

EL FOREIGN CORRUPT PRACTICES ACT Y LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LA EMPRESA

THE FOREIGN CORRUPT PRACTICES ACT AND THE CRIMINAL RESPONSIBILITY OF THE COMPANY

Héctor Gadea Benavides*
Pontificia Universidad Católica del Perú

Due to the possible adoption in Peru of the criminal responsibility for companies and of the corporate compliance programs, the author analyzes the position that the United States has adopted facing the acts of corruption abroad, which legal basis is the Foreign Corrupt Practices Act.

In the present article, the author will do an study of this regulation, covering its scope, who are imputable by it and the possible situations that generate criminal responsibility. All of this developed over the position taken by the jurisprudence in notorious corruption scandals.

In addition, the development of the effectiveness of the compliance figure will be studied as well as the implementation of incentives for the corporations to adopt prevention policies.

KEY WORDS: Criminal Law; Foreign Corrupt Practices Act; Criminal Compliance; Legal person; corporate criminality.

A raíz de la posible adopción en el Perú de la responsabilidad penal para empresas y de los programas de compliance, el autor analiza la postura que ha tomado el ordenamiento de Estados Unidos frente a los actos de corrupción en el extranjero, cuya base normativa es el Foreign Corrupt Practices Act.

En el presente artículo, el autor hará un estudio de esta regulación, cubriendo sus alcances, quiénes son imputables y los posibles supuestos de hecho. Todo esto sobre la base de la postura que ha adoptado la jurisprudencia frente a sonados escándalos de corrupción.

Además, se estudiará el desarrollo de la eficacia de la figura del compliance y la implementación de incentivos para los empresarios de adoptar políticas de prevención.

PALABRAS CLAVE: Derecho Penal; Foreign Corrupt Practices Act; Criminal Compliance; Persona jurídica; criminalidad corporativa.

* Abogado. Master en Derecho Penal y Ciencias Penales por la Universidad de Barcelona y la Universidad Pompeu Fabra. Magíster en Derecho (LL.M) por la Universidad de Columbia. Profesor en la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Socio del Estudio Benites, Forno & Ugaz Abogados. Contacto: hgadea@bfu.pe.

Nota del editor: El presente artículo fue recibido por el Consejo Editorial el día 27 de octubre de 2015, y aceptado por el mismo el 14 de enero de 2015.

I. INTRODUCCIÓN

El 9 de diciembre de 2014, la Comisión de Justicia del Congreso emitió el Dictamen del Nuevo Código Penal. Entre las novedades, se encuentra la responsabilidad penal autónoma de las empresas para el delito de cohecho activo transnacional (quien corrompe a un funcionario público extranjero o a un funcionario de una Organización Internacional). Dos días después de emitido el Dictamen, ingresó a la Comisión de Justicia el Proyecto de Ley 4054/2014, remitido al Congreso por el Poder Ejecutivo. El Proyecto de Ley amplía la posibilidad de la responsabilidad penal de la empresa a cinco delitos adicionales: (i) colusión; (ii) peculado; (iii) cohecho activo genérico; (iv) cohecho activo específico; y, (v) tráfico de influencias.

Lo trascendente en las dos propuestas legislativas peruanas es que la implementación oportuna de un programa efectivo de *compliance*, con anterioridad a la comisión del delito por parte de sus administradores o trabajadores, es decir, por todo el universo de personas que activarían una responsabilidad empresarial, liberaría a esta última de responsabilidad penal.

De quedar así, el Perú habría renunciado desde el inicio a adoptar un modelo de responsabilidad penal de la empresa vicaria, esto es, por hechos de terceros, ya que la empresa respondería por su propia omisión de no haber implementado oportunamente programas de *compliance* adecuados – defectos de organización –, pero no por los delitos de sus administradores o trabajadores. Por tanto, aquellos eventuales delitos, dentro del catálogo que finalmente se apruebe, cometidos desde la empresa a pesar de la implementación oportuna y eficiente de un programa de *compliance*, se encontrarán dentro del riesgo permitido en la actividad empresarial y no traerían consecuencias penales para la empresa.

El Foreign Corrupt Practices Act [en adelante, FCPA] sanciona en Estados Unidos el cohecho activo transnacional desde 1977. A pesar de estar por cumplir 40 años, la persecución –*enforcement*– de cada vez más casos de FCPA por el Department of Justice [en adelante, DOJ] de los Estados Unidos – el equivalente al Ministerio Público para los delitos federales, como el FCPA – es medianamente reciente. Ello ha significado que, en los últimos años, se genere un cambio en la cultura empresarial a nivel mundial sobre los contactos con funcionarios pú-

blicos extranjeros para así poder mitigar o desaparecer las contingencias penales para la empresa.

En el presente artículo, explicaré los alcances del FCPA de conformidad con los desarrollos jurisprudenciales en Estados Unidos. Asimismo, cómo coexiste en dicho país la responsabilidad vicaria de la empresa con los mecanismos de protección empleados por estas últimas –programas de *compliance*, investigaciones internas, denuncia de sus funcionarios, etc.– para no ser acusados por el DOJ, quien tiene absoluta discrecionalidad para abstenerse de accionar penalmente a pesar de advertir la comisión de delitos o negociar reglas de conducta con las empresas en quienes recaerían consecuencias penales por el delito de sus funcionarios o trabajadores.

