U.S.C §§ 78m(b)(B).

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

(355) USSG § 8B2.1.(b)(2)(C).

(356) USSG § 8B2.1.(b)(2)(C).

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

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

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

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

#### 4. Comunicación y capacitación permanente

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

---

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

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

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

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

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

## 5. Incentivos y medidas disciplinarias

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

(361) USSG § 8B2.1 (b)(4)(A).

(362) USSG § 8B2.1 (b)(4)(B).

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

(364) USSG §8B2.1 (b)(6).

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

## 6. Debida diligencia a terceros e intermediarios

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

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

---

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

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

## 7. Fusión y adquisición

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

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

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

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

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

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

Este mismo proceder ha sido respaldado por los Comunicados de Opinión 08/01 y 08/02 del Departamento de Justicia de Estados Unidos, en los cuales se han desarrollado lineamientos adicionales asociados al adecuado ejercicio de la debida diligencia.

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

## 8. Evaluación y revisión

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

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

(371) USSG § 8B2.1 (b)(5)(B).

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

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

## 9. Reportes confidenciales e investigación interna

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

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

---

(373) USSG § 8B2.1 (b)(7).

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

(375) USSG § 8B2.1 (b)(5)(C).

**Anexo: Anti-Bribery and Books & Records Provisions  
of The Foreign Corrupt Practices Act**

*Current through Pub. L. 105-366 (November 10, 1998)*

UNITED STATES CODE  
TITLE 15. COMMERCE AND TRADE  
CHAPTER 2B--SECURITIES EXCHANGES

**§ 78m. Periodical and other reports**

**(a) Reports by issuer of security; contents**

Every issuer of a security registered pursuant to section 78l of this title shall file with the Commission, in accordance with such rules and regulations as the Commission may prescribe as necessary or appropriate for the proper protection of investors and to insure fair dealing in the security--

- (1) such information and documents (and such copies thereof) as the Commission shall require to keep reasonably current the information and documents required to be included in or filed with an application or registration statement filed pursuant to section 78l of this title, except that the Commission may not require the filing of any material contract wholly executed before July 1, 1962.
- (2) such annual reports (and such copies thereof), certified if required by the rules and regulations of the Commission by independent public accountants, and such quarterly reports (and such copies thereof), as the Commission may prescribe.

Every issuer of a security registered on a national securities exchange shall also file a duplicate original of such information, documents, and reports with the exchange.

**(b) Form of report; books, records, and internal accounting; directives**

\* \* \*

- (2) Every issuer which has a class of securities registered pursuant to section 78l of this title and every issuer which is required to file reports pursuant to section 78o(d) of this title shall--
- (A) make and keep books, records, and accounts, which, in reasonable detail, accurately and fairly reflect the transactions and dispositions of the assets of the issuer; and
  - (B) devise and maintain a system of internal accounting controls sufficient to provide reasonable assurances that--
    - (i) transactions are executed in accordance with management's general or specific authorization;
    - (ii) transactions are recorded as necessary (I) to permit preparation of financial statements in conformity with generally accepted accounting principles or any other criteria applicable to such statements, and (II) to maintain accountability for assets;
    - (iii) access to assets is permitted only in accordance with management's general or specific authorization; and
    - (iv) the recorded accountability for assets is compared with the existing assets at reasonable intervals and appropriate action is taken with respect to any differences.
- (3) (A) With respect to matters concerning the national security of the United States, no duty or liability under paragraph (2) of this subsection shall be imposed upon any person acting in cooperation with the head of any Federal department or agency responsible for such matters if such act in cooperation with such head of a department or agency was done upon the specific, written directive of the head of such department or agency pursuant to Presidential authority to issue such directives. Each directive issued under this paragraph shall set forth the specific facts and circumstances with respect to which the provisions of this paragraph are to be invoked. Each such directive shall, unless renewed in writing, expire one year after the date of issuance.
- (B) Each head of a Federal department or agency of the United States who issues such a directive pursuant to this paragraph shall maintain a complete

file of all such directives and shall, on October 1 of each year, transmit a summary of matters covered by such directives in force at any time during the previous year to the Permanent Select Committee on Intelligence of the House of Representatives and the Select Committee on Intelligence of the Senate.

- (4) No criminal liability shall be imposed for failing to comply with the requirements of paragraph (2) of this subsection except as provided in paragraph (5) of this subsection.
- (5) No person shall knowingly circumvent or knowingly fail to implement a system of internal accounting controls or knowingly falsify any book, record, or account described in paragraph (2).
- (6) Where an issuer which has a class of securities registered pursuant to section 781 of this title or an issuer which is required to file reports pursuant to section 780(d) of this title holds 50 per centum or less of the voting power with respect to a domestic or foreign firm, the provisions of paragraph (2) require only that the issuer proceed in good faith to use its influence, to the extent reasonable under the issuer's circumstances, to cause such domestic or foreign firm to devise and maintain a system of internal accounting controls consistent with paragraph (2). Such circumstances include the relative degree of the issuer's ownership of the domestic or foreign firm and the laws and practices governing the business operations of the country in which such firm is located. An issuer which demonstrates good faith efforts to use such influence shall be conclusively presumed to have complied with the requirements of paragraph (2).
- (7) For the purpose of paragraph (2) of this subsection, the terms "reasonable assurances" and "reasonable detail" mean such level of detail and degree of assurance as would satisfy prudent officials in the conduct of their own affairs.

\* \* \*

**§ 78dd-1 [Section 30A of the Securities & Exchange Act of 1934].  
Prohibited foreign trade practices by issuers**

**(a) Prohibition**

It shall be unlawful for any issuer which has a class of securities registered pursuant to section 78l of this title or which is required to file reports under section 78o(d) of this title, or for any officer, director, employee, or agent of such issuer or any stockholder thereof acting on behalf of such issuer, to make use of the mails or any means or instrumentality of interstate commerce corruptly in furtherance of an offer, payment, promise to pay, or authorization of the payment of any money, or offer, gift, promise to give, or authorization of the giving of anything of value to--

- (1) any foreign official for purposes of--
  - (A) (i) influencing any act or decision of such foreign official in his official capacity, (ii) inducing such foreign official to do or omit to do any act in violation of the lawful duty of such official, or (iii) securing any improper advantage; or
  - (B) inducing such foreign official to use his influence with a foreign government or instrumentality thereof to affect or influence any act or decision of such government or instrumentality, in order to assist such issuer in obtaining or retaining business for or with, or directing business to, any person;
- (2) any foreign political party or official thereof or any candidate for foreign political office for purposes of--
  - (A) (i) influencing any act or decision of such party, official, or candidate in its or his official capacity, (ii) inducing such party, official, or candidate to do or omit to do an act in violation of the lawful duty of such party, official, or candidate, or (iii) securing any improper advantage; or
  - (B) inducing such party, official, or candidate to use its or his influence with a foreign government or instrumentality thereof to affect or influence any act or decision of such government or instrumentality, in order to assist such issuer in obtaining or retaining business for or with, or directing business to, any person; or

- (3) any person, while knowing that all or a portion of such money or thing of value will be offered, given, or promised, directly or indirectly, to any foreign official, to any foreign political party or official thereof, or to any candidate for foreign political office, for purposes of--
- (A) (i) influencing any act or decision of such foreign official, political party, party official, or candidate in his or its official capacity, (ii) inducing such foreign official, political party, party official, or candidate to do or omit to do any act in violation of the lawful duty of such foreign official, political party, party official, or candidate, or (iii) securing any improper advantage; or
  - (B) inducing such foreign official, political party, party official, or candidate to use his or its influence with a foreign government or instrumentality thereof to affect or influence any act or decision of such government or instrumentality,
- in order to assist such issuer in obtaining or retaining business for or with, or directing business to, any person.

### **(b) Exception for routine governmental action**

Subsections (a) and (g) of this section shall not apply to any facilitating or expediting payment to a foreign official, political party, or party official the purpose of which is to expedite or to secure the performance of a routine governmental action by a foreign official, political party, or party official.

### **(c) Affirmative defenses**

It shall be an affirmative defense to actions under subsection (a) or (g) of this section that--

- (1) the payment, gift, offer, or promise of anything of value that was made, was lawful under the written laws and regulations of the foreign official's, political party's, party official's, or candidate's country; or
- (2) the payment, gift, offer, or promise of anything of value that was made, was a reasonable and bona fide expenditure, such as travel and lodging expenses, incurred by or on behalf of a foreign official, party, party official, or candidate and was directly related to--

- (A) the promotion, demonstration, or explanation of products or services; or
- (B) the execution or performance of a contract with a foreign government or agency thereof.

**(d) Guidelines by Attorney General**

Not later than one year after August 23, 1988, the Attorney General, after consultation with the Commission, the Secretary of Commerce, the United States Trade Representative, the Secretary of State, and the Secretary of the Treasury, and after obtaining the views of all interested persons through public notice and comment procedures, shall determine to what extent compliance with this section would be enhanced and the business community would be assisted by further clarification of the preceding provisions of this section and may, based on such determination and to the extent necessary and appropriate, issue--

- (1) guidelines describing specific types of conduct, associated with common types of export sales arrangements and business contracts, which for purposes of the Department of Justice's present enforcement policy, the Attorney General determines would be in conformance with the preceding provisions of this section; and
- (2) general precautionary procedures which issuers may use on a voluntary basis to conform their conduct to the Department of Justice's present enforcement policy regarding the preceding provisions of this section.

