

**COMPLIANCE PROGRAMS Y DPA:  
UNA NUEVA ETAPA EN EL CAMINO HACIA UN  
«DERECHO ANTICORRUPCIÓN» SIN FRONTERAS\***

*(COMPLIANCE PROGRAMS AND DPA: A NEW STAGE ON THE WAY  
TOWARDS AN «ANTI-CORRUPTION LAW» WITHOUT BORDERS)*

Working Paper IE Law School

AJ8-233

30-07-2016

Cátedra José María Cervelló

M<sup>a</sup> de los Ángeles Villegas García  
Magistrada. Gabinete Técnico  
Sala de lo Penal. Tribunal Supremo.  
[ma.villegas71@gmail.com](mailto:ma.villegas71@gmail.com)

Miguel Ángel Encinar del Pozo  
Magistrado. Gabinete Técnico  
Sala de lo Penal. Tribunal Supremo.  
[miguelangel.encinar@gmail.com](mailto:miguelangel.encinar@gmail.com)

**Resumen/ Abstract:** La aplicación extraterritorial de las legislaciones nacionales antisoborno es, cada vez más, un instrumento eficaz en la lucha contra la corrupción -pública y privada-. Surge así un «Derecho anticorrupción» transfronterizo. La *FCPA* y la *Bribery Act 2010* son el mejor ejemplo. Ambas normas, que reconocen la responsabilidad penal de las personas jurídicas, están imponiendo a las empresas europeas y estadounidenses, con proyección internacional, su régimen antisoborno. Su aplicación a través de los programas de *compliance* y los *deferred prosecution agreements (DPA)* tiene una relevancia fundamental. Si las empresas quieren evitar su responsabilidad penal deberán implementar *compliance programs* que sean respetuosos con la *FCPA* y la *Bribery Act 2010*, y una muestra de ello será que estos últimos hayan sido valorados e, incluso, impuestos por la Fiscalía estadounidense (o por las autoridades de otros países en los que los *DPA* se hayan introducido) en el marco de un acuerdo concreto.

*The extraterritorial application of the anti-bribery national laws is an increasingly effective tool in the fight against corruption, both public and private. A «cross border anti-corruption law» is emerging, the FCPA and the Bribery Act 2010 being the best examples. Both statutes -which establish criminal liability for corporations that fail to prevent bribery- are imposing their anti-bribery system on the European and U.S. companies with international projection. Their enforcement by the implementation of compliance programs and deferred prosecution agreements (DPA) is crucial. Companies seeking to avoid criminal liability must implement compliance programs which meet the requirements of FCPA and Bribery Act, a sign of which is the fact that these programs are valued or even imposed by the U.S. Department of Justice (or corresponding authorities in countries where the DPA are regulated) as part of a concrete agreement.*

**Palabras clave/ Keywords** Derecho anticorrupción. Aplicación extraterritorial. *FCPA*. *Bribery Act 2010*. Programas de cumplimiento. *Deferred Prosecution Agreements*. Responsabilidad penal de las personas jurídicas.

*Anti-corruption Law. Extraterritorial application. FCPA. Bribery Act 2010. Compliance programs. Deferred Prosecution Agreements. Corporate criminal liability.*

\*El presente trabajo fue ganador del X Premio Cervelló de Derecho de los Negocios (Junio 2016).

La publicación de la Serie Working Papers IE-Law School está patrocinada por la Cátedra José María Cervelló.  
Copyright © 2016. María de los Ángeles Villegas García y Miguel Ángel Encinar del Pozo.  
Este working paper se distribuye con fines divulgativos y de discusión.  
Prohibida su reproducción sin permiso del autor, a quien debe contactar en caso de solicitar copias.  
Editado por el IE Law School, Madrid, España

*The publishing of Serie Working Papers IE-Law School is sponsored by the José María Cervelló IE Chair.  
Copyright © 2016. María de los Ángeles Villegas García y Miguel Ángel Encinar del Pozo.  
This working paper is distributed for purposes of comment and discussion only.  
It may not be reproduced without permission of the copyright holder.  
Edited by IE Law School and printed at IE Publishing, Madrid, Spain*

## **1. Las empresas y el canon del «buen ciudadano corporativo»: hacia un «buen ciudadano corporativo del mundo»**

La globalización ha convertido la corrupción en un fenómeno transnacional. El mercado global alcanza tanto a las actividades comerciales lícitas -los mercados y los negocios son ya de ámbito mundial (lo que es aún más evidente si se tiene en cuenta la incidencia de internet en la materia)- como a las actividades criminales ilícitas, que se «internacionalizan» (HUBER, 2005:31). La lucha contra toda forma de corrupción es una preocupación de alcance internacional y se ha desatado una verdadera «cruzada global» contra la misma (FOFFANI, 2003:61).

Ello tiene reflejo en la celebración de diversos convenios o tratados, mediante los cuales la comunidad internacional pretende armonizar sus legislaciones.

Algunos de esos tratados son, en orden cronológico, los siguientes: la Convención Interamericana contra la Corrupción (CICC), en el marco de la Organización de los Estados Americanos (OEA), suscrita en Caracas el 29 de marzo de 1996; el Convenio de la OCDE de Lucha contra la Corrupción de Agentes Públicos Extranjeros en las Transacciones Comerciales Internacionales, hecho en París el 17 de diciembre de 1997; el Convenio penal sobre la Corrupción (número 173 del Consejo de Europa), hecho en Estrasburgo el 27 de enero de 1999; la Convención de la Unión Africana para prevenir y combatir la corrupción, aprobada por los Jefes de Estado y de Gobierno de la Unión Africana el 12 de julio de 2003; y la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción (CNUCC o UNCAC), hecha en Nueva York el 31 de octubre de 2003. A estos textos debe añadirse, en el marco de la Unión Europea, la Decisión marco 2003/568/JAI del Consejo, de 22 de julio de 2003, relativa a la lucha contra la corrupción en el sector privado.

Estos instrumentos internacionales se firman con el fin de obtener un marco común de desarrollo de la actividad económica, en el que el soborno, como medio de obtener indebidamente una ventaja competitiva, no puede tener cabida.

Que estos textos internacionales pretenden la persecución del soborno, entendido como pago indebido, en el marco de las transacciones económicas, se deduce de la forma en que describen los actos que se consideran como actos de corrupción y que deben ser perseguidos por los Estados firmantes. Especialmente interesante resulta la definición de corrupción que se recoge en el Convenio Civil sobre la Corrupción del Consejo de Europa, de 4 de noviembre de 1999, cuyo artículo 2 señala: «A los efectos del presente Convenio se entenderá por «corrupción» el hecho de solicitar, ofrecer, otorgar o aceptar, directa o indirectamente, un soborno o cualquier otra ventaja indebida o la promesa de una ventaja indebida, que afecte al ejercicio normal de una función o al comportamiento exigido al beneficiario del soborno, de la ventaja indebida o de la promesa de una ventaja indebida».

En este ámbito, es posible destacar cuatro notas: i) se persigue el soborno porque es una forma de actuar que afecta negativamente a la competencia; ii) se pretende perseguir cualquier clase de soborno; iii) se pretende perseguir el soborno en cualquier lugar; iv) no es factible una lucha eficaz contra la corrupción sin la exigencia de responsabilidad a las personas jurídicas.

i) En primer lugar, se persigue el soborno porque es una actuación anticompetitiva, ya que impide que la competencia en los mercados se desarrolle de manera leal: las empresas que sobornan tienen ventaja sobre las empresas respetuosas con la legalidad, de tal manera que estas se ven excluidas de operaciones concretas o se ven abocadas a retirarse de un mercado porque no pueden o no quieren concurrir en tales condiciones.

Esta concepción del soborno, como manifestación de la corrupción, lo aleja de su naturaleza tradicional como delito contra la Administración. El acento en su persecución se desplaza desde una concepción de delito basado en la vulneración de deberes por parte de los funcionarios públicos (que es propia de los Códigos Penales del s. XIX, mediante la tipificación de los delitos de cohecho) a una concepción puramente económica: el soborno es objeto de castigo porque ataca bienes de naturaleza económica y provoca efectos negativos de tal tipo. Esta modificación de la perspectiva se produce a partir de la *Foreign Corrupt Practices Act (FCPA)*, dictada por los EE.UU. en 1977. Es esta una norma que castiga a las empresas que realicen sobornos de funcionarios públicos en el extranjero, pero no pretende castigar a tal funcionario, y lo hace por los efectos que esa conducta de corrupción produce en la competencia, en las propias empresas que realizan esos actos y en las empresas competidoras.

Precisamente, los estrictos criterios de la *FCPA* y la interpretación de los mismos supuso que las empresas norteamericanas fueran las primeras interesadas en que se desarrollara un marco uniforme de lucha contra la corrupción a nivel mundial; ya que al estar compelidas a no usar el soborno en el extranjero se encontraban en «desigualdad de condiciones» en relación con empresas de otros países. Por ello, desde la década de 1990 del siglo pasado se firma la serie de convenios y tratados, a la que antes nos hemos referido, para prevenir, perseguir y castigar la corrupción en todas sus manifestaciones -tanto pública como privada- (con más detalle, MANACORDA, 2014:5-7). Esta relación entre *FCPA* y tratados internacionales es especialmente acusada en el caso del Convenio de la OCDE de Lucha contra la Corrupción de Agentes Públicos Extranjeros en las Transacciones Comerciales Internacionales (PIETH, 2009:297-298).

ii) En segundo lugar, la persecución y castigo de cualquier clase de soborno supone que se ha de prohibir cuando afecta a un funcionario público (ya sea del propio país o extranjero), pero también cuando el soborno media en relaciones mercantiles o comerciales entre personas o entidades privadas, sin relación alguna con la «causa pública»; pues ni interviene un funcionario público ni hay presencia de un caudal público. Esta conducta se denomina «soborno entre particulares», «corrupción privada» o «corrupción en el sector privado» (*commercial bribery*, en términos de la legislación y doctrina de EE.UU.); y ya fue considerado por SUTHERLAND (1940:2) como una de las categorías de «delito de cuello blanco», junto con otros delitos, como el fraude fiscal, la falsedad contable, la manipulación del mercado de valores o el soborno de funcionarios públicos-.

Esta forma de corrupción privada consiste en lo siguiente (BOLES, 2014:120): una empresa realiza pagos (normalmente en secreto) a un directivo, agente o empleado de otra empresa para beneficio personal del mismo y éste, a su vez, dirige los negocios en favor de la compañía que soborna con exclusión de otras entidades; lo que, generalmente, concluye con la obtención de un contrato comercial por parte de la entidad que soborna al directivo, agente o empleado. Es, por tanto, un «soborno entre particulares» con la finalidad de conseguir contratos o negocios de carácter puramente privado, con exclusión de otros competidores.

La posibilidad de que estos hechos pudieran ser considerados como «corrupción» ha sido sumamente debatida, ya que tanto las legislaciones como las ciencias sociales han centrado, tradicionalmente, su atención sobre la corrupción como fenómeno ligado al ámbito de lo público. Con lo cual, debía entenderse como tal el «mal uso de un cargo público para obtener un beneficio privado» (HUNTINGTON, 1973:59; NYE, 1967:419; GARDINER, 1993:112; KAUFMANN, 1997:114; ROSE-ACKERMAN, 2001:124; y ROSE-ACKERMAN 2008:330). Si el foco se sitúa sobre el mal uso o uso indebido de un rol público, la corrupción privada es, a lo sumo, una «forma de hacer negocios» con escasa ética, pero que es tolerable porque permite conseguir oportunidades de negocio entre personas privadas (sobre la discusión acerca de la equiparación entre corrupción pública y privada, véase GRIFFITHS, 2016; SHU, 2015; GREEN, 2013; GREEN y KUGLER, 2012; HESS, 2009; HODGSON y JIANG, 2007; y ANDVIG, 2002).

Sin embargo, actualmente, la consideración de que la corrupción privada merece un reproche penal está extendida en todos los países de nuestro entorno cultural.

En el caso de los países de la Unión Europea, la norma básica en la materia es la Decisión marco 2003/568/JAI del Consejo, de 22 de julio de 2003, relativa a la lucha contra la corrupción en el sector privado. Precisamente, la incorporación de esta Decisión marco a los ordenamientos internos ha dado lugar a diversas reformas de los mismos, con la finalidad de obtener un marco de punición lo más uniforme posible.

Por otra parte, es cierto que la doctrina española, con carácter mayoritario, ha sido reticente a la creación de un tipo penal que castigara la corrupción privada. Sin embargo, en la sociedad actual no es posible negar la relevancia penal de estos hechos, ya que producen graves daños en las empresas que los cometen, en las empresas competidoras, en la propia competencia como mecanismo de eficiencia y en los consumidores, por lo que acaba minando la credibilidad y estabilidad del sistema económico. Además, los ámbitos público y privado se han difuminado en la actualidad y ya no puede afirmarse con rotundidad que haya una corrupción pública (la de funcionarios) y unos comportamientos de similar naturaleza que, por producirse en las relaciones comerciales y mercantiles, deben quedar al margen del Derecho Penal. Máxime si tenemos en cuenta que las grandes corporaciones tienen un alcance e influencia mundial, de modo que las decisiones corruptas de sus directivos o empleados pueden ser más dañosas para la colectividad que las de los funcionarios públicos de un país.

iii) En tercer lugar, se pretende perseguir el soborno en cualquier lugar. Lo que se consigue mediante la celebración de tratados que armonicen todas las legislaciones penales con

un mismo nivel de exigencia; pero también mediante la inclusión en tales tratados de la posibilidad de que las distintas legislaciones estatales puedan ser aplicadas en el extranjero. La posible aplicación extraterritorial de la ley penal es una constante en los tratados citados y en las legislaciones internas sobre el particular (ejemplos de ello son el art. 4 del Convenio de la OCDE, el art. 17 del Convenio penal sobre la Corrupción del Consejo de Europa o el art. 7 de la Decisión marco 2003/568/JAI del Consejo).

iv) Finalmente, como cuarta nota, cabe destacar la ligazón que se establece entre lucha contra la corrupción y responsabilidad de las personas jurídicas. Ningún modelo de lucha contra la corrupción que pretenda ser eficaz se entendería sin la posibilidad de castigar a las propias entidades, además de a la persona física que cometió el concreto hecho ilícito.

La necesidad de que los Estados tomen medidas para establecer la responsabilidad de las personas jurídicas por actos de corrupción se recoge, por ejemplo, en el art. 2 de Convenio de la OCDE; en el art. 18 del Convenio penal sobre la Corrupción del Consejo de Europa; o en el art. 5 de la Decisión marco 2003/568/JAI del Consejo. Ahora bien, esta responsabilidad no tiene por qué ser necesariamente de naturaleza penal, dado que los textos citados imponen la exigencia de una responsabilidad de la que se deriven sanciones por los actos de soborno que se cometan en su seno, pero dejan a los Estados determinar cuál sea la misma: si de índole administrativa o penal. En el caso de España, se ha optado por la responsabilidad penal, a partir de la reforma del Código Penal de 2010.

Aquí es donde alcanzan especial relevancia los denominados programas de *compliance* o programas de cumplimiento normativo, dado que los mismos deberán contener las reglas que permitan prevenir, detectar y perseguir dentro de la empresa la realización de conductas de corrupción. Según cuál sea el modelo de imputación de responsabilidad penal por el que se opte y dependiendo del ordenamiento concreto en el que se regulen, tales programas pueden tener eficacia dispar: desde ser un elemento a tener en cuenta al momento de individualizar la sanción a imponer a la persona jurídica, hasta ser considerados un elemento de exclusión de su responsabilidad penal.

Estas cuatro notas también se observan en el caso del ordenamiento español, que cuenta con tipos penales que castigan las conductas de corrupción en los negocios (artículos 286 bis a 286 quáter CP, redactados por la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, que recogen el delito de corrupción privada y el delito de soborno de agentes públicos extranjeros en las transacciones comerciales internacionales), normas que prevén la aplicación extraterritorial de la ley española (artículo 23, número 4, letra n) de la LOPJ, introducido por la Ley Orgánica 1/2014, de 13 de marzo) y normas de exigencia de responsabilidad penal a las personas jurídicas. Pero la forma de abordar la prevención y persecución de los actos de soborno no debe limitarse a respetar esta legislación. La perspectiva debe ser más amplia en el sentido siguiente: en un mercado global regulado de la forma indicada, las empresas que pretendan desarrollar su actividad económica de una forma respetuosa con la legalidad y comprometidas, por tanto, con una cultura de cumplimiento normativo, se ven abocadas, cada vez más, a afrontar la prevención de las conductas de corrupción de cualquier naturaleza (pública o privada) que infrinjan dicha legalidad desde una perspectiva transnacional. Ya no les basta con ser un «buen ciudadano

corporativo» en su propio país, sino que han de ser un «buen ciudadano corporativo del mundo»: deben respetar, no solo su ordenamiento nacional, sino también las leyes aprobadas por terceros países. Porque estas leyes pueden prever la aplicación extraterritorial de sus disposiciones y, por tanto, sancionar a empresas extranjeras por conductas realizadas también en el extranjero.

## **2. Dos normas con vocación mundial: la *FCPA* y la *Bribery Act 2010***

De conformidad con el marco expuesto, el panorama actual al que se enfrentan las empresas en la lucha contra la corrupción no se entendería sin el análisis de dos textos normativos, con una clara vocación de aplicación extraterritorial a nivel mundial: se trata de la *FCPA*, ya citada, y la *Bribery Act 2010*.