II. FOREIGN CORRUPT PRACTICES ACT

A. Historia del FCPA

Luego del escándalo de Watergate, el Congreso de Estados Unidos y la Securities and Exchange Commission [en adelante, SEC] iniciaron investigaciones sobre los actos de corrupción de las empresas norteamericanas. En particular, se efectuó una investigación sobre los pagos a funcionarios públicos extranjeros efectuados por empresas norteamericanas para asegurar contratos, lo que era aceptado como práctica usual por muchos. El Congreso descubrió que 400 corporaciones habían realizado pagos ilegales a funcionarios públicos extranjeros por \$300 millones de dólares en los años recientes¹.

Adicionalmente a las consideraciones éticas y a la imagen de Estados Unidos ante el mundo en el contexto de la Guerra Fría, existieron importantes consideraciones económicas para que se promulgue el FCPA. Se buscó evitar la competencia desleal entre empresas estadounidenses, ya que en muchos países se generaban sobrecostos en las contrataciones públicas por los sobornos ofrecidos por las empresas norteamericanas.

Lo importante para el gobierno estadounidense era no distorsionar los mercados extranjeros para que sean las mejores empresas estadounidenses quienes consigan los contratos, y no las más corruptas². Por su parte, la SEC –equivalente de la Superintendencia de Mercado de Valores– estaba muy interesada en la transparencia frente a los accionistas de las empresas con proyectos en el extranjero sobre las verdaderas razones por las que

¹ *United States v. Kay* (359 F. 3d 738. 5th Cir.). 2004. En: <http://www.ca5.uscourts.gov/opinions%5Cpub%5C05/05-20604-CR0.wpd.pdf>

² O'SULLIVAN, Julie. "Federal White Collar Crime. Cases and Materials". Quinta Edición. West Academic Publishing. 2012. p. 564.

accedían a los mercados en ultramar, esto es, si era por eficiencia o por el pago de sobornos.

Con el tiempo, Estados Unidos ha ido fomentando a nivel mundial que otros países implementen normas similares, y se ha incrementado la persecución a empresas extranjeras por violación al FCPA en Estados Unidos como mecanismo para nivelar el mercado ante competidores extranjeros que aún mantenían las prácticas de corrupción, pero no eran perseguidos por el DOJ, a diferencia de sus pares norteamericanos. El ejemplo más relevante de una empresa extranjera condenada bajo el FCPA por sobornos efectuados en terceros países es Siemens, caso al que regresaremos más adelante.

Por estas consideraciones, se gestó en el Congreso el FCPA, el cual fue promulgado por el Presidente Carter en 1977. Ahora bien, el FCPA está lejos de sancionar penalmente cualquier ofrecimiento o pago a un funcionario público extranjero³. Se criminalizan sólo aquellos sobornos destinados a concretizar o retener negocios en el país extranjero. Los casos típicos son aquellos sobornos a funcionarios públicos extranjeros para asegurar contratos con el Estado, principalmente de infraestructura o de explotación de recursos naturales.

En esta línea, el FCPA expresamente señala que los pagos para “aceitar” –*grease or facilitating payments*–, los pagos a funcionarios públicos permitidos por la ley local escrita o gastos directamente vinculados con la promoción de productos o servicios siempre que “sea un gasto razonable *bona fide* como gastos de traslado y alojamiento”⁴, no son punibles bajo el FCPA. En la exposición de motivos del FCPA, el Congreso puso como ejemplo de pagos permitidos bajo la excepción de meras “aceitadas” o “pagos de facilitación” aquellos “pagos para acelerar la salida de envíos navieros en aduanas, aceleración de permisos, protección de la policía local, etc”⁵.

Por su parte, la guía sobre FCPA del DOJ y la SEC del 2012⁶ señala que los pagos permitidos deben estar dirigidos a facilitar acciones de rutina por los funcionarios públicos extranjeros como, por ejemplo, la aceleración en el procesamiento de visas o la expedición en la conexión de los servicios de luz o agua. Estos pagos buscan acelerar trámites y su-

perar la burocracia. Estaría permitido por el FCPA, entonces, el soborno a un funcionario público extranjero para que agilice la conexión de la energía eléctrica de una fábrica pero no el pago para que la empresa sea proveedora del Estado.

Todo ello sin perjuicio de la responsabilidad penal que cada una de estas acciones –toleradas o no por el FCPA– pudiera generar en los países extranjeros.

En 1998, el Congreso de Estados Unidos efectuó la más reciente modificación al FCPA como consecuencia de la Convención Anti Corrupción de la Organisation for Economic Co-operation and Development [en adelante, OECD] de diciembre de 1997. En la reforma, se amplió el nexo causal que exigía el FCPA entre el soborno y la obtención o conservación de un negocio también a la obtención de una “ventaja indebida” como consecuencia del pago al funcionario público extranjero que ayude a obtener o mantener un negocio. Asimismo, se dispuso que cualquier empresa podría ser autora del delito sin necesidad de estar constituida en Estados Unidos o de listar en alguna de sus bolsas de valores cuando el soborno haya sido cometido, por lo menos en parte, en territorio de Estados Unidos.

B. Elementos del delito de cohecho activo transnacional en el FCPA

El FCPA prohíbe el pago a funcionarios públicos extranjeros con el propósito de: (i) influenciar al funcionario en un acto de decisión en el ejercicio de sus funciones; (ii) inducir al funcionario a realizar u omitir realizar algún acto en violación de los deberes que emanan del cargo; y, (iii) asegurar alguna ventaja indebida en el extranjero. El pago deberá tener como finalidad la obtención o retención de algún negocio⁷.