The Attorney General shall issue the guidelines and procedures referred to in the preceding sentence in accordance with the provisions of subchapter II of chapter 5 of Title 5 and those guidelines and procedures shall be subject to the provisions of chapter 7 of that title.

**(e) Opinions of Attorney General**

- (1) The Attorney General, after consultation with appropriate departments and agencies of the United States and after obtaining the views of all interested persons through public notice and comment procedures, shall establish a procedure to provide responses to specific inquiries by issuers concerning conformance of their conduct with the Department of Justice's present enforcement policy regarding the preceding provisions of this section. The Attorney

General shall, within 30 days after receiving such a request, issue an opinion in response to that request. The opinion shall state whether or not certain specified prospective conduct would, for purposes of the Department of Justice's present enforcement policy, violate the preceding provisions of this section. Additional requests for opinions may be filed with the Attorney General regarding other specified prospective conduct that is beyond the scope of conduct specified in previous requests. In any action brought under the applicable provisions of this section, there shall be a rebuttable presumption that conduct, which is specified in a request by an issuer and for which the Attorney General has issued an opinion that such conduct is in conformity with the Department of Justice's present enforcement policy, is in compliance with the preceding provisions of this section. Such a presumption may be rebutted by a preponderance of the evidence. In considering the presumption for purposes of this paragraph, a court shall weight all relevant factors, including but not limited to whether the information submitted to the Attorney General was accurate and complete and whether it was within the scope of the conduct specified in any request received by the Attorney General. The Attorney General shall establish the procedure required by this paragraph in accordance with the provisions of subchapter II of chapter 5 of Title 5 and that procedure shall be subject to the provisions of chapter 7 of that title.

- (2) Any document or other material which is provided to, received by, or prepared in the Department of Justice or any other department or agency of the United States in connection with a request by an issuer under the procedure established under paragraph (1), shall be exempt from disclosure under section 552 of Title 5 and shall not, except with the consent of the issuer, be made publicly available, regardless of whether the Attorney General responds to such a request or the issuer withdraws such request before receiving a response.
- (3) Any issuer who has made a request to the Attorney General under paragraph (1) may withdraw such request prior to the time the Attorney General issues an opinion in response to such request. Any request so withdrawn shall have no force or effect.
- (4) The Attorney General shall, to the maximum extent practicable, provide timely guidance concerning the Department of Justice's present enforcement policy with respect to the preceding provisions of this section to potential exporters and small businesses that are unable to obtain specialized counsel on issues pertaining to such provisions. Such guidance shall be limited to responses to requests under

paragraph (1) concerning conformity of specified prospective conduct with the Department of Justice's present enforcement policy regarding the preceding provisions of this section and general explanations of compliance responsibilities and of potential liabilities under the preceding provisions of this section.

**(f) Definitions**

For purposes of this section:

(1) A) The term "foreign official" means any officer or employee of a foreign government or any department, agency, or instrumentality thereof, or of a public international organization, or any person acting in an official capacity for or on behalf of any such government or department, agency, or instrumentality, or for or on behalf of any such public international organization.

(B) For purposes of subparagraph (A), the term "public international organization" means--

(i) an organization that is designated by Executive Order pursuant to section 1 of the International Organizations Immunities Act (22 U.S.C. § 288); or

(ii) any other international organization that is designated by the President by Executive order for the purposes of this section, effective as of the date of publication of such order in the Federal Register.

(2) (A) A person's state of mind is "knowing" with respect to conduct, a circumstance, or a result if--

such person is aware that such person is engaging in such conduct, that such circumstance exists, or that such result is substantially certain to occur; or

such person has a firm belief that such circumstance exists or that such result is substantially certain to occur.

(B) When knowledge of the existence of a particular circumstance is required for an offense, such knowledge is established if a person is aware of a high probability of the existence of such circumstance, unless the person actually believes that such circumstance does not exist.

- (3) (A) The term “routine governmental action” means only an action which is ordinarily and commonly performed by a foreign official in--
- (i) obtaining permits, licenses, or other official documents to qualify a person to do business in a foreign country;
  - (ii) processing governmental papers, such as visas and work orders;
  - (iii) providing police protection, mail pick-up and delivery, or scheduling inspections associated with contract performance or inspections related to transit of goods across country;
  - (iv) providing phone service, power and water supply, loading and unloading cargo, or protecting perishable products or commodities from deterioration; or
  - (v) actions of a similar nature.
- (B) The term “routine governmental action” does not include any decision by a foreign official whether, or on what terms, to award new business to or to continue business with a particular party, or any action taken by a foreign official involved in the decision-making process to encourage a decision to award new business to or continue business with a particular party.

### **(g) Alternative Jurisdiction**

- (1) It shall also be unlawful for any issuer organized under the laws of the United States, or a State, territory, possession, or commonwealth of the United States or a political subdivision thereof and which has a class of securities registered pursuant to section 12 of this title or which is required to file reports under section 15(d) of this title, or for any United States person that is an officer, director, employee, or agent of such issuer or a stockholder thereof acting on behalf of such issuer, to corruptly do any act outside the United States in furtherance of an offer, payment, promise to pay, or authorization of the payment of any money, or offer, gift, promise to give, or authorization of the giving of anything of value to any of the persons or entities set forth in paragraphs (1), (2), and (3) of this subsection (a) of this section for the purposes set forth therein, irrespective of whether such issuer or such officer, director, employee, agent, or stockholder makes use of the mails or any means or instrumentality

## Criminal Compliance

of interstate commerce in furtherance of such offer, gift, payment, promise, or authorization.

- (2) As used in this subsection, the term “United States person” means a national of the United States (as defined in section 101 of the Immigration and Nationality Act (8 U.S.C. § 1101)) or any corporation, partnership, association, joint-stock company, business trust, unincorporated organization, or sole proprietorship organized under the laws of the United States or any State, territory, possession, or commonwealth of the United States, or any political subdivision thereof.

## § 78dd-2. Prohibited foreign trade practices by domestic concerns

### (a) Prohibition

It shall be unlawful for any domestic concern, other than an issuer which is subject to section 78dd-1 of this title, or for any officer, director, employee, or agent of such domestic concern or any stockholder thereof acting on behalf of such domestic concern, to make use of the mails or any means or instrumentality of interstate commerce corruptly in furtherance of an offer, payment, promise to pay, or authorization of the payment of any money, or offer, gift, promise to give, or authorization of the giving of anything of value to--

- (1) any foreign official for purposes of--
  - (A) (i) influencing any act or decision of such foreign official in his official capacity, (ii) inducing such foreign official to do or omit to do any act in violation of the lawful duty of such official, or (iii) securing any improper advantage; or
  - (B) inducing such foreign official to use his influence with a foreign government or instrumentality thereof to affect or influence any act or decision of such government or instrumentality, in order to assist such domestic concern in obtaining or retaining business for or with, or directing business to, any person;
- (2) any foreign political party or official thereof or any candidate for foreign political office for purposes of--
  - (A) (i) influencing any act or decision of such party, official, or candidate in its or his official capacity, (ii) inducing such party, official, or candidate to do or omit to do an act in violation of the lawful duty of such party, official, or candidate, or (iii) securing any improper advantage; or
  - (B) inducing such party, official, or candidate to use its or his influence with a foreign government or instrumentality thereof to affect or influence any act or decision of such government or instrumentality, in order to assist such domestic concern in obtaining or retaining business for or with, or directing business to, any person;
- (3) any person, while knowing that all or a portion of such money or thing of value will be offered, given, or promised, directly or indirectly, to any foreign

official, to any foreign political party or official thereof, or to any candidate for foreign political office, for purposes of--

- (A) (i) influencing any act or decision of such foreign official, political party, party official, or candidate in his or its official capacity, (ii) inducing such foreign official, political party, party official, or candidate to do or omit to do any act in violation of the lawful duty of such foreign official, political party, party official, or candidate, or (iii) securing any improper advantage; or
- (B) inducing such foreign official, political party, party official, or candidate to use his or its influence with a foreign government or instrumentality thereof to affect or influence any act or decision of such government or instrumentality, in order to assist such domestic concern in obtaining or retaining business for or with, or directing business to, any person.

**(b) Exception for routine governmental action**

Subsections (a) and (i) of this section shall not apply to any facilitating or expediting payment to a foreign official, political party, or party official the purpose of which is to expedite or to secure the performance of a routine governmental action by a foreign official, political party, or party official.

**(c) Affirmative defenses**

It shall be an affirmative defense to actions under subsection (a) or (i) of this section that--

- (1) the payment, gift, offer, or promise of anything of value that was made, was lawful under the written laws and regulations of the foreign official's, political party's, party official's, or candidate's country; or
- (2) the payment, gift, offer, or promise of anything of value that was made, was a reasonable and bona fide expenditure, such as travel and lodging expenses, incurred by or on behalf of a foreign official, party, party official, or candidate and was directly related to--
  - (A) the promotion, demonstration, or explanation of products or services; or
  - (B) the execution or performance of a contract with a foreign government or agency thereof.