La relevancia de ambas normas resulta, por ello, indiscutible. De hecho, una y otra, como vamos a ir desgranando a lo largo de este trabajo, están imponiendo su modelo de lucha contra la corrupción. La *FCPA* inició este camino y a él se ha sumado más recientemente la *Bribery Act 2010*. En un momento en el que la Unión Europea está negociando con Estados Unidos, la denominada Asociación Transatlántica de Comercio e Inversión (*TTIP*) que, entre otras finalidades, pretende facilitar la introducción de las empresas europeas en Estados Unidos y la de las empresas de Estados Unidos en Europa resulta patente que las primeras tendrán que conocer detenidamente las disposiciones de la *FCPA*, mientras que las segundas se verán cada vez más expuestas a la aplicación de la *Bribery Act 2010* que, según vamos a ver a continuación, castiga penalmente a aquellas entidades que no hayan instaurado las medidas adecuadas para prevenir que sus «asociados» realicen sobornos.

El 90% del crecimiento económico mundial en los próximos 10-15 años se va a generar fuera de Europa y parte de ese crecimiento será en Estados Unidos. La Unión Europea y los Estados Unidos son ya los mayores socios del mundo en materia de comercio e inversión. A nivel global, estas dos áreas representan conjuntamente una tercera parte del comercio mundial y más de la mitad del PIB mundial. Por otro lado, la Unión Europea es, en la actualidad, el mayor inversor en Estados Unidos, y el segundo proveedor de bienes a Estados Unidos, por detrás de China. Para Estados Unidos, la Unión Europea es el segundo destino de sus exportaciones detrás de Canadá y el mayor mercado para las exportaciones estadounidenses de servicios. El *TTIP* abarca tres grandes pilares: el acceso a mercados (para bienes, servicios e inversiones y contratación pública), los aspectos regulatorios y un conjunto de reglas globales (sobre el estado de la negociación, a 27 de abril de 2016, véase el informe de la Comisión Europea sobre el particular, disponible en <http://ec.europa.eu/trade/policy/in-focus/ttip/>; así como la información facilitada por el Ministerio de Economía en <http://www.comercio.gob.es/es-ES/comercio-exterior/politica-comercial/relaciones-bilaterales-union-europea/america/Paginas/Asociacion-Transatlantica.aspx>).

La *Foreign Corrupt Practices Act* y la *Bribery Act 2010* tienen una serie de rasgos comunes, como son: i) castigan los sobornos en el ámbito de los negocios; ii) son de aplicación extraterritorial; iii) prevén la responsabilidad de las personas jurídicas por estos hechos.

i) Ambas normas castigan la realización de pagos ilícitos con el fin de lograr cualquier tipo de ventaja en la obtención o en el desarrollo de los negocios. La *Bribery Act 2010* castiga tanto la corrupción pública como la privada -*public and commercial bribery*- (HILLS, 2014:475); mientras que la *FCPA* se centra en el soborno de funcionarios públicos extranjeros, es decir, no se aplica al soborno de empleados de empresas privadas en el extranjero.

Precisamente, el hecho de que la *FCPA* no se aplique al soborno comercial plantea dudas sobre si el ordenamiento de EE. UU. respeta la Convención de las Naciones Unidas contra la corrupción (SHULMAN, 2014); y, en consecuencia, se reclama una reforma de la *FCPA* para incluir en su ámbito al soborno comercial (SHULMAN, 2014: 731-732; CLARK, 2013:2313- 2319; y GREEN, 2013:60). Sin perjuicio de ello, la *FCPA* contiene una serie de disposiciones -*accounting and recordkeeping provisions*- que imponen a las compañías ciertas obligaciones de información y transparencia en la elaboración de sus cuentas y en la autorización de ciertas operaciones. Con estas obligaciones se contribuye a la prevención del soborno, toda vez que para este tipo de prácticas se utilizan frecuentemente los conocidos como «fondos de reptiles» o «cajas b», esto es, fondos que permanecen ocultos a los mecanismos de control de la entidad (DEMING, 2010). Estas disposiciones tienen la finalidad de impedir el uso de activos sociales para propósitos corruptos y como la *FCPA* no limita estas normas contables exclusivamente en relación con el soborno de funcionarios públicos extranjeros, no hay obstáculo para utilizarlas en la persecución del soborno comercial.

ii) Ambas normas se aplican, además de a las compañías nacionales, a las extranjeras, incluso por comportamientos también ocurridos en el extranjero, cuando su ejecución tenga una conexión, en ocasiones mínima, con los Estados Unidos o con el Reino Unido.

Como vamos a ver con detalle, a continuación, si una empresa europea, con sede en cualquier país de Europa, paga un soborno a un funcionario de un país asiático o africano, para que favorezca sus negocios en dicho país, y para ejecutar dicho pago realiza una transferencia a través de una entidad bancaria en los Estados Unidos u organiza una reunión en este país para dirimir sus términos -cualquiera que sea el lugar donde dicho pago se realice finalmente-, la Fiscalía Federal estadounidense entenderá sin excesiva dificultad que está legitimada para perseguir penalmente dicha conducta en aplicación de las disposiciones de la *FCPA*.

iii) Ambos textos legales disponen la responsabilidad de la propia empresa en el caso de que uno de sus directivos, agentes o empleados ejecute un pago prohibido -al margen de la responsabilidad que pueda corresponder a este último-, y ello de acuerdo con el modelo de responsabilidad de las personas jurídicas vigente en uno y otro ordenamiento.

Partiendo de estos rasgos comunes, nos adentraremos en un estudio de ambas normas.

## 2.1. La *Foreign Corrupt Practices Act (FCPA)*



### 2.1.1. Introducción

El Congreso de los Estados Unidos aprobó la *Foreign Corrupt Practices Act*<sup>1</sup> en 1977, durante la presidencia de Jimmy Carter.

Esta norma tiene su génesis en el caso *Watergate*, ya que las investigaciones que siguieron al escándalo del allanamiento de la sede central del Partido Demócrata revelaron no solo que muchas grandes empresas habían realizado contribuciones ilegales a la campaña del presidente Nixon, sino también que estas mismas compañías tenían fondos ocultos que utilizaban para pagar sobornos en el extranjero (sobre la conexión entre el caso *Watergate*, el descubrimiento de sobornos en el extranjero y la gestación de la Ley, ROHDE, 2014: 546-550; THOMPSON, 2014:201; BIXBY, 2010:92-93; FELD, 2013:246; y KOEHLER, 2012:931-933).

La *FCPA* fue la primera norma en el mundo en regular la forma en la que las empresas nacionales debían relacionarse con los «funcionarios» de otros países al hacer negocios en el extranjero. Así, en mayo del año 1975, en la primera de las varias sesiones del subcomité del Congreso sobre empresas multinacionales -conocido como *Church Committee*-, el senador Frank Church abrió el acto con las siguientes palabras:

«En el curso de las audiencias ante el comité *Watergate* y de las investigaciones del Fiscal Especial, ha resultado evidente que grandes compañías americanas han realizado contribuciones políticas ilegales en los Estados Unidos. Más recientemente la *SEC* ha revelado que varias multinacionales no han puesto en conocimiento de sus accionistas que han realizado pagos de millones de dólares en el extranjero con vulneración de las leyes de los Estados Unidos (...). La *SEC* está lógicamente preocupada porque se cumplan las obligaciones de información que imponen las normas. Este subcomité está asimismo preocupado por las consecuencias que estos pagos realizados por empresas multinacionales de los Estados Unidos tienen en la política exterior. No es agradable ni fácil discutir en público esta cuestión, ni para las empresas implicadas ni para las autoridades de los Estados Unidos. Este subcomité ha deliberado intensamente si debía o no continuar con este asunto y si lo hacía, de qué manera. Finalmente decidió por unanimidad iniciar esta investigación y hacerlo en audiencias públicas. Porque lo que nos preocupa no es una cuestión de moralidad pública o privada. Lo que nos preocupa es una cuestión esencial de la política exterior de los Estados Unidos».

La *FCPA* considera ilegal la entrega o el ofrecimiento, directo o indirecto, de dinero, regalos o cualquier otra cosa de valor<sup>2</sup>, a un «funcionario extranjero» con el fin de lograr cualquier ventaja en la obtención o conservación de negocios en un país extranjero, para sí o para un tercero<sup>3</sup>. Según los casos, la aplicación de la norma generará responsabilidades de naturaleza civil, administrativa y también penal. De ordinario, la naturaleza de la responsabilidad dependerá del

---

<sup>1</sup> 15 *U.S. Code* 78dd-1, et seq. La cita de los preceptos concretos de esta norma, así como del resto que se citen, se hará -para facilitar su consulta- con referencia a su ubicación en el *U.S. Code*, que es una compilación de las normas federales ordenadas por materias.

<sup>2</sup> 15 *U.S. Code* 78dd-1(a).

<sup>3</sup> 15. *U.S. Code* 78dd-1(a), 78dd-2(a), 78dd-3(a).

*state of mind* del infractor de la norma de que se trate, esto es, del tipo subjetivo. De esta forma, en lugar de una múltiple regulación, existe una regulación única de la que se pueden derivar responsabilidades de distinta naturaleza en función de dicho elemento.

Esta realidad no se limita a la *FCPA* sino que es propia de otras materias y pueden ser varias las consecuencias procesales que se derivan del solapamiento de un procedimiento civil -o administrativo- y un procedimiento penal por un mismo hecho (ARKIN, 2013:§2; y PODGOR e ISRAEL, 2009:294-314).

Cabe destacar, asimismo, que el Tribunal Supremo de EE. UU. ha impuesto limitaciones para el ejercicio sucesivo de acciones civiles y penales por un mismo hecho, pues podría vulnerarse *the Double Jeopardy Clause*. Esta cláusula, según la doctrina establecida en la sentencia dictada en el caso *United States v. Halper* -490 U.S. 435 (1989)-, además de proteger a cualquier persona frente a una segunda acusación por un hecho por el que ya haya sido condenada o absuelta, implica que no podrán imponerse múltiples castigos por un mismo delito. Pues bien, en ocasiones, según declara el Alto Tribunal, una sanción civil derivada del incumplimiento de una norma puede ser tan extrema que puede constituir un auténtico *punishment* (BRICKEY, 1992:16).

### 2.1.2. Concepto de *foreign official*

De conformidad con el texto legal, el término «funcionario extranjero» *-foreign official*<sup>4</sup>- incluye a cualquier representante o empleado de un gobierno extranjero o de cualquiera de sus departamentos, agencias u organismos, o de una organización pública internacional, así como cualquier persona que tenga capacidad para actuar en nombre de cualquiera de ellos.

En la sentencia dictada en el caso *U.S. v. Esquenazi*<sup>5</sup>, el Tribunal de Apelación del Undécimo Circuito entendió que quedaban comprendidos en el ámbito de la *FCPA* no solo los pagos ilícitos que se realicen a los miembros de cualquier departamento, agencia u organismo gubernamental (*department* o *agency*); sino también a los miembros de cualquier entidad entendida como *instrumentality*. Es decir, que reúna las siguientes condiciones: i) que se trate de una entidad «controlada» por el Gobierno, aun cuando no sea propiamente de naturaleza gubernamental; ii) que realice una función que dicho Gobierno considere propia.

i) Indica la sentencia citada que, para decidir si el Gobierno «controla» una entidad, los Tribunales y los Jurados pueden tener en cuenta, entre otros factores, los siguientes: cuál sea la designación formal de la entidad; si el Gobierno tiene una participación mayoritaria en ella; si tiene capacidad para contratar o despedir a sus directivos; qué parte de sus beneficios van a las

---

<sup>4</sup> 15 *U.S. Code* 78dd-1(f), 78dd-2(h)(2), 78dd-3(f)(2)(A). Dice literalmente la norma: «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».

<sup>5</sup> *U.S. v. Esquenazi* -752 F.3d 912 (11th Cir. 2014)-.

arcas gubernamentales; o en qué medida el Gobierno podría financiarla en caso de que fuera necesario.

ii) Por otra parte, para concluir que una entidad realiza una función que el Gobierno considera propia han de valorarse elementos tales como si la entidad tiene el monopolio sobre la actividad que realiza; si el Gobierno subsidia de alguna manera los servicios que presta; si tales servicios se prestan en general a toda la población; y si tanto el público en general como el Gobierno perciben que la entidad realiza una función gubernamental.

Una y otra lista de factores o elementos, como reconoce el propio Tribunal, son una aproximación y no deben considerarse cerrados.

El supuesto de hecho examinado en este caso por el Tribunal fue el siguiente: los dueños de una compañía de telecomunicaciones, con sede en Florida, fueron declarados culpables por un Jurado de varios cargos amparados en la *FCPA*, por haber abonado sobornos a varios directivos de una empresa de telecomunicaciones de Haití - *Telecommunications D'Haiti, S.A.M. (Teleco)*-. Entre otras cuestiones, los dos condenados apelaron su condena, alegando que la *FCPA* no penaba los pagos corruptos a aquellas empresas propiedad del Estado que prestaran servicios comerciales, como era el caso de *Teleco*. El Tribunal desestimó esta pretensión y, tras definir el término *instrumentality*, concluyó que la entidad encajaba en dicha categoría. Para ello tuvo en cuenta que, desde su creación, ostentaba el monopolio del servicio de telecomunicaciones en el país y disfrutaba de ventajas fiscales; que, durante el período en el que ocurrieron los hechos, el Banco Nacional de Haití era el titular del 97% de la entidad; y que su director era nombrado por el Presidente del país -con el consentimiento del Primer Ministro y los Ministros de obras públicas y economía-, que también había nombrado a todo su Consejo de Administración.

Esta sentencia ha suscitado algunas críticas ante lo que se considera una excesiva vaguedad en los factores a valorar para concluir si estamos o no ante una entidad de tal tipo<sup>6</sup>.

En el mismo sentido, de atender a las concretas circunstancias del caso para concluir si estamos o no ante una *instrumentality*, se pronuncia la Guía para la aplicación de la *FCPA*, que fue publicada en noviembre del año 2014 por el Departamento de Justicia de los Estados Unidos (*DOJ*) y la *Securities and Exchange Commission (SEC)*.

Esta guía, denominada *Resource Guide to the U.S. Foreign Corrupt Practices Act*, pretende facilitar a los individuos y a las empresas, cualquiera que fuera su tamaño, información útil sobre la norma. En ella se explica el texto legal y, sobre todo, se interpreta, dando a conocer de esta forma cuáles son los criterios que tanto el *DOJ* como la *SEC*, que son los órganos encargados de su ejecución, habrán de valorar para la

---

<sup>6</sup> Véase, «Recent Cases. Foreign Corrupt Practices Act. *United States v. Esquenazi*. Eleventh Circuit Defines "Government Instrumentality" under the FCPA. Recent case: 752 F 3d 912 (11th Cir. 2014)», 28 *Harv. L. Rev.* 1500 (2015).

exigencia de la responsabilidad en ella prevista. De ahí su importancia, porque al *DOJ* le corresponde el ejercicio de las acciones penales, mientras que la *SEC* se ocupa del ejercicio de las acciones civiles o administrativas (sobre el nacimiento y desarrollo de este documento, no libre de críticas, porque, para algunas voces, «invade» las competencias del legislador, véase POLLACK y WARTANIAN, 2014).

La guía indica que es improbable que una entidad sea calificada como *instrumentality* a los efectos de la *FCPA* si el Gobierno no es titular o controla la mayoría de las acciones, pero añade que no estamos ante una regla absoluta.

En este sentido, recuerda, entre otros casos, el de tres entidades filiales de una compañía francesa que fueron condenadas por haber abonado sobornos a varios empleados de una empresa de telecomunicaciones, con sede en Malasia, y en la que el Ministerio de Economía de este país ostentaba el 43% de su capital. La mayoría del capital no estaba en manos públicas, pero el Ministerio ostentaba un estatus de «accionista especial», tenía capacidad de veto sobre determinados gastos, controlaba determinadas decisiones operativas y, de hecho, nombraba a la mayoría de sus directivos (*Resource Guide*:21).

Cabe resaltar, por último, respecto a quiénes pueden ser los destinatarios de los pagos prohibidos por la *FCPA*, que también se incluye cualquier partido político o representante del mismo *-official-* o cualquier candidato para un puesto político.

### **2.1.3. Concepto de «pago corrupto»**

Para que el pago que se realice al «funcionario extranjero» sea ilícito, de acuerdo con el texto de la *FCPA*, quien lo realiza debe pretender obtener una ventaja de la persona sobornada o el ejercicio por parte de esta de una influencia ilícita. Debe perseguir, en definitiva, y en palabras del texto legal, una finalidad corrupta: el pago debe realizarse, según el texto legal, *corruptly*.

Este término, declaró el Tribunal en *U.S. v. Kozeny* -493 F.Supp.2d 693 (2007)- significa que debe concurrir el propósito de que el «funcionario extranjero» haga un uso indebido de su cargo (en el mismo sentido, BROWN, 1994:7). En esta misma línea, se pronunció el Senado de los Estados Unidos en un informe realizado sobre la norma, según el cual el término *corruptly* implicaba un propósito o motivo ilícito, un intento de influir indebidamente en el receptor (LIPPER, 2010:1476-1477; y *Resource Guide*:14).