El delito podrá ser cometido por empresas que coticen en bolsas estadounidenses –*issuers*– y por empresas no listadas pero constituidas en Estados Unidos –*domestic concerns*–, así como por sus directivos, agentes, empleados, administradores o accionistas. Por ejemplo, aquella empresa constituida en Alemania, pero que cotiza en la Bolsa de Nueva York y paga un soborno en Argentina para asegurarse un contrato con el Estado; otro ejemplo, aquella empresa constituida en Delaware Estados Unidos, pero que opera en Bélgica y realiza

³ En el presente artículo, la referencia a “extranjero” debe entenderse como no estadounidense.

⁴ The Foreign Corrupt Practices Act. United States Code. Title 15. 78dd-1(c). En: <http://www.justice.gov/sites/default/files/criminal-fraud/legacy/2012/11/14/fcpa-english.pdf>.

⁵ *United States v. Kay*. Óp. cit.

⁶ “A Resource Guide to the U.S. Foreign Corrupt Practices Act. By the Criminal Division of the U.S. Department of Justice and the Enforcement Division of the U.S. Securities and Exchange Commission”. p. 25. En: <http://www.justice.gov/sites/default/files/criminal-fraud/legacy/2015/01/16/guide.pdf>

⁷ The Foreign Corrupt Practices Act. United States Code. Title 15. 78dd-1(a) (1).

un pago en euros desde su cuenta en Mónaco a un funcionario público ruso para asegurarse un contrato. Ambas empresas cometerán el delito y serán susceptibles de persecución por el DOJ a pesar de no haber realizado la acción en Estados Unidos (criterios de territorialidad y nacionalidad).

Por tanto, en el Perú se encuentran bajo el ámbito del FCPA aquellas empresas que cotizan en la Bolsa de Nueva York, como son Graña y Montero, Buenaventura, Credicorp, Cementos Pacasmayo y otras. Asimismo, aquellas constituidas en Estados Unidos. Todas estas empresas podrían ser investigadas por el DOJ en caso realicen pagos prohibidos por el FCPA a funcionarios públicos extranjeros; por ejemplo, a funcionarios públicos del Perú.

Por último, también se encuentran bajo el ámbito de aplicación del FCPA aquellas empresas que, sin cotizar en alguna bolsa de Estados Unidos o haber sido constituidas en dicho país, realizan el soborno estando, por lo menos en parte, en territorio estadounidense. El vínculo entre la acción y el territorio puede ser mínimo. Así, por ejemplo, habrá violado el FCPA la empresa francesa que pague en dólares a un funcionario público en Haití para asegurar un contrato si la operación de cambio de moneda de euros a dólares se realiza en un Banco en Estados Unidos.

El soborno debe ser cometido de manera dolosa, encontrándose expresamente tipificada la ignorancia deliberada (*willful blindness*).

1. *United States v. Bourke (2d Cir. 2011)*⁸

A finales de los años 90, Azerbaiyán empezó un proceso de privatización de empresas públicas. Dentro de ellas se encontraba la empresa estatal de petróleo [en adelante, SOCAR], el equivalente a Petroperú. Como parte del proceso de privatización, el Gobierno de Azerbaiyán otorgó a sus nacionales cupones o *vouchers*. Estos *vouchers* eran usados para participar en las subastas públicas de las acciones de las empresas a ser privatizadas. Para que extranjeros pudieran ser parte del proceso de privatización, debían comprar a los ciudadanos de Azerbaiyán los *vouchers* y, así, tener opciones de compra.

En 1997, Victor Kozeny, de nacionalidad checa y apodado por la prensa como el "Pirata de Praga" por sus turbios negocios y fraudes cometidos en

las privatizaciones de empresas públicas checas, constituyó Oily Rock en Estados Unidos. Esta empresa tenía por finalidad comprar *vouchers* a los nacionales de Azerbaiyán. Oily Rock adquirió *vouchers* por alrededor de 200 millones de dólares, lo que otorgó a Kozeny una gran cantidad de opciones para la compra de acciones en una eventual privatización de SOCAR.

Para que SOCAR sea privatizada, era necesaria una decisión política; en buena cuenta, un decreto firmado por el Presidente de Azerbaiyán para que se dé inicio a la subasta y los postores con opciones, como Oily Rock, puedan adquirir acciones de la empresa petrolera. Para la dación del decreto presidencial, Kozeny había sostenido reuniones con el hijo del Presidente, Ilham Aliyev, quien era el vicepresidente de SOCAR, y otros funcionarios públicos de Azerbaiyán.

Kozeny pagó "cupos de entrada" de entre 8 y 12 millones de dólares a funcionarios públicos para que se inicie el proceso de privatización de SOCAR. Asimismo, Kozeny ofreció dos terceras partes de las ganancias obtenidas por Oily Rock a funcionarios públicos de Azerbaiyán. Para tal efecto, los funcionarios de Azerbaiyán suscribieron acciones de Oily Rock sin costo alguno a través de intermediarios.

En 1998, Kozeny invitó a nuevos inversionistas, ya que necesitaba capitalizar Oily Rock dada la subida del costo de los *vouchers* por la demanda desatada y el incremento del número de *vouchers* requeridos para ejercer las opciones de compra en una eventual privatización de SOCAR. Dentro de los nuevos inversionistas se encontraba Frederic Bourke, quien invirtió aproximadamente 8 millones de dólares en Oily Rock a través de Blueport, un vehículo constituido en las Islas Vírgenes. De esta manera, Burke se convirtió en un accionista minoritario sin poder de decisión en Oily Rock.

El Presidente de Azerbaiyán nunca privatizó SOCAR y todos los inversionistas perdieron su dinero.