**(d) Injunctive relief**

- (1) When it appears to the Attorney General that any domestic concern to which this section applies, or officer, director, employee, agent, or stockholder thereof, is engaged, or about to engage, in any act or practice constituting a violation of subsection (a) or (i) of this section, the Attorney General may, in his discretion, bring a civil action in an appropriate district court of the United States to enjoin such act or practice, and upon a proper showing, a permanent injunction or a temporary restraining order shall be granted without bond.
- (2) For the purpose of any civil investigation which, in the opinion of the Attorney General, is necessary and proper to enforce this section, the Attorney General or his designee are empowered to administer oaths and affirmations, subpoena witnesses, take evidence, and require the production of any books, papers, or other documents which the Attorney General deems relevant or material to such investigation. The attendance of witnesses and the production of documentary evidence may be required from any place in the United States, or any territory, possession, or commonwealth of the United States, at any designated place of hearing.
- (3) In case of contumacy by, or refusal to obey a subpoena issued to, any person, the Attorney General may invoke the aid of any court of the United States within the jurisdiction of which such investigation or proceeding is carried on, or where such person resides or carries on business, in requiring the attendance and testimony of witnesses and the production of books, papers, or other documents. Any such court may issue an order requiring such person to appear before the Attorney General or his designee, there to produce records, if so ordered, or to give testimony touching the matter under investigation. Any failure to obey such order of the court may be punished by such court as a contempt thereof.

All process in any such case may be served in the judicial district in which such person resides or may be found. The Attorney General may make such rules relating to civil investigations as may be necessary or appropriate to implement the provisions of this subsection.

**(e) Guidelines by Attorney General**

Not later than 6 months after August 23, 1988, the Attorney General, after consultation with the Securities and Exchange Commission, the Secretary of

Commerce, the United States Trade Representative, the Secretary of State, and the Secretary of the Treasury, and after obtaining the views of all interested persons through public notice and comment procedures, shall determine to what extent compliance with this section would be enhanced and the business community would be assisted by further clarification of the preceding provisions of this section and may, based on such determination and to the extent necessary and appropriate, issue--

- (1) guidelines describing specific types of conduct, associated with common types of export sales arrangements and business contracts, which for purposes of the Department of Justice's present enforcement policy, the Attorney General determines would be in conformance with the preceding provisions of this section; and
- (2) general precautionary procedures which domestic concerns may use on a voluntary basis to conform their conduct to the Department of Justice's present enforcement policy regarding the preceding provisions of this section.

The Attorney General shall issue the guidelines and procedures referred to in the preceding sentence in accordance with the provisions of subchapter II of chapter 5 of Title 5 and those guidelines and procedures shall be subject to the provisions of chapter 7 of that title.

**(f) Opinions of Attorney General**

- (1) The Attorney General, after consultation with appropriate departments and agencies of the United States and after obtaining the views of all interested persons through public notice and comment procedures, shall establish a procedure to provide responses to specific inquiries by domestic concerns concerning conformance of their conduct with the Department of Justice's present enforcement policy regarding the preceding provisions of this section. The Attorney General shall, within 30 days after receiving such a request, issue an opinion in response to that request. The opinion shall state whether or not certain specified prospective conduct would, for purposes of the Department of Justice's present enforcement policy, violate the preceding provisions of this section. Additional requests for opinions may be filed with the Attorney General regarding other specified prospective conduct that is beyond the scope of conduct specified in previous requests. In any action brought under the applicable provisions of this section, there shall be a rebuttable presumption that conduct, which is specified in a

request by a domestic concern and for which the Attorney General has issued an opinion that such conduct is in conformity with the Department of Justice's present enforcement policy, is in compliance with the preceding provisions of this section. Such a presumption may be rebutted by a preponderance of the evidence. In considering the presumption for purposes of this paragraph, a court shall weigh all relevant factors, including but not limited to whether the information submitted to the Attorney General was accurate and complete and whether it was within the scope of the conduct specified in any request received by the Attorney General. The Attorney General shall establish the procedure required by this paragraph in accordance with the provisions of subchapter II of chapter 5 of Title 5 and that procedure shall be subject to the provisions of chapter 7 of that title.

- (2) Any document or other material which is provided to, received by, or prepared in the Department of Justice or any other department or agency of the United States in connection with a request by a domestic concern under the procedure established under paragraph (1), shall be exempt from disclosure under section 552 of Title 5 and shall not, except with the consent of the domestic concern, be made publicly available, regardless of whether the Attorney General response to such a request or the domestic concern withdraws such request before receiving a response.
- (3) Any domestic concern who has made a request to the Attorney General under paragraph (1) may withdraw such request prior to the time the Attorney General issues an opinion in response to such request. Any request so withdrawn shall have no force or effect.
- (4) The Attorney General shall, to the maximum extent practicable, provide timely guidance concerning the Department of Justice's present enforcement policy with respect to the preceding provisions of this section to potential exporters and small businesses that are unable to obtain specialized counsel on issues pertaining to such provisions. Such guidance shall be limited to responses to requests under paragraph (1) concerning conformity of specified prospective conduct with the Department of Justice's present enforcement policy regarding the preceding provisions of this section and general explanations of compliance responsibilities and of potential liabilities under the preceding provisions of this section.

### **(g) Penalties**

- (i) (A) Any domestic concern that is not a natural person and that violates subsection (a) or (i) of this section shall be fined not more than \$2,000,000.

- (B) Any domestic concern that is not a natural person and that violates subsection (a) or (i) of this section shall be subject to a civil penalty of not more than \$10,000 imposed in an action brought by the Attorney General.
- (2) (A) Any natural person that is an officer, director, employee, or agent of a domestic concern, or stockholder acting on behalf of such domestic concern, who willfully violates subsection (a) or (i) of this section shall be fined not more than \$100,000 or imprisoned not more than 5 years, or both.
  - (B) Any natural person that is an officer, director, employee, or agent of a domestic concern, or stockholder acting on behalf of such domestic concern, who violates subsection (a) or (i) of this section shall be subject to a civil penalty of not more than \$10,000 imposed in an action brought by the Attorney General.
- (3) Whenever a fine is imposed under paragraph (2) upon any officer, director, employee, agent, or stockholder of a domestic concern, such fine may not be paid, directly or indirectly, by such domestic concern.

#### **(h) Definitions**

For purposes of this section:

- (1) The term “domestic concern” means--
  - (A) any individual who is a citizen, national, or resident of the United States; and
  - (B) any corporation, partnership, association, joint-stock company, business trust, unincorporated organization, or sole proprietorship which has its principal place of business in the United States, or which is organized under the laws of a State of the United States or a territory, possession, or commonwealth of the United States.
- (2) (A) The term “foreign official” means any officer or employee of a foreign government or any department, agency, or instrumentality thereof, or of a public international organization, or any person acting in an official capacity for or on behalf of any such government or department, agency, or instrumentality, or for or on behalf of any such public international organization.

- (B) For purposes of subparagraph (A), the term “public international organization” means --
- (i) an organization that has been designated by Executive order pursuant to Section 1 of the International Organizations Immunities Act (22 U.S.C. § 288); or
  - (ii) any other international organization that is designated by the President by Executive order for the purposes of this section, effective as of the date of publication of such order in the Federal Register.
- (3) (A) A person’s state of mind is “knowing” with respect to conduct, a circumstance, or a result if--
- (i) such person is aware that such person is engaging in such conduct, that such circumstance exists, or that such result is substantially certain to occur; or
  - (ii) such person has a firm belief that such circumstance exists or that such result is substantially certain to occur.
- (B) When knowledge of the existence of a particular circumstance is required for an offense, such knowledge is established if a person is aware of a high probability of the existence of such circumstance, unless the person actually believes that such circumstance does not exist.
- (4) (A) The term “routine governmental action” means only an action which is ordinarily and commonly performed by a foreign official in--
- (i) obtaining permits, licenses, or other official documents to qualify a person to do business in a foreign country;
  - (ii) processing governmental papers, such as visas and work orders;
  - (iii) providing police protection, mail pick-up and delivery, or scheduling inspections associated with contract performance or inspections related to transit of goods across country;
  - (iv) providing phone service, power and water supply, loading and unloading cargo, or protecting perishable products or commodities from deterioration; or

## Criminal Compliance

- (v) actions of a similar nature.
  - (B) The term “routine governmental action” does not include any decision by a foreign official whether, or on what terms, to award new business to or to continue business with a particular party, or any action taken by a foreign official involved in the decision-making process to encourage a decision to award new business to or continue business with a particular party.
- (5) The term “interstate commerce” means trade, commerce, transportation, or communication among the several States, or between any foreign country and any State or between any State and any place or ship outside thereof, and such term includes the intrastate use of--
- (A) a telephone or other interstate means of communication, or
  - (B) any other interstate instrumentality.

### (i) Alternative Jurisdiction

- (1) It shall also be unlawful for any United States person to corruptly do any act outside the United States in furtherance of an offer, payment, promise to pay, or authorization of the payment of any money, or offer, gift, promise to give, or authorization of the giving of anything of value to any of the persons or entities set forth in paragraphs (1), (2), and (3) of subsection (a), for the purposes set forth therein, irrespective of whether such United States person makes use of the mails or any means or instrumentality of interstate commerce in furtherance of such offer, gift, payment, promise, or authorization.
- (2) As used in this subsection, a “United States person” means a national of the United States (as defined in section 101 of the Immigration and Nationality Act (8 U.S.C. § 1101)) or any corporation, partnership, association, joint-stock company, business trust, unincorporated organization, or sole proprietorship organized under the laws of the United States or any State, territory, possession, or commonwealth of the United States, or any political subdivision thereof.