Por otro lado, la naturaleza de la ventaja obtenida puede variar de un supuesto a otro e implicar desde la consecución de beneficios fiscales hasta la obtención indebida de permisos y licencias. Pero su finalidad debe ser la expuesta: la obtención o conservación de negocios en el país en cuestión. Esta regla es lo que se denomina el *business purpose test*.

Pero hay que tener en cuenta que la *FCPA* considera que determinados pagos pueden considerarse ajenos a tal finalidad. Son los siguientes: i) *facilitating and expediting payments*; ii) *reasonable and bona fide expenses*.

i) En primer lugar, no serán ilícitos los *facilitating and expediting payments* (conocidos como *grease payments* o «pagos para engrasar»); esto es, aquellos pagos que pretendan facilitar o agilizar una «acción de gobierno rutinaria», que sea competencia del receptor del pago<sup>7</sup>. El legislador entendió en su momento que este tipo de pagos debían quedar excluidos, porque en ellos no concurría la finalidad corrupta a la que hemos hecho referencia con anterioridad (GORDON, 2016:130-131; WRIGHT, 2015:1000; BONSTEAD, 2014; y STRAUS, 2013:258-273).

ii) Tampoco serán ilícitos los pagos que sean conformes con las leyes y regulaciones del país en el que se realicen o que deriven de la promoción, explicación o demostración de un producto o servicio, o de la ejecución de una obligación contractual. Unos y otros, en todo caso, deberán ser razonables y realizados de buena fe *-reasonable and bona fide expenses-*<sup>8</sup>.

#### 2.1.4. Los destinatarios de la norma

En el marco expuesto, resulta esencial determinar a continuación quiénes son los llamados a cumplir las disposiciones de *FCPA*. Sus destinatarios son: i) los *issuers*; ii) los *domestic concerns*; iii) *non issuing foreign agents*, esto es, otras personas y entidades distintas de las anteriores, cuando «actúen» en el territorio de EE. UU.

i) Los *issuers* son las entidades emisoras de los valores comprendidos en la sección 12 de la *Securities Exchange Act* o aquellas que deban presentar los informes a los que se refiere la sección 15 de la misma norma. Esto es, cualquier compañía -aun cuando sea extranjera- que cotice en bolsa en EE. UU. o esté obligada a facilitar información a la *SEC*, en los términos previstos en dicha norma, tendrá la consideración de *issuer* a estos efectos (MANNING, 2015:378; y LEIBOLD, 2015:227).

La *Securities Exchange Act* se aprueba en el año 1934 con la intención de promover la transparencia en la compraventa de valores, estableciéndose mecanismos de control tanto sobre las entidades emisoras *-issuers-*, como sobre las transacciones. Un año antes se había aprobado la *Securities Act* para facilitar a los inversores una información completa en los supuestos de ofertas públicas de acciones y para promover unos estándares éticos mínimos de honestidad y juego limpio. Una y otra son consecuencia del *crack* del 29. Al respecto, véanse las consideraciones del Tribunal Supremo Federal de EE. UU. en *Ernst & Ernst v. Hochfelder* -425 U. S. 185 (1976)-.

ii) Se considera *domestic concerns* a cualquier individuo que sea ciudadano, nacional o residente en EE.UU. y cualquier compañía<sup>9</sup> que tenga su sede principal en EE. UU. o haya sido

---

<sup>7</sup> 78dd-1(f)(3), 78dd-2(h)(4) y 78dd-3(h)(4). Aquí se incluyen los pagos para la obtención de permisos, licencias o cualquier otro documento oficial que cualifique a una persona para realizar una actividad en el país; la expedición de visados o permisos de trabajo; la obtención de protección policial; o el acceso a los suministros de luz, agua o teléfono.

<sup>8</sup> 78dd-1(d)(2), 78dd-2(c)(2) y 78dd-3(c)(2). Véase al respecto, *Resource Guide...*, cit., págs. 24 a 26.

<sup>9</sup> Con independencia de cuál sea su forma social. El texto legal -15 U.S. Code 78 dd-2(h)(A)(B)- incluye concretamente a las *corporation, partnership, association, joint-stock company, business trust, unincorporated organization o sole proprietorship*.

constituida de conformidad con las leyes de EE. UU. o cualquier estado, territorio o posesión del país<sup>10</sup>.

iii) Finalmente, *non issuing foreign agent* es cualquier ciudadano extranjero o cualquier empresa o compañía extranjera -que no tenga la consideración de *issuer* o *domestic concern*-, además de cualquiera de sus representantes o empleados, cuando realicen, en los Estados Unidos, cualquier actividad destinada a la consecución de las prácticas ilícitas descritas en la norma. En este punto, cabe destacar que, mientras que las conductas de los *issuers* y los *domestic concerns* pueden ser perseguibles aun cuando se cometan fuera de los Estados Unidos<sup>11</sup>, para perseguir las de este tercer grupo de sujetos es precisa una conexión territorial con el país.

Ahora bien, lo único que exige la norma es que un empleado realice en los Estados Unidos algún acto relacionado con la consecución del pago ilícito (LEIBOLD, 2015:226). No es preciso, pues, que el pago ilícito de que se trate tenga lugar en el territorio de los Estados Unidos, sino solo que en él se ejecute una acción con dicho fin (SIVACHENKO, 2013:400). La existencia de tal conexión ha sido interpretada ampliamente tanto por el *DOJ* como por la *SEC*, que han iniciado acciones legales contra empresas extranjeras, cuando la práctica corrupta en cuestión ni tenía su origen ni se completó en EE. UU.; sino que la relación con tal país era una conexión meramente tangencial, como podía ser la realización a través de su territorio de una transferencia bancaria o el envío de un correo electrónico (LEIBOLD, 2015:226).

La propia *Resource Guide* (12) señala que un extranjero que asista a una reunión en EE. UU., en la que se promueva u organice un pago ilícito podría ser objeto de persecución penal al amparo de la *FCPA*. También podrían serlo los demás conspiradores (*co-conspirators*) aunque ni siquiera hubieran asistido a la reunión. De la misma manera, un extranjero o una compañía extranjera podría ser responsables por vulneraciones de la *FCPA* si coopera o conspira con un *issuer* o *domestic concern* o actúa como agente de uno de ellos, aun cuando no realicen ninguna acción en los Estados Unidos.

Los *co-conspirators* son aquellos que participan en una conspiración para delinquir -*criminal conspiracy*-; es decir, en el acuerdo para cometer un hecho constitutivo de delito. La conspiración, en el Derecho Penal de EE. UU., es un delito independiente que se castiga al margen de aquel que se pretenda cometer a través de ella. La acusación por este delito presenta para la Fiscalía importantes ventajas tanto desde el punto de vista del Derecho sustantivo como, sobre todo, desde el punto de vista del Derecho procesal; de ahí que se incluya frecuentemente en los escritos de acusación (en general, sobre este delito, STRADER, 2011:33-62; BRICKEY, 2011:61-83; EMANUEL, 2010:183-214; SINGER y LA FOND, 2013:341-388; DRESSLER, 2015:421-456; y LAFAVE, 2010:649-699).

---

<sup>10</sup> 15 U. S. Code 78 dd-2(h)(A)(B).

<sup>11</sup> 15 U.S. Code 78dd-1 (g), 78dd-2(i).

### 2.1.5. FCPA y responsabilidad penal de las personas jurídicas

La exigencia de responsabilidad penal a las personas jurídicas por infracciones de la FCPA se ajusta al modelo vigente al respecto en la Jurisdicción Federal de los Estados Unidos. Debe tenerse presente que los Estados Unidos son un Estado Federal, en el que tanto este último como cada uno de los Estados que lo conforman tienen capacidad legislativa. La aplicación de las normas federales, dictadas en las materias que afecten a intereses federales -contempladas en la sección octava del artículo primero de la Constitución- corresponde a los Tribunales Federales (*U.S. Supreme Court*, *U.S. Courts of Appeal* y *U.S. District Court*); mientras que el cumplimiento de las normas estatales ha de exigirse ante los Tribunales del Estado.

El modelo de responsabilidad, al que antes nos referíamos, es un modelo de responsabilidad vicarial -basado en la doctrina civil del *respondeat superior*-, según el cual, la entidad será responsable de los delitos cometidos por cualquiera de su representantes y empleados, cuando estos delitos se cometan actuando aquel en nombre de la entidad y en su beneficio (GRUNER, versión electrónica; ABIKOFF, 2013:§ 15.01; BRICKEY, 1992:89-115, completadas por 124-132 del *2012-13 Cumulative Supplement*; BRICKEY, 2011:16-28; STRADER, 2011:17-25; PODGOR e ISRAEL, 2009:23-28; BLUMBERG, STRASSER, GEORGAKOPOULOS, GOUVIN y FOWLER, 2005:vol. 3-§107.2; MINKES y MINKES, 2008:63-64; GREENBERG y BROTMAN, 2014:79-86; BEALE, 2014:1-9; y PARK y SONG, 2013:730-737). En definitiva, se trata de un criterio de atribución de responsabilidad, según el cual, el «principal» responde de los actos realizados por su «agente» -a quien controla como tal- cuando actúa en su beneficio<sup>12</sup>.

Acreditados estos presupuestos la entidad será responsable de tales delitos, sin necesidad de que conste ningún otro elemento.

Un ejemplo evidente de cuáles pueden ser las consecuencias de la aplicación de esta doctrina fue el caso *Arthur Andersen*, en el que el Jurado declaró culpable a la entidad en primera instancia tras entender probado que una sola persona, de los 28.000 empleados que la auditora tenía en Estados Unidos, había participado en la destrucción de documentos relacionados con la compañía *Enron*. La condena fue posteriormente revocada por motivos formales, ajenos a esta cuestión, pero el proceso supuso el fin de la entidad (con más detalle, BRICKEY, 2003; y AINSLIE, 2006).

Particularmente, el hecho de que la entidad tuviera un programa de *compliance* e, incluso, que el mismo pudiera ser calificado de eficaz, no impedirá dicha responsabilidad. Este modelo vigente, como hemos dicho, en la jurisdicción federal no está exento de críticas, por cuanto no tiene en cuenta la culpabilidad propia de la organización de manera que, en definitiva, trata igual a todas las entidades, estén o no comprometidas con una cultura del cumplimiento.

En este sentido, algunos autores han defendido que ese compromiso con el cumplimiento del ordenamiento, reflejado en la tenencia de un programa de

---

<sup>12</sup> Véase *Restatement of the law third, Agency*, 2006, vol. 1, pág. 17. Con el término *Restatement* se conocen los tratados que, sobre distintas áreas del Derecho, han sido publicados por el *American Law Institute*.

cumplimiento eficaz, debería dar lugar a la exención de responsabilidad penal de la entidad (SCHWARTZ, 2014:108-111; NARINE, 2012:79-87; GILCHRIST, 2013:1162-1169; BUCY, 2009:1442-1452; PODGOR, 2007; WELLNER, 2005:524-527; y GRUNER, versión electrónica:§ 17.01). En el ámbito concreto de las infracciones de la *FCPA*, en línea con las previsiones que al respecto contiene la *Bribery Act*, también ha sido defendida esta posibilidad de exención de responsabilidad por WEISSMANN y SMITH, 2010:11-14.

En cualquier caso, los tribunales han negado la posibilidad de exención en *United States v. Ionia Management S.A.* -555 F. 3d 303 (2nd Cir. 2009)-.

Todo ello supone que la tenencia de un programa de *compliance*, se tratará, a lo sumo, de un elemento de individualización de la pena en sentido favorable para la entidad, de acuerdo con las previsiones contenidas en las *sentencing guidelines* para organizaciones.

Las *sentencing guidelines* son una serie de normas destinada a regular la individualización de las penas; lo que corresponde realizar al juez *-sentencing judge-* en una fase posterior a la celebración del juicio y, por tanto, después de que el Jurado haya dictado un veredicto de culpabilidad. El capítulo octavo de las *sentencing guidelines* se dedica a las penas impuestas a las personas jurídicas. Estas normas se actualizan periódicamente.

Ahora bien, y esto es esencial, la tenencia y adecuada implementación de lo que las *guidelines* denominan *Effective Compliance and Ethics Programs* será un elemento clave para que la Fiscalía decida no ejercer finalmente acusación contra la entidad. En efecto, en EE. UU. el Fiscal tiene el monopolio de la acción penal, que ejerce conforme a un principio de oportunidad discrecional (LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, 2014:461-462; KAMISAR, LAFAVE, ISRAEL, KING y KERR, 2008:961-972; y MEDWED, 2012), con pocas posibilidades de control judicial de sus decisiones al respecto (sobre la ausencia de control judicial en la decisión inicial del Fiscal de no formular acusación, SINGER, 2012:35-38; y HENNING, TASLITZ, PARIS, JONES y PODGOR, 2010:vol. 2-47 y 48). Si bien, en el caso de que el Fiscal decida retirar su acusación una vez iniciado el procedimiento judicial, la mayoría de las Jurisdicciones Estatales, y también la regulación federal –regla 48 (a) de las *Federal Rules of Criminal Procedure-* sí prevén determinados límites, para así evitar posibles abusos de poder (KAMISAR et als., 2008,976:977).

Para tomar la decisión de acusar o no a una persona jurídica, existen una serie de instrucciones impartidas por el DOJ (*Principles of Federal Prosecution of Business Organizations*), así como normas publicadas por la Fiscalía General para unificar los criterios de actuación de los Fiscales en esta materia. Las primeras de estas normas se producen en junio de 1999 y se denominaron *Federal Prosecution of Corporation*, también conocidas con la denominación de *Holder Memo*, en atención al Fiscal que las promovió (Eric H. Holder). A partir de ese momento se han ido actualizando. La primera vez lo fueron en 2003, a través del conocido como *Thompson Memo*. A este le siguieron el *McNulty Memo*, en 2006, y el *Filip Memo*, en 2008 (BRICKEY, 2011:8; COURT y LICHY, 2014:1305; y MARTIN, 2014:464-465).



En este ámbito, son dos los elementos claves a valorar a la hora de formular acusación: la colaboración con las autoridades; y la existencia y adecuación de un sistema de *compliance* eficaz, previo a la comisión de la infracción penal.

Por tanto, resulta esencial el papel reservado a estos programas de cumplimiento, en el modelo federal de responsabilidad penal de las personas jurídicas, que es el aplicable, según lo dicho, a las infracciones previstas en la *FCPA*. Especialmente, teniendo en cuenta que si la persona jurídica llega a juicio, las posibilidades de condena son muy elevadas. Si ello ocurre - sobre todo si se trata de empresas conectadas con la prestación de servicios en el sector financiero o en los mercados de capital-, estas no sobreviven al procedimiento, teniendo lugar lo que algunos han llamado *death-by-indictmen*. En cualquier caso, aun cuando esto último no ocurriera, los costes derivados del proceso penal (costes legales, multas y, especialmente, el daño reputacional) serían siempre mucho más elevados que los que suponen para la compañía la implementación y desarrollo de un programa de *compliance* que, como se ha indicado, puede evitar que la Fiscalía ejercite contra ellas acciones penales (HASNAS, 2014:8-9; GOLD, 2010:155; y BUELL, 2007:1664).

Por otra parte, la *FCPA*, también respecto a las personas jurídicas, prevé la conocida como *successor liability*, de conformidad con la cual, en casos de fusiones o adquisiciones de empresas, la entidad resultante de la fusión o la entidad adquirente puede ser responsable de las conductas ilícitas de las entidades preexistentes o adquiridas.

Esta doctrina se ha elaborado por los Tribunales federales, en las sentencias dictadas, entre otros, en los casos *United States v. Wilshire Oil Co. of Texas* -427 F.2d 969 (10th Cir. 1970)-, *U.S. v. Alamo Bank of Texas* -880 F.2d 828 (5th Cir.1989)- y *U.S. v. Shields Rubber Corp.* -732 F.Supp. 569 (1989)-. La misma no está exenta de dificultades, sobre todo en los casos de adquisiciones de empresas, desde el momento en que implica un «traslado» de responsabilidad de una sociedad a otra. Ello, en el ámbito penal, se traducirá en una responsabilidad puramente objetiva de la sociedad adquirente. Sin perjuicio de ello, la doctrina científica se muestra mayoritariamente favorable a esta posición jurisprudencial (BRICKEY, 1992:vol. 1-125; GRUNER, versión electrónica:§ 5.04; BROWN, 1996:481; LINDSAY, 2009:966; y FELLMETH, 2006:137). No obstante, en contra de la misma, se muestran WEISSMANN y SMITH, 2010:14-20; y BECKER, 1992:469-470.

Esta doctrina se aplica en el ámbito de la *FCPA* y así lo indica, sin ningún margen para la duda, la *Resource Guide* (*Resource Guide*:18-33). Los efectos de esta previsión en relación con las multinacionales resulta patente (HILLS, 2014:475), porque una compañía, que tenga la condición de *issuer* o *domestic concern* a los efectos de la *FCPA* -lo que no implica, en todo caso, como hemos indicado, que se trate de una compañía estadounidense con sede en EE. UU.-, puede resultar responsable si realiza alguna operación de fusión o adquisición con respecto a otra compañía -que, a su vez, sea estadounidense o que, siendo extranjera, pueda quedar sometida a la jurisdicción de EE. UU.-, cuando en el seno de la entidad fusionada o adquirida se hubieran realizados pagos prohibidos por la norma (*Resource Guide*:31-33).

En igual sentido, la opinión al respecto de la Fiscalía Federal, expresada en la *opinion release* número 14-02, de 7 de noviembre de 2014.