Sin perjuicio de ello, una vez revelado el esquema de corrupción, el DOJ inició una investigación contra Kozeny y los inversionistas de Oily Rock. Kozeny fugó a las Bahamas, otros se declararon culpables; pero Bourke decidió defenderse en un juicio, lo que es muy raro en Estados Unidos, donde el 96% de los casos federales son resueltos mediante *plea agreements*⁹. Luego de un juicio de 5 semanas, un

⁸ *United States v. Bourke (667 F.3d 122, 2d Cir.)* 2011. En: <http://www.justice.gov/sites/default/files/criminal-fraud/legacy/2012/06/01/2011-12-14-kozeny-opinion-second-circuit.pdf>.

⁹ ALLEN, Ronald; STUNTZ, William y Joseph HOFFMANN. "Criminal Procedure: Adjudication and Right to Counsel". Nueva York: Wolters Kluwer Law & Business. 2011. p. 1165.

jurado condenó a Bourke a un 1 año de cárcel y al pago de 1 millón de dólares por infringir el FCPA.

En este caso, se identifican los elementos típicos para la configuración del delito de cohecho transnacional descrito en el FCPA. En primer lugar, Oily Rock era una empresa estadounidense que realizó transferencias en dólares fuera de los Estados Unidos. En segundo lugar, los montos transferidos a Azerbaiyán fueron con la finalidad de asegurar un negocio, en particular, la compra de la empresa petrolera estatal, por lo que se cumple con el *business nexus provision*. En tercer lugar, Kozeny actuó con conocimiento de que se encontraba entregando dinero a funcionarios públicos extranjeros y con ánimo de corromper (*corruptly*), al efectuar los pagos como contraprestación de la dación de un decreto presidencial que le permitiría comprar a la postre la empresa estatal del petróleo (*quid pro quo*).

El tipo penal no requiere que el funcionario público cumpla con su parte del acuerdo criminalizado o que el sujeto activo obtenga algún beneficio, tal como sucedió en el presente caso en que los funcionarios públicos de Azerbaiyán recibieron las “cuotas de entrada”, pero no privatizaron la empresa petrolera.

El pronunciamiento del Segundo Circuito Federal de Apelaciones –United States Court of Appeals for the Second Circuit– fue a la impugnación de la condena interpuesta por Bourke, quien acreditó no haber formado parte de la Administración de Oily Rock, que su intervención en la empresa fue como accionista minoritario y que muchos de los actos de corrupción ocurrieron con anterioridad a su inversión. En buena cuenta, alegó que su responsabilidad penal era objetiva por su condición de accionista, lo que está proscrito en Estados Unidos al igual que en el Perú. Su culpabilidad, sin embargo, se fundamentó en que debió conocer que el capital aportado sería utilizado en un esquema de corrupción. Por ello, su condición de inversionista no se consideró neutral.

Para la Corte de Apelaciones bastó que el inversionista haya actuado con dolo eventual –ignorancia deliberada o *willful blindness*– para que su aporte causal sea antijurídico y no se encuentre amparado por un principio de confianza en la correcta actuación de quienes ostentaban las diversas funciones de Administración en el proyecto de inversión. Esta es una posición bastante más dura que

la utilizada por los tribunales peruanos quienes, siguiendo a Roxin, suelen desvirtuar una conducta neutral sólo cuando el partícipe ha realizado un aporte con dolo directo.

La Corte de Apelaciones sostuvo que, a lo largo del juicio, se pudo comprobar la ignorancia deliberada a la que se sometió Bourke por la sumatoria de una serie de indicios: (i) era consciente del nivel de corrupción en Azerbaiyán; (ii) conocía de la reputación de Kozeny como el “Pirata de Praga”; (iii) creó empresas *off shore* para que sean accionistas de Oily Rock en vez de participar directamente en ella, para así evitar tener conocimiento de los sobornos y evitar las contingencias derivadas de una probable administración corrupta de Oily Rock; y, (iv) consultó a sus abogados si tendría responsabilidad penal de tomar conocimiento sobre sobornos en el extranjero realizados por empresas en las que invertía, pero no administraba (Bourke liberó a sus abogados de su deber de confidencialidad, por lo que pudieron divulgar esta información).

Este es un caso emblemático de la jurisprudencia estadounidense, bajo cuyo prisma se interpretan los requisitos de imputación subjetiva en casos de FCPA. Luego de este caso, el nivel de conocimiento necesario para cometer un delito del FCPA es mínimo. Bastará con que el DOJ construya una base indiciaria que revele ignorancia deliberada o carencia de diligencia debida sobre los alcances del aporte para la realización del hecho. Los mismos criterios de ignorancia deliberada se han aplicado a quien, como autor, decida no conocer las actividades ilícitas cometidas desde su empresa¹⁰.

En el caso de Bourke, no se analizó, sin embargo, quiénes eran funcionarios públicos extranjeros para efectos del FCPA. Existió siempre la duda en Estados Unidos de si los funcionarios de empresas extranjeras en las que el Estado tuviera acciones eran considerados funcionarios públicos. Así, por ejemplo, quedaba la duda si cometía o no un acto de corrupción sancionado por el FCPA una empresa listada en la Bolsa de Nueva York que pagaba un soborno al gerente de una petrolera en la que el Estado extranjero era accionista.