**§ 78dd-3. Prohibited foreign trade practices by persons other than issuers or domestic concerns**

**(a) Prohibition**

It shall be unlawful for any person other than an issuer that is subject to section 30A of the Securities Exchange Act of 1934 or a domestic concern, as defined in section 104 of this Act), or for any officer, director, employee, or agent of such person or any stockholder thereof acting on behalf of such person, while in the territory of the United States, corruptly to make use of the mails or any means or instrumentality of interstate commerce or to do any other act in furtherance of an offer, payment, promise to pay, or authorization of the payment of any money, or offer, gift, promise to give, or authorization of the giving of anything of value to--

- (1) any foreign official for purposes of--
  - (A) (i) influencing any act or decision of such foreign official in his official capacity, (ii) inducing such foreign official to do or omit to do any act in violation of the lawful duty of such official, or (iii) securing any improper advantage; or
  - (B) inducing such foreign official to use his influence with a foreign government or instrumentality thereof to affect or influence any act or decision of such government or instrumentality, in order to assist such person in obtaining or retaining business for or with, or directing business to, any person;
- (2) any foreign political party or official thereof or any candidate for foreign political office for purposes of--
  - (A) (i) influencing any act or decision of such party, official, or candidate in its or his official capacity, (ii) inducing such party, official, or candidate to do or omit to do an act in violation of the lawful duty of such party, official, or candidate, or (iii) securing any improper advantage; or
  - (B) inducing such party, official, or candidate to use its or his influence with a foreign government or instrumentality thereof to affect or influence any act or decision of such government or instrumentality, in order to assist such person in obtaining or retaining business for or with, or directing business to, any person; or

- (3) any person, while knowing that all or a portion of such money or thing of value will be offered, given, or promised, directly or indirectly, to any foreign official, to any foreign political party or official thereof, or to any candidate for foreign political office, for purposes of--
  - (A) (i) influencing any act or decision of such foreign official, political party, party official, or candidate in his or its official capacity, (ii) inducing such foreign official, political party, party official, or candidate to do or omit to do any act in violation of the lawful duty of such foreign official, political party, party official, or candidate, or (iii) securing any improper advantage; or
  - (B) inducing such foreign official, political party, party official, or candidate to use his or its influence with a foreign government or instrumentality thereof to affect or influence any act or decision of such government or instrumentality, in order to assist such person in obtaining or retaining business for or with, or directing business to, any person.

**(b) Exception for routine governmental action**

Subsection (a) of this section shall not apply to any facilitating or expediting payment to a foreign official, political party, or party official the purpose of which is to expedite or to secure the performance of a routine governmental action by a foreign official, political party, or party official.

**(c) Affirmative defenses**

It shall be an affirmative defense to actions under subsection (a) of this section that--

- (1) the payment, gift, offer, or promise of anything of value that was made, was lawful under the written laws and regulations of the foreign official's, political party's, party official's, or candidate's country; or
- (2) the payment, gift, offer, or promise of anything of value that was made, was a reasonable and bona fide expenditure, such as travel and lodging expenses, incurred by or on behalf of a foreign official, party, party official, or candidate and was directly related to--
  - (A) the promotion, demonstration, or explanation of products or services; or

(B) the execution or performance of a contract with a foreign government or agency thereof.

**(d) Injunctive relief**

- (1) When it appears to the Attorney General that any person to which this section applies, or officer, director, employee, agent, or stockholder thereof, is engaged, or about to engage, in any act or practice constituting a violation of subsection (a) of this section, the Attorney General may, in his discretion, bring a civil action in an appropriate district court of the United States to enjoin such act or practice, and upon a proper showing, a permanent injunction or a temporary restraining order shall be granted without bond.
- (2) For the purpose of any civil investigation which, in the opinion of the Attorney General, is necessary and proper to enforce this section, the Attorney General or his designee are empowered to administer oaths and affirmations, subpoena witnesses, take evidence, and require the production of any books, papers, or other documents which the Attorney General deems relevant or material to such investigation. The attendance of witnesses and the production of documentary evidence may be required from any place in the United States, or any territory, possession, or commonwealth of the United States, at any designated place of hearing.
- (3) In case of contumacy by, or refusal to obey a subpoena issued to, any person, the Attorney General may invoke the aid of any court of the United States within the jurisdiction of which such investigation or proceeding is carried on, or where such person resides or carries on business, in requiring the attendance and testimony of witnesses and the production of books, papers, or other documents. Any such court may issue an order requiring such person to appear before the Attorney General or his designee, there to produce records, if so ordered, or to give testimony touching the matter under investigation. Any failure to obey such order of the court may be punished by such court as a contempt thereof.
- (4) All process in any such case may be served in the judicial district in which such person resides or may be found. The Attorney General may make such rules relating to civil investigations as may be necessary or appropriate to implement the provisions of this subsection.

**(e) Penalties**

- (1) (A) Any juridical person that violates subsection (a) of this section shall be fined not more than \$2,000,000.
  - (B) Any juridical person that violates subsection (a) of this section shall be subject to a civil penalty of not more than \$10,000 imposed in an action brought by the Attorney General.
- (2) (A) Any natural person who willfully violates subsection (a) of this section shall be fined not more than \$100,000 or imprisoned not more than 5 years, or both.
  - (B) Any natural person who violates subsection (a) of this section shall be subject to a civil penalty of not more than \$10,000 imposed in an action brought by the Attorney General.
- (3) Whenever a fine is imposed under paragraph (2) upon any officer, director, employee, agent, or stockholder of a person, such fine may not be paid, directly or indirectly, by such person.

**(f) Definitions**

For purposes of this section:

- (1) The term “person,” when referring to an offender, means any natural person other than a. national of the United States (as defined in 8 U.S.C. § 1101) or any corporation, partnership, association, joint-stock company, business trust, unincorporated organization, or sole proprietorship organized under the law of a foreign nation or a political subdivision thereof
- (2) (A) The term “foreign official” means any officer or employee of a foreign government or any department, agency, or instrumentality thereof, or of a public international organization, or any person acting in an official capacity for or on behalf of any such government or department, agency, or instrumentality, or for or on behalf of any such public international organization. For purposes of subparagraph (A), the term “public international organization” means --
  - (i) an organization that has been designated by Executive Order pursuant to Section 1 of the International Organizations Immunities Act (22 U.S.C. § 288); or

- (ii) any other international organization that is designated by the President by Executive order for the purposes of this section, effective as of the date of publication of such order in the Federal Register.
- (3) (A) A person's state of mind is "knowing" with respect to conduct, a circumstance, or a result if --
- (i) such person is aware that such person is engaging in such conduct, that such circumstance exists, or that such result is substantially certain to occur; or
  - (ii) such person has a firm belief that such circumstance exists or that such result is substantially certain to occur.
- (B) When knowledge of the existence of a particular circumstance is required for an offense, such knowledge is established if a person is aware of a high probability of the existence of such circumstance, unless the person actually believes that such circumstance does not exist.
- (4) (A) The term "routine governmental action" means only an action which is ordinarily and commonly performed by a foreign official in--obtaining permits, licenses, or other official documents to qualify a person to do business in a foreign country;
- (ii) processing governmental papers, such as visas and work orders;
  - (iii) providing police protection, mail pick-up and delivery, or scheduling inspections associated with contract performance or inspections related to transit of goods across country;
  - (iv) providing phone service, power and water supply, loading and unloading cargo, or protecting perishable products or commodities from deterioration; or
  - (v) actions of a similar nature.
- (B) The term "routine governmental action" does not include any decision by a foreign official whether, or on what terms, to award new business to or to continue business with a particular party, or any action taken by a foreign official involved in the decision-making process to encourage a decision to award new business to or continue business with a particular party.

- (5) The term “interstate commerce” means trade, commerce, transportation, or communication among the several States, or between any foreign country and any State or between any State and any place or ship outside thereof, and such term includes the intrastate use of —
- (A) a telephone or other interstate means of communication, or
  - (B) any other interstate instrumentality.

## **§ 78ff. Penalties**

### **(a) Willful violations; false and misleading statements**

Any person who willfully violates any provision of this chapter (other than section 78dd-1 of this title), or any rule or regulation thereunder the violation of which is made unlawful or the observance of which is required under the terms of this chapter, or any person who willfully and knowingly makes, or causes to be made, any statement in any application, report, or document required to be filed under this chapter or any rule or regulation thereunder or any undertaking contained in a registration statement as provided in subsection (d) of section 78o of this title, or by any self-regulatory organization in connection with an application for membership or participation therein or to become associated with a member thereof, which statement was false or misleading with respect to any material fact, shall upon conviction be fined not more than \$5,000,000, or imprisoned not more than 20 years, or both, except that when such person is a person other than a natural person, a fine not exceeding \$25,000,000 may be imposed; but no person shall be subject to imprisonment under this section for the violation of any rule or regulation if he proves that he had no knowledge of such rule or regulation.