La *FCPA* prevé expresamente -15. *U.S. Code*, 78 dd-1(e); 78 dd-1(f)- que cualquier *issuer* o *domestic concern* puede dirigirse a la Fiscalía para consultarle si una determinada conducta sería o no perseguible en el marco de la *FCPA*, lo que da lugar a que aquella emita un dictamen -*opinion release*-. Según el texto legal, si en dicho dictamen se hubiese concluido que el comportamiento al que se refería la consulta era lícito y, posteriormente, la Fiscalía pretendiera perseguirlo, se presumirá dicha licitud, salvo prueba en contrario. Las opiniones vertidas hasta este momento por la Fiscalía en estos supuestos, y en todos los demás relacionados con la *FCPA*, pueden consultarse en <http://www.justice.gov/criminal/fraud/fcpa/>.

En consecuencia, cualquier compañía mínimamente diligente que pretenda afrontar una de estas operaciones deberá realizar previamente una investigación detallada sobre la posibilidad de que se hayan producido dichos pagos (es lo que se conoce como *due diligence investigations*); y en el caso de que así sea deberá denunciarlos, para procurar que se depuren las posibles responsabilidades antes de culminar el proceso societario del que se trate o, cuando menos, afrontar su depuración internamente.

En este sentido resulta interesante el supuesto de hecho examinado en la *FCPA Opinion Procedure Release 2003-01*, emitida a petición de una compañía europea que cotizaba en Estados Unidos y que pretendía adquirir las acciones de una compañía americana con filiales en ese país y en el extranjero. La compañía europea, durante las investigaciones previas a la operación, había descubierto que algunos empleados de estas filiales habían estado realizando pagos prohibidos por la *FCPA*. Ante este hecho, se dirigió a la Fiscalía Federal y sometió a su dictamen tanto las acciones que ya había llevado para el cese de tales pagos ilícitos (entre ellas, la suspensión de los empleados implicados y su denuncia a las autoridades), como toda una serie de acciones que pretendía entablar, tales como la colaboración con las autoridades en la investigación de los hechos, la inclusión de la entidad adquirida en su propio programa de *compliance* o la sanción de los trabajadores implicados. Examinada la información facilitada, la Fiscalía se pronunció en el sentido de que no tenía intención de ejercer alguna acción contra la entidad por los pagos ilícitos previos a la operación; sin perjuicio de la persecución de los pagos que se realizaran después de ese momento o de las personas físicas implicadas.

#### **2.1.6. Aplicación extraterritorial de la *FCPA***

La *FCPA* es una norma que nace precisamente para ser aplicada fuera del EE. UU. No es de aplicación interna en EE. UU., sino que su objeto y finalidad es perseguir el soborno de funcionarios públicos en el extranjero. Para la persecución del soborno a funcionarios públicos y del soborno comercial en EE. UU. rigen otras normas distintas.

Así, el soborno a empleados públicos conlleva responsabilidad penal a nivel federal y tal conducta se castiga en normas federales como las siguientes: *18 U.S. Code § 201 - Bribery of public officials and witnesses-*, *18 U.S. Code § 666 -Theft or bribery*

*concerning programs receiving Federal funds- y The Hobbs Act -18 U.S. Code § 1951-. Sin embargo, no existe actualmente en EE. UU. una norma federal específica que castigue el soborno comercial; pero ello no significa que tal conducta se considere impune: es factible utilizar normas federales para castigarlo, aunque no estuvieran pensadas inicialmente para ello (la norma que más se aplica en este ámbito es la *Interstate and Foreign Travel or Transportation in Aid of Racketeering Enterprises Act de 1952 -18 U.S. Code § 1952-*, conocida como *Travel Act*) y, a nivel estatal, la mayoría de los Estados (concretamente, 40) que conforman los EE. UU. cuentan con leyes que castigan el soborno comercial (con más detalle, GABRIEL, 1979; y ROHLFSEN, 2012).*

Es definitiva, se puede afirmar que es consustancial a la *FCPA* su carácter extraterritorial.

## **2.2. La Bribery Act 2010**

### **2.2.1. Introducción**

En el Reino Unido, los delitos de soborno se regulaban mediante una serie de normas, conocidas como *Prevention of Corruption Acts 1889 to 1916*. Con tal denominación se conocía a la *Public Bodies Corrupt Practices Act 1889*, *Prevention of Corruption Act 1906* y *Prevention of Corruption Act 1916* (sobre las mismas y su aplicación, NICHOLLS, DANIEL, BACARESE y HATCHARD, 2012:19-52; ORMEROD, 2012:864-872; y RYZNAR y KORKOR, 2011:434-436). Estas normas fueron sustituidas por la *Bribery Act 2010*, que entró en vigor el 1 de julio de 2011.

En la elaboración de una nueva normativa relativa a los delitos de soborno pesaron diversos factores, entre los que destacamos dos. Por un lado, la consideración general de que la regulación tradicional era ineficaz e insuficiente, especialmente a la luz de los convenios internacionales (lo que se hacía patente en el caso del Convenio de la OCDE de Lucha contra la Corrupción de Agentes Públicos Extranjeros, que dio lugar a un informe de esta organización muy crítico con el Reino Unido: *Report on the application of the Convention on combating bribery of foreign public officials in international business transactions and The 1997 Recommendation on combating bribery in international business transactions-*). Y, por otro lado, el escándalo de la compañía británica *BAE Systems PLC*, dedicada al sector de defensa y que fue denunciada en 2004 por disponer de un fondo para llevar a cabo sobornos, por importe superior a los 120.000.000 dólares (con más detalle, sobre este escándalo, RYZNAR y KORKOR, 2011:436-438; y TRAUTMAN y ALTENBAUMER-PRICE, 2013:498-501).

Sobre la tramitación de la *Bribery Act 2010*, véase NICHOLLS et als., 2012:53-67; ALLDRIDGE, 2012:1181-1198; y RYZNAR y KORKOR, 2011:439-440.

La *Bribery Act 2010* recoge una regulación general sobre los delitos de soborno, tanto en el ámbito público como en el privado y ya se cometan en el Reino Unido o en el extranjero. En consecuencia, recoge tres figuras: i) los delitos de soborno activo y pasivo, tanto en el sector público como en el privado (*General bribery offences* -Secciones 1 a 5 de la norma-); ii) el delito de soborno a funcionarios públicos extranjeros (*Bribery of foreign public officials* -

Sección 6-); y iii) un supuesto específico de responsabilidad penal para las personas jurídicas que no prevengan el soborno (*Failure of commercial organisations to prevent bribery* - Secciones 7 a 9-).

### 2.2.2. *General bribery offences*

Se trata de los delitos de soborno en general y se regulan en las Secciones 1 a 5 de la norma. En síntesis, su régimen es el siguiente:

1) Delitos de soborno en sentido activo. La Sección 1 de la *Bribery Act 2010* (*Offences of bribing another person*) recoge las conductas de soborno en su vertiente activa, consistentes en ofrecer, prometer u otorgar un beneficio o ventaja a una persona para inducirla o recompensarla por realizar incorrectamente una «actividad o función relevante».

2) Delitos de soborno en sentido pasivo. La Sección 2 (*Offences relating to being bribed*) recoge las conductas de soborno en su vertiente pasiva, consistentes en solicitar, estar de acuerdo en recibir o aceptar un beneficio o ventaja con la finalidad de realizar incorrectamente una «actividad o función relevante», o como recompensa por haber actuado ya así o en previsión de hacerlo en un futuro.

El concepto de «actividad o función relevante» se define en la Sección 3 (*Function or activity to which bribe relates*) e incluye tanto funciones públicas como actividades comerciales. Es, por tanto, una actividad que se desarrolla en el sector público o privado, siempre que deba llevarse a cabo conforme a la buena fe, la imparcialidad o porque la persona que la desarrolla lo haga desde una posición basada en la confianza.

La *Bribery Act 2010* establece una normativa uniforme para los dos tipos de soborno: cohecho en el ámbito público y delito de corrupción privada. Frente a los sistemas de regulación dualista, que distinguen normas aplicables para cada modalidad (como es el caso de España), se opta en el Reino Unido por una regulación única y común, de manera que no se enfatizan las cualidades del sujeto del delito, sino que se centra en la actividad corrupta. Una crítica sobre esta forma de afrontar la cuestión se muestra en GREEN, 2013:46-49 y 55-65; y ENGLE, 2010:1186.

A diferencia de la *FCPA*, la *Bribery Act 2010* no excluye de su aplicación los *grease payments*, por lo que los mismos también serán considerados actos de soborno. Pero sí cabe excluir de su ámbito (al igual que en el caso de la *FCPA*) los gastos de hospitalidad *bona fide* y los gastos de promoción de negocios, o de otro tipo, que buscan mejorar la imagen de una organización comercial, una mejor presentación de los productos y servicios o establecer relaciones cordiales. Así lo señala *The Bribery Act 2010. Guidance about procedures which relevant commercial organisations can put into place to prevent persons associated with them from bribing* (section 9 of the *Bribery Act 2010*), puntos 26 y 27 -*The Bribery Act 2010. Guidance* es un texto explicativo de aplicación de la norma publicada por el Ministerio de Justicia, en marzo de 2011 (disponible en <https://www.justice.gov.uk>)- (con más detalle, CANNON y SMITH, 2011:95; BEAN y MACGUIDWIN, 2012:15-16; y FISHBEIN, UROFSKY y KELLY, 2011:175).

### **2.2.3. Bribery of foreign public officials**

Se regula en la Sección 6 de la norma y castiga sólo conductas activas de soborno a funcionarios públicos extranjeros, con la finalidad de obtener un negocio o una ventaja en el ámbito de los mismos. El concepto de «funcionario público extranjero» se contempla de modo amplio, ya que abarca a la persona que ocupa un cargo legislativo, administrativo o judicial de cualquier tipo, por designación o elección, siempre que ejerza una función pública para un país extranjero, o para cualquier organismo público o empresa pública de un país extranjero o se trate de un funcionario o agente de una organización internacional pública.

### **2.2.4. Bribery Act 2010 y responsabilidad penal de las personas jurídicas**

Partiendo de esta regulación, es factible afirmar que el foco principal de la norma se concentra en los actos de soborno cometidos en el seno o en nombre de las empresas (RAAD y WRIGHT, 2012:8). En el ordenamiento del Reino Unido cabe distinguir dos posibilidades al respecto: i) responsabilidad penal por los actos de soborno cometidos por los directivos; y ii) responsabilidad penal por los actos de soborno cometidos por las «personas asociadas».

#### **2.2.4.1. Responsabilidad penal por los actos de soborno cometidos por los directivos**

La posibilidad de que se derive responsabilidad penal para una empresa por la comisión de un delito de soborno está reconocida en el Reino Unido, en primer lugar, aplicando los principios del *common law*. De conformidad con los mismos es factible aplicar las Secciones 1, 2 y 6 de la *Bribery Act 2010* a la persona jurídica (esto es, los delitos de soborno activo y pasivo en general y soborno a funcionarios públicos extranjeros) cuando el delito se atribuye a la misma organización comercial en virtud del «principio de identificación». Según el mismo, surge la responsabilidad penal corporativa cuando el delito de soborno se comete por una persona física que ostenta la dirección o expresa la voluntad de la organización (es decir, los altos ejecutivos o altos directivos) -*The Bribery Act 2010. Guidance*: punto 14-. En definitiva, cuando el soborno lo comete lo que podríamos llamar la «mente dirigente» de la empresa, las «personas clave» de la misma situadas en el escalón más alto dentro de la organización (ALLDRIDGE, 2012:1200) -no cualquier empleado o agente de ella (FERGUSON, 1998:6-7)-.

Esta doctrina se estableció en el caso *Tesco Supermarkets v. Natrass* [1972]. En síntesis, lo sucedido fue lo siguiente: la cadena de supermercados *Tesco* ofreció a sus clientes un descuento en un detergente, anunciando el mismo de manera pública en sus establecimientos. Cuando el producto de menor precio se agotó, las tiendas lo reemplazaron por un producto a un precio no rebajado; si bien, en una de ellas, el gerente no retiró los carteles con el anuncio del descuento y a un cliente se le cobró el precio normal. *Tesco* fue acusada por publicidad falsa del precio del detergente. En el juicio, uno de los argumentos de *Tesco* fue que había tomado todas las precauciones razonables y la diligencia debida y que la conducta del gerente no podía dar lugar a su responsabilidad. *Tesco* fue absuelta, entendiendo la sentencia citada que había hecho todo lo posible para hacer cumplir las normas relativas a la publicidad y que el gerente de una tienda no era parte de la «mente» que dirigía la corporación, por lo que su conducta no era atribuible a la misma.

Esta doctrina tiene precedentes anteriores en *Lennard's Carrying Co. Ltd. v. Asiatic Petroleum Co. Ltd.* [1915] y fue, a su vez, modulada por la decisión de la Corte de Apelación en *R. v. British Steel Plc.* En la segunda de las resoluciones citadas, se reconoció la posibilidad de que las empresas pudieran responder penalmente no sólo por los actos de sus directivos, sino también por los de sus subordinados; pero debe tenerse presente que en *R. v. British Steel Plc.* se aplicaba la *Health and Safety at Work etc. Act 1974* y el tribunal entendió que el criterio de la «mente dirigente» no era válido para estos delitos en particular (DIGNAM, 2011:142).

#### **2.2.4.2. Responsabilidad por los actos de soborno cometidos por las «personas asociadas»**

La segunda posibilidad de apreciación de responsabilidad penal de una empresa por un delito de soborno es la figura, ya citada, de *Failure of commercial organisations to prevent bribery*, regulada en las Secciones 7 a 9 de la *Bribery Act 2010*. Se considera que ésta es una de las innovaciones más relevantes de la norma (KOCHAN, 2013:46), en la medida en que permite apreciar la responsabilidad penal de las empresas en el caso de que determinados delitos de soborno se cometan por personas subordinadas a la misma (no por sus altos directivos). Para ello, es preciso que se den los presupuestos siguientes:

1) Que se trate de determinados delitos de soborno, concretamente, los delitos en su modalidad activa. La Sección 7, apartado (1), indica que la organización comercial es culpable si una persona asociada con ella «soborna a otra con la intención de»; haciendo mención expresa en apartado (3)(a) a los delitos previstos en la Sección 1 ó 6 de la norma<sup>13</sup>.

2) Que el delito se cometa por una «persona asociada» a la entidad, tal y como describe esta categoría en la Sección 8, apartado (1), de la norma, que señala que el soborno se debe cometer por una persona «que realiza servicios para o en nombre de la organización».

Los términos empleados son deliberadamente amplios, en la medida en que: i) pretenden abarcar todo el abanico de personas vinculadas a ella y que podrían ser capaces de cometer un acto de soborno en nombre de la misma; ii) a título ejemplificativo, la Sección 8, apartado (3), señala que puede ser un empleado, un agente o representante o una filial y *The Bribery Act 2010. Guidance* (punto 37) añade a los contratistas o los proveedores de servicios; y iii) puede tratarse de una persona física o jurídica. Esta circunstancia ha planteado la posible incompatibilidad de esta formulación con el principio de legalidad (BEAN y MACGUIDWIN, 2012: 345).

Ahora bien, no es necesario que la persona haya sido acusada y condenada por un delito de soborno; pero cuando la Fiscalía no pueda probar más allá de toda duda razonable que se ha cometido un delito de soborno no cabrá aplicar la Sección 7 (*The Bribery Act 2010. Guidance*:punto 37).

3) Que la persona actúe en beneficio o provecho de la entidad.

---

<sup>13</sup> Recordemos que las citadas secciones regulan los delitos activos de soborno y el soborno de funcionarios públicos extranjeros.

4) Que la entidad no haya implementado medidas adecuadas para evitar que personas asociadas con ella realizaran tal conducta. Este requisito se deduce de lo indicado en la Sección 7, apartado (2), al señalar que la persona jurídica podrá «alegar y acreditar que había implementado medidas adecuadas para evitar que personas asociadas con ella realizaran tal conducta». Esto es, si no cuenta con un programa de *compliance* adecuado y eficaz, entonces surgirá su responsabilidad por los hechos de sus empleados; pero si se dotaron de él, podrá acreditarlo así en el juicio y quedar exenta de responsabilidad penal -la denominación de tal circunstancia es variada: se califica de *full defence* (*The Bribery Act 2010. Guidance*:puntos 11 y 33), la «única defensa posible» (RAAD y WRIGHT, 2012:8), una «defensa absoluta» (KOCHAN, 2103:48-51) o una *statutory defence* (GENTLE, 2011:106). Desde esta perspectiva, los efectos de la *Bribery Act* son más intensos que los de la *FCPA*.

Por tanto, en el caso de conductas de soborno cometidas por directivos, a la que nos referíamos anteriormente, la tenencia de tal programa es indiferente, pues si el delito se comete por la «mente dirigente» de la empresa, ésta no podrá oponer el citado programa; pero si el soborno se comete por empleados es factible oponer la existencia del mismo. Esta es la novedad de la Sección 7, que ha sido acogida de manera dispar: algunos autores se muestran a favor, considerando que supera las dificultades de aplicar el «principio de identificación» en las grandes empresas, en las que mediante la descentralización de las actividades y de las responsabilidades es muy difícil, si no imposible, identificar a un alto directivo como responsable de una operación de soborno en particular (ALLDRIDGE, 2012:200; y O'MAY y TORODE:2015). Para otros autores, en realidad, se ha creado un delito basado en una responsabilidad puramente objetiva y se califica como un intento de «restablecer el dominio británico sobre el planeta» o como una «medida draconiana» (BEAN y MACGUIDWIN, 2012:18- 25).