2. *United States v. Ezquenazi (11th Cir. 2014)*¹¹

Joel Esquenazi y Carlos Rodríguez eran los dueños y administradores de Terra Telecommunications Corp. [en adelante, Terra], una empresa constituida en Florida que se dedicaba a comprar minutos

¹⁰ Véase: *Global Tech v. SEB* (131 S. Ct. 2060) 2011. En: <http://www.supremecourt.gov/opinions/10pdf/10-6.pdf>

¹¹ *United States v. Ezquenazi*. (752 f.3d 912. 11th Cir.) 2014. En: <http://media.ca11.uscourts.gov/opinions/pub/files/201115331.pdf>

de telefonía a proveedores extranjeros y revenderlos a clientes en Estados Unidos. Uno de los mayores proveedores de Terra era Telecommunications D'Haiti, SAM [en adelante, Teleco], empresa que, inicialmente, recibió un monopolio para la operación de servicios de telecomunicación por parte del gobierno haitiano.

Para el 2001, Terra debía a Teleco más de \$400 mil dólares. A raíz de una oferta efectuada por Esquenazi, funcionarios de Teleco accedieron a reducir la deuda a cambio de sobornos. Entre el 2001 y el 2005, Terra pagó a varios funcionarios de Teleco más de \$800 mil dólares a cambio de continuar con la relación comercial con una rebaja en la contraprestación por más de \$2 millones de dólares¹².

Esquenazi y Rodríguez fueron condenados luego de un juicio en Florida a 15 y 7 años de prisión respectivamente. En sus apelaciones, ambos argumentaron la transgresión del principio de legalidad, ya que el alcance del FCPA se encuentra restringido a castigar el pago de sobornos a funcionarios públicos extranjeros, pero no a funcionarios de empresas cuyo accionista mayoritario es el Estado extranjero.

El FCPA define al funcionario público extranjero en los siguientes términos: “cualquier funcionario o trabajador de un gobierno extranjero o de un departamento, agencia o *instrumentality*”¹³. De no existir la palabra *instrumentality*, la definición de funcionario público extranjero para el FCPA se restringiría a funcionarios y trabajadores de departamentos o agencias gubernamentales, como son los ministerios o las agencias recaudadoras de impuestos. Sin embargo, los funcionarios y trabajadores de empresas estatales no se encontrarían comprendidos en la definición y, por tanto, los sobornos por ellos recibidos no activarían el FCPA.

Cuando se hace referencia a un *instrumentality* del gobierno, por lo general, se hace referencia a una agencia gubernamental. Una interpretación literal del término necesariamente lo ata a una entidad controlada por el gobierno que realiza algún tipo de función gubernamental.

Para determinar si una empresa estatal proveedora de servicios es pasible de ser comprendida como *instrumentality*, esto es, entidad que cumple con algún tipo de función gubernamental, el Undécimo Circuito Federal de Apelaciones –United States Court of Appeals for the Eleventh Circuit– inter-

pretó el FCPA desde la Convención Anti Corrupción de la OECD, la cual incluye en su definición de funcionario público extranjero a quienes trabajan en empresas estatales. En vista que en la reforma del FCPA de 1998, cuando Estados Unidos suscribió el Convenio, tan sólo se modificó la definición de funcionario público extranjero en el FCPA para incluir a funcionarios de organizaciones internacionales, la Corte de Apelaciones concluyó que, necesariamente, el término *instrumentality* en la definición de funcionario público extranjero comprendía a los funcionarios de empresas estatales extranjeras desde que se promulgó el FCPA en 1977, ya que, de lo contrario, el legislador se habría visto obligado a incluir expresamente el supuesto en la reforma de 1998.

Una interpretación contraria implicaría afirmar que Estados Unidos se encuentra incumpliendo la Convención Anticorrupción de la OECD, lo que la Corte de Apelaciones rechaza al encontrar una interpretación del término *instrumentality* que salva su cumplimiento, la cual reza: “entidad controlada por el gobierno de un país extranjero que cumple una función que el gobierno que la controla asume como propia”.

En Esquenazi, la Corte de Apelaciones realiza un *test* para saber si una empresa es controlada por el gobierno extranjero y si cumple una función gubernamental. Para determinar si es controlada, se debe verificar: (i) la designación formal de la entidad; (ii) si el gobierno tiene la mayoría de las acciones o si el gobierno es quien mantiene el control de la Administración; (iii) hasta dónde el gobierno trata las finanzas de la empresa como propias y capitaliza a la empresa cuando lo necesita; y, (iv) la cantidad de tiempo que los indicadores previamente referidos se han mantenido.

Para determinar si cumple con una función gubernamental, se debe verificar: (i) si la empresa es un monopolio; (ii) si provee servicios al público en general; (iii) si la empresa es subsidiada por el gobierno; y, (iv) si existe una percepción pública que la entidad cumple con funciones gubernamentales.

III. RESPONSABILIDAD PENAL DE LA EMPRESA EN ESTADOS UNIDOS

A. Caso Siemens

Siemens es una empresa alemana con más de 400 mil empleados y operaciones en 191 países del

¹² “United States v. Esquenazi. Eleventh Circuit Defines «Government Instrumentality» Under the FCPA”. En: Harvard Law Review 128. 2015. p. 1500. En: <http://harvardlawreview.org/2015/03/united-states-v-esquenazi/>

¹³ The Foreign Corrupt Practices Act. United States Code. Title 15. 78dd-2(h) (2) (A).

mundo. El 12 de marzo de 2001, Siemens empezó a cotizar en la Bolsa de Valores de Nueva York. En noviembre de 2006, la Fiscalía de Múnich realizó una serie de allanamientos en oficinas de Siemens y en los domicilios de algunos de sus empleados en el marco de una investigación por corrupción de funcionarios públicos extranjeros y por la adulteración de libros contables¹⁴.