### **(b) Failure to file information, documents, or reports**

Any issuer which fails to file information, documents, or reports required to be filed under subsection (d) of section 78o of this title or any rule or regulation thereunder shall forfeit to the United States the sum of \$100 for each and every day such failure to file shall continue. Such forfeiture, which shall be in lieu of any criminal penalty for such failure to file which might be deemed to arise under subsection (a) of this section, shall be payable into the Treasury of the United States and shall be recoverable in a civil suit in the name of the United States.

### **(c) Violations by issuers, officers, directors, stockholders, employees, or agents of issuers**

- (1) (A) Any issuer that violates subsection (a) or (g) of section 30A of this title [15 U.S.C. § 78dd-1] shall be fined not more than \$2,000,000.
- (B) Any issuer that violates subsection (a) or (g) of section 30A of this title [15 U.S.C. § 78dd-1] shall be subject to a civil penalty of not more than \$10,000 imposed in an action brought by the Commission.

## Criminal Compliance

- (2) (A) Any officer, director, employee, or agent of an issuer, or stockholder acting on behalf of such issuer, who willfully violates subsection (a) or (g) of section 30A of this title [15 U.S.C. § 78dd-1] shall be fined not more than \$100,000, or imprisoned not more than 5 years, or both.
- (B) Any officer, director, employee, or agent of an issuer, or stockholder acting on behalf of such issuer, who violates subsection (a) or (g) of section 30A of this title [15 U.S.C. § 78dd-1] shall be subject to a civil penalty of not more than \$10,000 imposed in an action brought by the Commission.
- (3) Whenever a fine is imposed under paragraph (2) upon any officer, director, employee, agent, or stockholder of an issuer, such fine may not be paid, directly or indirectly, by such issuer

## Bibliografía

ANDERSON, Cyrus V.: «Effective Antitrust Compliance Programs and Procedures», 18 *The Business Lawyer* (1962-1963), p. 739-751.

ASHE, Daniel Patrick: «The Lengthening Anti-bribery Lasso of The United States: The Recent Extraterritorial Application of The U.S. Foreign Corrupt Practices Act», 73 *Fordham Law Review* (2004-2005), p. 2897-2945.

BAKER JR., John S.: «Reforming Corporation through Threats of Federal Prosecution», 89 *Cornell Law Review* (2003-2004), p. 310-355.

BERGER, Paul R./SHEEHY, Erin W./DAVIS, Kenya K./YANETT, Bruce E.: «Is That a Bribe?», 26 *International Financial Law Review* (2007) p. 76-78.

BHARARA, Preet: «Corporation Cry Uncle and Their Employees Cry Foul: Rethinking Prosecutorial Pressure on Corporate Defendants», 44 *American Criminal Law Review* (2007), p. 53-113.

BIALOS, Jeffrey P./HUSISIAN, Gregory: *The Foreign Corrupt Practices Act: Coping with Corruption In Transitional Economies*, New York 1997.

BLACK, Barbara: «The SEC and the Foreign Corrupt Practices Act: Fighting Global Corruption Is Not Part of the SEC's Mission», 73 *Ohio State Law Journal* (2012), p. 1093-1119.

BLOCH, Robert E.: «Compliance Programs and Criminal Antitrust Litigation: A Prosecutor's Perspective», 57 *Antitrust Law Journal* (1988), p. 223-230.

BLUNT, Justin/MARKEL, Spencer: «The end of the Internal Compliance World as we Know it, or an Enhancement of the Effectiveness of Securities Law Enforcement - Bounty Hunting under the Dodd-Frank Act's Whistleblower Provisions», 17 *Fordham Journal of Corporate & Finance Law* (2012), p. 1023-1062.

BOWMAN, Frank O.: «Pour encourager les autres? The Curious History and Distressing Implications of the Criminal Provisions of the Sarbanes-Oxley Act

and the Sentencing Guidelines Amendments That Followed», 1 *Ohio State Journal of Criminal Law* (2003-2004), p. 373-442.

BRENNAN, Bartley A.: «The Foreign Corrupt Practices Act Amendments of 1988: "Death" of Law», 15 *North Carolina Journal of International Law and Commercial Regulation* (1990), p. 229-247.

BRICKEY, Kathleen F.: «Corporate Criminal Accountability: A Brief History and an Observation», 60 *Washington University Law Quarterly* (1982-1983), p. 393-423.

- «From Enron to Worldcom and Beyond: Life and Crime after Sarbanes-Oxley», 81 *Washington University Law Quarterly* (2003), p. 357-401.

- «Enron's Legacy», 8 *Buffalo Criminal Law Review* (2004-2005), p. 221-276.

BROWN, H. Lowell: «Parent-Subsidiary Liability Under The Foreign Corrupt Practices Act», 50 *Baylor Law Review* (Winter 1998), p. 1-63.

- «Extraterritorial Jurisdiction Under the 1998 Amendments to the Foreign Corrupt Practices Act: Does the Government's Reach Now Exceed its Grasp?», 26 *North Carolina Journal of International Law and Commercial Regulation* (2000-2001), p. 239-360.

- «The Extraterritorial Reach of the U.S. Government's Campaign Against International Bribery», 22 *Hastings International and Comparative Law Review* (1998-1999), p. 407-522.

- «The Foreign Corrupt Practices Act Redux: The Anti-Bribery Provisions of the Foreign Corrupt Practices Act», 12 *International Tax and Business Lawyer* (1994), p. 260-290.

BROWN, Mary Patrice/BUNNELL, Stevan E.: «Negotiating Justice: Prosecutorial Perspectives on Federal Plea Bargaining in the District of Columbia», 43 *American Criminal Law Review* (2006), p. 1063-1093.

BUCY, Pamela H.: «Corporate Ethos; A Standard for Imposing Corporate Criminal Liability», 75 *Minnesota Law Review* (1990-1991), p. 1095-1184.

- «Trends in Corporate Criminal Prosecution», 44 *American Criminal Law Review* (2007), p. 1287-1305.

BUELL, Samuel W.: «The Blaming Function of Entity Criminal Liability», 81 *Indiana Law Journal* (2006), p. 473-537.

BUFF, Herbert: *Compliance*, Zürich 2000.

BUSSMANN, Kai-D./MATSCHKE, Sebastian: «Die Zukunft der unternehmerischen Haftung bei Compliance-Verstößen», *Corporate Compliance Zeitschrift* (2009), p. 132-138.

BYRD, Sharon B.: «Wrongdoing and Attribution: Implication beyond the Justification-Excuse Distinction», 33 *Wayne Law Review* (1986-1987), p. 1289-1342.

CHAFFEE, Eric: «The Dodd-Frank Wall Street Reform and Consumer Protection Act: A Failed Vision for Increasing Consumer Protection and Heightening Corporate Responsibility in International Financial Transactions», 60 *American University Law Review* (2010-2011), p. 1431-1458.

COFFE JR., John C.: «“No Soul to Damm: No Body to Kick”: An Unscadalized Inquiry into the Problem of Corporate Punishment», 79 *Michigan Law Review* (1980-1981), p. 386-459.

COHEN, Joel M./HOLLAND, Michael P./WOLF, Adam P.: «Under the FCPA, Who is a Foreign Official Anyway?», 63 *The Business Lawyer* (2007-2008), p. 1243-1274.

COPELAND, John D.: «The Tyson Story: Building an Effective Ethics and Compliance Program», 5 *Drake Journal of Agricultural Law* (2000), p. 305-353.

CORR, Christopher F./LAWLER, Judd: «Damned If You Do, Damned If You Don't? The OECD Convention and the Globalization of Anti-Bribery Measures», 32 *Vanderbilt Journal of Transnational Law* (1999), p. 1249-1344.

DAVIS, Kevin E.: «Why Does the United States Regulate Foreign Bribery: Moralism, Self-Interest, or Altruism?», 67 *New York University Annual Survey of American Law* (2011-2012), p. 497-512.

DIAMANT, Michael S./MRDJENOVIC, Jesenka: «Don't You Forget About Me: The Continuing Viability of the FCPA's Facilitating Payments Exception», 73 *Ohio State Law Journal Furthermore* (2012), p. 19-26.

Debevoise & Plimpton LLP Update, *United States v. Bourke: Red Flags and the Perils of Conscious Avoidance*, Vol. 1 No. 1 (Agosto 2009).

DRESSLER, Joshua: «Justification and Excuses: A Brief Review of the Concepts and the Literature», 33 *Wayne Law Review* (1986-1987), p. 1155-1175.