La *Bribery Act 2010* amplía la responsabilidad de las empresas por hechos de sus empleados (no necesariamente directivos) y, a cambio, permite la exclusión de esa responsabilidad si se cumple el requisito de haber implementado las medidas indicadas.

La ampliación de los supuestos de responsabilidad penal, con la consiguiente posibilidad de exclusión en el caso de contar con un programa de *compliance*, causó un gran impacto en el sector empresarial británico. Por ello, en el debate legislativo se consideró oportuno aportar algún tipo de orientación para ayudar a dicho sector en su aplicación. En consecuencia, la norma prevé en su Sección 9 (*Guidance about commercial organisations preventing bribery*) la existencia de una guía para que las organizaciones comerciales prevengan el soborno. Esta es *The Bribery Act 2010. Guidance*, a la que ya nos hemos referido. La misma indica que está destinada a ayudar a las organizaciones comerciales de todos los tamaños y sectores para que entiendan qué tipo de procedimientos pueden poner en marcha para evitar el soborno (*The Bribery Act 2010. Guidance*: punto 3). Sus reglas no son preceptivas y la desviación de los procedimientos sugeridos en ella no es por sí sola una presunción de que una organización no tiene procedimientos adecuados (*The Bribery Act 2010. Guidance*:punto 4).

### 2.2.5. Aplicación extraterritorial de la *Bribery Act 2010*

La *Bribery Act 2010* pretende perseguir el soborno en el Reino Unido, pero también en el extranjero. De conformidad con la Sección 12, para que los tribunales británicos tengan jurisdicción para perseguir los delitos comprendidos en las Secciones 1, 2 y 6, cometidos en el extranjero, será preciso que la persona que los cometa tenga una conexión estrecha con el Reino Unido, porque sea de nacionalidad británica, resida habitualmente en el país o porque, tratándose de una persona jurídica, se haya constituido en dicho territorio (*The Bribery Act 2010. Guidance*:punto 15).

Ahora bien, cuando se trate de la infracción prevista en la Sección 7, este requisito de la conexión estrecha desaparece; de manera que una persona jurídica podrá ser responsable de la infracción si lleva a cabo un negocio o una actividad económica o parte de ella en el Reino Unido -*carrying on business or part of a business*-, cualquiera que sea el país donde se hubiera constituido (*The Bribery Act 2010. Guidance*:punto 15; y HILLS, 2014:475) y cualquiera que sea el país donde hubiera tenido lugar el pago ilícito de que se trate. La clave, por tanto, es que la empresa en cuestión realice «una actividad económica» total o parcialmente en el Reino Unido, lo que incluye una empresa de cualquier país europeo que lleve a cabo algún tipo de actividad económica en el Reino Unido.

*The Bribery Act 2010. Guidance* (punto 36), indica que, en caso de duda, la cuestión debe ser resuelta por los Tribunales, y apela al sentido común para determinar cuándo la «presencia económica» de una entidad en el país será suficiente como para justificar la aplicación de la norma. Sin perjuicio de ello, la doctrina ha puesto de manifiesto la capacidad de la norma para afectar a un gran número de compañías, incluso cuya conexión con el Reino Unido sea mínima (HILLS, 2014: 475; y BINKOVITZ, 2013:82-83). En este sentido, ha sido objeto de debate, por ejemplo, si tener una página *web* dirigida al Reino Unido o generar allí ingresos sería suficiente a estos efectos (ADAMSON, 2011).

## 3. Los compliance programs

### 3.1. La globalización de los *compliance programs*

Según se infiere de las consideraciones realizadas sobre la *FCPA* y la *Bribery Act 2010*, su aplicación extraterritorial supone la posibilidad de que el modelo de responsabilidad penal de las personas jurídicas que prevén -que puede coincidir o no con el previsto en el ordenamiento nacional (o, en el que, incluso, puede no preverse responsabilidad de esta naturaleza)- se aplique a cualquier empresa europea, si se cumplen los requisitos de conexión que hemos examinado. Resulta conveniente en este punto recordar el caso *Siemens*: el hecho de que en Alemania no esté prevista la responsabilidad penal de las personas jurídicas no fue obstáculo alguno para que la empresa fuera sometida a una investigación penal en los Estados Unidos y alcanzara finalmente un acuerdo con las autoridades de este país para evitar su persecución penal.



De conformidad con algunas fuentes, el 30% de las acciones emprendidas con base en la *FCPA* han sido dirigidas contra empresas extranjeras, que habrían hecho frente al 67% del importe total de las multas impuestas. En este mismo sentido, de las diez multas más altas impuestas con base en esta norma, ocho lo fueron a empresas no estadounidenses (LEIBOLD, 2015:234-236); mientras los acuerdos más importantes desde el punto de vista económico alcanzados por vulneraciones previstas en su texto lo han sido con empresas que tampoco eran americanas (LEIBOLD, 2015:238).

Sin perjuicio de las dificultades de elaborar una estadística fiable sobre el número de acciones emprendidas contra las empresas con base en las disposiciones de la *FCPA* (KOEHLER, 2016; y KOEHLER, 2014), sí cabe afirmar que la frecuencia de la aplicación de la *FCPA* y los costes que las empresas tienen que asumir en consecuencia han aumentado exponencialmente en los últimos tiempos. Las compañías que afrontan acciones amparadas en ella asumen gastos millonarios en costes legales, informes contables u otras pericias, además de hacer frente al pago de elevadas multas u otras sanciones pecuniarias (THEMELI, 2014:398). Como consecuencia, el aumento de los gastos en políticas preventivas aumenta de igual forma, incluyendo a estos efectos los gastos derivados de costosas investigaciones internas destinadas a depurar responsabilidades cuando se detectan vulneraciones de la norma, con el fin de que esta «cooperación» con las autoridades se valore en el ejercicio o no de acciones contra la compañía. Como ejemplo, en el año 2008, y a consecuencia del acuerdo que alcanzó con la Fiscalía de los Estados Unidos, que le acusaba de varias infracciones previstas en la *FCPA*, se estima que la compañía alemana *Siemens*, además de abonar las sanciones pecuniarias correspondientes, gastó unos 850 millones de dólares en una investigación interna que se desarrolló durante dos años y que afectó a entidades filiales de más de 30 países (SIVACHENKO, 2013:414).

Es fácil concluir, a la vista de los datos expuestos, que a través de la aplicación de la *FCPA*, los Estados Unidos están exportando y con ello «globalizando» su modelo de lucha contra la corrupción; y algunas de las características de este modelo, que podríamos considerar «genuinamente americanas», están permeabilizándose en otros ordenamientos; entre ellos, los europeos, que, en este campo, como en otros, se «americanizan» (GARRET, 2014:246).

En este punto, es interesante la discusión doctrinal sobre los efectos del ejercicio extraterritorial de la jurisdicción en el campo de la *FCPA*. Algunos autores entienden que el ejercicio extraterritorial de la jurisdicción en el campo de la *FCPA* puede beneficiar a aquellos países que tengan un sistema judicial poco efectivo en este campo; mientras otros pueden pensar que no es sino una forma de imperialismo (GARRET, 2014:243-244). Otros autores han destacado cómo la aplicación extraterritorial de la *FCPA*, dadas las graves consecuencias que puede tener, desincentiva la inversión en países en desarrollo, que tienen altos índices de corrupción y que necesitan, sin embargo, dicha inversión de forma imperiosa (ROHDE, 2014:554-556).

La aplicación de la *Bribery Act 2010*, por su parte, se mueve en la misma dirección y nace también, según lo expuesto, con una clara vocación de aplicación extraterritorial, aunque aún sin tanta repercusión dada su fecha de entrada en vigor; si bien se ha destacado que la aprobación de la *Bribery Act 2010* aumentaría aún más la presión de las autoridades americanas sobre las

empresas extranjeras, en un intento de no perder poder (WEISSMANN y SMITH, 2010:13). Por otro lado, la relevancia que la norma ha otorgado a los programas de *compliance*, de cara a permitir que su alegación pueda eximir a las empresas de responsabilidad penal, alentará a las empresas a nivel mundial, según señala la doctrina científica, para crear estos programas con el fin de disminuir la exposición a la responsabilidad penal, si no lo habían hecho ya debido a la *FCPA* (RYZNAR y KORKOR, 2011:444).

En definitiva, cualquier empresa que aspire a operar en el mercado internacional deberá ajustar el diseño de su programa de *compliance*, como mínimo, a las previsiones exigidas por ambas normas: *FCPA* y *Bribery Act 2010*. Su proyección transnacional es patente y paralela a la potencial aplicación extraterritorial de ellas. Su aplicación fomenta, así, a nivel mundial la creación de estos programas, pues con ello las empresas disminuyen el riesgo de que se declare su responsabilidad penal, al amparo de las mismas. De esta forma el modelo de programa de *compliance* se «globaliza» en el ámbito de la corrupción, como lo hacen las actuaciones de las grandes empresas.

### **3.2. Contenido de un *compliance program* en materia de lucha contra la corrupción**

Los programas de *compliance*, programas de cumplimiento normativo o modelos de organización y gestión -tal como los denomina el legislador español en el artículo 31 bis del Código Penal, tras la reforma operada por la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo-, entendidos como sistemas de control interno para prevenir y descubrir los ilícitos que se cometan al amparo de las estructuras empresariales (BACIGALUPO, 2011:106), son un signo del compromiso de las empresas con el cumplimiento de la ley o, cuando menos, un mecanismo eficaz para la prevención y persecución de tales conductas.

Puede ser susceptible de controversia si estos modelos promueven realmente el comportamiento ético de las compañías (WEAVER, 2014:293; y BLOUNT y MARKEL, 2012:1044-1045), pero lo que no parece discutible es que son un elemento útil en la prevención, detección y persecución de las conductas ilícitas.

En EE. UU., donde la discusión doctrinal sobre este tipo de programas comienza en los años 60 del siglo pasado, la crisis financiera de principios de este siglo ha avivado el debate sobre su utilidad, al menos tal como son concebidos por las *sentencing guidelines* y, particularmente, sobre si realmente fomentan el comportamiento ético de las empresas. En efecto, esta forma de acercarse al problema de la prevención de la comisión de ilícitos en el seno de las estructuras empresariales, a través de la implementación de programas de *compliance*, que crean estructuras destinadas a prevenir y detectar tales conductas -*compliance-based approach*-, no es compartida por todos los estudiosos de esta problemática. Algunos autores entienden que este modelo debe ser sustituido por aquel en el que lo relevante sea el desarrollo dentro de la organización de una cultura ética -*integrity-based approach*- que fomente un comportamiento honorable y responsable de los miembros de la organización, evitando de esta forma la implementación de lo que se ha llamado *cosmetic compliance*; esto es, programas de cumplimiento que lo único que pretenden es rebajar las posibles sanciones a la entidad por la comisión de las conductas

ilícitas de sus empleados (véase, al respecto, BIES, 2014; WEAVER, 2014; y BLOUNT y MARKEL, 2012).

Como vamos a ver con más detalle a continuación, todo programa de cumplimiento deberá incorporar mecanismos adecuados para la detección de las conductas ilícitas que se cometan bajo el paraguas de la organización y para su castigo interno. Además, si la empresa quiere mostrar «su disposición» a colaborar con las autoridades, su denuncia será determinante. Por tanto, las posibilidades de que tales conductas queden impunes disminuyen considerablemente, haciéndolo, en la misma medida, el atractivo de su comisión.

La incorporación a los programas de *compliance* de normas concretas destinadas a prevenir la corrupción aparece como una medida preventiva eficaz para disuadir de su comisión a los miembros de la organización y, por tanto, es una medida esencial para que la organización pueda eludir su propia responsabilidad como entidad (en este punto, son ilustrativos los estudios elaborados por BOLES (2014) y RAAD y WRIGHT (2012), que si bien hacen referencia a la corrupción privada, a nuestro juicio, la eficacia preventiva de los programas de cumplimiento ha de predicarse en la misma medida respecto a la corrupción pública). Los *compliance programs* se convierten en una pieza fundamental en la lucha contra la corrupción en el seno de las estructuras empresariales<sup>14</sup>.

Pero para que ello sea efectivamente así y el programa de cumplimiento sea realmente una herramienta eficaz y no un mero *cosmetic compliance* su contenido deberá ajustarse a unas pautas. Estas deberán seguir, sin duda, las exigencias derivadas de la normativa nacional en su caso, pero, también, y especialmente, tal como hemos destacado con anterioridad, las marcadas por la *FCPA* y la *Bribery Act*. Ambas normas se han convertido en la «punta de lanza» de la lucha global contra la corrupción, independientemente del lugar del mundo donde se produzca el soborno.

Partiendo de estas premisas, las líneas fundamentales que tendría que cumplir un programa de cumplimiento eficaz para prevenir la corrupción serían las siguientes (VINCKE, HEINMANN y KATZ, 1999; OSIFO, 2012; GIAVAZZI, COTTONE y DE ROSA, 2014:111-124; CANNON y SMITH, 2011:97 a 99; SIEBER, 2013:74-76; *Resource Guide*: 57-63; *The Bribery Act 2010. Guidance*:puntos 20-31; y también *ICC Rules on Combating Corruption*, 2011:5<sup>15</sup>):

---

<sup>14</sup> Entre las compañías del *ranking Fortune Global 200*, el 91% de los programas abordan la corrupción y el soborno, el 84% trata la aceptación de regalos y el 75% trata el ofrecimiento de regalos. Sobre este último extremo véase, *The Business Codes of the Fortune Global 200. What the largest companies in the world say and do*, KPMG Advisory N. V., 2014, pág. 17.

<sup>15</sup> Estas últimas reglas son una muestra de la preocupación de organismos, tanto públicos como privados, en establecer criterios que permitan a las empresas adecuar su actividad de acuerdo con las normas internacionales e internas y desarrollar programas de *compliance* efectivos. Otras reglas sobre la materia son: *ICC Anti-corruption clause*, *ICC Fighting Corruption Handbook*, *ICC Third Party Guidelines*, *ICC Guidelines on Whistleblowing*, *ICC Guidelines on Gifts and Hospitality*, *OECD Guidelines for Multinational Enterprises*, *OECD Recommendation for Further Combating Bribery of Foreign Public Officials in International Business Transactions*, *Business Principles for Countering Bribery (Transparency International)*, *PACI Principles for Countering Bribery o Fighting Corruption through Collective Action (World Bank Institute)*.

1) El compromiso de la dirección de la entidad con «la cultura del cumplimiento» - *culture of compliance*-. Los directivos de la compañía han de implicarse en la implementación y vigilancia del programa, porque una sólida cultura ética es la base de un programa de cumplimiento sólido. La lucha contra el soborno debe ser una postura de la entidad y aquellos que la dirigen son los que están en mejor posición para defenderla.

2) Un código de conducta claro, conciso y accesible a todos los empleados, que incorpore las reglas y los procedimientos para su cumplimiento, así como las consecuencias de su incumplimiento. Estos códigos éticos o de conducta no pueden ser meras declaraciones programáticas. A estos efectos el personal de la empresa debe conocer tanto su existencia como sus resultados (BOLES, 2014:171).

En este código ético o de conducta deben incluirse las normas que regulen cuál es la política de la compañía sobre cuestiones tales como el ofrecimiento o aceptación de obsequios, atenciones de hospitalidad o gastos de promoción, para intentar clarificar, en la medida de lo posible, cuándo una determinada práctica comercial puede ser ilícita por encubrir una forma de soborno<sup>16</sup>.

La materia relativa a regalos, atenciones de hospitalidad y gastos de promoción se contempla expresamente en *The Bribery Act 2010 Guidance* (22-36). En este ámbito es especialmente significativo lo sucedido en Alemania, después del denominado *WM-Ticket-Affäre* («caso de las entradas de la Copa Mundial»), consistente, en síntesis, en los hechos siguientes: en 2006, Utz Claassen fue juzgado por un posible delito de cohecho a funcionarios públicos por regalar entradas para la Copa Mundial de Fútbol (que se celebró en Alemania en 2006) a varios cargos públicos. El citado, consejero delegado de la compañía energética *Energie Baden-Württemberg AG (EnBW)*, fue absuelto, pero la incertidumbre que se generó entre las empresas sobre la legalidad de los gastos de hospitalidad y promoción dio lugar a la publicación, en julio de 2011, de la guía *Hospitality und Strafrecht - ein Leitfadens*, por parte de la asociación S20, el Comité Olímpico Alemán y el Ministerio Federal Alemán del Interior. Esta guía considera que es una práctica habitual, por parte de las empresas, la invitación a eventos deportivos y culturales, tanto de posibles socios comerciales como de autoridades y aporta directrices dirigidas a todos los empleados de una compañía y, en particular, a los de los departamentos de *compliance* y a los asesores legales de las empresas, para arrojar luz sobre los problemas asociados a las invitaciones a tales eventos.

3) Una evaluación adecuada, periódica y continua de los riesgos potenciales que afronta la entidad en el ámbito de la corrupción en función de su tamaño, estructura, actividad y mercado.