Como consecuencia de ello, Siemens reveló voluntariamente ante la SEC una serie de posibles violaciones al FCPA e inició una investigación interna para descubrir los alcances y la magnitud de la red de corrupción. Para ello, Siemens contrató al estudio de abogados, con base en Nueva York, Debevoise & Pimpton LLP para que realice una investigación interna. Debevoise contrató a Deloitte como auditores externos y ambos realizaron una investigación sin precedentes en un caso de FCPA con 1.5 millones de horas facturadas¹⁵.

Siemens gastó más de \$500 millones de dólares investigando el caso. Sólo en los honorarios de los abogados se gastaron cientos de millones de dólares. Los abogados y auditores revisaron transacciones en más de 65 países y descubrieron más de 1 billón de dólares en sobornos que los reguladores europeos no habían detectado. Adicionalmente, Siemens instauró un programa de *whistleblower* con amnistía para sus empleados, quienes no recibirían sanciones laborales o serían demandados civilmente por los costos de sus actos en caso confesaran haber participado en actos de corrupción y colaboraran con los investigadores.

Los actos de corrupción descubiertos fueron diversos y en varias partes del mundo. Sólo por citar un ejemplo, en 1994 Argentina licitó el proyecto del reemplazo de todos los documentos nacionales de identidad, hasta ese momento elaborados a mano, por un Documento Nacional de Identidad (DNI) de última generación. Se trató de un contrato de 1 billón de dólares que Siemens Argentina logró suscribir y desarrollar gracias al pago de sobornos a funcionarios públicos argentinos. Entre marzo de 2001 –fecha en la que Siemens empezó a cotizar en la Bolsa de Valores de Nueva York– y enero de 2007, se pagaron más de 31 millones de dólares en sobornos a funcionarios públicos argentinos. Los pagos se canalizaron a través del “Argentine Consulting Group”, una consultora que facturaba

servicios ficticios los cuales eran registrados en la contabilidad de Siemens como “gastos de consultoría” o “gastos legales”¹⁶.

B. ¿Por qué una empresa como Siemens colaboraría con una investigación criminal destinada a condenarla penalmente?

1. Responsabilidad vicaria de la empresa

A diferencia de Alemania y Perú, en Estados Unidos la empresa es responsable penalmente.

En Estados Unidos, la responsabilidad penal de la empresa es aplicada desde hace más de 100 años, como consecuencia de la Sentencia de la Corte Suprema en 1909 en el caso *New York Central & Hudson River R.R.CO. v. United States*. A partir de dicha sentencia y hasta la actualidad, en Estados Unidos se aplica la doctrina de *respondeat superior*, importada del Derecho Civil, en virtud de la cual la empresa es penalmente responsable por el delito cometido por sus funcionarios o trabajadores siempre que hayan actuado, por lo menos en apariencia, en el contexto de sus atribuciones o trabajo dentro de la empresa y con la finalidad, así sea parcial, de beneficiarla.

Una vez advertidos estos presupuestos, el Fiscal norteamericano es libre de acusar a los administradores o trabajadores que cometieron el delito, a la empresa, a ambos o a nadie. Se trata de una responsabilidad vicaria, en la que la empresa responde por el delito de un tercero (el delito del administrador o del trabajador). No se sanciona el defecto por su organización, por lo que la incorporación oportuna en la empresa de programas efectivos de prevención y detección de delitos –*corporate compliance programs*– no exonera a la empresa de su responsabilidad penal, la cual puede comprender casi cualquier delito. Resulta irrelevante si las acciones delictivas contravienen las políticas de prevención de la empresa y si los funcionarios de mayor rango expresamente promovieron el cumplimiento normativo y eficientemente supervisaron a sus subordinados¹⁷.

Las penas de multa que pueden ser impuestas a las empresas pueden llegar a los billones de dólares. Adicionalmente a las penas en sentido estricto, existen consecuencias colaterales, como son la

¹⁴ “Department of Justice Sentencing Memorandum”. p. 2. En: <http://www.justice.gov/sites/default/files/criminal-fraud/legacy/2013/05/02/12-12-08siemensvenez-sent.pdf>

¹⁵ *Ibidem*.

¹⁶ *Ibid.* p. 6.

¹⁷ Véase: *United States v. Hilton Hotel Corp.* (467 F.2d 1000, 1004. 9th Cir) 1973. En: <https://h2o.law.harvard.edu/cases/1662>.

revocación de licencias por entes administrativos como consecuencia de la condena por ciertos delitos, la prohibición de contratar con el Estado, el estigma de ser tachado como criminal y el circo mediático de un juicio público –riesgo reputacional o castigo del mercado–, etc.

Por ejemplo, Arthur Andersen colapsó en el 2002 como consecuencia de la corrida masiva de clientes, al iniciarse el juicio penal tras la presunta obstrucción a la justicia por destruir documentación contable en la debacle de Enron, y a la cancelación de sus licencias luego de su condena en primera instancia. Formalmente, su condena fue a una multa de 500 mil dólares. El juicio fue declarado nulo por la Corta Suprema de Estados Unidos en el 2005 pero, para ese momento, la empresa, que antes del escándalo empleaba a 85 mil personas en el mundo, prácticamente había dejado de existir.

En 1991 se promulgaron las U.S. Sentencing Guidelines for Organizations, en las que se dispusieron dos circunstancias atenuantes al momento de imponer las penas a las empresas: (i) cuando las empresas hayan tenido *ex ante* programas de *compliance*; y, (ii) cuando las empresas hubieran colaborado con la autoridad en la detección e investigación del delito. Sin embargo, ambas medidas no fueron adoptadas por muchas empresas al servir tan solo como circunstancias atenuantes, pero no como eximentes de responsabilidad penal.