- DUBBER, Markus: *Einführung in das US-amerikanische Strafrecht*, München 2005.
- DUNCAN, Christopher J.: «The 1998 Foreign Corrupt Practices Act Amendments: Moral Empiricism or Moral Imperialism?», 1 *Asian-Pacific Law & Policy Journal* (2000), p. 1-48.
- EHRHARDT, Anne: *Unternehmensdelinquenz und Unternehmensstrafe. Sanktionen gegen juristische Personen nach deutschem und US-amerikanischem Recht*, Berlin 1994.
- ENGELHART, Marc: *Sanktionierung von Unternehmen und Compliance. Eine rechtsvergleichende Analyse des Straf- und Ordnungswidrigkeitenrechts in Deutschland und den USA*, Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht, 1<sup>o</sup> Ed., Freiburg 2010.
- «Reform der Compliance-Regelungen der United States Sentencing Guidelines», *Neue Zeitschrift für Gesellschaftsrecht* (2011), p. 121-160.
- EUFINGER, Alexander: «Zu den historischen Ursprüngen der Compliance», *Corporate Compliance Zeitschrift* (2012), p. 21-22.
- FIORELLI, Paul E.: «Will U.S. Sentencing Commission Amendments Encourage A Nee Ethical Culture Within Organizations?», 39 *Wake Forest Law Review* (2004), p. 565-586.
- «Fine Reductions through Effective Ethics Programs», 56 *Albany Law Review* (1992-1993), p. 403-440.
- FISSE, Brent: «Reconstructing Corporate Criminal Law: Deterrence, Retribution, Fault, and Sanctions», 56 *Southern California Law Review* (1982-1983), p. 1141-1246.
- FLEISCHER, Holger: «Legal Transplants im deutschen Aktienrecht», *Neue Zeitschrift für Gesellschaftsrecht* (2004), p. 1129-1137.
- FLETCHER, George P.: *Rethinking Criminal Law*, Oxford 2000.
- *Basic Concepts of Criminal Law*, New York/Oxford 1998.
- FOERSCHLER, Ann: «Corporate Criminal Intent: Toward a Better Understanding of Corporate Misconduct», 78 *California Law Review* (1990), p. 1287-1311.
- GABEL, Joan T. A./MANSFIELD, Nancy R./HOUGHTON, Susan M.: «Letter vs. Spirit: The Evolution of Compliance into Ethics», 46 *American Business Law Journal* (2009), p. 453-486.

GARCÍA CAVERO, Percy: *Criminal Compliance*, Palestra, Lima 2014.

GEORGES, William C.: «The Foreign Corrupt Practices Act Review Procedure: A Quest for Clarity», 14 *Cornell International Law Journal* (1981), p. 57-93.

GEORGE, Barbara Crutchfield/LACEY, Kathleen A./BIRMELE, Jutta: «On the Threshold of the Adoption of Global Antibribery Legislation: A Critical Analysis of Current Domestic and International Efforts Toward the Reduction of Business Corruption», 32 *Vanderbilt Journal of Transnational Law* (1999), p. 1-48.

GOLUMBIC, Court E./ADAMS, Jonathan P.: «The 'Dominant Influence' Test: The FCPA's 'Instrumentality' and 'Foreign Official' Requirements and the Investment Activity of Sovereign Wealth Funds», 39 *American Journal of Criminal Law* (2011-2012), p. 1-51.

GRAFF, Sunny: «Battered Women, Dead Husbands: A Comparative Study of Justification and Excuse in American and West German Law», 10 *Loyola of Los Angeles International and Comparative Law Review* (1988), p. 1-55.

GREANIAS, George C./WINDSOR, Duane: *The Foreign Corrupt Practices Act. Anatomy of a Statute*, Lexington, Massachusetts/Toronto 1982.

GREENBLUM, Benjamin M.: «What Happens to a Prosecution Deferred? Judicial Oversight of Corporate Deferred Prosecution Agreements», 105 *Columbia Law Review* (2005), p. 1863-1904.

GRIFFIN, Lisa Kern: «Compelled Cooperation and the Corporate Criminal Procedure», 82 *New York University Law Review* (2007), p. 311-382.

GRÜTZNER, Thomas/BEHR, Nicolai: «Effektives Compliance Programm verhindert Bestrafung von Investmentbank wegen Verstößen gegen FCPA», *Corporate Compliance Zeitschrift* (2013), p. 71-74.

HALL, Christopher L.: «The Foreign Corrupt Practices Act: A Competitive Disadvantage, But for How Long?», 2 *Tulane Journal of International and Comparative Law* (1994), p. 289-316.

HEAD, Patrick J.: «The Development of Compliance Programs: One Company's Experience», 18 *Northwestern Journal of International Law & Business* (1998), p. 535-548.

HEFENDEHL, Roland: «Enron, Worldcom und die Folgen: Das Wirtschaftsstrafrecht zwischen kriminalpolitischen Erwartungen und dogmatischen Erfordernissen», *Juristenzeitung* (2004), p. 18-23.

HENNING, Peter J.: «The Conundrum of Corporate Criminal Liability: Seeking a Consistent Approach to the Constitutional Rights of Corporations in Criminal Prosecutions», 63 *Tennessee Law Review* (1995-1996), p. 793-886.

- «Sarbanes-Oxley Act §307 and Corporate Counsel: Who Better to Prevent Corporate Crime?», 8 *Buffalo Criminal Law Review* (2004-2005), p. 323-384.

- «The Changing Atmospherics of Corporate Crime Sentencing in the Post-Sarbanes-Oxley Act Era», 3 *Journal of Business and Technology Law* (2008), p. 243-256.

- «Be Careful What You Wish for: Thoughts on a Compliance Defense under the Foreign Corrupt Practices Act», 73 *Ohio State Law Journal* (2012), p. 883-928.

HESS, David/MCWHORTER, Robert S./FORT, Timothy L.: «The 2004 Amendments to the Federal Sentencing Guidelines and Their Implicit Call for a Symbiotic Integration of Business Ethics», 11 *Fordham Journal of Corporate & Financial Law* (2005-2006), p. 725-764.

HOPSON, Mark D./GRAHAM KOEHLER, Kristin: «Effektive ethische Compliance-Programme im Sinne der United States Federal Sentencing Guidelines», *Corporate Compliance Zeitschrift* (2008), p. 201-240.

JAHN, Matthias: «Ermittlungen in Sachen Siemens/SEC. Legitimer Baustein des globalisierten Wirtschaftsstrafverfahrens oder rechtswidriges Parallelverfahren zur Strafprozeßordnung? - Eine Problemskizze», *Strafverteidiger* (2009), p. 41-46.

JAMES JR., Fleming: «Vicarious Liability», 28 *Tulane Law Review* (1953-1954), p. 161-215.

KINDHÄUSER, Urs: *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 6<sup>e</sup> Ed., Baden-Baden 2013.

- «Der Vorsatz als Zurechnungskriterium», *Zeitschrift für die Gesamte Strafrechtswissenschaft* 96(1984), p. 1-35.

KOEHLER, Mike: «The Foreign Corrupt Practices Act in the Ultimate Year of Its Decade of Resurgence», 43 *Indiana Law Review* (2010), p. 389-421.

- «Revisiting a Foreign Corrupt Practices Act Compliance Defense», *Wisconsin Law Review* (2012), p. 609-660.

KÖLBEL, Ralf: «Wirtschaftskriminalität und unternehmensinterne Strafrechtsdurchsetzung», *Monatsschrift für Kriminologie und Strafrechtsreform* (2008), p. 22-37.

KRAVIEC, Kimberly D.: «Cosmetic Compliance and the Failure of Negotiated Governance», 81 *Washington University Law Quarterly* (2003), p. 487-544.

KREVER, Tor: «Curbing Corruption? The Efficacy of the Foreign Corrupt Practices Act», 33 *North Carolina Journal of International Law and Commercial Regulation* (2007-2008), p. 83-102.

LAFAVE, Wayne R.: «The Prosecutor's Discretion in The United States», 18 *The American Journal of Comparative Law* (1970), p. 532-548.

- *Substantive Criminal Law*, 3 Tomos, 2ª. Ed., St. Paul 2003.

LANDES, William M.: «An Economic Analysis of the Courts», 14 *Journal of Law and Economics* (1971), p. 61-107.

LAUFER, William S.: *Corporate Bodies and Guilty Minds. The Failure of Corporate Criminal Liability*, Chicago/London 2006.

- «Corporate Bodies and Guilty Minds», 43 *Emory Law Journal* (1994), p. 647-730.

- «Corporate Liability, Risk Shifting, and the Paradox of Compliance», 52 *Vanderbilt Law Review* (1999), p. 1341-1420.

LAUFER, William S./STRUDLER, Alan: «Corporate Intentionality, Desert, and Variants of Vicarious Liability», 37 *American Criminal Law Review* (2000), p. 1285-1312.

LINDSEY, Carolyn: «More Than You Bargained For: Successor Liability Under the U.S. Foreign Corrupt Practices Act», 35 *Ohio Northern University Law Review* (2009), p. 959-986.

LONGOBARDI, Laura E.: «Reviewing the Situation: What Is To Be Done With the Foreign Corrupt Practices Act?», 20 *Vanderbilt Journal of Transnational Law* (1987), p. 431-494.

LOW, Lucinda A./BJORKLUND, Andrea K./ATKINSON, Kathryn Cameron: «The Inter-American Convention against Corruption: A Comparison with the United States Foreign Corrupt Practices Act», 38 *Virginia Journal of International Law* (1998), p. 243-292.

MARCUS, Jonathan L.: «Model Penal Code Section 2.02(7) and Willful Blindness», 102 *The Yale Law Journal* (1992-1993), p. 2231-2257.