---

<sup>16</sup> Respecto a las formas bajo las cuales pueden producirse los sobornos, véase *How to Bribe, a typology of bribe paying and how to stop it*, 2014, págs. 8 a 11; y GREENE, C. L., «Bribery, Kickbacks and Payoffs», *McGovern & Greene LLP Article Archives*. Asimismo, véase las sentencias dictadas en los casos *U.S. v. ABB Vetco Gray, United States v. Liebo* -923 F. 2d 1308 (1991)-, o *U.S. v. Metcalf & Eddy, Inc.* En todos estos supuestos las empresas fueron condenadas por ofrecer «regalos» que, en realidad, ocultaban sobornos.

Debe prestarse especial atención a diversos tipos de riesgos, como son: i) *country risk*, o riesgos concretos derivados de la situación de un país; ii) *sectorial risk* o riesgos sectoriales, desde el momento en que hay sectores en los que el riesgo de soborno es más elevado; iii) *transaction risk*, directamente relacionados con el tipo concreto de operación, porque algunas de ellas son, a estos efectos, más arriesgadas que otras; iv) *business opportunity risk*, que son los riesgos que presentan determinados proyectos por su gran valor, su alto número de intervinientes, por no ajustarse a los precios al mercado o por tener unos objetivos poco claros; y iv) *business partnership risk*, esto es, aquellos riesgos que derivan de las asociaciones con otras entidades.

4) Existencia de personal específico, con la autonomía y autoridad necesarias, que se encargue de la vigilancia de la implementación del programa de cumplimiento.

5) Dotación adecuada de recursos económicos para su ejecución, en función de las características de la empresa y de los riesgos que afronte.

6) Una adecuada formación del personal, que deberá contar además con vías para solicitar un asesoramiento urgente si fuera preciso.

7) La existencia de incentivos si se cumple el *compliance*.

8) El control eficaz de los terceros que trabajen para la entidad en concepto de agentes, consultores o distribuidores (*due diligence procedures*).

La entidad debe dotarse de procedimientos adecuados para disminuir el riesgo de que los terceros que realicen actividades en su nombre incurran en prácticas corruptas. También deben solicitar información sobre aquellas personas con las que entablen relaciones comerciales<sup>17</sup>.

9) Un canal de denuncias y un procedimiento para desarrollar las investigaciones internas.

El programa de *compliance* debe diseñar la vía o vías para denunciar internamente posibles comportamientos ilícitos, así como el procedimiento para llevar a cabo las investigaciones internas que sean necesarias, ante la noticia de que estos comportamientos se están llevando a cabo. Del éxito de estas investigaciones y de los datos que las mismas proporcionen dependerá en gran medida la fortaleza de la posición de la entidad si finalmente se le exigen responsabilidades por tales ilícitos; pudiendo beneficiarse, asimismo, de las ventajas que supone el reconocimiento de su disposición a colaborar con las autoridades.

El desarrollo de estas investigaciones genera múltiples cuestiones, derivadas, la mayoría, de la dificultad de establecer un equilibrio entre los intereses de la entidad y los intereses de sus empleados, que pueden no ser coincidentes. También resulta interesante la problemática derivada de la obligación o no de la compañía de facilitar a las autoridades los datos derivados de dicha investigación, en íntima relación con el reconocimiento y alcance, respecto a la entidad,

---

<sup>17</sup> Véase «The Role of Due Diligence in Anti-Corruption Compliance», *ethiXbase*.

de derechos tales como el de la confidencialidad entre abogado y cliente o el derecho a no autoincriminarse.

Resulta aquí interesante destacar que en EE. UU., de conformidad con la doctrina establecida por el Tribunal Supremo Federal, en la sentencia dictada en el caso *Hale v. Henkel* -201 U.S. 43 (1906)-, vigente en la actualidad, las personas jurídicas no son titulares del derecho a no declarar contra uno mismo proclamado en la Quinta Enmienda. Sin embargo, sí lo son del *attorney-client privilege*. Sobre el alcance de esta última garantía resulta esencial la doctrina establecida por el Tribunal Supremo en *Upjohn Co. v. U.S.* -449 U.S. 383 (1981)-, según la cual, en síntesis, la confidencialidad alcanza no solo a las comunicaciones que el abogado de la compañía mantenga con los dirigentes de la entidad, sino también a aquellas que mantenga con otros empleados, si estas están destinadas a prestar asesoramiento o consejo legal a la entidad, que es, en este caso, el cliente.

10) Un régimen de disciplinario interno para los infractores.

11) La evaluación del propio programa para introducir, en su caso, las mejoras que fueran necesarias.

#### **4. Los *deferred prosecution agreements* (DPA)**

Una de las consecuencias fundamentales de la evaluación positiva del *compliance* de las compañías por parte de las autoridades estadounidenses, en el caso de que fueran sometidas a un proceso penal, es, según lo indicado, la no formulación de acusación penal contra ellas.

De conformidad con las pautas incluidas en los *Principles of Federal Prosecution of Business Organizations*, los fiscales, a la hora de evaluar los programas de *compliance* deberán tener en cuenta: el esfuerzo realizado por la dirección de la compañía para su cumplimiento, la cual, por otro lado, no deberá haber animado o presionado a sus empleados a que cometan infracciones para lograr los objetivos de la entidad; la existencia de personal suficiente para ejecutar, auditar, documentar y analizar el cumplimiento citado; la información facilitada a los empleados sobre su existencia y contenido, así como sobre el compromiso de la compañía con su ejecución; y si el programa diseñado es adecuado para detectar el tipo de infracción propia del ámbito de negocio en el que desarrollaba su actividad. En cuanto a este último extremo, la Fiscalía podrá consultar a los distintos departamentos y agencias federales del sector de que se trate.

Asimismo, para evaluar estos programas, la Fiscalía podrá tener en cuenta: si sus directivos controlan realmente las decisiones de sus empleados o meramente las ratifican; si, a estos efectos, están suficientemente informados sobre la marcha de la entidad; si los servicios de auditoría interna son independientes y reciben información exacta; y si se ha establecido un sistema adecuado que permita a la dirección mantenerse informada sobre si la entidad cumple con las normas que le son aplicables.

Esta ausencia de acusación, sea por el no ejercicio de acciones penales, sea por la suspensión del trámite de las ya iniciadas, se reflejará, de ordinario, en la consecución de un acuerdo con

la Fiscalía. La importancia de este tipo de acuerdos con la Fiscalía no es una nota exclusivamente característica de las acciones que se ejerciten en el ámbito de la *FCPA*, sino que es generalizada en todo tipo de delitos. El número de asuntos que llegan finalmente a juicio es ínfimo. El dominio absoluto de estos acuerdos *-plea bargains-* no está exento de polémica, particularmente, por el papel absolutamente preponderante que otorgan a la Fiscalía en el sistema procesal americano, en el que, según algunos, los jueces y el Jurado están siendo relegados a un segundo plano (GREEN, 2013; VELOSKI, 2013; BIBAS, 2011; OREN, 2006; WRIGHT, 2005; STANDEN, 1993; SCOTT y STUNTZ, 1992; y SCHULHOFERT, 1992).

Estos acuerdos pueden ser, fundamentalmente, de tres tipos: i) *plea guilty*, en el que el acusado reconoce su culpabilidad a cambio de una rebaja en la pena o de ser acusado de un delito menos grave; ii) *non-prosecution agreement*, en el que Fiscal no formula acusación, a cambio de que el imputado cumpla una serie de condiciones; y iii) *deferred prosecution agreement*, en el que la Fiscalía sí presenta su escrito de acusación ante el Tribunal, pero no insta la continuación del procedimiento a cambio, de nuevo, del cumplimiento por el imputado de una serie de condiciones. En estos dos últimos casos, si las condiciones establecidas no se cumplen, el proceso penal seguirá su curso, formulándose acusación, en el primer caso, o instando sencillamente su continuación en el segundo (SINGER, 2012:147- 149; y O' REILLY y HANLON et als., 2009:124).

De estos acuerdos, merecen ser destacados, a los efectos de este trabajo, los llamados *deferred prosecution agreements (DPA)*.

En febrero de 2016, *VimpelCom*, la sexta compañía de telecomunicaciones más importante del mundo, con sede en Holanda, alcanzó -en su condición de *issuer*- uno de estos acuerdos con la Fiscalía Federal de los Estados Unidos, consiguiendo así la suspensión del procedimiento penal iniciado contra ella en ese país<sup>18</sup>. Concretamente, se le acusaba de haber conspirado, entre los años 2006 y 2012, para incumplir determinadas obligaciones contables previstas en la *FCPA*, así como para realizar pagos ilícitos -directa e indirectamente, a través de distintas operaciones encubiertas destinadas a ocultar o disfrazar dichos pagos- a miembros del organismo regulador de las comunicaciones en la República de Uzbequistán, para que favorecieran sus negocios en ese país.

Como consecuencia del *DPA*, la compañía holandesa se comprometió a:

1) Abonar 230.326.398,40 dólares a los Estados Unidos, en concepto de sanciones pecuniarias penales.

2) Introducir distintas modificaciones en la política de la compañía sobre el control y prevención de las conductas ilícitas que se habían producido, lo que constituye un punto fundamental del acuerdo. Así, entre otros extremos, se comprometió a revisar y adaptar su programa de *compliance* a las exigencias de la *FCPA* y a contratar un monitor externo -cuya elección final se reserva la Fiscalía entre los candidatos propuestos por la entidad- para que,

---

<sup>18</sup> El acuerdo y su contenido pueden consultarse en <https://www.justice.gov/criminal-fraud/fcpa/cases/vimpelcom>.

durante un período de tres años, supervisara la implementación efectiva de las medidas de control necesarias. También aceptó la obligación de comunicar al *DOJ* cualquier cambio en su estructura societaria o la realización de operaciones de fusión o adquisición de otras compañías para que dicho Departamento pudiera evaluar si con ellas se pretendía dificultar u obstaculizar el cumplimiento del acuerdo.

3) Colaborar con el *DOJ* en cualquier investigación en marcha sobre el asunto.

4) También se acordó poner fin a las acciones civiles iniciadas contra la compañía, entre ellas, aquellas ejercidas por el *DOJ* destinadas a decomisar más de 550 millones de dólares, depositados en bancos suizos y relacionados con los pagos ilícitos o con el blanqueo de tales cantidades. Asimismo, se puso fin a las acciones entabladas por la *SEC*, comprometiéndose la entidad a abonar un total de 375 millones de dólares. *VimpelCom*, por otro lado, también alcanzó un acuerdo con la Fiscalía holandesa, a la que se comprometió a abonar 230.163.199,20 dólares.

En abril de 2016, la entidad anunciaba que había reservado otros 105 millones de dólares para gastos y otros costes legales derivados del cumplimiento del acuerdo alcanzado, advirtiendo que esta cifra podría aumentar, pues no podía aun fijar con exactitud el coste que supondría la implementación de todos los extremos del mismo (CASSIN, 2016).

La exposición de este acuerdo nos permite destacar tres notas fundamentales de los *DPA*.

i) La primera, es la importancia de que la compañía colabore con las autoridades. Este es un extremo crucial. Antes de la consecución del acuerdo, para valorar si el mismo es posible, y después, para velar por su cumplimiento. Las compañías se ven abocadas a asumir un papel de «investigador» paralelo al que corresponde a las autoridades, con el consiguiente aumento de costes, derivados particularmente, como adelantamos en su momento, de las investigaciones internas que realicen para depurar internamente las responsabilidades que correspondan.

La Sección contra el Fraude del *DOJ* ha publicado, el 5 de abril de 2016, bajo la denominación *The Fraud Section's Foreign Corrupt Practices Act Enforcement Plan and Guidance*, un documento que contiene una serie de directrices dirigidas a los Fiscales para llevar a cabo un programa piloto en la aplicación de la *FCPA*. Se trata, básicamente, de fomentar la denuncia voluntaria de las infracciones, la colaboración con las autoridades y, cuando sea pertinente, la implementación de medidas de control y programas de *compliance*. El fomento de estos extremos se llevará a cabo, precisamente, a través de su valoración para decidir el ejercicio de acciones penales o la mitigación de las penas. Resumidamente, los aspectos más relevantes del documento son los siguientes: i) en cuanto a la revelación voluntaria de las infracciones, se destaca que deberá abarcar todos los hechos relevantes y producirse en un tiempo razonable tras su descubrimiento; ii) respecto a la colaboración con las autoridades, para beneficiarse de ella, las compañías, entre otros extremos, deberán poner a disposición de las autoridades todos los datos recopilados durante la investigación interna que hayan realizado, incluido el contenido de las entrevistas con sus directivos y empleados y toda la documentación que haya sido recopilada; y iii) en lo que se refiere a la instauración de medidas de control, la Fiscalía valorará aspectos tales como si la compañía ha instaurado una cultura de



cumplimiento concienciando a los empleados de que no se tolerarán la comisión de ilícitos, si se dedican recursos suficientes a su implementación, la experiencia, profesionalidad e independencia del personal de *compliance* y la realización de auditorías periódicas de los *compliances*.

Las entidades se han convertido en lo que algunos autores han llamado «investigadores adjuntos» del *DOJ* (GRUNER, versión electrónica:§ 8.8) o en *surrogate enforcement agencies* (GRIMM, 2010:277), con el consiguiente desplazamiento de costes desde las agencias públicas al sector privado. Esta tendencia, que es predicable en la persecución de todos los ilícitos corporativos y no solo, por tanto, de los comprendidos en la *FCPA*, supone que, en EE. UU., el Derecho Penal anime a las empresas a servir como un *public trustee*, con responsabilidades en la promoción activa del cumplimiento de la ley y la Administración de Justicia, en aquel sector en el que ejerzan su actividad.

ii) La segunda característica que cabe mencionar respecto a los *DPA* -por otro lado, de especial relevancia- es que estos acuerdos no están sometidos al control judicial. Los jueces federales ni los aprueban ni ejercen ningún tipo de control sobre su contenido. Tampoco sobre su cumplimiento. El papel de la Fiscalía es aquí, de nuevo, absolutamente preponderante (precisamente, la ausencia de control judicial es objeto de importantes críticas, tanto desde algunos sectores de la judicatura como desde la doctrina: GOLUMBIC y LICHY, 2014:1328-1331; y GARRET, 2014:76).

iii) En tercer lugar, cabe destacar el poder que otorgan a la Fiscalía Federal de los Estados Unidos para intervenir en la vida interna de la sociedad. En efecto, un *DPA* tipo suele incluir, entre otras, las siguientes medidas: mejoras en la política de comunicación interna y de formación de la entidad; revisión de sus políticas de *compliance*; adopción de un nuevo programa de cumplimiento; el cierre de una determinada línea de negocios o la realización en ella de cambios para prevenir y compensar las prácticas ilícitas detectadas; la contratación de nuevo personal para el departamento de *compliance* y la realización de cambios en el personal directivo de la compañía al más alto nivel (GRIFFITH, 2016:2089-2090). También es frecuente que estos acuerdos impongan a la entidad el nombramiento de un *monitor* que supervise estas mejoras o, en general, el cumplimiento de cualesquiera otras obligaciones impuestas por el acuerdo (UHLMANN, 2013:1327 y 1328; GOLUMBIC y LICHY, 2014:1312 y 1313; SPIVACK y RAMAN, 2008; y GARRET, 2014:15 y 172-196).

De acuerdo con la guía que sobre el particular publicó la Fiscalía en el año 2008 (*Monford Memo*), la función fundamental de este «supervisor» (*monitor*), que es un tercero independiente, es evaluar y supervisar el cumplimiento de los términos del acuerdo alcanzado así como la evaluación de los controles internos y de los programas de *compliance*. Con este objetivo, podrá emitir informes periódicos, que pondrá en conocimiento tanto de la Fiscalía como de la propia compañía; existiendo la posibilidad de que si esta última no siguiera sus recomendaciones, la primera pudiera tener en cuenta este hecho para valorar un posible incumplimiento del acuerdo -sobre esta figura y sus implicaciones, KHANNA, 2011:226-248; y O'SULLIVAN, 2014:54-55, que entre otros aspectos, pone de manifiesto las críticas que ha suscitado la falta de transparencia en la selección y nombramiento de alguno de estos *monitors*-.

Es fácil inferir que son muchas las críticas que, desde distintas perspectivas, han despertado estos acuerdos entre la doctrina, particularmente, estadounidense. Se alerta, así, sobre el aumento de poder de la Fiscalía, que parte frente a las empresas de una posición claramente ventajosa, dado el riesgo que estas afrontan si se ven sometidas a un proceso penal, y que utiliza dicha posición para «imponer» acuerdos que le permiten intervenir en la vida interna de las compañías (GOLUMBIC y LICHY, 2014; UHLMANN, 2013:1325-1326; y BAER, 2009). Así mismo, su proliferación abre la discusión sobre la relación de este tipo de acuerdos con la aplicación del principio de *non bis in idem*.

Un ejemplo de ello, es lo sucedido en Francia. En junio del año 2015, un Tribunal francés aplicó el principio *non bis in idem* para absolver a varias compañías que, acusadas en Francia de varios delitos, ya habían alcanzado por los mismos hechos un *DPA* con las autoridades americanas con base en la *FCPA*. Entendió el Tribunal francés que el acuerdo alcanzado tenía las características esenciales de una «sentencia» y que, por ello, hacía merecedor a las entidades de la protección de dicho principio (DAVIS y KIRRY, 2015:1-13).