Efectivamente, las empresas tenían más que perder si detectaban el delito como consecuencia del programa de *compliance* y lo denunciaban que si no implementaban programas de detección de delitos. La revelación del delito y la evidencia descubierta sería utilizada para condenar a la propia empresa en virtud de la responsabilidad vicaria. La reducción de la pena de multa no era incentivo suficiente.

Por ejemplo, si Arthur Andersen hubiera tenido un programa de *compliance* adecuado y hubiera colaborado con la Justicia, tan sólo se le hubiera reducido la multa de 500 mil dólares, por lo que igual la empresa habría colapsado por los daños colaterales generados al haber sido condenada en primera instancia luego de un juicio penal. Por ello, las circunstancias atenuantes de las *Sentencing Guidelines* no fueron suficientes para sopesar las los daños colaterales.

El análisis costo-beneficio promovió que en las grandes empresas se desincentive la adopción de programas de *compliance* eficientes. Era más ba-

rato correr el riesgo de ser procesado penalmente por el DOJ y, al ser condenado, no recibir un atenuante en la pena de multa que elaborar un programa de cumplimiento destinado a descubrir delitos y recabar evidencia que necesariamente concluiría en un enjuiciamiento penal de la empresa.

Por ello, hasta el año 2000 aproximadamente, la carencia de eximentes de responsabilidad penal –*de iure* o *de facto*– por la implementación *ex ante* de programas efectivos de *compliance* o por la oportuna colaboración con las autoridades en la detección y denuncia de delitos incentivó a las empresas de accionariado difundido a no adoptar dichas medidas, ya que incrementaban los riesgos de la iniciación de procesos penales en su contra que, en algunos casos, amenazaban su propia existencia.

2. Discrecionalidad del DOJ para accionar penalmente y capacidad de negociación

El contrapeso a la vulneración del principio de culpabilidad en la aplicación de la doctrina de *respondet superior* es la discrecionalidad absoluta del DOJ en la persecución del delito.

A diferencia del Fiscal peruano, que se encuentra vinculado al principio de legalidad y por tanto obligado a la persecución del delito cuando tiene indicios de su comisión –con algunas excepciones para delitos menores, como el principio de oportunidad–, el Fiscal norteamericano puede desistirse en la persecución de cualquier delito, así tenga la convicción de su comisión, sin necesidad de fundamentar su decisión y sin que exista recurso que pueda presentar el agraviado.

Un recurso de elevación, una queja de derecho o un proceso judicial –un amparo por tutela jurisdiccional, por ejemplo– en el que el agraviado busque forzar la activación de una investigación o denuncia penal que ha decidido archivar un fiscal sería impensable en el sistema estadounidense. Las víctimas tienen a su disposición las cortes civiles para solicitar una indemnización por el daño generado.

A partir de 1999, el DOJ emitió una serie de directivas conocidas con el apellido del Deputy Attorney General –el equivalente a un Fiscal de la Nación adjunto– que las promovió¹⁸, en las que se ordenó no acusar a las empresas por los delitos cometidos por sus empleados en aquellos casos en los que las empresas tuvieron actos específicos de buena conducta, como el mantenimiento de programas eficientes de cumplimiento de la normatividad penal, la oportuna comunicación a la autoridad de los

¹⁸ Holder Memo (1999), Thompson Memo (2003), McNulty Memo (2006), Filip Memo (2008) y Yates Memo (2015).

ilícitos detectados y la total cooperación con el DOJ para que las personas naturales responsables respondan ante la Justicia por los delitos cometidos. Estas directrices cambiaron las estrictas reglas de responsabilidad objetiva *—de iure—* en nuevas reglas mediante las cuales *—de facto—* las empresas podían evitar el enjuiciamiento penal con la adhesión de tareas específicas de control¹⁹.

La regla *de facto* parecía clara. Las empresas que hayan cumplido con las tareas de control no serían imputadas penalmente por los delitos cometidos por sus administradores o trabajadores, sin perjuicio que el DOJ acuse a estos últimos con la información obtenida gracias a la cooperación de la empresa, quien se encuentra mejor posicionada para recabar la evidencia a ser utilizada contra las personas naturales.

Sin embargo, a partir del Thompson Memo de 2003, y hasta la actualidad, el DOJ utiliza modalidades intermedias entre el enjuiciamiento penal de las empresas y la impunidad. Así, en el Philip Memo de 2008 se señala que los *“non prosecution”* y *“deferred prosecution agreements”*, por ejemplo, ocupan un importante terreno neutral entre declarar la persecución del delito y la obtención de una sentencia condenatoria²⁰.

Los *Non Prosecution Agreements* [en adelante, NPA] y *Deferred Prosecution Agreements* [en adelante, DPA] son contratos que suscriben las empresas con el DOJ, mediante los cuales se comprometen al cumplimiento de una serie de reglas de conducta como contraprestación a no ser procesados penalmente. Las reglas de conducta a las que se obligan las empresas, por lo general, incluyen la implementación de programas de *compliance*, la creación de órganos de control, la contratación de un monitor externo que reporte al DOJ, cambios en la estructura organizacional interna como la separación del CEO o que el mismo ya no pueda ser a la vez Presidente del Directorio, la incorporación de nuevos directores, etcétera. Asimismo, por lo general, se disponen penalidades monetarias, como el pago de multas y, además, la reparación del daño.