MATHEWS, Arthur F.: «Defending SEC and DOJ FCPA Investigations and Conducting Related Corporate Internal Investigations: The Triton Energy/

- Indonesia SEC Consent Degree Settlements», 18 *Northwestern Journal of International Law & Business* (1977-1998), p. 303-456.
- MAXWELL, Seth: «The Foreign Corrupt Practices Act and Other Arguments Against a Due Diligence Defense to Corporate Criminal Liability», 29 *UCLA Law Review* (1981-1982), p. 447-503.
- MENZIES, Christof: *Sarbanes-Oxley-Act. Professionelles Management interner Kontrollen*, Stuttgart 2004.
- MENZIES, Christof (coord.): *Sarbanes-Oxley und Corporate Compliance. Nachhaltigkeit, Oprimierung, Integration*, Schäffer-Poeschel, Stuttgart 2006.
- MICHAELS, Alan C.: «Fastow and Arthur Andersen: Some Reflections on Corporate Criminality, Victim Status, and Retribution», 1 *Ohio State Journal of Criminal Law* (2003-2004), p. 551-571.
- MOOHR, Geraldine Szott: «An Enron Lesson: The Modest Role of Criminal Law in Preventing Corporate Crime», 55 *Florida Law Review* (2003), p. 937-976.
- MOORE, Jennifer: «Corporate Culpability Under the Federal Sentencing Guidelines», 34 *Arizona Law Review* (1992), p. 743-797.
- MOBERLY, Richard: «Sarbanes-Oxley's Whistleblower Provisions: Ten Years Later», 64 *South Carolina Law Review* (2012-2013), p. 1-54.
- MURPHY, Diana E.: «Inside the United States Sentencing Commission: Federal Sentencing Policy in 2001 and beyond», 87 *Iowa Law Review* (2001-2002), p. 359-400.
- MYERS, Micah S.: «Prosecuting Human Rights Violations in Europe and America: How Legal System Structure Affects Compliance With International Obligations», 25 *Michigan Journal of International Law* (2003), p. 211-264.
- NAGEL, Simone: *Entwicklung und Effektivität internationaler Maßnahmen zur Korruptionsbekämpfung*, Nomos, Baden-Baden 2007.
- NAGE, Llene H./SWENSON, Winthrop M.: «The Federal Sentencing Guidelines for Corporations: Their Development, Theoretical Underpinnings, and Some Thoughts about Their Future», 71 *Washington University Law Quarterly* (1993), p. 205-260.
- NIETO MARTIN, Adán: «La corrupción en el comercio internacional (o de cómo la americanización del derecho penal puede tener de vez en cuando algún efecto positivo)», *Revista Penal* (11/2003), p. 3-26.

NOBLES, Jr. James/MAISTRELLIS, Christina: «The Foreign Corrupt Practices Act: A Systemic Solution for the U.S. Multinational», 1 *North American Free Trade Agreement: Law and Business Review of the Americas* (2/1995), p. 5-30.

O'MELVENY & MYERS LLP; *Foreign Corrupt Practices Act. An O'Melveny Handbook*, 7<sup>o</sup> Ed., New York 2013.

ORLAND, Leonard: «The Transformation of Corporate Criminal Law», 1 *Brook Journal of Corporate, Financial & Commercial Law* (2006-2007), p. 45-87.

PERKEL, Walter: «Foreign Corrupt Practices Act», 40 *American Law Review* (2003), p. 683-711.

PERKINS, Rollin M./BOYCE, Ronald N.: *Criminal Law*, 3<sup>o</sup> Ed., New York 1982.

PITT, Harvey/GROSKAUFMANIS, Karl A.: «Minimizing Corporate Civil and Criminal Liability: A Second Look at Corporate Codes of Conduct», 78 *The Georgetown Law Journal* (1989-1990), p. 1559-1654.

POGDOR, Ellen S.: «White Collar Innocence: Irrelevant in the High Stakes Risk Game», 85 *Chicago-Kent Law Review* (2010), p. 77-88.

- «A New Corporate World Mandates a 'Good Faith' Affirmative Defense», 44 *American Criminal Law Review* (2007), p. 1537-1543.

PRIMOFF, L. Robert: «The Foreign Corrupt Practices Act: Implication for the Private Practitioner», 9 *Syracuse Journal of International Law and Commerce* (1982), p. 325-337.

RASHKOVER, Barry W.: «Reforming Corporation through Prosecution: Perspectives form an SEC Enforcement Lawyer», 89 *Cornell Law Review* (2003-2004), p. 535-552.

ROBINSON, Paul H.: «Criminal Law Defenses: A Systematic Analysis», 82 *Columbia Law Review* (1982), p. 199-291.

- «Imputed Criminal Liability», 93 *The Yale Law Journal* (1984), p. 609-676.

- «The Federal Sentencing Guidelines: Then Years Later», 91 *Northwestern University Law Review* (1996-1997), p. 1231-1246.

RÖNNAU, Thomas; «„Angestelltenbestechungin“ Fällen mit Auslandbezug», *Juristenzeitung* (2007), p. 1084-1089.

- «Einrichtung „schwarzer“ (Schmiergeld-)Kassen in der Privatwirtschaft – eine strafbare Untreue?», en *Festschrift für Klaus Tiedemann zum 70. Geburtstag*, Sieber, Ulrich/Dannecker, Gerhard/Kindhäuser, Urs/Vogel, Joachim/Walter, Tonio (eds.), Köln/München 2008, p. 713-736.

ROTSCH, Thomas: "Criminal Compliance – Begriff, Entwicklung und theoretische Grundlegung", en *Criminal Compliance. Handbuch*, Rotsch (ed.), Baden-Baden 2015, pp. 31-81.

RÜBENSTAHL, Markus: «Der Foreign Corrupt Practices Act (FCPA) der USA», *Neue Zeitschrift für Wirtschafts-, Steuer- und Unternehmensstrafrecht* (2012-2013).

SCHÜNEMANN, Bernd: «The Sarbanes-Oxley Act of 2002: A German Perspective», 8 *Buffalo Criminal Law Review* (2004-2005), p. 35-50.

SERAFINI, Justin: «The Foreign Corrupt Practices Act», 41 *American Criminal Law Review* (2004), p. 721-750.

SILBERT, Earl J./JOANNOU, Demme Doufekias: «Under Pressure to Catch the Crooks: The Impact of Corporate Privilege Waivers on the Adversarial System», 43 *American Criminal Law Review* (2006), p. 1225-1240.

SPORKIN, Stanley: «The Worldwide Banning of Schmiergeld: A Look at the Foreign Corrupt Practices Act on its Twentieth Birthday», 18 *Northwestern Journal of International Law & Business* (1997-1998), p. 269-281.

STUCKE, Maurice E.: «Morality and Antitrust», *Columbia Business Law Review* (2006), p. 443-548.

TARUN, Robert W.: *The Foreign Corrupt Practices Act Handbook. A Practical Guide for Multinational General Counsel, Transactional Lawyers and White Collar Criminal Practitioners*, 2<sup>o</sup> Ed. 2012.

TWEEN, Douglas M./MOMSEN, Carsten: "Criminal Compliance in den USA", en *Criminal Compliance. Handbuch*, Rotsch (ed.), Baden-Baden 2015, pp. 1027-1057.

United States Department of Justice/United States Securities and Exchange Commission, *A Resource Guide to the United States Foreign Corrupt Practices Act*, Washington 2012.

VLASIC, Mark V./ATLEE, Peter: «Democratizing the Global Fight against Corruption: The Impact of the Dodd-Frank Whistleblower Bounty on the FCPA», 36 *The Fletcher Forum of World Affairs Journal* (2012), p. 79-92.

WALSH, Charles J./PYRICH, Alissa: «Corporate Compliance Programs as a Defense to Criminal Liability: Can a Corporation Save Its Soul?», 47 *Rutgers Law Review* (1994-1995), p. 605-691.

WHITING, Richard A.: «Antitrust and the Corporate Executive», 47 *Virginia Law Review* (1961), p. 929-987.

WITHUS, Karl-Heinz: «Bedeutung der geänderten Compliance Anforderungen der US Sentencing Guidelines für deutsche Unternehmen», *Corporate Compliance Zeitschrift* (2011), p. 41-80.

WIMMER, Nadine Sophie: *Haftungsrisiken und Compliance Maßnahmen nach dem «Foreign Corrupt Practices Act» der USA*, München 2011.

WINDSOR, Duane/GETZ, Kathleen A.: «Multilateral Cooperation to Combat Corruption: Normative Regimes Despite Mixed Motives and Diverse Values», 33 *Cornell International Law Journal* (2000), p. 731-772.

WITHERSPOON, Ruth Aurora: «Multinational Corporations - Governmental Regulation of Business Ethics Under the Foreign Corrupt Practices Act of 1997: An Analysis», 87 *Dickinson Law Review* (1983), p. 531-593.

WRAY, Christopher A./HUR, Robert K.: «Corporate Criminal Prosecution in a Post-Enron World: The Thompson Memo in Theory and Practice», 43 *American Criminal Law Review* (2006), p. 1095-1188.

YANETT, Bruce/SCHÜRRLE, Thomas: «Der US-amerikanische Foreign Corrupt Practices Act - FCPA», en *Wirtschaftsstrafrecht. Handbuch für die Unternehmens- und Anwaltspraxis*, Momsen/Grützner (eds.), München 2013, p. 1126-1157.