Desde otros sectores doctrinales (BINKOVITZ, 2013:89-92), sin embargo, se señala que, estos acuerdos, de ordinario, suelen ser eficaces y tienen un efecto positivo en el fomento de unos estándares éticos más uniformes en las entidades. Porque, aun cuando su contenido puede variar en función de la naturaleza de los hechos de los que derive y del tipo de entidad afectada, las condiciones que imponen suelen tener cierta similitud; de manera que estas se convierten en un buen indicador de las políticas que las compañías deben adoptar para prevenir la corrupción, siendo pues sumamente ilustrativo atender a ellas a estos efectos.

Este último punto de vista que, en cierta medida, defiende un cierto papel «uniformizador» de este tipo de acuerdos que, más allá de imponer obligaciones concretas a las compañías infractoras, estarían imponiendo nuevas prácticas y nuevas formas de hacer negocios (GRIFFITH, 2016:2090), resulta aún más interesante si tenemos en cuenta que los *DPA*, propios de la justicia estadounidense y definidos a grandes rasgos de la manera expuesta, se están comenzando a «exportar» a Europa. Así, al inicio del encuentro ministerial anti-corrupción de la *OCDE*, en París, en marzo de 2016, distintas organizaciones (entre otras, Transparencia Internacional) reclamaron que la *OCDE* regulara unos estándares para los acuerdos alcanzados en casos de corrupción en el extranjero, para así mejorar su eficacia y efecto disuasorio (DANON, 2016).

En Gran Bretaña, están en vigor, desde el 24 de febrero de 2014, tras la modificación de la *Crime and Courts Act* de 2013. Compartiendo su esencia con el modelo federal estadounidense, presenta, sin embargo, una diferencia importante, cual es un mayor control judicial. En efecto, de conformidad con las previsiones contenidas en la norma citada, iniciadas las negociaciones, su existencia deberá ponerse en conocimiento del Tribunal (este Tribunal es la *Crown Court*) para que este declare que la consecución del acuerdo será probablemente beneficioso para los intereses de la Justicia y que los términos propuestos son justos, razonables y proporcionados (anexo 17 de la Ley, apartado siete). Asimismo una vez conseguido, el Tribunal deberá aprobar el acuerdo declarando que, en efecto, el mismo es en interés de la Justicia y que sus términos son justos, razonables y proporcionados (anexo 17 de la Ley, apartado octavo).

Pues bien, el primer *DPA* aprobado por los Tribunales Británicos ha sido precisamente en un supuesto de corrupción. El acuerdo se alcanzó en noviembre del año 2015, entre la *Serious Fraud Office* y el *ICBC Standard Bank*, al que se le imputaba la infracción prevista en la Sección 7 de la *Bribery Act 2010*; esto es, no haber prevenido el pago de sobornos por uno de sus «asociados». Concretamente, se le acusaba de haber permitido el pago de seis millones de dólares -a través de una filial en Tanzania (*Stanbic Bank Tanzania*)- a un alto funcionario del país, para que influyera en los miembros del Gobierno y favorecer así los negocios de *ICBC Standard Bank*. Según el contenido del acuerdo, la citada entidad, además de aceptar su responsabilidad por la infracción en cuestión y con ello el pago de la sanción pecuniaria correspondiente, se comprometía a continuar colaborando con la investigación en marcha y a revisar y mejorar su programa de *compliance*, incluyendo el compromiso de que un tercero independiente revisara los progresos de la compañía en este campo<sup>19</sup>.

El hecho de que sea precisamente Gran Bretaña el primer país europeo que haya adoptado este tipo de acuerdos resulta especialmente relevante dada la vocación de aplicación extraterritorial de la *Bribery Act 2010*.

Más dificultades están encontrando estos acuerdos en un país como Francia. El Consejo de Estado, en marzo de este año, se mostró contrario a que el proyecto de ley para la transparencia y modernización de la vida económica, que pretende, entre otras cosas, prevenir el soborno en el extranjero e intensificar la lucha contra él, incluyera estos acuerdos. Según el Ministro de Economía del país galo, con su introducción se pretendía reforzar la lucha contra este tipo de corrupción, teniendo muy en cuenta, precisamente, el impacto que para la imagen y la soberanía del país tenía que empresas francesas fueran castigadas por estas conductas en otras jurisdicciones, entre ellas, Estados Unidos (DANON, 2016).

En noviembre de 2015, fue la compañía francesa de transporte *Alsmton* quien alcanzó un acuerdo con la Fiscalía Federal de los Estados Unidos (en su caso un *plea guilty*). La compañía fue condenada a abonar 772.290.000 dólares por haber pagado más de 75 millones en sobornos a funcionarios extranjeros, en países como como Indonesia, Arabia Saudí o Egipto. La compañía fue condenada por un Juez Federal del Distrito de Connecticut después de que, en diciembre del año 2014, hubiera alcanzado un acuerdo con la Fiscalía y se hubiera declarado culpable de varias violaciones de la *FCPA*. Junto a ella fueron condenadas, también de conformidad con los respectivos acuerdos alcanzados con la Fiscalía, varias de sus filiales, acusadas de haber conspirado para vulnerar la *FCPA*. La multa impuesta a la entidad matriz es, hasta el momento, la más alta jamás impuesta al amparo de la *FCPA* y a estos efectos se tuvieron en cuenta, entre otros factores, hechos tales como que la entidad no reveló voluntariamente los ilícitos que se estaban cometiendo, su negativa a colaborar con las investigaciones durante varios años o la carencia de un programa de *compliance* cuando tuvieron lugar los pagos

---

<sup>19</sup> Véase la información al respecto facilitada en *FCPA UPDATE, A Global Anti-Corruption Newsletter*, Debevoise & Plimpton, enero 2016; y «A Closer Look At The U.K.'s First Deferred Prosecution Agreement», en *FCPA Professor*, 8 de diciembre de 2015.

ilícitos. También en este caso se entendió que la entidad francesa reunía la condición de *issuer* a los efectos de aplicación de la *FCPA*.

Su acogida sin embargo, según lo dicho, no ha sido positiva.

## 5. Conclusiones

En la situación actual del comercio entre EE. UU. y Europa, las relaciones entre las empresas de ambos «continentes» se deben regir por los principios de libertad económica y lealtad competitiva, en aras a la consecución de la mayor eficiencia de los mercados.

Los actos de soborno encaminados a la obtención de contratos o negocios atacan esos principios, en la medida en que las decisiones económicas se basan en factores ajenos a los mismos y conllevan graves efectos económicos para las empresas que los cometen, sus competidores, los consumidores y los mecanismos de competencia. Con ello se compromete la estabilidad y credibilidad del propio sistema de mercado, porque las empresas acabarán retirándose de aquellos países en los que se vean abocadas a competir con otras en tales condiciones.

La persecución de tales actos es una preocupación por parte de los Estados, para lo cual se han firmado varios tratados internacionales; de manera que las legislaciones internas han procedido a tipificar penalmente los actos de soborno (público y privado) en las relaciones comerciales, no sólo internas sino transnacionales. Esas regulaciones tienen, entre otros, dos factores destacables: la posibilidad de aplicación extraterritorial y la necesidad de que se prevea la responsabilidad de las personas jurídicas en tal ámbito.

La aplicación extraterritorial de las legislaciones antisoborno supone la confluencia de diversas normas nacionales sobre una misma realidad. Si las relaciones económicas se liberalizan entre los Estados, también ocurre lo mismo con las legislaciones al efecto: al igual que se prevé que la norma propia tenga vigencia en el extranjero, se acepta que la norma ajena pueda ser aplicada en el territorio propio. Se pretende obtener, de tal manera, un «Derecho anticorrupción» transfronterizo, como mecanismo de protección de la eficiencia competitiva.

La mejor muestra de ese Derecho transfronterizo son la *FCPA* y la *Bribery Act 2010*. La primera norma nace con una vocación única: perseguir el soborno en el extranjero; mientras que la segunda toma el relevo y prevé un régimen de aplicación extraterritorial sumamente amplio. Ambas normas imponen a todas las empresas europeas y estadounidenses, que quieran tener cierta proyección internacional, un régimen antisoborno que debe ser observado por su parte. Es decir, cualquier empresa de EE. UU. que quiera competir en Europa y, al contrario, cualquier empresa europea que quiera competir en EE. UU. debe fijar su mirada en las disposiciones de ambas normas. No es aventurado afirmar que haciéndolo así y actuando en consecuencia también estarán respetando, con un alto grado de probabilidad, su propia legislación nacional.

La aplicación práctica de las disposiciones legales citadas se está produciendo, en la actualidad, mediante dos mecanismos: los programas de *compliance* y los *DPA*.

La dos normas citadas reconocen la responsabilidad penal de las personas jurídicas, con el consiguiente efecto de la tenencia e implementación de un programa de *compliance*; efecto que puede dar lugar desde una disminución de la pena hasta la exclusión de la responsabilidad. Si las corporaciones empresariales están interesadas en evitar su exposición a una responsabilidad penal, las mismas acabarán teniendo en cuenta cuáles son los *compliance programs* que se consideran respetuosos con la *FCPA* y la *Bribery Act 2010*. Si volvemos al ejemplo anterior, a cualquier empresa que quiera competir en Europa y/o en EE. UU. no le basta con fijar su mirada en las disposiciones legales. Ese es un paso necesario, pero no definitivo, ya que además está obligada a estudiar qué *compliance programs* están extendiéndose, precisamente por su respeto con tales disposiciones legales. En consecuencia, cabe hablar de una *vis expansiva* de esos programas: amplían su alcance y traspasan los contornos de una entidad o entidades concretas, para ir paulatinamente convirtiéndose en «modelos globales», que uniformizan la respuesta ante los actos de soborno.

Aquí alcanzan relevancia los *DPA*, porque un elemento que determina la superación del test de respeto de la legalidad indicado, por parte de uno de esos programas, es que haya sido valorado e, incluso, impuesto por la Fiscalía estadounidense (y ahora por las autoridades de otros países en los que los *DPA* se han introducido) en el marco de un acuerdo concreto. Es decir, de aquellos *compliance programs* que se dan por buenos en un *DPA* las empresas pueden tomar las normas que mejor se adapten a sus características, a la naturaleza, ámbito y volumen de sus operaciones y a los actos de soborno que se pretenden prevenir y detectar en su seno. Porque de aquello que un *DPA* muestre que una empresa ha errado, otra entidad puede obtener una solución.

El ordenamiento español no puede mostrarse insensible ante estas tendencias.

La elaboración e instauración de modelos de organización y gestión (en la terminología del art. 31 bis CP), con reglas específicas sobre los actos de soborno, debería ser ya entendida como una necesidad por el sector empresarial, especialmente si pretende operar en un mercado internacional. La introducción de los mismos en la reforma del Código Penal de 2015 los convierte en un mecanismo ineludible e inaplazable para luchar contra la corrupción; operando, claro está, no solo con las previsiones del Código Penal, sino especialmente con las recogidas en las normas ya citadas, que son las que señalan los hitos del camino a recorrer.

Mayores dificultades plantea la posible instauración de los *DPA*, ante la tradición con la que opera el principio de legalidad en relación con la actuación del Ministerio Fiscal. Pero el marco de los delitos de corrupción sería, posiblemente, un buen laboratorio en el que avanzar hacia un margen más amplio de actuación para el principio de oportunidad. La experiencia del Derecho comparado muestra resultados en este campo que pueden considerarse como positivos.

En definitiva, y como se encabeza este trabajo: se inicia una nueva etapa -a nuestro juicio, llena de retos apasionantes- en el camino hacia un «Derecho anticorrupción» sin fronteras.

## Bibliografía

ABIKOFF, K. T., *Corporate Governance: avoiding and responding to misconduct*, 2013 (versión electrónica).

ADAMSON, B. «The Bribery Act 2010: Implications for offshore jurisdictions», *Conyers Dill & Pearman*, junio 2011.

AINSLIE, E. K., «Indicting Corporations Revisited: Lessons of the Arthur Andersen Prosecution», *43 Am. Crim. L. Rev.* 107 (2006).

ALLDRIDGE, P., «The U.K. Bribery Act: "The Caffeinated Younger Sibling of the FCPA"», *73 Ohio St. L.J.*, 1181 (2012).

ANDVIG, J. C., «Remarks on Private-to-private corruption», *NUPI*, nº 635, diciembre 2002.

ARKIN, S. S., *Business Crime. Criminal Liability of the Business Community*, 2013 (versión electrónica).

BACIGALUPO, E., «La prevención de la responsabilidad penal y administrativa de las personas jurídicas y los programas de *compliance*», en *Compliance y Derecho Penal*, 2011.

BAER, M. H., «Governing Corporate Compliance», *B.C. L. Rev.* 949 (2009).

BEALE, S. S., «The Development and Evolution of the U.S. Law of Corporate Criminal Liability», enero, 2014 (texto presentado por la autora en una conferencia dada en las *German Conference on Comparative Law*, que se celebraron en Marburg, Alemania, en septiembre de 2013).

BEAN, B. W. y MACGUIDWIN, E. H., «Expansive Reach-Useless Guidance: An Introduction to the U.K. Bribery Act 2010», *18 ILSA J. Int'l & Comp. L.* 323 (2012).

BECKER, B. R., «Corporate Successor Criminal Liability: The Real Crime», *19 Am. J. Crim. L.* 435 (1992).

BIES, R. J., «Reducing Criminal Wrongdoing within Business Organizations: The Practice and Political Skills of Integrity», *51 Am. Crim. L. Rev.* 225 (2014).

BIBAS, S., «Regulating the Plea-Bargaining Market: From Caveat Emptor to Consumer Protection», *99 Cal. L. Review*, 1117 (2011).

BINKOVITZ, I. A., «Recent Changes in U.S. and U. K. Overseas AntiCorruption Enforcement Under the FCPA and the U.K. Bribery Law: Private Equity Compliance», *3 Mich.Bus. & Entrepreneurial L. Rev.* 75 (2013).

BIXBY, M., «The Lion Awakens: The Foreign Corrupt Practices Act 1977 to 2010», *12 San Diego Int'l L.J.* 89 (2010).

BLOUNT, J. y MARKEL, S., «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 provision», *17 Fordham J. Corp. & Fin. L.* 1023 (2012).

BLUMBERG P. I., STRASSER K. A., GEORGAKOPOULOS N. L., GOUVIN E. J. y FOWLER J. W., *Blumberg on Corporate Groups*, 2ª ed., 2005 (actualizado abril 2014).

BOLES, J., «Examining the Lax Treatment of Commercial Bribery in the United States: A Prescription for Reform», *51 Am. Bus. L. J.*, 119 (2014).

BONSTEAD, C., «Removing the FCPA Facilitation Payments Exception: Enforcement tools for a cleaner business as usual», *36 Hous. J. Int'l L.* 503 (2014).

*The Bribery Act 2010. Guidance about procedures which relevant commercial organisations can put into place to prevent persons associated with them from bribing (section 9 of the Bribery Act 2010)* (<https://www.justice.gov.uk>).

BRICKEY, K. F., *Corporate Criminal Liability. A Treatise on the Criminal Liability of Corporations, their Officers and Agents*, 2ª ed., 1992 (actualizado a diciembre de 2012).

- «Andersen's Fall from Grace», *81 Wash. U. L. Q.* 917 (2003).

- *Corporate and White Collar Crime. Cases and Materials*, 5ª ed., 2011

BROWN, L. H., «The Foreign Corrupt Practices Act Redux: The Anti-Bribery Provisions of the Foreign Corrupt Practices Act», *12 Int'l Tax & Bus. Law* 260 (1994).

BROWN, H. L., «Successor Corporate Criminal Liability: The Emerging Federal Common Law», *49 Ark. L. Rev.* 469 (1996).

BUCY, P. H., «Corporate Criminal Liability, When does it make sense?», *46 Am. Crim. L. Rev.* 1437 (2009).

BUELL, S. W., «Criminal Procedure within the Firm», *59 Stan. L. Rev.* 1613 (2007).

*The Business Codes of the Fortune Global 200. What the largest companies in the world say and do*, KPMG Advisory N. V., 2014 (<https://www.kpmg.com>).

CANNON, M. L. y SMITH, R. C., «US Foreign Corrupt Practices Act versus the UK Bribery Act: a perspective from both sides of the Pond», *Serious Economic Crimes. A boardroom guide to prevention and compliance*, 2011.

CASSIN, R. L., «It's spooky: VimpelCom publishes an FCPA damage report», *The FCPA Blog*, 4 de abril de 2016.

CLARK, S., «New solutions to the age-old problem of private-sector bribery», *97 Minn. L. Rev.*, 2285 (2013).

«A Closer Look At The U.K.'s First Deferred Prosecution Agreement», en *FCPA Professor*, 8 de diciembre de 2015.

COURT E. y LICHY, A. D., «The 'Too Big to Jail' Effect and the Impact on the Justice Department's Corporate Charging Policy», *Hastings Law Journal*, vol. 65, nº 5, 2014.

DANON, E., «France: Foreign anti-bribery bill won't allow corporate settlements», *The FCPA Blog*, 28 de marzo de 2016.

DAVIS, F. T. y KIRRY, A. F., «A Recent Decision in France Applies “International Double Jeopardy” Principles to U.S. DPAs», *FCPA Update. A Global Anti-Corruption Newsletter*, September 2015.

DEMING, S. H., «FCPA Prosecutions. The Critical Role of the Accounting and Recordkeeping Provisions», *2010 Bus. L. Today* 1 (2010).