La diferencia entre los NPA y DPA es que, en los primeros, no se llega a emitir una acusación y, por ende, no hay intervención judicial mientras que,

en los segundos, sí existe una acusación, pero sus efectos se suspenden mientras duren las reglas de conducta. Si las mismas son cumplidas, la acusación se tendrá como no presentada. Es una suerte de reserva del fallo condenatorio, pero en la etapa de investigación preparatoria, no después del juicio. Precisamente, lo que buscan las empresas estadounidenses al suscribir NPA y DPA es evitar el juicio.

A pesar de que con Siemens no se dio ninguna de estas dos figuras, las reglas de conducta negociadas en el acuerdo de declaración de culpabilidad *—guilty plea agreement—* fueron muy similares a las típicas de NPA o DPA. La gran diferencia fue la admisión de culpabilidad penal. Ahora bien, nuevamente invocando la absoluta discrecionalidad del DOJ al momento de perseguir el delito, en este caso se negoció la admisión de culpabilidad a una falta menor dentro del FCPA *—books and records provision—*, que es el maquillaje de los libros contables al no incorporar los sobornos. Sin embargo, Siemens no se declaró culpable por el pago de los sobornos. Con esta medida Siemens evitó grandes daños colaterales.

De haberse declarado culpable de cohecho transnacional, muy probablemente, no habría podido volver a contratar con el Gobierno de los Estados Unidos (gobierno federal y estados federados). La negociación fue posible debido a que “Siemens había prestado una cooperación extraordinaria en conexión con la investigación de su conducta corporativa pasada, y ha llevado a cabo un inusual barrido como acción de remedio en respuesta al descubrimiento de sus anteriores inconductas. Adicionalmente, Siemens ha proporcionado una ayuda sustancial y oportuna en la investigación de otros individuos y entidades”²¹.

Por último, el *plea agreement*²² presentado ante el US District Court para el Distrito de Columbia incluía multas de \$450 millones de dólares para el DOJ, \$350 millones de dólares para la SEC y \$800 millones de dólares para el Ministerio Público de Múnich. Ahora bien, si Siemens hubiera sido sentenciado en un juicio, las multas podrían haber sido más altas. En el *plea agreement* se hace un cálculo según los criterios de las Sentencing Guidelines, que sitúan las multas a las que se encontraba expuesta Siemens entre \$1.35 y \$2.7

¹⁹ ARLEN, Jennifer. “Removing Prosecutors from the Boardroom: Limiting Prosecutorial Discretion to Impose Structural Reforms”. En: BARKOW, Anthony y Rachel BARKOW (Editores). “Prosecutors in the boardroom: Using criminal law to regulate corporate conduct”. Nueva York: New York University Press. 2011. p. 66.

²⁰ O’SULLIVAN, Julie. Óp. cit. p. 211.

²¹ “Department of Justice Sentencing Memorandum”. Óp. cit. p. 3.

²² En: <http://www.justice.gov/sites/default/files/opa/legacy/2008/12/15/siemens.pdf>

billones de dólares, tomando en consideración el descuento por la cooperación.

El *plea* obligó a Siemens a instaurar una serie de reformas estructurales. Siemens debió continuar con las obligaciones de *compliance* que ya tenía en curso, pero además tuvo que crear un programa de *compliance* y ética *ad hoc* diseñado para detectar y prevenir violaciones al FCPA y otros actos de corrupción. Siemens accedió a contratar a un monitor corporativo externo por 4 años, quien supervisó los esfuerzos del *compliance*. Por primera vez en un caso federal, el DOJ nombró a un extranjero, el ex Ministro de Finanzas de Alemania, el Dr. Theo Waigel²³.

IV. CONCLUSIÓN

La absoluta discrecionalidad del DOJ en cuanto al ejercicio de la acción penal ha permitido que, en Estados Unidos, las empresas que hayan adoptado programas de *compliance* adecuados, denuncien los delitos detectados, colaboren con las investigaciones y reparen los daños, estén exentas de responsabilidad penal. Por tanto, ha sido el DOJ quien ha creado *de facto* un modelo de autorresponsabilidad de la empresa en Estados Unidos a la espera que el Congreso o la Corte Suprema de dicho país deroguen la responsabilidad penal vicaria de la empresa –doctrina de *respondeat superior*– y

adopten *de iure* un sistema en el que la empresa responda penalmente por sus defectos de organización y no por las acciones de terceros (administradores o trabajadores).

Uno de los ámbitos más riesgosos para la responsabilidad penal de las empresas a nivel mundial son las provisiones de cohecho transnacional en el FCPA. Los criterios de competencia estadounidenses son muy amplios y comprenden a empresas extranjeras que no hayan cometido actos de corrupción en Estados Unidos si se encuentran cotizadas en alguna de sus bolsas de valores o a empresas extranjeras no cotizadas en Estados Unidos cuyo pago indebido haya tenido un mínimo contacto con su territorio, entre otras circunstancias. Por otro lado, los criterios de imputación para las personas naturales se han flexibilizado.

Puesto que la empresa responderá penalmente con gravísimas consecuencias por los actos de personas naturales que paguen sobornos, incluso con dolo eventual, si no adopta programas eficientes de *compliance* destinados a prevenir, detectar e investigar delitos, el FCPA viene cambiando la cultura empresarial a nivel mundial. En efecto, las empresas se encuentran en la búsqueda permanente de blindajes más efectivos frente al FCPA, invirtiendo en sistemas de prevención y control internos cada vez más sofisticados.

²³ GARRET, Brandon L. “Globalized Corporate Prosecutors”. En: Virginia Law Review 97. 2011. p. 1787.