## Índice analítico

### A

*actus reus*, 38, 54

acuerdo de persecución diferida, 43, 46

acusación (criminal), 35, 43, 65, 101

acusación fiscal, 32, 34, 58

Administración Pública, 46

agente extranjero, 44, 45, 47, 51, 60, 62, 100

agente público, 39, 44, 45

agentes, 35, 40, 41, 44, 51, 67, 70, 78, 93, 99, 100

Alternative Fines Act, 67

American Rice Inc., 58

análisis económico del derecho, 33

Andersen. Véase caso Arthur Andersen LLP

*antibribery provision*, 37

anticorrupción, 23, 26, 28, 34, 34, 38, 43, 45, 50, 55, 65, 66, 71, 91, 96, 98, 100, 102, 104, 106, 107, 108, 109, 110, 111

antimonopolio, 82, 83

antisoborno, 18, 37, 67, 68, 74, 77, 78

atenuación de la pena, 76, 89, 93, 101

atipicidad, 60,

### B

BAE Systems, 68

Baker Hughes, 59, 68, 110

Banco Mundial, 44

Bandes, 44

Barke, 55, 56

*books and records provision*, 70

Bourke, 56, 57, 64

### C

*carrot and stick*, 84, 107

Carter, Jimmy, 22, 26

caso Arthur Andersen LLP, 32, 33, 34

caso Bouker, 84, 85

caso Eric Mattson and James W. Harris, 58

caso US vs. Kay and Douglas Murphy, 57, 58

caso US vs. Kozeny, 64, 106

*causación del resultado*, 77

ceguera intencionada, 25

Central Intelligence Agency, 26

*chief compliance officer*, 96, 97

## Criminal Compliance

*chief ethics officer*, 88

*chief executive officer*, 76

*chief financial officer*, 76

Clinton, Bill, 26, 27, 28

cohecho, 27, 29, 37, 57

compliance, 73, 75, 76, 81, 82, 83, 86, 87, 90, 93, 94, 96, 98, 104, 105

conducta infractora, 38, 51

confidencialidad abogado-cliente, 34

Conspiracy, 45

contabilidad, 34, 35, 52, 67, 71, 73, 74, 75, 77, 78, 100

- empresarial, 76
- financiera, 22
- interna, 69, 72, 75, 111

libros de —, 65

- paralela, 95

control interno, 65, 69, 70, 72, 75, 76, 77, 87, 90, 93, 96, 97, 99, 100, 101, 102, 105

corrupción, 21, 22, 29, 37, 41, 43, 46, 50, 51, 52, 58, 60, 62, 63, 64, 69, 70, 75, 78, 81, 94, 95, 97, 103, 106, 107, 108, 110

corrupción internacional, 23, 26, 27, 37, 44, 50, 51

*corrupt intent*, 55

culpabilidad, 59, 101

culpabilidad empresarial, 31

## D

*defense*, 38, 59, 60, 62, 83, 101

*deferred prosecution agreements*, 34, 43

delitos de corrupción, 38, 46, 50, 51, 52, 62, 70, 76, 95

delitos empresariales, 33

Delta & Pine Land Company, 51

Departamento de Justicia de Estados Unidos, 26, 32, 34, 35, 38, 39, 44, 46, 47, 49, 53, 58, 62, 65, 66, 67, 71, 74, 75, 93, 96, 97, 99, 100, 110

*depository receipts*, 40

derecho penal, 38, 54, 59

*deterrence*, 78

dolo, 25, 54, 56

*domestic concerns*, 28, 37, 39, 40, 43, 66, 98, 100

Drug Enforcement Agency, 26

*due diligence*, 31, 53, 99, 100, 102

## E

efecto disuasorio, 78

*enforcement*, 32, 38, 74

Enron, 32, 34, 76, 86, 90, 111

Eric Mattson, 58

estados financieros, 53, 75

*evil motive*, 55

*evil purpose*, 55

*executive order*, 49

extorsión (propia), 64, 106

## F

*facilitating payments. Véase pago de facilitación*

Federal Sentencing Guidelines, 76, 84, 91, 94, 101, 104, 107, 110

Filip Memorandum, 35

Foreign Corrupt Practices Act, 21, 22, 23, 24, 25, 26, 27, 28, 29, 32, 35, 37, 38, 39, 40, 41, 42, 43, 44, 45, 46, 47, 48, 49, 50, 51, 52, 53, 54, 55, 56, 57, 59, 60, 62, 64, 65, 66, 67, 68, 70, 72, 73, 74, 75, 76, 91, 98, 101, 102, 104, 105

funcionario extranjero, 22, 25, 28, 37, 39, 41, 43, 46, 47, 48, 49, 50, 51, 54, 55, 57, 59, 61, 63, 64, 65, 70, 74, 91, 92, 102, 106, 108

## G

gastos de defensa, 35

*golden shares*, 47

*grease payments*, 24

*guilty mind. Véase mens rea*

## H

Helmerich & Payne Inc., 61

Holder-Memorandum, 34

## I

*improper advantage*, 28, 57

*inner circle*, 31

*insider trading*, 82

*internal control provision*, 70

International Antibribery and Fair Competition Act, 28

International Organizations Immunities Act, 48

*interne commerce*, 41

*issuer*, 40, 98, 100

ITT Co., 77, 78

## J

*joint venture*, 42, 47, 51, 71, 98, 99, 100, 103

## K

KBR/Halliburton 68

*knowing standard*, 25

Kozeny, Viktor, 57, 64, 106

## L

lavado de dinero, 44, 45, 81

libre mercado, 22, 24

libros y registros, 43, 69, 70, 71, 72, 74, 97

licencias de exportación, 33, 78

Liebo, Richard H., 55, 56

*local law defense*, 60

Lockheed Aircraft Corporation, 27

Lucent Technologies, Inc., 65

lucha contra la corrupción, 26, 27

## M

Mail Fraud, 45

McNulty Memorandum, 35

*mens rea*, 38, 53, 54

## Criminal Compliance

*Metcalf & Eddy Inc.*, 65

*Montedison S.p.A.*, 40

*Montesanto Company*, 39

Morgan & Stanley, 100, 101, 102, 107

## N

Nanjing Goulds Pumps Ltda., 77

Napco International, 55

Nixon, Richard, 21

*non prosecution agreements*, 34

## O

obstrucción a la justicia, 32

*offense*, 38

Oil for Food, 46

Omnibus Trade and Competitiveness Act,  
24, 25, 26, 63

Organización de las Naciones Unidas, 27

Organización de los Estados Americanos, 27

organización internacional pública, 28, 46, 48

Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico, 27

Owl Securities & Investments Ltda., 41

## P

pago, 21, 25, 28, 37, 43, 46, 50, 51, 54, 58, 60,  
61, 62, 63, 64, 65, 68, 70, 77, 92, 102, 104, 108

autorización de —, 39

— de engrase, 24

— de facilitación, 24, 60, 61, 103, 106

— de rutina, 24, 62

— de sobornos, 43, 44, 52, 63, 69,  
70, 73

— ilegal, 22, 39, 43, 47, 57, 58, 59,  
64, 65, 95, 96, 99, 101, 109

— razonable, 64

Panalpina Inc., 43

persecución, 45, 69, 70, 86

— administrativa, 35

— civil, 34, 35, 38, 42

diferida. Véase acuerdo de  
persecución diferida

— penal, 38, 42, 66

personas naturales, 25, 37, 40, 42, 43, 67, 68, 91

*plea bargaining*, 33

principio de oportunidad, 32

## R

Racketeer Influenced Corrupt Organiza-  
tions Act, 45

Reagan, Ronald, 26

*reasonable and bona fide business expendi-  
ture*, 60

*reasonable assurances*, 70

*reasonable detail*, 70

*reason to know*, 25

*recklessness*, 77

*respondeat superior*, 18, 30

responsabilidad penal (de la empresa), 18, 25, 29, 30, 32, 76, 81

*right to a jury trial*, 85

## S

Sarbanes-Oxley Act, 67, 76, 90, 91, 102

Securities and Exchange Commission, 21, 43

Securities and Exchanges Commission, 21, 22, 25, 26, 32, 34, 35, 38, 39, 40, 46, 49, 51, 52, 58, 65, 71, 74, 75, 77, 78, 92, 95, 96, 99, 100, 109, 110

Siemens AG, 15, 68, 95

*slush funds*, 22

Snamprogetti Netherlands B.V./ENI S.p.A., 68

soborno, 25, 28, 38, 44, 52, 53, 64, 67, 74, 83

Socar, 57

*state controlled entities*, 47

*substantial control executed*, 47

*superior agent-rule*, 31

## T

Telecommunications D'Haiti, 44

territorialidad, 42

tipo objetivo, 70

tipo subjetivo, 53, 77

títulos valores, 33, 79

*Tomas Alberto Clarke Bethancourt*, 44

Travel Act, 45

*trial by combat*, 38

*true extortion*, 64

## U

United States Attorneys' Manual, 35, 93

United States Sentencing Commission, 84, 85, 88

*UTStarcom Inc.*, 52

## V

Ventaja indebida, 28

ventaja tributaria, 28, 57

*vicarious liability*, 30

*voluntary act*, 38

Voluntary Disclosure Program 21

## W

Watergate, 21, 82

Westinhouse Air Brake Technologies Corp., 62

*whistleblowers*, 83, 92

*Willbros Group Inc.*, 47

*willful blindness*. Véase *ceguera intencionada*

Wire Fraud, 45

*work-product privilege*, 35

## Y

*York International Corporation*, 46, 109