DIGNAM, A., *Hicks & Goo's Cases and Materials on Company Law*, 7ª ed., 2011.

DRESSLER, J., *Understanding Criminal Law*, 2015.

EMANUEL, S. L., *Criminal Law*, 7ª ed., 2010.

ENGLE, E., « I Get by with a Little Help from my Friends - Understanding the U.K. Anti-Bribery Statute, by Reference to the OECD Convention and the Foreign Corrupt Practices Act», *44 Int'l Law*. 1173 (2010).

*FCPA UPDATE, A Global Anti - Corruption Newsletter*, Debevoise & Plimpton, enero 2016 (<http://www.debevoise.com>).

FELD, K., «Controlling the Prosecution of Bribery: Applying Corporate Law Principles to define a “foreign official” in the Foreign Corrupt Practices Act», *88 Wash. L. Rev.* 245 (2013).

FELLMETH, A. X., «Cure Without a Disease: The Emerging Doctrine of Successor Liability in International Trade Regulation», *31 The Yale Journal of International Law* 126 (2006).

FERGUSON, G., «Corruption and Corporate Criminal Liability», *The International Centre for Criminal Law Reform and Criminal Justice Policy*, mayo, 1998.

FISHBEIN, S., UROFSKY, P. y KELLY, R., «The UK Bribery Act 2010», *44 The Review of Securities & Commodities Regulation*, 171 (2011).

FOFFANI, L., «La corrupción en el sector privado: la experiencia italiana y del derecho comparado», *Revista penal*, nº 12, 2003 (también con el título de «La corrupción en el sector privado: la experiencia italiana», en PÉREZ ÁLVAREZ. F. –ed.-, *Serta. In memoriam Alexandri Baratta*, 2004).



*The Fraud Section's Foreign Corrupt Practices Act Enforcement Plan and Guidance* (<https://www.justice.gov>).

GABRIEL, D. B., «The Scope of Bribery under the Travel Act», 70 *J. Crim. L. & Criminology* 337 (1979).

GARDINER, J. A., «Defining corruption», 7 *Corruption and reform*, 111 (1993).

GARRET, B. L., *Too Big to Jail. How Prosecutors compromise with Corporations*, 2014.

GIAVAZZI, S., COTTONE, F. y DE ROSA, M., «The ABC Model: The General Framework for an Anti-Bribery Compliance Program», en MANACORDA, S., CENTONZE, F. y FORTI, G. (ed.), *Preventing Corporate Corruption: The Anti-Bribery Compliance Model*, 2014.

GILCHRIST, G. M., «Condemnation Without Basis: An Expressive Failure of Corporate Prosecutions», 64 *Hastings L. J.* 1121 (2013).

GOLD, N. A., «Corporate Criminal Liability: Cooperate, and You Won't Be Indicted», 8 *Geo. J.L. & Pub. Pol'y* 147 (2010).

GOLUMBIC, C. E. y LICHY, A. D., «The “Too Big to Jail”: Effect and the Impact on the Justice Department’s Corporate Charging Policy», 65 *Hastings L.J.* 1293 (2014).

GORDON, S. M., «The Foreign Corrupt Practices Act: Prosecute Corruption and End Transnational Illegal Logging», 43 *B.C. Envtl. Aff. L. Rev.* 111 (2016).

GREEN, B. A., «Right to Plea Bargain with Competent Counsel after Cooper and Frye: Is the Supreme Court Making the Ordinary Criminal Process Too Long, Too Expensive, and Unpredictable in Pursuit of Perfect Justice», 51 *Duq. L. Rev.* 735 (2013).

GREEN, S. P., «Official and commercial bribery: should they be distinguished?», en HORDER, J. y ALLDRIDGE, P. (Editores), *Modern Bribery Law. Comparative Perspectives*, 2013.

GREEN, S. P. y KUGLER, M. B., «Public perceptions of white collar crime culpability: bribery, perjury, and fraud», 75 *Law and Contemporary Problems*, 33 (2012).

GREENE, C. L., «Bribery, Kickbacks and Payoffs», *McGovern & Greene LLP Article Archives*.

GREENBERG, J. D. y BROTMAN, E. C., «Strict Vicarious Liability for Corporations and Corporates Executives: Stretching the Boundaries of Criminalization», 51 *Am. Crim. L. Rev.*, 79 (2014).

GRIMM, D. J., «The Foreign Corrupt Practices Act in Merger and Acquisition Transactions: Successor Liability and its Consequences», 7 *NYU J. Law & Business* 247 (2010).

GRIFFITH, S. J., «Corporate Governance in an Era of Compliance», 57 *William & Mary L. Rev.* 2075 (2016).

GRIFFITHS, K., «Criminalising Bribery in a Corporate World», 27 *Criminal Justice*, 251 (marzo 2016).

GRUNER, R., *Corporate Criminal Liability and Prevention* (versión electrónica).

HASNAS, J., «A Context for Evaluating Department of Justice Policy on the Prosecution of Business Organizations: is the Department of Justice Playing in the Right Ball Park?», 51 *Am. Crim. L. Rev.* 7 (2014).

HENNING, P. J., TASLITZ, A., PARIS, M. L., JONES, C. E. y PODGOR E. S., *Mastering Criminal Procedure*, 1ª ed., 2010.

HESS, D., «Corruption in the value chain: private-to-private and private-to-public corruption», en *Global Corruption Report 2009. Corruption and the private sector*, 2009.

HILLS, L., «Universal Anti-Bribery Legislation Can Save International Business: a Comparison of the FCPA and the UKBA in an Attempt to Create Universal Legislation to Combat Bribery around the Globe», 13 *Rich. J. Global L. & Bus.* 469 (2014).

HODGSON, G. y JIANG, S., «The economics of corruption and the corruption of economics: an institutionalist perspective», 41 *Journal of Economic Issues*, 1043 (2007).

*How to Bribe, a typology of bribe paying and how to stop it*, 2014 (<http://www.transparency.org.uk>).

HUBER, B., «La lucha contra la corrupción desde una perspectiva supranacional» (traducción del original «Die Bekämpfung der Korruption aus supranationaler Sicht» por Ontiveros Alonso M.), en HUBER, B., *Cuestiones del Derecho Penal europeo*, Dykinson, Madrid, 2005 (también en *Revista Penal*, nº 11, 2003).

HUNTINGTON, S. P., *Political order in changing societies*, 1973.

*ICC Rules on Combating Corruption* (<http://www.iccwbo.org>).

KAMISAR, Y., LAFAVE, W. R., ISRAEL, J. H., KING N. J. y KERR, O. S., *Modern Criminal Procedure. Cases-Comments-Questions*, 12ª ed., 2008 (actualizado a 2011).

KAUFMANN, D., «Corruption: the facts», 107 *Foreign Policy*, 114 (1997).

KHANNA, V.S., «Reforming the Corporate Monitor?», en ANTHONY, S. y BARKOW, R. E. (Editores), *Prosecutors in the Boardroom: Using Criminal Law to regulate*, 2011.

KOCHAN, N., «The UK Bribery Act: Britain's New Legal Landscape», *Criminal Justice*, American Bar Association, vol. 28, nº 3, otoño 2013.

KOEHLER, M., «The Story of of the Foreign Corrupt Practices Act», 73 *Ohio St. L.J.* 929 (2012).

- «A Foreign Corrupt Practice Act Narrative», *22 Mich. St. J. Int'l L.* 961 (2014).
  - «A Common Language to Remedy Distorted Foreign Corrupt Practices Act Enforcement Statistics», *68 Rutger Univ. L. Rev.* 553 (2016).
- LAFAVE, W. R., *Criminal Law*, 5<sup>a</sup> ed., 2010.
- LEIBOLD, A., «Extraterritorial Application of The FCPA Under International Law», *51 Willamette L. Rev.* 225 (2015).
- LINDSAY, C., «More than You Bargained for: Successor Liability under the U.S. Foreign Corrupt Practices Act», *35 Ohio N.U. L. Rev.* 959 (2009).
- LIPPER, G. M., «Foreign Corrupt Practices Act and the Elusive Question of Intent» *47 Am. Crim. L. Rev.* 1463 (2010).
- LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J., *Tratado de Derecho Procesal Penal*, 6<sup>a</sup> ed., 2014.
- MANACORDA, S., «Towards an Anti-Bribery Compliance Model: Methods and Strategies for a “Hybrid Normativity”», en MANACORDA, S., CENTONZE, F. y FORTI, G. (Editores), *Preventing Corporate Corruption: The Anti-Bribery Compliance Model*, 2014.
- MANNING T. J., «Private Equity and the FCPA: Deal-Making as Reform Mechanism», *42 Peppág. L. Rev.* 377 (2015).
- MARTIN, E. W., «Deferred Prosecution Agreements: Too Big to Jail and the Potential of Judicial Oversight Combined with Congressional Legislation», *18 N.C. Banking Inst.* 457 (2014).
- MEDWED, D. S., *Title Prosecution Complex: America' Race to Convict and Its Impact on the Innocent*, 1<sup>a</sup> ed., 2012.
- MINKES, J. y MINKES L., *Corporate and White Collar Crimes*, 1<sup>a</sup> ed., 2008.
- NARINE, M., «Whistleblowers and Rogues: The Urgent Call for an Affirmative Defense to Corporate Criminal Liability», *62 Cath. U. L. Rev* 41 (2012).
- NICHOLLS, M., DANIEL, T., BACARESE, A. y HATCHARD, J., *Corruption and Misuse of Public Office*, 2<sup>a</sup> ed., 2011.
- NYE, J. S., «Corruption and political development: a cost-benefit analysis», *61 American Political Science Review*, 417 (1967).
- OREN, G., «Partial Ban on Plea Bargains», *27 Cardozo Law Review* 5 (2006).
- ORMEROD, D. C., *Blackstone's Criminal Practice*, 22<sup>a</sup> ed., 2012.

OSIFO, C., «Combating Bribery as an Issue of Different Dimensions», *Proceedings of the University of Vaasa, Working Papers* 5, 2012.

O'MAY, N. y TORODE, J., «Financial Crime and Corporate Criminal Liability: What Next?», *Banking and finance disputes review*, mayo, 2015.

O'REILLY, J. T., HANLON, J. P. et al., *Punishing Corporate Crime. Legal Penalties for Criminal and Regulatory violations*, 1ª ed., 2009.

O'SULLIVAN, J. R., «How Prosecutors Apply the "Federal Prosecutions of Corporations" Charging Policy in the Era of Deferred Prosecutions, and What That Means for the Purposes of the Federal Criminal Sanction», *51 Am. Crim. L. Rev.* 29-77 (2014).

PARK, S. y SONG, J., «Corporate Criminal Liability», *50 Am. Crim. L. Rev.* 729 (2013).

PIETH, M., «La armonización del Derecho penal: la prevención de la corrupción como caso de estudio», en DELMAS-MARTY, M., PIETH, M. y SIEBER, U. (dir.), *Los caminos de la armonización penal*, 2009.

PODGOR, E. S., «A New Corporate World mandates a "Good Faith Affirmative Defense», *44 Am. Crim. L. Rev.* 1537 (2007).

PODGOR, E. S. e ISRAEL, J. H., *White Collar Crime In a Nutshell*, 4ª ed., 2009.

POLLACK, B. J. y WARTANIAN, R. A., «Lone Wolf or the Start of a New Pack. Should the FCPA Guidance Represent a New Paradigm Evaluating Corporate Criminal Liability Risk?», *51 Am. Crim. L. Rev.* 121 (2014).

*Principles of Federal Prosecution of Business Organizations* (<https://www.justice.gov>).

RAAD, A. y WRIGHT, L., «Global Anti-Corruption Compliance: The One-Stop Shop», *Criminal Justice*, American Bar Association, invierno 2012.

«Recent Cases. Foreign Corrupt Practices Act. *United States v. Esquenazi*. Eleventh Circuit Defines "Government Instrumentality" under the FCPA. Recent case: 752 F 3d 912 (11th Cir. 2014)», *28 Harv. L. Rev.* 1500 (2015).

*Resource Guide to the U.S. Foreign Corrupt Practices Act* (<https://www.justice.gov>).

*Restatement of the law third, Agency*, American Law Institute, 2006 (<https://www.ali.org>).

ROHDE, C. «A New Affirmative Defense to the FCPA for Countries Exiting Major Internal Strife», *13 Rich. J. Global L. & Bus.* 545 (2014).

ROHLFSEN, R. J., «Recent Developments in Foreign and Domestic Criminal Commercial Bribery Laws», *2012 U. Chi. Legal F.* 151 (2012).

«The Role of Due Diligence in Anti-Corruption Compliance», *ethiXbase* (<http://ethixbase.com>).

ROSE-ACKERMAN, S., *La corrupción y los gobiernos: causas, consecuencias y reforma*, 2001 (traducción de Alfonso Colodrón Gómez).

- «Corruption and government», *15 International Peacekeeping*, 328, junio 2008.

RYZNAR, M. y KORKOR, S., «Anti-Bribery Legislation in the United States and United Kingdom: A Comparative Analysis of Scope and Sentencing», *76 Missouri L. Rev.*, 415 (2011).

SCHWARTZ, I., «Toward improving the Law and Policy of Corporate Criminal Liability and Sanctions», *51 Am. Crim. L. Rev.* 99 (2014).

SCHULHOFERT, S. J., «Plea Bargaining as Disaster», *101 Yale L. J.* 1979 (1992).

SCOTT, R. E. y STUNTZ, W. J., «Plea Bargaining as contract», *101 Yale L. J.* 1909 (1992).

SHU, X., «Contagion Effect of Unethical Pro-Organizational Behavior among Members within Organization», *Metallurgical and Mining Industry Journal*, nº 5, 235 (2015).

SHULMAN, S., «The Criminalization of Bribery: Can the Foreign Corrupt Practices Act be Applicable to the Anti-Bribery Provisions of The United Nations Convention Against Corruption?», *29 Am. U. Int'l L. Rev.*, 718 (2014).

SIEBER, U., «Los programas de *compliance* en el derecho penal de la empresa. Una nueva concepción para controlar la criminalidad económica» (traducción de Manuel A. Abanto Vásquez, del original «Compliance-Programme im Unternehmensstrafrecht. Ein neues Konzept zur Kontrolle von Wirtschaftskriminalität», en *Festschrift für Klaus Tiedemann*, 2008), en ARROYO ZAPATERO, L. y NIETO MARTÍN, A. (dir.), *El Derecho Penal económico en la era compliance*, 2013.

SINGER, R. G., *Criminal Procedure II: from bail to jail*, 3ª ed. 2012.

SINGER, R. G. y LA FOND, J. Q., *Criminal Law*, 6ª ed., 2013.

SIVACHENKO, I., «Corporate Victims of "Victimless Crime" How the FCPA's Statutory Ambiguity, Coupled with Strict Liability, Hurts Business and Discourages Compliance», *54 B.C. L. Rev.* 393 (2013).

SPIVACK, P. y RAMAN, S., «Regulating the 'New Regulators': Current Trends in Deferred Prosecution Agreements», *45 Am. Crim. L. Rev.* 159 (2008).

STANDEN, J., «Plea Bargaining in the Shadow of the Guidelines», *81 Cal. L. Rev.* 1471 (1993).

STRADER, K. J., *Understanding White Collar Crime*, 3ª ed., 2011.

STRAUS, E. N., «"Easing out" The FCPA Facilitation Payment Exception», *93 B.U. L. Rev.* 235 (2013).

SUTHERLAND, E. H., «White-Collar Criminality», *5 American Sociological Review*, 1 (1940).

THEMELI, S., «FCPA Enforcement and the Need for Judicial Intervention», *56 S. Tex. L. Rev.* 387 (2014).

THOMPSON, L. D., «In-Sourcing Corporate Responsibility for Enforcement of the Foreign Corrupt Practices Act», *51 Am. Crim. L. Rev.* 199 (2014).

TRAUTMAN, L. J. y ALTENBAUMER-PRICE, K., «Lawyers, Guns and Money: The Bribery Problem and U.K. Bribery Act», *47 The International Lawyer* 481 (2013).

UHLMANN, D. M., «Deferred prosecution and non-prosecution agreement and the erosion of corporate criminal liability», *72 Md. L. Rev.* 1295 (2013).

VELOSKI, J. P., «Bargain for Justice or Face the Prison of Privileges. The Ethical Dilemma in Plea Bargain Waivers of Collateral Relief», *86 Temp. L. Rev.* 429 (2013).

VINCKE, F., HEINMANN, F. y KATZ, R. (ed.), *Fighting Bribery. A Corporate Policies Manual*, 1999.

WEAVER, G. R., «Encouraging Ethics in Organizations: a Review of Some Key Research Findings», *51 Am. Crim. L. Rev.* 293 (2014).

WEISSMANN, A. y SMITH, A., «Restoring Balance. Proponed Amendments to the Foreign Corrupt Practices Act», *U.S. Chamber Institute for Legal Reform*, octubre 2010.

WELLNER, P. A., «Efective Compliance Programs and Corporate Criminal Prosecutions», *Cardozo Law Review*, vol. 27:1 (2005).

WRIGHT, N., «Domestic vs. Foreign Corrupt Practices: For Bribery, an International Mind Is More Guilty», *28 Geo. J. Legal Ethics* 989 (2015).

WRIGHT, R. F., «Trial Distortion and The End of Innocence in Federal Criminal Justice», *154 U. Pa. L. Rev.* 79 (2005).